

Paolo Alvazzi del Frate

Marco Cavina

Riccardo Ferrante

Nicoletta Sarti

Stefano Solimano

Giuseppe Speciale

Elio Tavilla

TEMPI DEL DIRITTO

Età medievale, moderna, contemporanea



G. Giappichelli Editore

VIII VERSO UN NUOVO ORDINE

di Giuseppe Speciale

SOMMARIO: 1. La lunga transizione dall'Unità al secondo dopoguerra. – 2. L'Italia "unita nel nuovo regno: a) la monarchia costituzionale; b) i codici; c) le leggi speciali, la decretazione d'urgenza, il giurista e l'ordinamento policentrico. – 3. La rappresentanza politica e la giustizia amministrativa: a) il Consiglio di Stato; b) i sistemi elettorali; c) la tutela contro gli atti della pubblica amministrazione. – 4. L'impatto del positivismo sulla scienza giuridica: a) la questione del metodo; b) le critiche ai codici; c) i progetti per la modernizzazione del Paese. – 5. Il fascismo, sub specie historiae iuris. Fare i conti con un ventennio ingombrante. – 6. La transizione, la Costituzione e il ritorno alla democrazia. – 7. Il contratto di lavoro.

5. *Il fascismo, sub specie historiae iuris. Fare i conti con un ventennio ingombrante*

Nel mese di ottobre del 1922 il re Vittorio Emanuele III, anziché dichiarare lo stato d'assedio per bloccare le bande armate fasciste che violando l'ordine pubblico imperversano sul territorio del regno per dirigersi su Roma, sceglie di dare l'incarico di formare il governo a Benito Mussolini, capo di un partito che alla Camera può contare su 35 dei 105 deputati del Blocco nazionale nelle cui liste sono stati eletti i fascisti, i nazionalisti e, in alcuni collegi, qualche popolare e qualche giolittiano.

Raggiunto il potere nel "rispetto" della legalità formale, mentre continuano le violenze perpetrate dalle squadre fasciste, tanto che già nel dicembre 1922 è necessario un provvedimento di amnistia, Mussolini riesce a far approvare la legge 3 dicembre 1922, n. 1601 con cui si conferisce al governo del re, fino al 31 dicembre 1923, la facoltà di emanare disposizioni aventi vigore di legge per riordinare lo Stato, riorganizzare i pubblici uffici ed istituti, renderne più agili le funzioni e diminuire le spese. Altre volte nel passato si era adottato un provvedimento simile, ma sempre in corrispondenza di eventi bellici e, al di fuori di quegli eventi, nel 1894 per esempio, il Parlamento aveva fissato limiti e criteri per l'intervento del governo. Considerato che, per la riforma amministrativa e per altri importanti settori, già si era in regime di delega, assistita però da limiti e

³⁴ *Ivi*, pp. 3708-3709.

³⁵ E. Legouvé, *Histoire morale des femmes*, J. Hetzel, Paris 1849, p. 350: «Une femme médecin répugne; une femme notaire fait rire; une femme avocat effraie».

indirizzi, la legge del 1922, con il conferimento in bianco dei pieni poteri, delegava *in toto* al potere esecutivo la funzione legislativa, eliminando qualunque limite e astenendosi dal fissare criteri per l'azione del governo. Matteotti, deputato socialista, si oppone fieramente al provvedimento che viene tuttavia approvato dalla maggioranza parlamentare.

Mussolini inoltre procede a una riforma elettorale (la legge Acerbo, a cui si è già accennato) che gli consentirà nelle elezioni del 1924 di ottenere una solida maggioranza superiore ai 2/3 dei deputati.

Nonostante il successo elettorale, il 1924 segna un momento di crisi della *leadership* del duce del fascismo. Le violenze e i brogli che hanno scandito le elezioni e il successivo rapimento del deputato socialista Giacomo Matteotti – sequestrato e ucciso il 10 giugno da squadristi forse riconducibili al Capo del governo – suscitano la reazione delle opposizioni. La fine di Matteotti, il cui corpo è ritrovato il 16 agosto del 1924, indebolisce il Presidente del Consiglio, su cui pesa l'ombra della responsabilità del delitto, e ne mette in discussione il ruolo, nonostante Mussolini nel suo discorso alla Camera il 13 giugno neghi qualunque sua responsabilità: alcuni fascisti rinunciano alla tessera del partito, nello stesso momento in cui, però, altri, non ancora iscritti, si decidono a chiederla; i partiti di opposizione, con l'eccezione dei comunisti, scelgono – strategia che non sortirà gli effetti voluti – di abbandonare il Parlamento e di ritirarsi sull'Aventino (secondo l'uso dei plebei durante i conflitti con i patrizi nell'antica Roma) fino a quando non saranno state chiarite le responsabilità del Capo del governo. Lo stesso 13 giugno, però, il Presidente della Camera Alfredo Rocco non consente alle opposizioni di replicare a Mussolini e aggiorna la seduta a una data da definire. Nei fatti il parlamento non si riunirà fino al novembre successivo e il 3 gennaio del 1925 Mussolini sfida la Camera affinché sia messo in stato d'accusa in base all'art. 47 e 36 dello Statuto (art. 47: «La Camera dei Deputati ha il diritto di accusare i Ministri del re, e di tradurli dinanzi all'Alta Corte di Giustizia»; art. 36: «Il Senato è costituito in Alta Corte di Giustizia con decreto del re per giudicare dei crimini di alto tradimento, e di attentato alla sicurezza dello Stato, e per giudicare i Ministri accusati dalla Camera dei Deputati...»). Nei mesi precedenti agli aventiniani che richiedevano un intervento del re, il sovrano rispondeva che si sarebbe mosso solo se ci fosse stata una richiesta del Parlamento e affermava: «Io sono sordo e cieco: i miei occhi e le mie orecchie sono la Camera e il Senato; mettano in minoranza il governo ed io lo licenzierò!»³⁶. Il re, insomma, non intende avvalersi delle prerogative proprie del sovrano di una monarchia costituzionale in cui il capo del governo risponde direttamente al re e non alle Camere. Con il discorso del 3 gennaio Mussolini ribalta la propria posizione: di lì a poco inizieranno tutti i provvedimenti liberticidi che segnano la nascita della dittatura vera e propria.

³⁶ Ricordato, tra i tanti, da L. Valiani, *L'altra Europa. 1922-1945*, Giappichelli, Torino 1967, p. 6 ss.

Il 24 dicembre del 1925 la legge n. 2263 ribadirà fermamente che il Presidente del Consiglio, ora rinominato Capo del Governo, Primo Ministro Segretario di Stato, è il tramite attraverso il quale il re esercita il potere esecutivo (art. 1). Egli è nominato e revocato dal re ed è responsabile verso il re dell'indirizzo generale politico del Governo. Il decreto di nomina del Capo del Governo Primo Ministro è controfirmato da lui, quello di revoca dal suo successore. I Ministri Segretari di Stato sono nominati e revocati dal re, su proposta del Capo del Governo Primo Ministro. Essi sono responsabili verso il re e verso il Capo del Governo di tutti gli atti e provvedimenti dei loro Ministeri (art. 2). Il governo fascista, così, segna la fine della profonda crisi causata dal delitto Matteotti, liberando il Governo dalla responsabilità nei confronti della Camera e ribadendo la soluzione adottata nella lettera dello Statuto albertino secondo il quale il potere esecutivo spetta esclusivamente al re (art. 5 Statuto). La legge n. 2263, nel ribadire la scelta del modello di monarchia costituzionale, scelta conforme all'originaria soluzione adottata nello Statuto, costituisce una cesura nella consuetudine costituzionale del Regno per la quale in alcuni casi il governo si era dimesso perché non riscuoteva più la fiducia della maggioranza del parlamento. A margine deve annotarsi che l'art. 9 della legge n. 2263 sanzionava con la reclusione non inferiore a 15 anni (e con l'ergastolo ove fosse stato conseguito l'intento) l'attentato contro la vita, l'integrità o la libertà del Capo del governo. Dopo meno di un anno lo stesso reato, di nuova istituzione, sarebbe stato sanzionato con la pena di morte.

Il governo fascista, che, una volta superata la crisi causata dal delitto Matteotti, si avvia a diventare un regime totalitario³⁷, si assicura il controllo dell'opinione pubblica. La legge 31 dicembre 1925, n. 2307 assegna all'Ordine dei giornalisti di nuova istituzione in ciascuna città sede di Corte d'Appello la cura di predisporre gli albi professionali. La tenuta degli albi, istituiti e regolamentati con il R.D. 26 febbraio 1928, n. 384 e la disciplina degli iscritti sono esercitate dall'Associazione sindacale fascista dei giornalisti a mezzo di un Comitato composto di cinque membri appartenenti al sindacato, iscritti nell'albo professionale, nominati dal Ministro per la giustizia, di concerto con quelli per l'interno e le corporazioni, fra coloro che la competente associazione sindacale designerà in numero doppio. Sull'iscrizione agli albi vigila il prefetto, a cui prima di provvedere sulla iscrizione il Comitato domanderà un'attestazione sulla condotta politica del giornalista che chiede di essere iscritto all'albo, per accertarne l'ortodossia politica.

Con la legge 31 gennaio 1926, n. 100 cui si è già accennato a proposito della

³⁷ Il termine "totalitario", intorno al quale nei decenni successivi si costruirà la categoria del "totalitarismo", è utilizzato per la prima volta, con riferimento alla legge elettorale Acerbo voluta dal fascismo, da Giovanni Amendola, in un articolo intitolato «Maggioranza e minoranza» apparso su «Il mondo» del 12 maggio 1923, ora pubblicato in G. Amendola, *La crisi dello Stato liberale. Scritti politici dalla guerra di Libia all'opposizione al fascismo*, a cura di E. D'Auria, Newton Compton, Roma 1974, pp. 344-345.

decretazione d'urgenza³⁸, un'ampia fetta della funzione legislativa è affidata al potere esecutivo. Al Consiglio dei Ministri la legge assegna la funzione di deliberare, udito il parere del Consiglio di Stato, le norme giuridiche necessarie per disciplinare l'esecuzione delle leggi; l'uso delle facoltà spettanti al potere esecutivo; l'organizzazione ed il funzionamento delle Amministrazioni dello Stato, l'ordinamento del personale ad esse addetto, l'ordinamento degli Enti ed istituti pubblici, eccettuati i Comuni, le Provincie, le istituzioni pubbliche di beneficenza, l'Università e gli istituti di istruzione superiore che hanno personalità giuridica, quand'anche si tratti di materie sino ad allora regolate per legge, restando ferma «la necessità dell'approvazione, con la legge del bilancio, delle spese relative» e restando fermo che debbano in ogni caso «essere stabilite per legge le norme concernenti l'ordinamento giudiziario, la competenza dei giudici, l'ordinamento del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, nonché le guarentigie dei magistrati e degli altri funzionari inamovibili».

Gli attentati contro il duce verificatisi nel corso del 1926 sono utilizzati dal regime per inasprire la svolta autoritaria fino a istituire un tribunale speciale per gli oppositori del regime. Il 9 novembre del 1926 – nella stessa seduta in cui si esaminano i «Provvedimenti per la difesa dello Stato» che di lì a poco saranno consacrati nella legge 2008 del 25 novembre 1926, con cui si istituisce il Tribunale Speciale per la Difesa dello Stato – con un singolare provvedimento che strumentalmente si fonda sullo Statuto albertino, si sanzionano i deputati aventiniani decidendone la decadenza, con l'acquiescenza della Corona. La sera prima il deputato e leader comunista Antonio Gramsci, insieme ad altri, è tratto in arresto e condotto a Regina Coeli. Qualche mese dopo, l'11 marzo del 1927, verrà arrestato anche il deputato e leader del partito popolare Alcide De Gasperi. Il Tribunale Speciale per la difesa dello Stato è il tribunale politico, solo formalmente militare, sottoposto per i primi anni al Ministro della Guerra, poi direttamente al duce: le sentenze sono sottratte a qualunque forma di gravame, fatta eccezione per la revisione. Il Tribunale è costituito da un presidente scelto tra gli ufficiali generali del Regio esercito, della Regia marina, della Regia aeronautica e della Milizia volontaria per la sicurezza nazionale, da cinque giudici scelti tra gli ufficiali della Milizia volontaria per la sicurezza nazionale e da un relatore senza voto scelto tra il personale della giustizia militare. La costituzione del Tribunale è ordinata dal Ministro per la Guerra, che ne determina la composizione, la sede e il comando presso cui è stabilito (art. 7). Il duce del fascismo, come documentano gli archivi, si informa e tiene costantemente i contatti con i magistrati del Tribunale Speciale. La legge che lo istituisce prevede una durata di soli cinque anni, ma il Tribunale rimarrà attivo sino alla caduta del regime e oltre, nella Repubblica Sociale Italiana, grazie a provvedimenti di proroga. La legge istitutiva del Tribunale Speciale innova la disposizione dell'art. 117

³⁸ *Supra*, § 2c.

del codice penale Zanardelli del 1889 sostituendo la sanzione dell'ergastolo con quella della pena di morte – bandita nell'ordinamento italiano da quel codice – per chiunque commetta un fatto diretto contro la vita, l'integrità o la libertà personale del re o del reggente, della regina o del principe ereditario, del capo del governo (art. 1). La pena capitale è sostituita all'ergastolo anche nelle fattispecie di reato di attentato contro l'integrità, l'indipendenza, l'unità dello Stato (104 cod. pen.), di spionaggio (107 e 108 cod. pen.), di insurrezione armata (120 cod. pen.), di eccitamento alla guerra civile (252 cod. pen.). Con la disposizione di cui all'art. 3 si anticipa la soglia della punibilità in caso di concorso di più persone, ancorandola al mero “concerto”: il concorso di due o più persone in questi reati è sanzionato, «pel solo fatto del concerto con la reclusione da cinque a quindici anni».

Negli stessi anni il fascismo mette fuori legge tutte le associazioni (sindacati, partiti e non solo) non direttamente controllate dal fascismo e completa la fascistizzazione dello Stato. L'idea fascista di Stato, di Stato corporativo, ha il suo manifesto nella Carta del lavoro del 21 aprile (fondazione di Roma) 1927. A sottolinearne il rilievo “costituzionale” per il fascismo, la Carta è pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del Regno, pur non avendo alcun valore formale che possa giustificare la pubblicazione sul foglio.

«La Nazione italiana è un organismo avente fini, vita, mezzi di azione superiori per potenza e durata a quelli degli individui divisi o raggruppati che la compongono. È una unità morale, politica ed economica, che si realizza integralmente nello Stato fascista» (art. I).

«Il lavoro, sotto tutte le sue forme organizzative ed esecutive, intellettuali, tecniche, manuali è un dovere sociale. A questo titolo, e solo a questo titolo, è tutelato dallo Stato». Proprio all'interno dello Stato fascista tutte le componenti produttive (lavoratori e datori di lavoro) costituiscono il complesso unitario della produzione i cui fini, unitari, «si riassumono nel benessere dei singoli e nello sviluppo della potenza nazionale» (art. II). Nel supremo interesse della produzione il contratto collettivo, ispirandosi a sentimenti di solidarietà, concilia i contrapposti interessi dei lavoratori e dei datori di lavoro.

«L'organizzazione sindacale o professionale è libera. Ma solo il sindacato legalmente riconosciuto e sottoposto al controllo dello Stato, ha il diritto di rappresentare legalmente tutta la categoria di datori di lavoro o di lavoratori, per cui è costituito: di tutelarne, di fronte allo Stato e alle altre associazioni professionali, gli interessi; di stipulare contratti collettivi di lavoro obbligatori per tutti gli appartenenti alla categoria, di imporre loro contributi e di esercitare, rispetto ad essi, funzioni delegate di interesse pubblico» (art. III).

«Le associazioni professionali legalmente riconosciute assicurano l'uguaglianza giuridica tra i datori di lavoro e i lavoratori, mantengono la disciplina della produ-

zione e del lavoro e ne promuovono il perfezionamento. Le corporazioni costituiscono l'organizzazione unitaria delle forze della produzione e ne rappresentano integralmente gli interessi. In virtù di questa integrale rappresentanza, essendo gli interessi della produzione interessi nazionali, le corporazioni sono riconosciute come organi di Stato. Quali rappresentanti degli interessi unitari della produzione le corporazioni possono dettare norme obbligatorie sulla disciplina dei rapporti di lavoro e anche sul coordinamento della produzione tutte le volte che ne abbiano avuto i necessari poteri dalle associazioni collegate» (art. VI).

All'art. IX della Carta del lavoro si collega anche il programma fascista di intervento pubblico nell'economia:

«L'intervento dello Stato nella produzione economica ha luogo soltanto quando manchi o sia insufficiente l'iniziativa privata o quando siano in gioco interessi politici dello Stato. Tale intervento può assumere la forma del controllo, dell'incoraggiamento e della gestione diretta».

Dopo qualche anno, nel 1933, il regime istituirà l'Istituto per la Ricostruzione Industriale che per circa 60 anni, ben oltre la fine del fascismo, sarà uno dei gangli più importanti dell'economia italiana. L'IRI servirà a salvare imprese decotte, banche in difficoltà, sarà pure un canale di assistenzialismo clientelare, ma sarà anche lo strumento per l'intervento e per gli investimenti pubblici in settori strategici dell'economia.

La Carta del Lavoro è la carta costituzionale del regime fascista: seguiranno le norme che danno attuazione alla rappresentanza sindacale e, a distanza di un decennio, nel 1939, l'istituzione della Camera dei fasci e delle corporazioni. Il sistema corporativo articolato nelle varie forme e ancorato alla rappresentanza sindacale dell'unico sindacato costituisce un canale attraverso il quale il fascismo, allergico agli "elezionalismi", si collega alla realtà sociale: gli organi del sistema corporativo sono rappresentativi della società italiana e servono a garantire il collegamento del partito-stato alla società.

La Carta del lavoro del 1927 e le riforme del Gran Consiglio del Fascismo del 1928-29 concludono il progetto mussoliniano di identificare il fascismo con lo Stato e lo Stato con il fascismo. La fascistizzazione dello Stato e, specularmente, la statizzazione del fascismo, sono gli strumenti attraverso i quali Mussolini riesce a costituire sempre il fulcro intorno al quale si compongono le complesse relazioni dinamiche che innervano lo stato e il Partito nazionale fascista. La fascistizzazione dello Stato e la statizzazione del fascismo erano cominciate già subito dopo la marcia su Roma: con il R.D. 14 gennaio 1923, n. 31 si era istituita una Milizia Volontaria per la Sicurezza Nazionale (MVSN) che è «al servizio di Dio e della Patria italiana, ed è agli ordini del Capo del Governo». Il reclutamento avviene su base volontaria tra i membri della milizia fascista che ne facciano istanza e che siano ritenuti idonei per i requisiti di capacità e di moralità dal Presidente del Consiglio dei Ministri e dalle autorità gerarchiche da lui dele-

gate. La milizia, in concorso coi corpi armati per la sicurezza e con il Regio esercito, è impiegata a mantenere all'interno l'ordine pubblico; prepara e conserva inquadrati i cittadini per la difesa degli interessi dell'Italia nel mondo. Il provvedimento era necessario per imbrigliare le squadracce e tenerne a freno le intemperanze. Singolare, ai limiti del quadro costituzionale, era il fatto che la MVSN fosse alle dipendenze del Presidente del Consiglio e non del re. Ma il R.D. 4 agosto 1924, n. 1292 nel pieno della crisi causata dalla scomparsa di Matteotti, provvede a inquadrare la MVSN tra le forze armate dello Stato e dispose per i suoi componenti il giuramento di fedeltà al re e la soggezione alle stesse disposizioni disciplinari e penali previste per l'esercito.

Un altro importante passo verso la dittatura avvenne nel dicembre del 1925 con la legge n. 2263, cui si è già accennato a proposito della responsabilità politica del Capo del governo nei confronti del re e non del Parlamento. Questa legge infliggeva un ulteriore *vulnus* al potere legislativo assicurando al dittatore il pieno controllo del parlamento: l'art. 6, infatti, prescrive che «nessun oggetto può essere messo all'ordine del giorno di una delle due camere, senza l'adesione del capo del governo».

Un'altra tappa importante per la fascistizzazione dello stato e per la statizzazione del fascismo fu segnata dalle leggi 9 dicembre 1928, n. 2693 e 19 dicembre 1928, n. 2099 che intervenivano a regolare il Gran Consiglio del Fascismo già istituito il 15 dicembre 1922 con decreto reale sulla base della legge 3 dicembre 1922, n. 1601 che aveva conferito i pieni poteri al Presidente del Consiglio. Si tratta, come affermano Rocco e Mussolini nella relazione presentata al Senato il 6 novembre del 1928, di un «nuovo decisivo passo innanzi fatto verso l'assorbimento, da parte dello Stato, delle grandi istituzioni sorte dalla rivoluzione del 1922... Nessuno... può oggi più dubitare che dalla rivoluzione dell'ottobre 1922 sia uscito non un Ministero e neppure un Governo, ma un nuovo assetto della Società, un tipo nuovo di Stato, quello che si suol chiamare continuamente un regime... il nuovo ordine politico e sociale si è andato trasformando in un nuovo ordine giuridico. Si è avuta così anzitutto la riorganizzazione del potere esecutivo, nei suoi ordinamenti, nelle sue facoltà, nei suoi rapporti col potere legislativo. È venuta poi la riorganizzazione del Parlamento, specie per ciò che attiene alla rappresentanza politica. Contemporaneamente le nuove forze sociali e politiche create dal fascismo venivano giuridicamente disciplinate ed entravano a far parte dello Stato, accrescendone l'autorità, allargandone i compiti, trasformandolo profondamente... Il Gran Consiglio, costituito subito dopo l'avvento del fascismo al potere, per la necessità, immediatamente sentita, di un organo di coordinamento e di integrazione delle varie forze del regime, diviene oramai, anche dal punto di vista giuridico, un organo dello Stato. Ed anche il Partito nazionale fascista, che dei vecchi partiti, accampati nello Stato e in perpetua lotta fra di loro per dominarlo, non ha più oramai che il nome, si avvia esso pure decisamente a far parte delle forze organizzate dello Stato, in quella posizione preminente che le sue altissime benemerienze passate e il grande compito presente ed avvenire gli hanno già nel fatto assegnata».

Il Gran Consiglio del Fascismo – il cui presidente, di diritto, è il Presidente del consiglio che può convocarlo quando lo ritiene opportuno, e i cui membri godono di immunità (art. 9) – «è l'organo supremo, che coordina e integra tutte le attività del Regime sorto dalla Rivoluzione dell'ottobre 1922. Esso ha funzioni deliberative nei casi stabiliti dalla legge e dà, inoltre, parere su ogni altra questione politica, economica o sociale di interesse nazionale, sulla quale sia interrogato dal Capo del Governo» (art. 1). Secondo il principio fascista di rappresentatività non "elezionalistica" il Gran Consiglio riunisce tutti i vertici dello Stato fascista e del partito fascista.

Il parere del Gran Consiglio è obbligatorio ma non vincolante su tutte le questioni aventi carattere costituzionale e sono considerate sempre come aventi carattere costituzionale le proposte di legge concernenti: la successione al trono, le attribuzioni e le prerogative della Corona; la composizione e il funzionamento del Gran Consiglio, del Senato del Regno e della Camera dei deputati; le attribuzioni e le prerogative del Capo del Governo, Primo Ministro Segretario di Stato; la facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche; l'ordinamento sindacale e corporativo; i rapporti tra lo Stato e la Santa Sede; i trattati internazionali, che importino variazione al territorio dello Stato e delle Colonie, ovvero rinuncia all'acquisto di territori (art. 12). Inoltre, il Gran Consiglio, su proposta del Capo del Governo, forma e tiene aggiornata la lista dei nomi da presentare alla Corona, in caso di vacanza, per la nomina del Capo del Governo medesimo (art. 13).

La riforma del 1929 ridurrà la composizione dell'organo e renderà ancora più evidente lo scopo della regolamentazione del Gran Consiglio. In effetti, la composizione, la convocazione e la redazione dell'ordine del giorno, tutti esclusivamente nella disponibilità del duce, rivelano che il Gran Consiglio doveva essere – e fu, nel disegno del dittatore – lo schermo di legalità formale dietro cui celare un'ulteriore forma di accentramento personale. Il timone del Gran Consiglio era solidamente nelle sole mani del duce e il potere che il Gran Consiglio tendeva a ridimensionare era quello del sovrano che per la prima volta nella storia costituzionale subiva interventi legislativi che lambivano territori che solitamente erano rimasti immuni dalle influenze dei legislatori: la designazione del Capo del Governo, la successione al trono, la reggenza.

Una volta affermato con legge che il Gran Consiglio è uno strumento della dittatura personale di Mussolini, l'organo perde la sua funzione iniziale di stanza di compensazione rappresentativa delle diverse anime del Partito-Stato. Se sono 107 le sedute dal 1923 al 1929, sono 57 dal 1930 al 1936 e solo 22 dal 1937 al 1939. Una sola dal 1940: la seduta del 24-25 luglio 1943.

Un'altra frattura nell'ordine costituzionale è quella costituita dalle leggi razziali che dispongono la compiuta e completa esclusione della comunità di italiani di origini ebraiche dalla nazione che pure quella comunità aveva concorso a costituire. Tra il luglio e il novembre del 1938 l'Italia avvia la legislazione antiebraica che si sviluppa con ripetuti e capillari interventi negli anni successivi per condurre alla compiuta esclusione dei circa 37.000 italiani di origine ebraica dal

tessuto sociale, economico, culturale dell'Italia. Un'efficace campagna di stampa prepara l'opinione pubblica ad accettare i provvedimenti. Il 17 novembre 1928 il R.D. n. 1728, "Provvedimenti per la difesa della razza italiana", convertito nella legge 5 gennaio 1939, n. 274, segna la tappa fondamentale della prima fase della legislazione antiebraica che lacera profondamente la trama del tessuto ordinamentale privando il gruppo di soggetti dell'ordinamento, destinatario di tale disposizione, dei mezzi di tutela amministrativa e giurisdizionale ordinariamente disponibili per i consociati. L'art. 26 del r.d. n. 1728 del 1928 escludeva qualunque forma di ricorso, giurisdizionale o amministrativo, contro il provvedimento con cui il duce decideva, caso per caso, le questioni relative all'applicazione della legislazione razziale.

Nel mese di dicembre dello stesso 1938 viene pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del Regno il I libro del codice civile (entrerà in vigore il 21 aprile 1942) che all'art. 1 sancisce: «le limitazioni della capacità civile derivanti dall'appartenenza a determinate razze sono stabilite da leggi speciali» e consacra la centralità della scelta razzista del legislatore. Per la prima volta nell'età delle codificazioni si ristabilisce una limitazione della capacità giuridica in dipendenza dell'appartenenza a una razza e si riserva alle leggi speciali il compito di fissare le limitazioni della capacità. Il nitido dettato testuale rivelava un significato che non si prestava, non si sarebbe potuto prestare, a interpretazioni equivoche: in presenza di una norma di tal fatta, collocata, in apertura del codice civile, non si sarebbe potuto sostenere in alcun modo che il concetto di razza era estraneo all'ordinamento italiano. Tuttavia, nell'applicazione delle disposizioni razziali, almeno fino al 1943, molti giudici, non tutti, per un «incontenibile senso della ingiustizia, più forte di ogni ragionamento», si spinsero a cercare «ingegnosi pretesti dialettici per eludere nei loro giudizi la spietata follia di quelle leggi abominevoli: e la motivazione era spesso lo schermo abilmente studiato per compiere questo generoso tradimento»³⁹. I giudici nelle sentenze ripetutamente affermavano che le leggi antisemite avevano il limitato scopo politico di isolare la comunità ebraica e di impedire pericolose commistioni di razza, ma negavano apoditticamente che il concetto di razza fosse entrato a far parte dell'ordinamento. In tal modo riuscirono in qualche caso ad arginare la potenzialità espansiva del *corpus* delle norme razziali sull'intero ordinamento.

A proposito del progetto del codice civile, frutto di una 'malsana tendenza', già emersa in 'qualche legge straniera', nel 1939 Piero Calamandrei critica il progressivo affievolimento del diritto soggettivo che spesso è ridotto a un interesse occasionalmente protetto; l'allargamento del diritto amministrativo a scapito del diritto civile; l'aumento dei poteri discrezionali del giudice; l'annebbiamento dei confini non solo tra diritto privato e diritto pubblico, ma anche tra

³⁹ P. Calamandrei, *La crisi della motivazione*, in *Processo e democrazia. Conferenze tenute alla Facoltà di diritto dell'Università nazionale del Messico*, Cedam, Padova 1954, pp. 113-114. La conferenza è del 24 febbraio 1952.

diritto sostanziale e diritto processuale; il discredito crescente non solo delle codificazioni, ma della stessa legge intesa come norma generale ed astratta, preesistente al giudizio; l'aspirazione sempre più viva al diritto del caso per caso⁴⁰.

Il fascismo ha segnato e continua a segnare la storia d'Italia anche dopo la sua fine, non solo per i quattro codici entrati in vigore nel 1930 e nel 1942 e tuttora in vigore (eccetto quello di procedura penale sostituito nel 1988): sull'impianto generale dei codici – che sono anche l'approdo della cultura giuridica italiana e dei diversi progetti che furono presentati nei decenni precedenti, dopo il lungo dibattito che cominciò all'indomani della promulgazione degli ultimi codici ottocenteschi – il regime fascista imprime segni forti. Si pensi, solo a titolo di esempio, alla reintroduzione della pena di morte, all'anticipazione della soglia di punibilità per i delitti di natura politica, all'introduzione dei limiti alla capacità giuridica in ragione dell'appartenenza ad una determinata razza. È fuor di dubbio che nel ventennio, soprattutto dopo la crisi innescata dal delitto Matteotti – cioè dopo che il fascismo riuscì ad affermarsi come una vera e propria dittatura e a imporre un sistema totalitario – l'ordinamento italiano subì profonde, radicali modifiche: le leggi sulla stampa, l'istituzione del Tribunale Speciale per la Difesa dello Stato, la Carta del lavoro, la statizzazione del Gran Consiglio e della Milizia Volontaria per la Sicurezza Nazionale, le riforme del sistema elettorale e della rappresentanza, l'istituzione dell'OVRA, il concordato con la Chiesa cattolica e l'intesa con le comunità israelitiche, la legge fallimentare, l'istituzione dell'IRI (Istituto per la Ricostruzione Industriale), le due stagioni codificatorie – quella penale, con i nuovi reati a tutela della personalità dello stato e la reintroduzione della pena di morte, quella civile, con l'unificazione del diritto privato e il “nuovo” libro sull'impresa –, le leggi razziali, l'abolizione della Camera dei deputati e la sua sostituzione con la Camera dei fasci e delle corporazioni. Ma anche il testo unico sul pubblico impiego e l'istituzione dell'Opera nazionale maternità e infanzia e dell'Istituto nazionale fascista per gli infortuni sul lavoro. Tutti questi provvedimenti sono dichiaratamente fascisti e innervati dell'ideologia fascista: certamente alcuni non si sarebbero mai realizzati se non all'interno di un regime totalitario (mi riferisco ai provvedimenti relativi al controllo della stampa, al Tribunale Speciale, al Gran Consiglio, alle leggi razziali, per esempio); altri sono simili, almeno in parte, e sia pure con un più o meno evidente segno fascista, ai provvedimenti che nello stesso periodo si diedero altri stati europei non guidati da un dittatore (mi riferisco, per esempio, ai provvedimenti relativi all'assistenza e alla previdenza sociale, ecc.).

Il fascismo è stato un regime totalitario ispirato ai principi “tutto nello Stato”, “nulla al di fuori dello Stato”, “nulla contro lo Stato” e all'identificazione dello Stato con il fascismo stesso. Il fuoruscito, nemico del regime fascista è ne-

⁴⁰ P. Calamandrei, *La relatività del concetto di azione*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1 (1939), pp. 24-46.

mico dello Stato e subisce la perdita della cittadinanza, non merita più di essere considerato figlio d'Italia. Il regime si regge anche attraverso un capillare sistema di informazioni creato ad hoc, gestito dall'OVRA (il cui nome, che riecheggia quello della tentacolare piovra, fu indicato da Mussolini e non è, non risulta in nessun documento, l'acronimo di opera volontaria per la repressione dell'antifascismo). Mussolini vuole il controllo diretto sull'OVRA, vuole che sia distinta dal SIM (Servizio di informazioni militare) da sempre gestito dai carabinieri e a questo proposito scrive:

«Nell'Esercito vi era un'arma che aveva sopra tutto carattere esclusivamente dinastico: l'arma dei carabinieri. Era questa l'arma del re. Anche qui il Fascismo cercò di organizzare una polizia che desse garanzie dal punto di vista politico e vi aggiunse una organizzazione segreta: l'OVRA»⁴¹.

La delazione è a fondamento del sistema di informazioni dell'OVRA e attraverso ricatti tutti sono costretti alla delazione e al doppio, o triplo, gioco.

La pubblica amministrazione, la magistratura, le forze armate e le forze di polizia hanno agito nel ventennio all'interno dell'ordinamento così disegnato. E si sono impegnate nell'applicare e nell'attuare l'ordinamento italiano fascista. Le generazioni che nel ventennio hanno frequentato le scuole (alle elementari dal 1931 si adotta un unico libro di testo) e le università sono state educate secondo il modello fascista. Nelle università si istituiscono cattedre di Storia e dottrina del fascismo, Statistica e demografia comparata delle razze, Dottrina della razza, Economia politica corporativa, ecc. Il regime ha gradualmente sciolto tutte le forme associative non fasciste-statali (anche quelle non partitiche o sindacali come gli scout e l'Azione Cattolica) per assicurarsi il monopolio dell'educazione. I giovani nelle scuole celebrano in uniforme il sabato fascista, studiano in forma catechetica sul libro del fascista perfetto, competono nei Littoriali, sono inquadrati nell'organizzazione giovanile fascista (l'Opera Nazionale Balilla fu istituita con la legge 3 aprile 1926, n. 2247), si formano con docenti che per insegnare dovevano giurare, per le scuole a partire dal 1928, e per le università, dal 1931, secondo la formula sancita nell'art. 18 del R.D. 28 agosto 1931, n. 1227:

«Giuro di essere fedele al re, ai suoi Reali successori e al Regime Fascista, di osservare lealmente lo Statuto e le altre leggi dello Stato, di esercitare l'ufficio di insegnante e adempire tutti i doveri accademici col proposito di formare cittadini operosi, probi e devoti alla Patria e al Regime Fascista. Giuro che non appartengo né apparterrò ad associazioni o partiti, la cui attività non si concilia coi doveri del mio ufficio».

Solo una dozzina di professori, sugli oltre 1200 che insegnavano nelle università italiane, si rifiutò di pronunciare la formula in cui monarchia, Stato, fasci-

⁴¹ B. Mussolini, *Storia di un anno: il bastone e la carota*, Mondadori, Milano 1944, pp. 172-173.

smo e patria erano posti tutti sullo stesso piano. Giovanni Gentile, ispiratore del giuramento realizzato dal Ministro Balbino Giuliano, riteneva che con il giuramento si dava l'occasione di riappacificarsi con il regime a chi aveva firmato il manifesto degli scienziati antifascisti voluto da Benedetto Croce. Concetto Marchesi, Luigi Einaudi e altri accettarono di giurare per non abbandonare il delicato ruolo di docenti. Albert Einstein, su sollecitazione, tra gli altri, dell'ecclesiastico Francesco Ruffini, conosciuto nei suoi anni torinesi, aveva scritto al ministro Rocco per

«consigliare al signor Mussolini di risparmiare questa umiliazione al fior fiore dell'intelligenza italiana... per quanto diverse possano essere le nostre convinzioni politiche... entrambi riconosciamo e ammiriamo nello sviluppo intellettuale europeo beni superiori... questi si fondano sulla libertà di pensiero e di insegnamento e sul principio che alla ricerca della verità si debba dare la precedenza su qualsiasi altra aspirazione... è nell'interesse supremo di tutti che i leali servitori della verità siano lasciati in pace. Ciò è anche senza dubbio nell'interesse dello stato italiano e del suo prestigio agli occhi del mondo»⁴².

Quando lo scienziato, che si era rivolto al Ministro Rocco, appellandolo "Egregio Collega", lesse la risposta rassicurante e minimizzante che Rocco gli fece avere attraverso Giuseppe Righetti, così commentò: «In Europa andiamo incontro a bei tempi»⁴³. Deve sottolinearsi che a differenza che per i professori, di scuola e d'università, la formula del giuramento per i magistrati non conteneva riferimenti al fascismo neppure nella riforma dell'ordinamento giudiziario del 1941: «Giuro di essere fedele al re Imperatore, di osservare lealmente lo Statuto e le altre leggi dello Stato e di adempiere coscienziosamente i miei doveri di magistrato».

Insomma, il fascismo, almeno da quando si era affermato come governo totalitario e dittatoriale, aveva realizzato la completa fascistizzazione dello Stato: anche nella percezione di una larga parte degli italiani, almeno di quelli che si erano formati nel ventennio, fascista era sinonimo di italiano. Se le leggi razziali, almeno nelle città in cui vi era una comunità di italiani di origine ebraica consistente, cominciano a risvegliare le coscienze dal torpore in cui per tre-quattro lustri di propaganda gradatamente sono scivolate, è solo con la guerra, e con le sorti della guerra, che il consenso intorno al regime si incrina per poi sgretolarsi completamente. Gli italiani, sia quelli che hanno creduto nel fascismo in modo convinto sin dall'inizio, sia quelli che hanno creduto nel fascismo perché non hanno conosciuto altro per via del regime, sia quelli, cinici, che non credono in

⁴² Cit. in S. Linguerrì e R. Simili, *Einstein parla italiano: itinerari e polemiche*, Pendragon, Bologna 2008, pp. 38 e 39.

⁴³ Le lettere possono leggersi in *Einstein parla italiano: itinerari e polemiche*, a cura di S. Linguerrì e R. Simili, Pendragon, Bologna 2008, pp. 172-175.

nulla, ma che per opportunismo si erano adeguati al regime, si trovano a fare i conti con un paese ferito dai bombardamenti, straziato dagli invasori, prima alleati, e sconvolto dalla guerra civile.

La dissoluzione del regime lasciò gli italiani smarriti: in cosa avevano creduto? A quale modello si erano ispirati? Quale ruolo avevano avuto gli intellettuali? E per gli aspetti che qui più rilevano: negli anni del regime era possibile essere giuristi, interpretare e applicare il diritto senza piegarsi al regime? Alessandro Galante Garrone, giovane magistrato torinese negli anni Trenta, spiega che il rapporto tra magistratura e regime fino al 1938 non era stato travagliato da scontri:

«... il fascismo, diventato regime senza troppe difficoltà, una volta messi brutalmente a tacere gli oppositori attivi, non si accanì con implacabili vessazioni, costrizioni e persecuzioni contro chi non gli si rivelasse, o comunque non fosse scoperto dalla polizia politica, come un attivo nemico, e si appagò di un consenso spesso più fittizio che reale, avvolto com'era dai fumi della osannante retorica. Quel regime fu – più per faciloneria, approssimazione, amor di quieto vivere, e intrinseca fiacchezza e ignoranza, che per autentico spirito di umana tolleranza – una dittatura annacquata e mollificata da una tradizionale e, verrebbe fatto di dire per ogni tempo, italica disposizione alla inefficienza del potere e al compromesso. Qualcosa di abissalmente diverso dal rigore consequenziale del regime nazista... Su questo sfondo, certo non edificante, era tutt'altro che difficile a un giudice, che avesse un po' di rispetto di sé, fare quel che doveva, senza incorrere in guai grossi e irreparabili. Qualche vantaggio in meno, qualche seccatura in più, tutto qui: un modico prezzo per la tranquillità della propria coscienza. Viltà e cedimenti, che certamente non mancarono, erano spesso dovuti a *servitude volontaire*»⁴⁴.

Lo stesso ministro della giustizia Alfredo Rocco, il 19 giugno 1925 alla Camera aveva detto:

«... La magistratura – io l'ho già detto, ma lo ripeto – non deve far politica di nessun genere. Non vogliamo che faccia politica governativa o fascista, ma esigiamo fermamente che non faccia politica antigovernativa o antifascista...»⁴⁵.

E, ancora, il 16 maggio 1929, sempre alla Camera dei deputati, riferendosi alle aperture della Corte di Cassazione nei confronti della Carta del lavoro:

«Parlare della magistratura italiana è per me sempre motivo di alta soddisfazione, perché, più vivo accanto ad essa, più mi convinco delle sue altissime virtù di carattere..., della sua dottrina..., della sua disciplina e del suo patriottismo. Anche e specialmente del suo patriottismo, perché lo spirito del Fascismo... è penetrato nella

⁴⁴ A. Galante Garrone, *Amalek: il dovere della memoria*, Rizzoli, Milano 1989, p. 142.

⁴⁵ Cit. in G. Neppi Modona, *La magistratura e il fascismo*, in G. Quazza (cur.), *Fascismo e società italiana*, Einaudi, Torino 1973, p. 142.

Magistratura più rapidamente che in ogni altra categoria di funzionari e di professionisti. Posta di fronte alla nuova legislazione fascista, la magistratura italiana, piena di dottrina, di senso pratico, ne ha penetrato completamente lo spirito, l'interpreta e l'applica con piena fedeltà. E a questo proposito è pur doveroso tributare un alto elogio alla Corte di Cassazione, la quale, proprio in questo campo della comprensione dello spirito del Regime e della sua legislazione, ha dato esempi luminosi...»⁴⁶.

Ma la legislazione razziale e il progetto del nuovo codice civile, sempre secondo la testimonianza di Galante Garrone, impongono una riflessione: gli anni compresi tra il 1933 e il 1938 erano caratterizzati

«per gli uomini di legge del nostro paese, dall'incontrastato sovrastare del principio della "certezza del diritto" (o, come anche si diceva, della "sicurezza del diritto") su quello del "diritto libero", o del diritto "caso per caso", che già da qualche decennio era stato ventilato da alcune dottrine straniere, specialmente tedesche, e che da noi, all'indomani della prima guerra mondiale, aveva avuto solo qualche timido, non inquietante accenno di realizzazione nelle "giurisdizioni di equità", e invece un largo accoglimento nella Russia sovietica»⁴⁷.

In Italia il giudice continuava ad essere il *subditus legum*: contro le intromissioni, l'arbitrio, la prepotenza e l'invadenza del potere, o del governo o del partito dominante, la legge, l'osservanza della legge e la sua rigorosa applicazione diventavano per il giudice di coscienza, per il giurista, uno scudo protettivo.

«La difesa della "legalità" – continua Galante Garrone –, che in passato era un fatto istintivo, quasi automatico per ogni giudice, si tramutava così a poco a poco, insensibilmente, in un'affermazione polemica, che non richiedeva (per le ragioni già dette) una particolare forza d'animo. Insomma, quella difesa non era ancora una sfida temeraria, una dura battaglia, ma una regola imprescindibile di comportamento, di cui si cominciava ad avvertire il valore, come un'arma che si doveva brandire, e nella quale si intuiva risiedere la giustificazione morale e civile del proprio lavoro. Un comportamento non eroico, che non ci espose mai, come giudici, a preoccupanti conseguenze; ma almeno dignitoso»⁴⁸.

Domenico Riccardo Peretti Griva, un giudice torinese attivo nella resistenza, scriverà nel 1955:

⁴⁶ A. Aquarone, *L'organizzazione dello stato totalitario*, Einaudi, Torino, 1978 (I ed. 1965) I, p. 242.

⁴⁷ A. Galante Garrone, *Amalek*, cit., pp. 142-143.

⁴⁸ A. Galante Garrone, *Amalek*, cit., p. 143. Ricordando il suocero, Peretti Griva, A. Galante Garrone, *Una spina dorsale. Il ricordo di Domenico Riccardo Peretti Griva*, in *Nuova antologia*, 582 (1998), pp. 42-54, ribadirà: «Se lo si voleva, si poteva pur sotto il fascismo restare giudici indipendenti, anche se con qualche sacrificio personale. Così fu per lui» (p. 43).

«per resistere di più al regime non sarebbe affatto occorso dell'eroismo, ma solo una meno preoccupata considerazione degli eventi e delle loro ragionevoli conseguenze, congiunta a un minimo senso di dovere e di dignità. E la resistenza sarebbe stata tanto più agevole e scevra di pericoli, quanto maggiore fosse stato il numero dei resistenti»⁴⁹.

Dopo le leggi del 1938 qualcosa cambia. Ricorda Galante Garrone:

«Fino a quel momento, la dignità del giudice (o, più largamente, dell'uomo di legge) consisteva nella difesa a oltranza del principio di legalità, nell'applicazione imperterrita della legge – buona o cattiva, consonante o dissonante che fosse dall'intimo sentire del giudice stesso – contro le soluzioni del 'caso per caso' rimesse immediatamente, come si diceva, non alla sua coscienza, ma piuttosto alle direttive del potere, all'arbitrio del padrone. La missione umana dei giuristi, diceva Calamandrei, è proprio questa: "Far sì che le leggi, buone o cattive, siano applicate in modo uguale ai casi uguali, senza parzialità, senza dimenticanze, senza favori". Nell'esercizio di questa professione c'è la "nobiltà di un apostolato"; e nel principio della legalità c'è il "riconoscimento della uguale dignità morale di tutti gli uomini"». Era questa la "gioia e la fede del giurista"»⁵⁰.

Naturalmente non tutta la magistratura condivise il pensiero di Peretti Griva e Galante Garrone. Valga un esempio per tutti: un magistrato di Brescia, Sofo Borghese, pubblica nel giugno 1939 sul *Monitore dei tribunali* un articolo assolutamente *entusiasta* della legislazione razziale, originale rispetto a quella tedesca, fondamentale per l'ordinamento italiano, coerente con il nuovo codice civile, tesa a «mantenere il prestigio della razza superiore (ariana) di fronte alle altre, ponendo in una situazione di inferiorità sociale e giuridica gli elementi di razze inferiori». Riprendendo la relazione ministeriale al codice civile – che, a proposito proprio dell'art. 1 del codice afferma «la formula usata nel testo contiene peraltro un'affermazione positiva in quanto sancisce il principio che l'appartenenza a determinate razze può influire sulla sfera della capacità giuridica delle persone» – Borghese scrive: «Si tratta, dunque di una solenne affermazione di principio, che fa assurgere la razza alla dignità di uno *status*, da porre accanto a quelli tradizionali (*status familiae*, *status civitatis*) e che, come tale, costituisce un presupposto della capacità stessa»⁵¹. La razza – conclude Borghese – deve considerarsi, al pari della cittadinanza, un presupposto – più che una semplice causa limitatrice – della capacità.

⁴⁹ D.R. Peretti Griva, *Esperienze di un magistrato*, Einaudi, Torino 1955, p. 27.

⁵⁰ A. Galante Garrone, *Amalek*, cit., p. 145.

⁵¹ Sofo Borghese, *Razzismo e diritto civile*, in *Monitore dei tribunali*, 80 (1939), s. III, vol. 16, pp. 353-357, in particolare p. 353. Dello stesso Borghese, in quegli anni giudice di tribunale a Brescia, dal 1981 al 1983 Procuratore Generale della Repubblica presso la Suprema Corte di Cassazione, si può leggere, *Razzismo e diritto penale*, sempre sul *Monitore dei tribunali*, 81 (1940), s. III, vol. 17, pp. 65-68.

6. *La transizione, la Costituzione e il ritorno alla democrazia*

All'alba del 25 luglio 1943, dopo una riunione fiume iniziata la sera del giorno prima, il Gran Consiglio, massimo organo costituzionale dello Stato, approva la proposta di Dino Grandi, presidente della Camera dei fasci e delle corporazioni, e invita

«il Governo a pregare la Maestà del re, verso il quale si rivolge fedele e fiducioso il cuore di tutta la Nazione, affinché Egli voglia per l'onore e la salvezza della Patria assumere con l'effettivo comando delle Forze Armate di terra, di mare, dell'aria, secondo l'articolo 5 dello Statuto del Regno, quella suprema iniziativa di decisione che le nostre istituzioni a Lui attribuiscono e che sono sempre state in tutta la nostra storia nazionale il retaggio glorioso della nostra Augusta Dinastia di Savoia»⁵².

L'atteggiamento assunto nel corso della riunione del Gran Consiglio da Mussolini, reduce da un colloquio con Hitler e consapevole dello stato della guerra, consente l'approvazione a maggioranza dell'ordine del giorno. Nella medesima giornata del 25 luglio, secondo il piano concordato tra Grandi e il re, il duce è arrestato. Dell'arresto non si dà notizia se non dopo qualche giorno, ma gli organi di comunicazione annunciano già il 25 luglio le dimissioni del duce e la nomina del generale Badoglio a capo del governo (invece l'accordo tra Grandi e il re prevedeva che la scelta cadesse sul generale Caviglia).

L'approvazione dell'ordine del giorno proposto da Grandi – e concordato con il re Vittorio Emanuele III per ripristinare in capo al sovrano le prerogative previste nell'art. 5 dello Statuto di cui lo stesso sovrano nei fatti era stato privato dalle riforme fasciste – segna l'inizio di una cesura netta nell'ordinamento costituzionale del Regno. Con l'istituzione del grado di Primo maresciallo dell'Impero (legge 2 aprile 1938, n. 240) «conferito a Sua Maestà il re Imperatore e a Benito Mussolini, duce del Fascismo» (art. 2) nei fatti si erano equiparati il sovrano e il capo del governo nella gerarchia e nella responsabilità del comando delle forze armate. Il re in un primo momento aveva rifiutato di firmare la legge, ma poi si era arreso alla richiesta del duce considerata legittima dal parere del Presidente del Consiglio di Stato Santi Romano⁵³.

⁵² Ordine del giorno approvato dal Gran Consiglio del Fascismo nella seduta del 25 luglio 1943, con 19 *sì*, 6 *no* e un astenuto (Mussolini non votante).

⁵³ Questa la reazione del re: «I professori di diritto costituzionale, specialmente quando sono dei pusillanimi opportunisti, come il professor Santi Romano, trovano sempre argomenti per giustificare le tesi più assurde: è il loro mestiere; ma io continuo ad essere della mia opinione. Del resto non ho nascosto questo mio stato d'animo ai due presidenti delle Camere, perché lo rendessero noto ai promotori di questo smacco alla Corona, che dovrà essere l'ultimo» (B. Mussolini, *Storia di un anno: il bastone e la carota*, Corriere della Sera, Verona 1944, p. 180, e R. De Felice, *Mussolini, il duce. II. Lo stato totalitario 1936-1940*, Einaudi, Torino 1965, p. 33).

Nei fatti gli avvenimenti del 24 e del 25 luglio 1943 segnano la violazione dell'ordine costituzionale. Il Gran Consiglio aveva una funzione prevalentemente consultiva e, nonostante il re avesse chiesto una pronuncia della Camera o del Gran Consiglio per il ripristino delle proprie prerogative statutarie, la pronuncia del Gran Consiglio aveva solo un valore politico. La nomina del successore di Mussolini, poi, avveniva al di fuori delle procedure e ignorando le prerogative previste dalla legge sul Gran Consiglio (la scelta del re sarebbe dovuta ricadere su uno dei cinque nomi proposti da un elenco che lo stesso Gran Consiglio avrebbe dovuto tenere sempre aggiornato). Agli avvenimenti di quella notte di luglio, tuttavia, è possibile dare un'altra lettura. Una parte della dottrina, seppur minoritaria, ha evidenziato come il crollo del regime fascista non implicasse una rottura del sistema costituzionale positivo, bensì rappresentasse «l'attuazione di una delle opposte virtualità coesistenti nella forma fascista di governo»⁵⁴. Il Gran Consiglio infatti aveva registrato un cambiamento dell'equilibrio delle forze sociali attive nel paese e aveva rimesso la responsabilità della decisione al sovrano che – come ebbe a sottolineare lo stesso Rocco durante un suo discorso al Senato del Regno nel 1925 – aveva «libera scelta, perché la valutazione che egli fa delle forze esistenti nel paese era insindacabile giuridicamente»⁵⁵. La scelta della dottrina di enfatizzare gli aspetti di incostituzionalità dell'atto regio erano probabilmente un *escamotage* finalizzato a sostenere l'esistenza di quei presupposti politico-giuridici idonei a giustificare un'iniziativa “costituente”, poiché una vera azione costituente presuppone necessariamente la rottura con l'ordinamento precedente e la creazione di un “vuoto” giuridico.

Nelle settimane che seguono – mentre Mussolini, in stato d'arresto, viene trasferito a Gaeta, Ventotene, Ponza, La Maddalena e, infine, dal 28 agosto, sul Gran Sasso, da dove viene liberato il 12 settembre dai militari tedeschi per essere condotto in Germania, a Monaco di Baviera – il Governo Badoglio ricorre agli strumenti militari per mantenere l'ordine pubblico interno. In una circolare indirizzata ai comandi militari il generale Roatta, capo di stato maggiore dell'esercito, il 26 luglio ordina che contro gli individui che perturbino l'ordine o non si attengano alle prescrizioni dell'autorità militare si proceda in formazione di combattimento e si apra il fuoco a distanza, anche con mortai e artiglieria, senza preavviso di sorta, come se si procedesse contro truppe nemiche; che si tiri sempre a colpire come in combattimento; che i capi e gli istigatori dei disordini, riconosciuti come tali, siano senz'altro fucilati se presi sul fatto, altrimenti siano giudicati immediatamente dal Tribunale di Guerra sedente in veste di Tribunale straordinario.

La presenza dell'alleato occupante tedesco, i timori di una sollevazione della

⁵⁴ L. Paladin, *Fascismo (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, 39, Milano 1988, p. 897.

⁵⁵ *Senato del Regno, Atti parlamentari, Discussioni, XXVII Legislatura*, seduta 19 dicembre 1925, p. 4377.

popolazione stremata dalla guerra, la preoccupazione che la netta pregiudiziale repubblicana di alcune forze antifasciste (comunisti e azionisti in primis) finisse per prevalere, spinsero il re e il governo a fuggire da Roma per raggiungere il più sicuro meridione d'Italia (Brindisi), lasciando le forze armate nel momento più delicato prive di un'efficace catena di comando. L'armistizio, firmato il 3 settembre e reso pubblico l'8 settembre, nello stesso giorno in cui le truppe angloamericane sbarcavano a Salerno, trovava assolutamente impreparato e smarrito, in assenza di precisi comandi, l'apparato militare italiano e ben organizzato e pronto quello tedesco che secondo il piano Asse (Fall Achse), predisposto nel maggio del 1943 per l'eventualità prevista e poi verificatasi del crollo del fascismo e del disimpegno italiano, tempestivamente si impadroniva dei gangli vitali dello stato italiano rilevanti per la guerra.

Da Monaco, intanto, Mussolini preannuncia la creazione di uno Stato fascista, formalizzato per la prima volta nell'ambasciata tedesca a Roma, in assenza del duce; alla fine di settembre, questa volta alla presenza di Mussolini, a pochi chilometri da Predappio, paese natio del duce, a Rocca delle Caminate, si tiene la prima riunione del governo di quella che diventerà la Repubblica Sociale Italiana. Si realizza così in Italia la contemporanea presenza di quattro ordinamenti che rivendicano la sovranità sul territorio del Regno. Il Regno del Sud, con a capo Vittorio Emanuele III, che il 13 ottobre del 1943 dichiarò guerra alla Germania ottenendo il riconoscimento di Paese cobelligerante dagli alleati angloamericani che dal 19 settembre 1943 gli avevano riconosciuto la sovranità sulle provincie di Bari, Brindisi, Lecce e Taranto; il Governo Militare Alleato dei Territori Occupati (AMGOT) sui territori liberati e occupati fino alla costituzione del nuovo governo nazionale⁵⁶; la Repubblica Sociale Italiana, con a capo Benito Mussolini; la Zona d'Operazioni del Litorale adriatico (comprendente le provincie di Udine, Gorizia, Trieste, Fiume, Lubiana, Pola) e la Zona d'Operazioni delle Prealpi (comprendenti le provincie di Bolzano Trento e Belluno) sottoposte alla diretta amministrazione militare tedesca e sottratta al controllo della Repubblica Sociale Italiana, alla quale ufficialmente appartenevano. Inoltre, nel nord del Paese, l'autorità militare tedesca occupante attraverso i bandi emanati esercitava poteri che intaccavano fortemente la sovranità formale della RSI.

La dichiarazione di guerra del Regno di Vittorio Emanuele III alla Germania del 13 ottobre 1943 – quando già l'ex alleato tedesco, ora nemico occupante, aveva provveduto alla deportazione di decine di migliaia di militari italiani sparsi sui fronti di guerra e abbandonati a se stessi, privi di ordini – produsse il mutamento di *status* dell'Italia nello scacchiere internazionale, almeno nei confronti delle forze alleate: da Paese sconfitto occupato a Paese alleato. All'AMGOT, nei territori liberati dalle truppe alleate si affiancava l'ACC (*Allied Control Commission*) che interagiva con le rinate istituzioni italiane che facevano capo al gover-

⁵⁶ L'AMGOT esercitò il suo potere sul territorio libero di Trieste fino al 26 ottobre del 1954, su tutto il resto del territorio italiano fino al 31 dicembre 1945.

no italiano ora espressione del Comitato di Liberazione Nazionale. L'AMGOT, la Zona d'Operazioni del Litorale adriatico e la Zona d'Operazioni delle Prealpi erano forme di governo del territorio che trovavano la loro legittimazione nel diritto internazionale e nel diritto bellico.

Il Regno del Sud, pur con una sovranità territoriale assai ridotta, era il naturale successore, meglio, costituiva ciò che era rimasto del Regno d'Italia. La Repubblica Sociale Italiana sul piano internazionale ottenne il riconoscimento solo da parte di Germania, Bulgaria, Croazia, Giappone, Manciukuò, Repubblica di Nanchino, Romania, Slovacchia, Thailandia, Ungheria; relazioni informali si ebbero con Argentina, Portogallo, Spagna e Svizzera. Da lungo tempo si riflette se la Repubblica Sociale Italiana sia stato uno stato con un governo fantoccio della Germania nazista oppure un vero ordinamento autonomo in senso pieno. L'espressione governo fantoccio è usata dallo stesso Mussolini in una sua nota dell'8 ottobre 1943:

«Le autorità politiche tedesche hanno nominato un Governo fascista per puri motivi di interesse politico interno tedesco. Le autorità militari germaniche, e lo Stato maggiore in particolare, con visione ristretta della situazione, non desiderano dare nessuna possibilità di sviluppo a tale Governo, e ne ostacolano in tutti i modi ogni attività. Tale Governo è pertanto realmente un Governo *fantoccio* e chi governa in Italia sono le autorità militari tedesche...»⁵⁷.

Altri appunti del capo del governo salodiano documentano la piena consapevolezza dell'assoluta subordinazione dell'ordinamento della RSI rispetto alla Germania nazista. D'altra parte, però, adagiarsi su questa convinzione può essere strumentale per autoassolversi sulle responsabilità, tutte e solo italiane, o anche italiane, per le violenze, le stragi, le devastazioni che avvennero.

I fascisti hanno presentato la RSI come un «provvidenziale ammortizzatore» posto tra gli italiani e l'occupante tedesco. Nei fatti la Repubblica di Salò non riuscì a garantire un potere effettivo su tutto il territorio sottoposto alla sua sovranità. E d'altro canto il Regno del Sud, affermando di essere l'unico ordinamento legittimo successore del Regno d'Italia, si impegnava nel distinguere la continuità dello Stato dalla discontinuità del regime politico e subito intervenne, sotto la crescente pressione politica dei partiti rappresentati nel Comitato di Liberazione Nazionale, con atti legislativi che privilegiavano il disegno del nuovo ordine democratico su cui si sarebbe retto il Paese una volta cessata la guerra e che non trascuravano anche altri importanti aspetti centrali per la nascita del nuovo ordine: era necessario allontanare dai posti di responsabilità i pubblici funzionari che erano compromessi con il regime fascista ed altrettanto necessario era disciplinare gli effetti nel nuovo ordinamento dei provvedimenti legislativi, amministrativi e giudiziari assunti dalla Repubblica Sociale Italiana. Si do-

⁵⁷ Ricordato, tra gli altri, da R. de Felice, *Mussolini l'alleato*. II. *La Guerra civile*, Einaudi, Torino 1965, p. 615.

veva anche reintegrare e risarcire o, almeno, indennizzare, chi aveva subito dal regime fascista provvedimenti persecutori a causa della propria fede politica o delle origini ebraiche.

A partire dal gennaio 1944 si provvide all'abrogazione della legislazione antiebraica, ma un decreto fu pubblicato solo nell'ottobre del 1944, anche su forti sollecitazioni degli alleati. Più complessa e lenta, in molti casi inadeguata, fu l'azione tesa a restituire i beni espropriati agli ebrei.

Tra le riforme avviate dal Regno – alcune in verità solo simboliche, altre assolutamente e sostanzialmente innovative – per ripristinare l'ordine prefascista, si trova il R.D. 2 agosto 1943, n. 705 che sciolse la Camera dei fasci e delle corporazioni e fissò il termine di quattro mesi dalla fine della guerra per le elezioni per la Camera dei deputati: si dava inizio così al piano per tornare alle istituzioni liberali. Le pressioni dei partiti che guidavano la lotta partigiana e la constatazione che i tempi per la fine della guerra non erano certi confermarono che il nuovo regime non si sarebbe potuto risolvere in una semplice restaurazione dei vecchi istituti prefascisti (nonostante nel luglio del 1944 il Presidente del Consiglio Bonomi nominasse Vittorio Emanuele Orlando e Pietro Tomasi della Torretta alla presidenza, rispettivamente, della Camera e del Senato, due assemblee che non esistevano più): si imponeva invece una revisione dell'intero assetto istituzionale a partire dalla scelta tra monarchia e repubblica.

Il 12 aprile 1944 il re Vittorio Emanuele annunciava che, una volta avvenuta la liberazione di Roma, avrebbe nominato Luogotenente del Regno il proprio figlio Umberto e così fece, senza tuttavia abdicare, il 5 giugno del 1944. Il 25 giugno 1944 il decreto legislativo luogotenenziale n. 151 (noto come "prima costituzione provvisoria") delegava il potere legislativo al Consiglio dei ministri finché non sarebbe entrato in funzione il nuovo Parlamento, abrogava la disposizione concernente la elezione di una nuova Camera dei deputati e la sua convocazione entro quattro mesi dalla cessazione dello stato di guerra, contenuta nel R.D. legge 2 agosto 1943, n. 705, e all'art. 1 stabiliva che

«dopo la liberazione del territorio nazionale, le forme istituzionali saranno scelte dal popolo italiano che a tal fine eleggerà, a suffragio universale diretto e segreto, una Assemblea Costituente per deliberare la nuova costituzione dello Stato. I modi e le procedure saranno stabiliti con successivo provvedimento».

Con il decreto legislativo luogotenenziale del 5 ottobre 1944, n. 249, il legislatore disciplinò gli effetti nel Regno d'Italia dei provvedimenti amministrativi legislativi e giurisdizionali assunti dalla Repubblica Sociale Italiana. Nella sostanza gli elementi costitutivi materiali (territorio e soggetti) dei due ordinamenti (Regno d'Italia e RSI) coincidevano. Gli organi supremi di governo della RSI invece vennero creati *ex novo*, ma per quanto concerneva l'attività amministrativa la RSI si servì dell'organizzazione statale preesistente, che nella quasi totalità dei casi continuò a funzionare in base a norme che erano state promulgate du-

rante il ventennio. Con il decreto n. 249 il legislatore monarchico distinse atti che dovevano considerarsi assolutamente inefficaci da atti (relativamente inefficaci) che in seguito a un apposito decreto motivato del ministro competente potevano essere considerati validi. Insomma, il legislatore, per valutare e classificare il valore giuridico dell'attività svolta dal governo repubblicano, distinse tra validità ed efficacia e, disinteressandosi della validità, si concentrò solo sulla attribuzione o non attribuzione di efficacia agli atti compiuti sotto il governo della RSI. Il decreto distinse gli atti inefficaci dagli atti efficaci. In generale, gli atti caratterizzati da un contenuto politico furono considerati privi di efficacia giuridica. Per far salvi nella sostanza gli atti che, privi di contenuto politico, dovevano garantire la continuità dell'azione dello Stato, si disposero nuovi provvedimenti con contenuto sostanziale identico a quello dei provvedimenti dichiarati inefficaci. I giudici, il cui intervento fu invocato dai cittadini che ritenevano lesi i propri diritti, riuscirono a garantire la tenuta del sistema con coraggiose sentenze ispirate ad equità che spesso forzavano il dato normativo.

Il decreto legge luogotenenziale del 5 aprile 1945, n. 146 istituì la Consulta nazionale per fornire al governo, a cui ancora era delegato il potere legislativo, «pareri sui problemi generali e sui provvedimenti legislativi che le vengono sottoposti», e un altro del 31 luglio, il n. 443, istituiva il Ministero per la Consulta nazionale per assicurare il collegamento con il Governo. I consultori sono nominati, su designazione dei maggiori partiti politici, fra gli ex parlamentari antifascisti, fra gli appartenenti a categorie ed organizzazioni sindacali, culturali e di reduci. Il numero dei componenti la Consulta aumentò da 304 a 430 in corrispondenza del progressivo ritiro delle truppe naziste dal territorio del regno e le indicazioni dei 6 partiti del Comitato di Liberazione Nazionale (Democrazia Cristiana, Partito Comunista, Partito Socialista Italiano di Unità Proletaria, Democrazia del Lavoro, Partito d'Azione, Partito Liberale) e delle associazioni sindacali assunsero progressivamente maggiore importanza. I pareri, non vincolanti per il Governo, erano obbligatori solo in materia di bilanci e rendiconti dello Stato, di imposte, salvo i casi di urgenza, e di leggi elettorali. Il Governo, esclusi i pareri obbligatori, in cui la pronuncia spettava all'assemblea, aveva facoltà di chiederli all'assemblea plenaria o a una delle dieci commissioni. L'assemblea solitamente adottava il voto palese e si riuniva nei locali della Camera dei Deputati di cui adottò anche il regolamento vigente prima dell'ottobre del 1922. La Consulta – «tipica creazione di periodi transitori post-bellici, diretta ad ovviare alla carenza degli organi parlamentari, ai quali non si potrà tornare se non dopo la riorganizzazione dello Stato che seguirà la consultazione popolare»⁵⁸ – si riunì in assemblea per ben 40 volte e si sciolse il 1° giugno 1946, giorno in cui fu eletta l'Assemblea Costituente.

Per preparare la convocazione dell'Assemblea Costituente e predisporre gli

⁵⁸ Relazione della Giunta permanente per il regolamento della Consulta del 22 dicembre 1945.

elementi per lo studio della nuova costituzione che avrebbe dovuto determinare l'assetto politico dello stato e le linee direttive della sua azione economica e sociale, il 31 luglio del 1945 il decreto luogotenenziale n. 435 istituì il Ministero per la Costituente. Sotto la responsabilità del Ministro Pietro Nenni e del Capo di gabinetto Massimo Severo Giannini, si costituirono tre commissioni di studio sulle questioni economiche, sui problemi del lavoro e sui problemi attinenti alla riorganizzazione dello Stato. Quest'ultima commissione, presieduta da Ugo Forti – «gran maestro di diritto pubblico» e «gran giurista» (così Piero Calamandrei in *Assemblea costituente*), allontanato dall'università nel 1938 a causa delle sue origini ebraiche – e composta da 90 membri, molti dei quali avevano già lavorato nella Commissione per la riforma dell'amministrazione nominata dal precedente Governo Bonomi, presentò all'Assemblea costituente una relazione in tre volumi contenente i risultati dei lavori delle 5 sottocommissioni nelle quali aveva deciso di articolarsi. Nonostante il tempo assai breve, la Commissione riuscì a proporre una serie di riforme per la riorganizzazione degli apparati amministrativi centrali e periferici e del sistema dei controlli sull'operato della pubblica amministrazione. Il Ministero per la Costituente fu soppresso con decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 2 agosto 1946, n. 54.

Gli 85 articoli del decreto legislativo luogotenenziale 10 marzo 1946, n. 74, che disciplinano l'elezione su base proporzionale e attribuzione di preferenze – a suffragio universale con voto diretto, libero e segreto, attribuito a liste di candidati concorrenti – dei 573 deputati all'Assemblea Costituente (poi ne furono eletti 556 perché furono rimodulati i collegi escludendo Bolzano e la Venezia Giulia) rivestono un significato importante nella storia d'Italia. Non disegnano solo le regole per l'elezione dell'Assemblea, sono piuttosto il primo documento-monumento del ritorno alla democrazia: «L'esercizio del voto è un obbligo al quale nessun cittadino può sottrarsi senza venir meno a un suo preciso dovere verso il Paese in un momento decisivo della vita nazionale» stabilisce l'art. 1. Non può essere candidato e non può votare chi durante il regime fascista ha rivestito ruoli di rilievo nella pubblica amministrazione o nel partito e chi per la stessa ragione ha subito condanne o sia stato 'epurato'.

Sei giorni più tardi, il 16 marzo 1946 un altro decreto legislativo luogotenenziale, il n. 98, noto come "seconda costituzione transitoria", innova radicalmente quanto stabilito nel decreto n. 151 del 1944 rimettendo direttamente al popolo, e non più all'Assemblea costituente la decisione sulla forma istituzionale: contemporaneamente alle elezioni per l'Assemblea Costituente il popolo sarà chiamato a decidere mediante referendum sulla forma istituzionale dello Stato (Repubblica o Monarchia) (art. 1). Qualora la maggioranza degli elettori votanti si pronunci in favore della Repubblica, l'Assemblea, dopo la sua costituzione, come suo primo atto, eleggerà il Capo provvisorio dello Stato, che eserciterà le sue funzioni, fino a quando sarà nominato il Capo dello Stato a norma della Costituzione deliberata dall'Assemblea (art. 2). Inoltre, il decreto n. 151 statuisce che durante il periodo della Costituente e fino alla convocazione del Parlamento

a norma della nuova Costituzione il potere legislativo resti delegato, salva la materia costituzionale, al Governo, ad eccezione delle leggi elettorali e delle leggi di approvazione dei trattati internazionali, le quali saranno deliberate dall'Assemblea. Il Governo è responsabile verso l'Assemblea Costituente, ma il rigetto di una proposta governativa da parte dell'Assemblea non porta come conseguenza le dimissioni del Governo. Queste sono obbligatorie soltanto in seguito alla votazione di una apposita mozione di sfiducia, intervenuta non prima di due giorni dalla sua presentazione e adottata a maggioranza assoluta dei Membri dell'Assemblea (art. 3). L'art. 7 libera i dipendenti civili e militari dello Stato dagli impegni (giuramento) da essi precedentemente assunti e ordina loro di «impegnarsi sul loro onore a rispettare e far rispettare nell'adempimento dei doveri del loro stato il risultato del referendum istituzionale e le relative decisioni dell'Assemblea Costituente». La delega del potere legislativo al governo, in presenza dell'unico organo finalmente rappresentativo perché eletto democraticamente a suffragio universale, aveva lo scopo di non distrarre i costituenti dalla loro missione principale. Nonostante questo, non bastarono gli otto mesi (estensibili ad altri quattro) previsti dalla legge per redigere la Costituzione: i lavori si protrassero per ben 19 mesi e furono necessarie due leggi costituzionali per consentire la prosecuzione dei lavori dell'Assemblea eletta il 2 giugno dall'88% degli aventi diritto al voto (pari a 24.888.035 elettori).

Il 9 maggio del 1946 il re Vittorio Emanuele III abdicò, a meno di un mese dal plebiscito che avrebbe sancito la scelta repubblicana con 12.718.641 di voti, pari al 54,3% dei voti validi contro 10.718.502 di voti, pari al 45,7%, favorevoli alla monarchia (1.498.136 i voti nulli, in totale aveva votato l'89% degli aventi diritto). Al nord il 66,2% si era pronunciato a favore della repubblica, al sud il 63,8% a favore della monarchia. L'ex re morirà esule ad Alessandria d'Egitto il 28 dicembre 1947, il giorno dopo l'approvazione definitiva della Costituzione della Repubblica italiana.

Nel corso della prima seduta, il 25 giugno del 1946, l'Assemblea costituente elesse il presidente, Giuseppe Saragat, che verrà sostituito da Giuseppe Terracini nel gennaio del 1947, quando Saragat si dimetterà. Il Presidente, su designazione dei gruppi parlamentari – i più numerosi erano quelli dei partiti di massa: 207 democristiani, 115 socialisti, 104 comunisti, a fronte di 25 repubblicani, 22 liberali e 20 del fronte liberale democratico dell'uomo qualunque; gli altri gruppi avevano meno di 20 componenti – nomina una Commissione per la Costituzione, detta dei settantacinque dal numero dei componenti. La Commissione, presieduta da Meuccio Ruini, si articola in tre sottocommissioni, per la predisposizione degli articoli relativi ai “Diritti e doveri dei cittadini”, all’“Ordinamento costituzionale della repubblica”, ai “Diritti e doveri economico-sociali”. Il 28 giugno l'Assemblea elegge Enrico De Nicola Capo provvisorio dello Stato. I risultati dei lavori istruttori delle tre sottocommissioni furono proposti alla Commissione dei Settantacinque, che si avvale di un comitato di redazione composto da 18 membri per comporre e armonizzare il progetto di Costituzione che fu presentato all'Assemblea da Ruini il 31 gennaio 1947.

Nelle 170 sedute dedicate alla discussione del progetto, a partire dal 4 marzo 1947, si sperimentò un metodo di lavoro che è immediatamente percepibile a chi legge i processi verbali delle sedute. I costituenti muovevano da posizioni ideologiche e da visioni della società diverse e lontane, e negoziarono e dibatterono su tutto, anche aspramente. Ma ciascuna fazione riconosceva la pari dignità e la legittimazione dell'altra, conquistata nella lotta antifascista e nelle elezioni. I costituenti si concentrarono prevalentemente su ciò che li univa e non indugiarono su ciò che poteva dividerli, avvertendo la responsabilità che gravava su di loro e le aspettative del Paese: emblematico è l'andamento delle discussioni che riguardano l'opportunità di inserire un preambolo con un richiamo a Dio all'inizio della Costituzione. Nel confronto sviluppatosi già nei primi mesi dei lavori e, soprattutto, ripreso con qualche rischio la mattina del 22 dicembre del 1947, La Pira, Marchesi, Togliatti, Nenni, Calamandrei, fermi ciascuno nei propri convincimenti, non tendono la discussione fino al punto di rottura. I Costituenti sono consapevoli che il paese li guarda e che è necessario per la rinascita e la pacificazione che la discussione si svolga nel rispetto reciproco delle posizioni di ciascuno. Il punto di convergenza, rispetto al quale cessano gli attriti o, almeno, si affievoliscono, è la ferma volontà di costruire una Costituzione radicalmente antifascista, anzi, di più, come dice Dossetti, antifascista. Il richiamo dell'art. 2 Cost. – ai diritti inviolabili dell'uomo che la Repubblica, non genericamente lo Stato, nata dalla lotta partigiana e dalla guerra civile conclusasi con la disfatta del fascismo, riconosce e garantisce, prendendo atto che essi preesistono allo Stato, a fronte dell'impegno inderogabile di ciascuno di assolvere i doveri di solidarietà economica politica e sociale – è il rovesciamento del principio cardine dello Stato fascista: tutto dentro lo Stato, nulla al di fuori dello Stato, nulla contro lo Stato. Nella stessa logica si legge la solenne affermazione dell'art. 113 Cost. che prevede che «contro gli atti della pubblica amministrazione è *sempre* ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa» e che tale tutela giurisdizionale non possa essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti. Quel «sempre», pleonastico nel dettato normativo, serve a segnare la differenza con lo stato fascista che, spesso contro i provvedimenti più odiosi della pubblica amministrazione, come quelli attuativi della legislazione razziale antiebraica del 1938, prevedeva espressamente l'esclusione di qualunque forma di tutela⁵⁹.

Il 22 dicembre 1947 la Costituzione fu approvata con 453 voti favorevoli e 62 contrari. Il 27 dicembre fu promulgata. Il Comitato dei 18 produsse un testo in cui il 92% delle 9369 parole che lo componevano appartenevano a quello che i linguisti chiamano vocabolario di base. Se anziché tutte le parole si considerano i 1357 lemmi la percentuale scende al 74%: resta comunque un risultato ecce-

⁵⁹ Vedi *supra*, § 5, a proposito dell'art. 26 del R.D. n. 1728 del 1938.

zionale per un testo giuridico di norma molto complesso. Considerato che nel censimento del 1951 risulta che il 40% della popolazione è in possesso della licenza elementare, il 92% delle parole della Costituzione erano immediatamente comprensibili al 40% della popolazione. Inoltre la lunghezza media dei 420 periodi che compongono la Costituzione, pari a 19,6 parole, conferisce al testo un alto grado di leggibilità (De Mauro). Insomma, questi dati confermano che il costituente scrisse una costituzione che era rivolta ai tecnici, ai giuristi, al potere politico, ma doveva anche essere compresa dal più ampio numero di italiani. Del resto, più volte negli atti dell'assemblea vi è traccia, da un lato, della consapevolezza nei costituenti dell'attenzione che gli italiani prestano alla loro opera, dall'altro della opportunità che il testo normativo sia leggibile dalla più ampia platea. Entrata in vigore la Costituzione il 1° gennaio 1948, la Costituente chiuse definitivamente i suoi lavori il 31 gennaio 1948. Nel corso dei mesi, oltre che alla redazione della Costituzione, l'Assemblea e le Commissioni attesero all'esame e all'approvazione di oltre 800 provvedimenti presentati dal governo, all'approvazione del trattato di pace, degli statuti regionali e della nuova legge elettorale, nonché al dibattito su importanti questioni politiche.

Le vicende della alluvionale legislazione che qui si sono riassunte solo sommariamente e, soprattutto, i risultati concreti che produssero, documentano come gli anni della transizione, il ruolo della Resistenza, il significato stesso della Resistenza costituiscano una realtà complessa e ancora non del tutto metabolizzata nell'identità degli italiani. La Resistenza è stata vista come secondo Risorgimento, quindi come liberazione dal nemico esterno, come guerra civile, che ha visto gli italiani combattersi su due fronti contrapposti, come rivolta delle periferie rispetto al centro, come forma di lotta sociale, come forma di lotta generazionale. Nel dibattito costituente già sono presenti queste distinte letture. La Resistenza, e il mito della Resistenza, è la pietra miliare per la costruzione di una religione civile della nuova Italia. Basti pensare alla proposta, mai ufficialmente presentata da Piero Calamandrei, ma volutamente registrata nei verbali dell'Assemblea costituente, circa il preambolo da premettere al testo della Costituzione:

«Io avevo pensato – e ve lo dico unicamente perché desidero che questo rimanga agli atti della nostra Assemblea – proporvi che questa invocazione allo Spirito e all'eternità fosse consacrata in un richiamo sul quale credo che tutti noi ci saremmo trovati concordi; in un richiamo cioè ai nostri Morti, a coloro che si sono sacrificati, affinché la grande idea per la quale hanno dato la vita si potesse praticamente trasferire in questa nostra Costituzione che assicura la libertà e la Repubblica. Forse, questa nostra Costituzione in pratica, per taluni aspetti, è inferiore alla grandezza della loro idea; ma tuttavia ad essa ha voluto ispirarsi. Questo io avevo in animo di proporre, che la nostra Costituzione incominciasse con queste parole: “Il popolo italiano consacra alla memoria di fratelli caduti per restituire all'Italia libertà e onore la presente Costituzione”. Questo non si può fare, ha detto il Presidente per ragioni di procedura. Ma tuttavia la nostra intenzione e il nostro proposito, e il fatto che nel

chiudere i nostri lavori noi abbiamo pensato a coloro senza il sacrificio dei quali non saremmo qui, questo io spero che rimarrà scritto negli atti della nostra Assemblea»⁶⁰.

Qualche mese prima di Calamandrei, nel luglio del 1947, Benedetto Croce a proposito della firma del Trattato di pace aveva affermato: «Noi italiani abbiamo perduto una guerra, e l'abbiamo perduta tutti, anche coloro che l'hanno deprecata con ogni loro potere, anche coloro che sono stati perseguitati dal regime che l'ha dichiarata, anche coloro che sono morti per l'opposizione a questo regime, consapevoli come eravamo tutti che la guerra sciagurata, impegnando la nostra Patria, impegnava anche noi, senza eccezioni, noi che non possiamo distaccarci dal bene e dal male della nostra Patria, né dalle sue vittorie né dalle sue sconfitte. Ciò è pacifico quanto evidente»⁶¹. Alla luce dell'interpretazione che si è data agli avvenimenti dei decenni successivi si è parlato di Resistenza tradita, di Resistenza incompiuta, di Resistenza fallita, di Resistenza realizzata. La riflessione sulla Resistenza è tornata alla ribalta negli anni Settanta e seguenti, caratterizzati dall'imperversare del terrorismo, perché implica anche una presa di posizione sul tema centrale della soglia di legittimità del ricorso alla violenza.

Bobbio già nel 1965 individua nella Resistenza i caratteri della guerra di liberazione nazionale, della guerra sociale, ma anche della guerra che mirava anche alla «instaurazione di uno Stato nuovo, diverso da quello che aveva governato l'Italia prima del fascismo»⁶². In questo senso, afferma, la «resistenza fu insieme un movimento patriottico e antifascista, contro il nemico esterno e contro il nemico interno; ebbe il duplice significato di lotta di liberazione nazionale (contro i tedeschi) e politica (contro la dittatura fascista), per la riconquista dell'indipendenza nazionale e delle libertà politica e civile»⁶³. È una lotta di una minoranza, ma è «guerra popolare», per capacità di attrarre consenso e di coinvolgimento. La resistenza, dunque come l'unico grande moto popolare nella storia dell'Italia moderna. Il carattere e il successo della resistenza si misura poi nell'azione della classe politica che esprime il nuovo governo del Paese. La resistenza «ha creato una macchina in gran parte nuova; ma il funzionamento di una macchina dipende dall'abilità e dall'audacia dei manovratori»⁶⁴.

⁶⁰ Atti dell'Assemblea costituente, seduta del 22 dicembre 1947.

⁶¹ B. Croce, *Intervento all'Assemblea Costituente, seduta pomeridiana del 24 luglio 1947*, in *Atti dell'Assemblea Costituente*, seduta CC, p. 6169.

⁶² N. Bobbio, *Discorso sulla Resistenza*, in N. Bobbio e C. Pavone, *Sulla guerra civile. La Resistenza a due voci*, a cura di D. Bidussa, Bollati Boringhieri, Torino 2015, p. 8. Il discorso, tenuto nel 1965 a Vercelli, è pubblicato con il titolo *Orazione ufficiale pronunciata dal prof. Norberto Bobbio*, in *Ventennale della Resistenza 1945-1965*, Amministrazione provinciale di Vercelli, Biella 1968, pp. 13-26.

⁶³ *Ivi*, pp. 6-7.

⁶⁴ *Ivi*, p. 12.

Antonio Padoa Schioppa

Storia del diritto in Europa

Dal medioevo all'età contemporanea

Seconda edizione

I lettori che desiderano informarsi
sui libri e sull'insieme delle attività della
Società editrice il Mulino
possono consultare il sito Internet:

www.mulino.it

Società editrice il Mulino

1. Montesquieu

Quale momento iniziale della nuova cultura illuministica si suole designare l'anno della prima edizione di un'opera che ebbe in Europa enorme risonanza: nel 1748 venne pubblicato l'*Esprit des lois* di Charles de Secondat, barone di Montesquieu (1689-1755)². Già alto magistrato e presidente della corte sovrana di Bordeaux, studioso di storia, di diritto, di letteratura ma anche di scienze naturali, l'autore era divenuto celebre già un quarto di secolo prima con la pubblicazione, nel 1721, di una breve opera, le *Lettres Persanes*, in cui aveva immaginato che un musulmano venuto dalla lontana Persia descrivesse ai familiari, in forma epistolare, le sue impressioni sulla Francia del tempo in occasione di un viaggio a Parigi: un felice espediente letterario (già adottato qualche decennio prima dal genovese Giovan Paolo Marana) che consentiva all'autore di raffigurare con apparente ingenuità e con pungente ironia non pochi aspetti dei costumi del tempo, inclusi alcuni criticabili profili della giustizia³. Nell'opera maggiore Montesquieu si propose un obiettivo ben più ambizioso: volle tracciare un compiuto disegno delle relazioni necessarie che intercorrono tra il regime politico-costituzionale di un paese e il suo diritto pubblico e privato.

Fondato su una vastissima conoscenza di prima mano non solo della storia antica di Grecia e di Roma, ma anche della storia medievale e moderna francese ed europea, l'*Esprit des lois* riprende e riformula la tripartizione aristotelica dei regimi politici, considerando tre forme di governo: il governo repubblicano, a sua volta distinto a seconda che il potere risieda nell'intero popolo (democrazia) o invece nella sola componente aristocratica; il governo monarchico, in cui il sovrano governa attraverso le leggi; il governo dispotico, nel quale il despota può operare a suo arbitrio in ogni campo. Tra i regimi aristocratici l'autore ha ben presenti le repubbliche di Ve-

nezia e di Genova, tra i regimi tirannici egli considera tipico per i suoi tempi il regime della Turchia, che al sultano attribuiva poteri indiscriminati. Quanto al governo monarchico, in esso è essenziale per Montesquieu il ruolo della nobiltà⁴, che ad un tempo rafforza e modera il potere sovrano; e tra le monarchie l'autore distingue i modelli della Francia e dell'Inghilterra, soffermandosi sulle differenze tra i due ordinamenti. Il principio cardine del governo repubblicano è la «virtù» e con essa la ricerca dell'eguaglianza: nella distribuzione dei carichi fiscali come nelle successioni di diritto privato⁵. Il principio su cui si regge il governo monarchico è invece l'onore⁶. Ma vi sono monarchie strutturate per il perseguimento della «gloria» (quale è quella di Francia) ed altre imperniate sul valore della «libertà» (come è il caso della monarchia d'Inghilterra): ove la libertà è intesa come «la tranquillità di spirito che proviene dall'opinione della propria sicurezza»⁷.

Proprio le pagine sulla costituzione britannica, frutto di una personale ricognizione dell'autore, che a Londra aveva soggiornato, sono tra le più importanti dell'opera, in quanto per la prima volta la costituzione inglese, una costituzione non scritta, veniva descritta all'opinione colta del continente. Il ruolo del re come titolare del potere esecutivo ma non del potere legislativo, i poteri legislativi e fiscali del Parlamento, ma anche la disciplina giuridica della famiglia e la struttura del processo civile e penale con l'istituto tanto caratteristico della giuria,⁸ ricevevano una rappresentazione particolarmente chiara, dalla quale implicitamente traspariva l'ammirazione dell'autore per le istituzioni d'oltre Manica.

Su questa base Montesquieu, sviluppando in modo nuovo le tesi di Locke, teorizzava la dottrina dei tre poteri – legislativo, esecutivo e giudiziario – che diverrà un caposaldo del moderno costituzionalismo non solo europeo; difendeva i pregi di un regime rappresentativo che affidasse il potere legislativo congiuntamente ad una Camera elettiva e a una seconda Camera alta, espressione della nobiltà e dell'élite della nazione; e dichiarava, pur senza accenti polemici, preferibile il modello inglese della separazione dei poteri perché più atto a difendere la libertà dei singoli⁹. Egli enunciava al riguardo la formula celebre secondo la quale la libertà cresce quando il potere

⁴ Montesquieu, *Esprit des lois*, ed. R. Dérathé, Paris, 1973, II, 4: «point de monarchie, point de noblesse; point de noblesse, point de monarchie, mais on a un despote».

⁵ Montesquieu, *Esprit des lois*, V, 5.

⁶ Montesquieu, *Esprit des lois*, IV, 2.

⁷ Montesquieu, *Esprit des lois*, XI, 5: «occorre che il governo sia tale che un cittadino non possa aver paura di un altro cittadino».

⁸ Montesquieu, *Esprit des lois*, VI, 3.

⁹ Montesquieu, *Esprit des lois*, XI, 6, *de la constitution d'Angleterre*.

² Halpérin in DGOJ, pp. 417-425.

³ Montesquieu, *Lettres Persanes* (1721), ed. P. Vernière, Paris, 1960.

è limitato; e che ciò che consente di limitare i poteri è per l'appunto la loro separazione, in quanto è il potere che blocca il potere¹⁰: «quando nella stessa persona o nello stesso corpo costituito il potere legislativo è congiunto con il potere esecutivo, non c'è libertà»¹¹. Al potere giudiziario, che Montesquieu qualifica come «quasi nullo», spetta non già di creare le regole ma di applicare la legge, in modo però differenziato: mentre nel regime della repubblica il giudice deve limitarsi ad una sua applicazione automatica e per così dire meccanica – celebre è l'espressione che assegna al magistrato la funzione di rappresentare semplicemente «la bocca della legge»: «la bouche de la loi» – nelle monarchie al giudice è riconosciuto un ruolo maggiore, che lo abilita a fare ricorso anche allo «spirito della legge»¹².

Si possono ravvisare nel pensiero di Montesquieu componenti di natura diversa. Alcune regole considerate preferibili in assoluto, quale è quella della libertà, atte a garantire il bene dell'individuo e quello della società, sembrano ispirarsi all'impostazione del giusnaturalismo: come ad esempio nella dottrina costituzionale sui tre poteri o nella positiva valutazione della giuria popolare¹³ o sui principî di legalità e di proporzionalità nel diritto penale. Spesso la razionalità di un principio o di un istituto è invece connessa ad una determinata forma di governo: così a proposito di alcuni aspetti del sistema penale (ove le caratteristiche del regime repubblicano impongono sanzioni rigide e discrezionalità minima o nulla nella loro applicazione, mentre nel regime monarchico il sovrano dispone largamente dello strumento della grazia)¹⁴ o nella valutazione dell'istituto del fedecommesso, considerato negativo nel regime aristocratico e invece positivo nel monarchico¹⁵; e come in moltissimi altri esempi tratti dal diritto pubblico come dal privato. Altre volte Montesquieu fa derivare regole e istituti giuridici dai caratteri fisici del paese, dal clima e in generale dalla geografia.

Questi elementi coesistono in Montesquieu con la consapevolezza della storicità del diritto, che risulta foggato in forme diversissime nel tempo e nello spazio. Persino il diritto delle genti secondo l'autore non è ovunque il medesimo¹⁶. Ogni popolo ha il proprio diritto, le sue leggi e i suoi costumi, anche se vi sono relazioni necessarie tra

¹⁰ Montesquieu, *Esprit des lois*, XI. 4: «Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir».

¹¹ Montesquieu, *Esprit des lois*, XI. 6. E prosegue: «tout serait perdu si le même homme ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs».

¹² Montesquieu, *Esprit des lois*, VI. 2; XI. 6.

¹³ Montesquieu, *Esprit des lois*, VI. 3; XII. 3.

¹⁴ Montesquieu, *Esprit des lois*, VI. 4; VI. 21.

¹⁵ Montesquieu, *Esprit des lois*, V. 8-9; XXVI. 6; XXX. 33.

¹⁶ Montesquieu, *Esprit des lois*, I. 3: a proposito della tribù indio-americana degli Irochesi [su ciò Tarello 1976, p. 271].

regime politico e regime giuridico. Ed è appunto in virtù di un'attenta ricognizione dell'esperienza storica che per Montesquieu si possono ricostruire, con metodo empirico ma con intento scientifico, le relazioni necessarie tra le forme di governo e le regole del diritto pubblico e privato.

Questa complessa articolazione concettuale – che intreccia la rielaborazione originale di teorie politiche antiche e moderne con elementi tratti dalla conoscenza storica, l'enunciazione di principî e di valori immutabili con puntuali analisi empiriche, dunque giusnaturalismo, storicismo, sociologia – non è l'ultima ragione della fortuna straordinaria dell'opera montesquiviana.

2. *Gli Enciclopedisti e Rousseau*

Una fase significativa della nuova cultura illuministica fu segnata dalla grande impresa dell'Enciclopedia. Diretta da due intellettuali di diversa formazione, Denis Diderot e Jean-Baptiste D'Alembert, pubblicata nell'arco di un quindicennio a partire dal 1750, l'opera coinvolse molte energie dell'intellettualità francese, aperte alle dimensioni nuove della cultura. E se sul terreno del diritto le voci curate da Louis de Jaucourt non hanno particolare qualità teorica, esse tuttavia riflettono molte posizioni dei giusnaturalisti e di Montesquieu¹⁷; mentre la voce *Droit de la nature*, scritta da Diderot, costituisce un'interessante messa a punto del pensiero antico e moderno sul tema¹⁸.

All'Enciclopedia aveva collaborato anche un autore di origine ginevrina, Jean-Jacques Rousseau (1712-1788), che trasferitosi a trent'anni in Francia dopo diverse vicissitudini divenne rapidamente, con i suoi scritti di economia, di pedagogia e di letteratura, una figura tra le più rilevanti (ma anche tra le più controverse) del mondo intellettuale parigino. Sul terreno delle idee politico-giuridiche il testo capitale di Rousseau è il breve trattato intitolato *Il contratto sociale*, nato come frammento di un'opera più vasta poi non condotta a compimento, edito nel 1762. In queste poche pagine troviamo espresse alcune idee che – quasi ignorate nel venticinquennio successivo alla pubblicazione dell'opera – assumeranno a partire dalla Rivoluzione francese un rilievo assoluto nella storia delle dottrine politiche e costituzionali moderne.

«L'uomo è nato libero ed è ovunque in catene»: l'incipit del *Contratto* è già uno squillo di tromba che anticipa l'impostazione del

¹⁷ *Encyclopédie*, voce *Loi* (ed. Neuchâtel-Genève, 1778, vol. XX, p. 264); voce *Juge* (vol. XIX, p. 166).

¹⁸ *Encyclopédie*, voce *Droit*, vol. XI, pp. 424-429 [su cui Tarello 1976, pp. 333 ss].

libro. La vita in società, il contratto sociale, non è per Rousseau una scelta libera compiuta in un momento del passato, ma una necessità oggettiva. La sovranità appartiene a chi al contratto ha dato vita, al popolo nella sua totalità: non al sovrano. Ed è una sovranità unica, inalienabile e indivisibile¹⁹. Ciò che risulta dalle deliberazioni collettive è la «volontà generale» del popolo, che dà vita a un corpo unico, a un ente morale, che prende il nome di popolo²⁰. Inoltre «il patto sociale stabilisce tra i cittadini una tale uguaglianza, che essi si obbligano tutti sotto le medesime condizioni e devono godere tutti degli stessi diritti»²¹. Nei confronti delle idee di Grozio e dei giusnaturalisti sul contratto sociale, lontane dalle sue, Rousseau reagisce con forza²².

Le deliberazioni collettive si manifestano attraverso la legge, che ha carattere generale ed astratto e che deve promanare da tutto il popolo, non da corpi particolari e intermedi che distruggerebbero la volontà generale curando solo interessi settoriali²³. Anche le istituzioni rappresentative e l'esercito di mestiere per Rousseau sono contrastanti con la sovranità del popolo²⁴: egli elogia infatti lo Stato di dimensioni limitate e si pronuncia risolutamente a favore della democrazia diretta²⁵. D'altra parte il potere legislativo deve essere distinto dal potere esecutivo: «chi comanda sugli uomini non deve comandare sulle leggi, e chi comanda sulle leggi non deve comandare sugli uomini»²⁶. Le decisioni debbono essere assunte sempre a maggioranza, graduandone il livello a seconda dell'importanza della materia ma senza mai esigere la regola dell'unanimità²⁷.

Non è difficile scorgere quanto una tale concezione della sovranità, dello Stato e del diritto fosse in contrasto non solo con la realtà istituzionale del tempo, ma con le idee di Locke, di Montesquieu e

degli altri esponenti del pensiero politico del tempo. Il *Contratto* di Rousseau introduce nella storia del pensiero politico giuridico europeo, con argomentazioni tanto concise quanto efficaci, una concezione del potere politico basato sul principio della democrazia diretta e sul suffragio universale, dunque sulla sovranità popolare nel suo significato pieno e rigoroso. Un principio che si aprirà faticosamente il suo cammino in Europa e fuori d'Europa nel corso dei due secoli seguenti.

3. Voltaire

Chi impresse un segno indelebile all'illuminismo giuridico europeo fu un francese, François-Marie Arouet, più noto con il nome letterario di Voltaire (1694-1778). Autore di importanti opere storiche sulla Francia medievale e moderna, di scritti letterari e poetici, di saggi filosofici, formidabile polemista²⁸, Voltaire pose al centro della sua attività di scrittore la denuncia delle ingiustizie e delle storture generate dall'ordinamento legale del tempo.

La pretesa di imporre ai sudditi un'unica fede religiosa e di farne osservare il rispetto anche attraverso il potere cogente dello Stato fu combattuta da Voltaire con le armi appuntite della storia, della filosofia e della satira. Le terribili sanzioni penali prescritte da secoli nei confronti degli eretici, il procedimento dell'inquisizione che eliminava i diritti della difesa, la disciplina esclusivamente canonistica del matrimonio e il divieto del divorzio, i privilegi civili, penali e fiscali del clero e la loro sottrazione alla coazione dello Stato, il regime degli ordini monastici, l'intolleranza religiosa e le sue funeste conseguenze («ci siamo sterminati per dei paragrafi»²⁹) e molti altri temi formarono l'oggetto di innumerevoli scritti di implacabile denuncia.

Altrettanto netta fu la condanna delle violazioni della libertà di pensiero e di espressione, che l'istituto della censura dei libri codificava limitando fortemente la libertà di stampa. Il sistema penale e i vasti poteri discrezionali delle Corti sovrane vennero stigmatizzati attraverso la presentazione di errori giudiziari esemplari, quali la condanna e l'esecuzione capitale del calvinista Calas, accusato a torto di aver ucciso il figlio per evitare che si convertisse al cattolicesimo (*Mémoire de Donat Calas*, 1762)³⁰, o il procedimento contro il protestante Sirven nel 1765, anch'egli a torto accusato di aver ucciso la figlia³¹; si noti

¹⁹ Rousseau, *Contratto sociale* (1762), Torino, 1969, II. 1-2; cf. Cayla in DGOJ, pp. 495-506.

²⁰ Rousseau, *Contratto sociale*, I. 6: «ciascuno di noi mette in comune la sua persona e ogni suo potere sotto la suprema direzione della volontà generale; e riceviamo in quanto corpo ciascun membro come parte indivisibile del tutto». Questa proposizione è già nella prima versione dell'opera: si veda l'ed. critica a cura di R. Derathé, ed. Pléiade, J.-J. Rousseau, *Œuvres complètes*, vol. III, Paris, 1964, p. 290.

²¹ Rousseau, *Contratto sociale*, II.4.

²² Rousseau esprime infatti una radicale opposizione contro la concezione del contratto sociale di Grozio, contestando vivacemente l'idea che sia legittima la rinuncia della sovranità del popolo a favore di un sovrano: e nota che non si può semplicisticamente far derivare il diritto dal fatto e considerare legittimo ciò che è semplicemente il risultato della forza (Rousseau, *Contratto sociale*, I. 2-3).

²³ Rousseau, *Contratto sociale*, II. 6.

²⁴ Rousseau, *Contratto sociale*, III.15: quando i cittadini scelgono di farsi rappresentare da deputati o pagano le truppe per restare a casa, «lo Stato è già prossimo alla rovina».

²⁵ Rousseau, *Contratto sociale*, II. 9.

²⁶ Rousseau, *Contratto sociale*, II. 7.

²⁷ Rousseau, *Contratto sociale*, IV. 2.

²⁸ *Candide ou l'optimisme*, 1759.

²⁹ Voltaire, *Traité sur la tolérance* (1765), VI.

³⁰ Voltaire, *Œuvres complètes*, ed. Beauchot, Paris 1828-1840, rist. 1866 (40 volumi), vol. 23, pp. 522-529; Id., *L'Affaire Calas et autres affaires*, Paris, 1975, pp. 35-87.

³¹ Voltaire *Œuvres*, ed. Beauchot, vol. 24, pp. 445-460; Id., *L'Affaire Calas* [nota prec.], pp. 199-236.

che in entrambi questi casi l'intervento dei giudici penali era legato a ragioni confessionali, sicché Voltaire nel censurare le corti di giustizia proseguiva in pari tempo la sua battaglia contro l'intolleranza religiosa: non a caso il trattato sulla tolleranza, pubblicato nel 1763³², è stato scritto in occasione dell'Affare Calas.

Più in generale, Voltaire criticava la pluralità delle consuetudini e l'arbitrarietà delle troppe regole in vigore, diverse per località situate anche a poche leghe di distanza. E criticava la pluralità dei regimi giuridici per le diverse classi sociali, in particolare per il ceto feudale e nobiliare, patrocinando invece una chiara e uniforme disciplina per tutti i sudditi del regno. Per Voltaire il rimedio contro le norme obsolete e contraddittorie era semplice: occorre abrogarle per sostituirle con altre, migliori. Celebre è la sua esclamazione: «Volete avere buone leggi? Bruciate le vostre e fatene di nuove»³³.

Queste battaglie ideologiche – nelle quali si riscontrano non poche argomentazioni ispirate alle idee di Pufendorf e dei giusnaturalisti – facevano leva sul principio della libertà originaria dell'uomo (ogni uomo nasce libero), e conducevano all'esaltazione della libertà economica e dell'iniziativa individuale, contro i vincoli del regime tradizionale delle persone, delle famiglie e dell'economia. D'altra parte, non mancano in Voltaire giudizi e pregiudizi contrastanti con l'idea di eguaglianza tra gli uomini. E va sottolineato che lo strumento per realizzare queste istanze, sia nei confronti della Chiesa che dei ceti privilegiati, era costituito per Voltaire dal potere sovrano, attraverso lo strumento della legge. La sua era e rimase sempre una posizione pro-assolutistica, non particolarmente incline all'adozione di forme di rappresentanza politica, sebbene il modello costituzionale inglese gli fosse noto per esperienza diretta e destasse la sua ammirazione³⁴. Non a caso Voltaire fu per decenni familiare e consigliere di uno dei più potenti e coerenti sovrani dell'assolutismo illuminato, Federico di Prussia; e fu ammiratore di un'altra sovrana del dispotismo illuminato, l'imperatrice Caterina di Russia.

Con gli intellettuali di tutta Europa Voltaire mantenne un'attivissima corrispondenza per oltre mezzo secolo³⁵, sino alla morte. E grazie ai suoi scritti molte idee dei «lumi» acquisirono forza di convinzione sull'opinione pubblica colta e divennero un efficace strumento di pressione sui sovrani assoluti.

³² Voltaire, *Traité sur la tolérance à l'occasion de la mort de Jean Calas*, in *L'Affaire Calas* [note prec.], pp. 88-198.

³³ Voltaire, *Dictionnaire philosophique* (1764), voce *Lois*.

³⁴ Si vedano le osservazioni elogiative delle *Lettres philosophiques ou Lettres anglaises* (1734), 8: «La nation Anglaise est la seule de la terre qui soit parvenue à régler le pouvoir des rois en leur résistant» (ed. Naves, Paris, 1964, p. 34).

³⁵ Voltaire, *Correspondance*, ed. Bestermann, Paris, 1977-1992, 13 volumi della Collana La Pléiade.

4. Illuministi francesi

Tra le personalità della cultura francese ispirate alle idee illuministiche, alcuni autori sono ancora da menzionare, per la loro rilevanza nell'impostazione delle critiche al sistema di antico regime. Claude-Adrien Helvétius (1715-1771) sostenne il principio utilitaristico della massima felicità per il maggior numero di uomini, un obiettivo che si può a suo avviso perseguire solo attraverso lo strumento della legislazione, che obblighi gli individui a comportarsi in modo virtuoso³⁶: una concezione che conferma il ruolo egemonico attribuito ormai alla legge tra le fonti del diritto e della sua evoluzione. Non differente è l'atteggiamento del barone d'Holbach, anch'egli fautore di una rigida disciplina normativa di origine sovrana, che purghi la società dai vizi e dagli errori in contrasto con i dettami della ragione³⁷.

Un diverso filone del pensiero illuministico è rappresentato da autori che pongono al centro della loro critica uno dei pilastri fondamentali della società: l'istituto della proprietà privata. In un'opera apparsa nel 1755 in forma anonima (come tanta parte della pubblicistica del tempo, soggetta alla censura ecclesiastica), intitolata *Codice della natura*, l'autore Morelly denunciava appunto la proprietà privata quale causa dell'abbandono del felice stato di natura originario degli uomini; e proponeva una utopia rinnovatrice, che si sarebbe realizzata abolendo la proprietà individuale e imponendo una rigida disciplina di eguaglianza, con l'uscita coatta dalla famiglia dall'età di dieci anni, per far crescere i giovani «negli opifici»³⁸.

Altrettanto critico nei confronti della proprietà privata, distruttrice dello stato di natura, è un autore tra i più noti e influenti del Settecento, l'abate di Mably (1709-1785). Ma per Mably il rimedio non sta in un'impossibile restaurazione di un ordine ormai tramontato, bensì nella predisposizione di rimedi che limitino i danni provocati dalla proprietà. Alcuni modelli – tra i quali il regno di Svezia³⁹ – offrono elementi validi per la riforma dell'ordinamento giuridico, che tuttavia non dovrebbe ispirarsi all'obiettivo dell'eguaglianza tra i ceti, come erroneamente (a suo giudizio) era stato disposto nella costituzione di alcune colonie degli Stati Uniti, in particolare in Pennsylvania.

³⁶ *De l'Esprit* (1758), II, 15: «i vizi di un popolo sono, se oso dirlo, sempre celati nel seno della sua legislazione», sicché volerli eliminare «senza fare alcun cambiamento a questa medesima legislazione è pretendere l'impossibile».

³⁷ P.-H.Th. D'Holbach, *Politique naturelle*, 1773; Id., *Système social*, 1774, rist. Hildesheim - New York, 1969.

³⁸ Morelly, *Codice della natura*, 1755.

³⁹ Mably, *De la législation ou principes des loix*, 1776.

5. *Beccaria, Verri e «Il Caffè»*

Negli stessi anni in cui gli scritti di Voltaire incidevano, con la loro critica corrosiva, la pianta ancora salda del diritto d'antico regime, un piccolo cenacolo di patrizi lombardi, riuniti intorno alla forte personalità di Pietro Verri (1728-1797) e del fratello Alessandro (1741-1816), discutevano – sulle pagine di un foglio periodico da loro creato, «Il Caffè», che uscì dal 1764 al 1765 – temi di economia, di diritto e di costume pubblico e privato, affrontati in un libero dibattito ispirato alla nuova cultura dei «lumi». Si noti che a Milano come altrove la reazione ragionata contro le istituzioni del patriziato e l'elaborazione delle idee di riforma furono animate essenzialmente da rappresentanti del ceto patrizio: certo minoritari ed osteggiati nel loro ambiente, ma pur ad esso appartenenti. Sicché sarebbe un errore il rappresentare (come pure si è fatto) il nuovo indirizzo della cultura illuministica quale il risultato di una pressione del ceto borghese, ancor meno come il frutto di una lotta di classe.

Pietro Verri – figlio di un giurista di vaglia, il senatore Gabriele, dotto e rigido assertore del sistema del diritto comune e delle tradizioni giuridiche lombarde – aveva maturato un'aspra avversione per quel sistema, per la intramontabile fortuna della codificazione giustiniana e per la latitudine eccessiva del potere discrezionale dei giuristi, una casta potente: a Milano, egli scrisse, «tutto è in mano ai dottori»⁴⁰. Si delinea quella forte reazione antigiusprudenziale che caratterizza tanta parte della cultura illuministica e che troverà alimento e sbocco durante la Rivoluzione francese.

Del gruppo faceva parte un giovanissimo laureato in legge presso l'Università di Pavia, il marchese Cesare Beccaria (1738-1794)⁴¹, che incoraggiato dai Verri si diede a riflettere sul sistema penale del tempo. In pochi mesi ne uscì un libro non ampio, intitolato *Dei delitti e delle pene*, pubblicato anonimo a Livorno nel 1764. L'opera ebbe un successo immediato e clamoroso, che rese necessarie numerose ristampe, nel corso delle quali l'autore introdusse anche significative integrazioni⁴². Appena due anni più tardi, il grande Voltaire non solo fece tradurre e pubblicare il testo in francese, ma ne scrisse egli stesso un commento altamente elogiativo⁴³. L'opera fu ben presto letta e ammirata nell'Europa intera, sino alla

⁴⁰ P. Verri, *Orazione panegirica sulla giurisprudenza milanese* (1763), in C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. Venturi, Torino, 1965, pp. 126-146. Id., *Sulla interpretazione delle leggi* (1765). Altrove Giustiniano è sarcasticamente definito «un imbecille principe greco» [Tarello 1976, p. 373].

⁴¹ Birocchi in DBGI, I, pp. 200-204.

⁴² C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, ed. critica di G. Francioni, Milano, 1984.

⁴³ Voltaire, *Commentaire sur le traité des délits et des peines*, 1766.

Russia dell'imperatrice Caterina che avrebbe voluto tradurne in legge le idee⁴⁴.

Beccaria muove da una concezione utilitaristica del diritto penale. La pena deve infatti mirare alla difesa della società mediante la prevenzione e la repressione dei comportamenti criminosi che rechino danno alla comunità: «il fine non è altro che d'impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi cittadini, e di rimuovere gli altri dal farne uguali»⁴⁵. È una concezione non «retributiva» del diritto penale, in un duplice senso: perché esprime una nozione secolarizzata del diritto penale – dal quale viene espunta la punizione dei peccati e dei comportamenti rilevanti sotto il profilo della religione⁴⁶ – e perché si sostiene che la pena non ha lo scopo di attivare una reazione diretta contro il reo per punirlo del male che ha arrecato. Essa è invece concepita come lo strumento per evitare che il malfattore ponga in atto ulteriori comportamenti criminosi e insieme per distogliere, con il timore della sanzione, chi volesse imitarlo.

In questa prospettiva la pena deve essere proporzionata alla gravità del reato⁴⁷, perché un eccesso di severità indiscriminata – si tenga presente l'ampissimo spettro di reati per i quali il sistema penale del tempo irrogava la pena capitale – può addirittura produrre l'effetto contrario, perché la mancata graduazione delle sanzioni può indurre il criminale ad eccedere nella violenza per tentare di nascondere le prove del reato. Le pene non siano dunque inutilmente aspre, ma vengano applicate prontamente, indefettibilmente e senza eccezioni: pene miti ma certe⁴⁸. Un criterio opposto a quello allora dominante, che temperava la crudeltà delle sanzioni penali con il largo ricorso alla grazia del sovrano.

Per Beccaria solo la legge può stabilire la forma precisa della pena e solo la legge deve esplicitare per quali comportamenti essa vada inflitta⁴⁹. È l'enunciazione del moderno principio della legalità del reato e della pena («nullum crimen, nulla poena sine lege» se-

⁴⁴ Una vasta serie di giudizi e di discussioni che attestano la fortuna europea di Beccaria è raccolta da F. Venturi in C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Torino, 1981, pp. 113-660.

⁴⁵ Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 12.

⁴⁶ «Un genere di delitti che ha coperto l'Europa di sangue umano» (Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 39).

⁴⁷ Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 6.

⁴⁸ Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 27: «la certezza di un castigo, benché moderato, farà sempre una maggior impressione che non il timore di un altro più terribile, unito con la speranza dell'impunità». Ivi, 46: «A misura che le pene divengono più dolci, la clemenza e il perdono diventano meno necessari». Sui tempi del processo, ivi, 19: «il processo [...] deve essere finito nel più breve tempo possibile. Qual più crudele contrasto che l'indolenza di un giudice e le angosce d'un reo?».

⁴⁹ Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 3.

condo la formulazione che sarà coniata nell'Ottocento da Anselm Feuerbach): un principio fondamentale, affermato in contrasto con il sistema di diritto comune che lasciava invece al giudice un ampio margine di discrezionalità su entrambi i fronti. Leggi penali chiare e concise, in forma di codice, scritte nella lingua del paese, da applicarsi senza dare spazio a discrezionalità interpretative. Anche il ricorso allo «spirito della legge» era considerato da Beccaria «un argine rotto al torrente delle opinioni»⁵⁰.

I reati venivano classificati in ordine di gravità, ponendo come criterio il livello di pericolo di ciascun atto delittuoso nei confronti della società stessa: al sommo i reati che ne mettono a rischio la stessa esistenza, a cominciare dalla lesa maestà, a livelli inferiori e di gravità decrescente i reati contro i privati, dall'omicidio sino ai minori reati contro la pubblica tranquillità⁵¹.

Quanto alle prove, se Beccaria condivideva con Montesquieu la persuasione dell'opportunità di mantenere alcune regole legali (ad esempio la concorrenza di almeno due testimoni al fine di formare la piena prova del fatto), egli elogiava la giuria popolare come più equa nelle sue valutazioni, perché più vicina al sentire comune⁵². E criticava invece la tortura giudiziaria – ancora praticata al suo tempo in presenza di indizi, allo scopo di indurre l'imputato alla confessione – quale fonte di condanne ingiuste e di ingiuste assoluzioni, dovute non al riscontro obiettivo delle prove ma solo alla resistenza fisica e nervosa dell'imputato⁵³. E criticava l'abuso dei giuramenti con la semplice osservazione che «la religione tace quando parla l'interesse»⁵⁴.

Quanto ai modi della pena, Beccaria enumera una serie di sanzioni di asprezza crescente, che dalla semplice detenzione temporanea («prigione») giungono sino al bando (con o senza confisca dei beni), alle pene corporali e ai lavori forzati temporanei o a vita («schiavitù colle opere e con la persona») ⁵⁵. Non vede invece con favore le pene pecuniarie⁵⁶, in coerenza con il criterio di considerare il soggetto colpito dalla sanzione penale come un soggetto unico, senza distinzioni di ceto o di condizione sociale⁵⁷. In questo Beccaria, come Voltaire, si distingue nettamente da Montesquieu.

⁵⁰ Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 4-5.

⁵¹ Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 8; 20; 22; 24.

⁵² Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 13-14.

⁵³ Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 16.

⁵⁴ Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 11.

⁵⁵ Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 22-25.

⁵⁶ Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 22, a proposito della pena sul furto.

⁵⁷ Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 21: nella quinta edizione Beccaria introdusse l'esplicita affermazione che le pene «esser debbono le medesime per il primo e per l'ultimo cittadino».

Ma soprattutto va sottolineata la critica alla pena di morte⁵⁸: ne tratta il capitolo più famoso dell'opera, nel quale l'autore argomenta con lucida passione non solo la contrarietà della pena capitale con il comandamento etico e religioso che vieta di uccidere, ma anche il rischio di commettere errori giudiziari irreparabili e persino la maggiore forza dissuasiva di una pena ai lavori forzati, che si può prolungare per la vita intera, rispetto all'esecuzione capitale in cui la sofferenza del condannato si consuma in un attimo.

Il libro di Beccaria deve il suo straordinario successo anche allo stile piano e persuasivo, preciso ma soffuso di umanità, con il quale le argomentazioni sono presentate, affiancando costantemente alle critiche altrettante proposte costruttive. L'opera inaugura in Europa l'età delle riforme del sistema penale d'antico regime. E il dibattito [Imbert 1989; Carbasse 2002] aperto nel 1764 sulla pena di morte non si è mai più arrestato da allora.

6. *L'illuminismo napoletano e Filangieri*

In Italia, accanto a Milano, il centro principale in cui fiorì una cultura ispirata alle idee illuministiche fu Napoli [F. Valsecchi 1971; Venturi 1972-1990; Ferrone 2010]. Accanto ad autori di notevole importanza per la storia delle dottrine economiche e pubblicistiche, quali furono Antonio Genovesi⁵⁹ e Ferdinando Galiani⁶⁰, fu significativa la figura di Francesco Mario Pagano (Ippolito in DBGI, II, p. 1484), avvocato ed autore di scritti di intelligente critica ai difetti gravi del sistema penale del suo tempo (egli parla di «tenebre del foro»), del quale auspica la riforma nel segno di una maggiore certezza indotta da un procedimento di codificazione⁶¹. Nel momento della rivoluzione partenopea del 1799 Pagano assunse un ruolo centrale, disegnando le linee della costituzione e progettando audaci riforme, tra le quali l'abolizione della pena capitale. Ma la dura repressione che chiuse questa breve stagione ne falciò l'esistenza condannandolo a morte.

Raggio ancora assai più ampio di notorietà e di influenza ebbe l'opera di Gaetano Filangieri: la sua *Scienza della legislazione* – della

⁵⁸ Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 28: «se dimostrerò non essere la [pena di] morte né utile né necessaria, avrò vinto la causa dell'umanità». Si noti che per i due casi di minaccia alla sicurezza della nazione e di minaccia di rivoluzione, Beccaria ritiene la condanna a morte necessaria.

⁵⁹ A. Genovesi, *Della Diceosina o sia Della filosofia del giusto e dell'onesto*, Vercelli, 1779, 3 volumi; Id., *Della Diceosina*, a cura di V. Ferrone, Venezia, 2008.

⁶⁰ F. Galiani, *De' doveri de' principi neutrali verso i principi guerreggianti, e di questi verso i neutrali*, libri due, Napoli, 1782.

⁶¹ F.M. Pagano, *Considerazioni sul processo criminale*, 1787; *Della ragion criminale*, 1795.

quale uscirono tra il 1780 e il 1788 otto volumi⁶², rimasti interrotti per la morte precoce dell'autore – delinea un vasto programma di riforma delle leggi civili e penali, ridisegnando tra l'altro la disciplina del processo e soffermandosi sull'ordinamento dell'istruzione. Filangieri assegna alla legislazione il compito di innovare, con equilibrio ma senza timidezze, l'ordinamento giuridico del suo tempo. E non esita a proporre riforme di portata davvero molto incisiva: dall'abolizione del fedecommesso alla proporzionalità dei tributi, dall'istituzione della giuria penale alla riduzione della manomorta ecclesiastica⁶³. Le scelte sono non di rado originali: ad esempio egli coniuga il mantenimento di alcune regole legali sulle prove (la pluralità di testimoni) con il principio del libero convincimento dei giudici⁶⁴. Filangieri è coerente con l'impostazione assolutistica, che assegna al sovrano il compito di legiferare⁶⁵; ma combatte apertamente i privilegi nobiliari e manifesta con chiarezza un indirizzo favorevole alla crescita della ricchezza e al libero esercizio della proprietà; e sembra auspicare una vera carta costituzionale⁶⁶. Fu anche tentato dall'idea di trasferirsi in una società più affine alle sue idee, negli Stati Uniti d'America che proprio allora varavano la loro costituzione.

Le idee del giovane patrizio napoletano, ammirate ma anche criticate in patria – anche Goethe lo conobbe nel suo viaggio del 1787⁶⁷ – sono precise e bene argomentate. Ed ebbero ampia circolazione in Francia, in Inghilterra ed anche negli Stati Uniti, attraverso traduzioni in francese e in inglese.

7. Bentham

Un ruolo di spicco nel promuovere nuove idee sul diritto fu svolto da Jeremy Bentham (1748-1832) [Dinwiddy 1989], l'esponente più

⁶² G. Filangieri, *La scienza della legislazione (1780-1788)*, ed. critica a cura di V. Ferrone, A. Trampus *et al.*, Venezia, 2003-2004, 7 volumi; cf. Trampus in DBGI, I, p. 860.

⁶³ Filangieri, *Scienza della legislazione*, II, 4; 5; 16; 26; 36; III.18 [su ciò Birocchi 2002, pp. 521 s.].

⁶⁴ Filangieri, *Scienza della legislazione*, III, 13-15.

⁶⁵ Con ciò egli ricusa il modello costituzionale inglese (Filangieri, *Scienza della legislazione*, I, 11).

⁶⁶ Filangieri, *Scienza della legislazione*, II, 31.

⁶⁷ Nel riferire sull'incontro con Filangieri, da lui ammirato, Goethe riporta anche il parere di una gentildonna dell'alta società napoletana [la principessa Teresa, sorella di Filangieri] che all'ospite straniero dichiarava il suo divertito stupore per l'ardore di riforma del giovane patrizio, mentre le nostre leggi (lei diceva) sono così familiari e ormai facilmente trasgredibili: perché mutarle? (Goethe, *Italienische Reise [Viaggio in Italia]*, 12 marzo 1787, sera: «quante volte non ho detto [a Filangieri]: se voi fate delle leggi nuove, noi dovremo affaticarci di nuovo per trovar subito il mezzo per trasgredirle; mentre per le leggi vecchie abbiamo già trovato il rimedio»).

significativo dell'illuminismo giuridico inglese. Studente ad Oxford, *barrister* a ventuno anni, egli ben presto abbandonò la professione legale⁶⁸ per dedicarsi allo studio di temi diversissimi – dalla costituzione inglese al sistema penale, dai diritti di libertà all'educazione, dai progetti di codice alle riforme economiche e a molti altri – affrontati con acuto spirito critico e senza alcuna concessione alle convenzioni tradizionali. Esordì con una critica radicale all'opera di Blackstone, di recente apparsa e già celebre, sulla base del principio fondamentale per il quale «la misura del diritto e del torto è [cioè: deve essere] la felicità massima per il massimo numero di persone»⁶⁹. Resterà questo il criterio di fondo della filosofia dell'utilitarismo, della quale Bentham è il fondatore.

L'intera impalcatura del *Common law* è per Bentham discutibile: egli condanna il «diritto fatto dai giudici», l'assenza di codici sistematici, il meccanismo delle finzioni legali, il sistema penale, la stessa giuria⁷⁰; e difende (senza alcuna fortuna, per quanto concerne l'Inghilterra) l'idea della codificazione, disegnando sinteticamente l'intero sistema legale che dovrebbe sostituire le regole esistenti, non solo in Inghilterra ma ovunque.

Una serie di suoi scritti, che nella versione originale restarono in gran parte inediti sino al Novecento⁷¹, venne tradotta in francese dallo svizzero ginevrino Etienne Dumont⁷² ed esercitò sul Continente un profondo influsso. Anche in Inghilterra molte tra le maggiori riforme

⁶⁸ Il suo esordio professionale fu tipico dell'uomo: sin dal primo giorno protestò contro la consuetudine immemorabile che esigeva una tariffa corrispondente a tre giorni di lavoro per ottenere dalla Cancelleria una documentazione legale ottenibile in un solo giorno. Il fatto è citato da John Stuart Mill, che di Bentham fu allievo, nel saggio scritto su Bentham nel 1838. Su Bentham si vedano i rinvii agli scritti e alla bibliografia nel sito <http://www.utilitarian.net/bentham>.

⁶⁹ Bentham, *A Fragment on Government*, London, 1776, Preface. L'opera esordiva criticando l'atteggiamento costantemente elogiativo di Blackstone nei confronti delle regole del *Common law*, anche delle più anacronistiche e irrazionali, perché «a system that is never to be censured, will never be improved» (*A Fragment*, Preface; il testo in <http://www.ecn.bris.ac.uk/het/bentham/government.htm>).

⁷⁰ Un progetto di riforma giudiziaria, predisposto da Bentham e da lui inviato ai membri dell'Assemblea nazionale costituente francese nel 1789, respingeva l'adozione della giuria penale, tanto ammirata dai *philosophes* [A. Padoa-Schioppa 1994, p. 75]. Non desta meraviglia che il progetto sia stato ignorato dai costituenti, salvo che per il curioso modo di votazione del collegio giudicante adottato nella legge del 18 settembre 1791, che prescriveva ai giurati l'uso di palle bianche o nere da deporre in un'urna.

⁷¹ Dell'edizione completa delle opere di Bentham sono usciti sinora 20 volumi su 70 previsti: J. Bentham, *Collected Works*, a cura di J.H. Burns *et al.*, London and Oxford, 1968-2006.

⁷² J. Bentham, *Oeuvres*, Bruxelles, 1829-1834, rist. Aalen, 1969, 4 volumi; Id., *Traité de législation civile et pénale*, a cura di E. Dumont, Bruxelles, 1840, 4 volumi. Si veda, in quest'ultima edizione, il tentativo audace di tracciare in un unico quadro il disegno dell'intera legislazione: Bentham, *Vue générale d'un corps complet de législation* (vol. IV, pp. 71-282).

della giurisdizione e della legislazione civile e penale, avvenute nel corso dell'Ottocento, furono direttamente o indirettamente ispirate da Bentham. E la sua impostazione è alla base di alcune correnti del pensiero giuridico del Novecento [Hart 1982], in particolare l'analisi economica del diritto.

8. Kant

Un contributo di alto e duraturo valore alle dottrine sul diritto è venuto da uno tra i più grandi filosofi della storia, Immanuel Kant (1724-1804). La distinzione tra diritto e morale, già esplicitata da autori quali Thomasius, si basa per Kant sulla diversa natura dell'obbligo nei due settori: il dovere morale è tale per se stesso in quanto deriva da un'idea di ragione che genera di per sé l'impulso ad adeguarvisi, mentre l'imperativo che nasce dal diritto ha anche altri elementi di costrizione⁷³: il diritto ha natura intersoggettiva ed è connesso inscindibilmente con il potere di costringere, con la coattività⁷⁴.

Unico diritto innato e originario è per Kant quello che rende possibile la libertà di ogni uomo facendola coesistere con la libertà di ogni altro uomo⁷⁵. A questo fine è legittimata l'autorità dello Stato: non al raggiungimento della massima felicità – Kant respinge le teorie utilitaristiche, in quanto solo l'individuo conosce ciò che lo rende felice – bensì alla garanzia che assicura a ciascuno la sua libertà mediante la legge⁷⁶. Kant considera il diritto naturale come un imperativo della ragione pratica, un'istanza valida in sé perché conforme al «dover essere», alla tutela della libertà individuale, mentre il diritto positivo è la sua concreta traduzione in norme munite di coazione⁷⁷. Questa impostazione, che identifica nella libertà umana il vero e unico fondamento etico del diritto, spiega la distanza che separa Kant dalle dottrine giusnaturalistiche e illuministiche, le quali si erano cimentate nel tentativo di costruire un edificio compiuto di diritto naturale in cui ogni tassello dell'ordinamento giuridico fosse definito in nome della ragione e in vista dell'utilità pubblica e privata. Per Kant e per i giuristi che ne seguirono le orme nell'Ottocento il giusnaturalismo pecca di empiria, perché tende a trasformare istanze e regole legate a situazioni storiche particolari, in quanto tali mutevoli e opinabili, in leggi eterne della ragione [Solari 1959].

⁷³ Kant, *Metafisica dei costumi*, 1797, Introduzione, I: IV.

⁷⁴ Kant, *Metafisica dei costumi*, Introduzione alla dottrina del diritto, § C-E.

⁷⁵ Kant, *Metafisica dei costumi*, Dottrina del diritto, § B.

⁷⁶ Kant, *Sopra il detto comune: questo può essere giusto in teoria ma non vale per la pratica*, 1793, II, Corollario.

⁷⁷ Kant, *Metafisica dei costumi*, Dottrina del diritto.

Inoltre, se Kant si avvicina a Locke nel ritenere che la transizione dallo stato di natura allo stato civile della società sia il mezzo per realizzare i principi del diritto naturale e che quindi il secondo non sia in contraddizione né in antagonismo col primo (come invece aveva ritenuto Hobbes), da Locke lo separa la convinzione che associarsi in comunità statali sia per l'uomo un dovere, non frutto di un mero calcolo di utilità [Bobbio 1969, p. 219]. Questo passaggio avviene con un «contratto originario» che non è però per Kant da concepire come un fatto storico ma come un principio di ragione, a tutela della libertà dell'individuo la quale sarebbe a repentaglio in una società senza regole.

Ma Kant va oltre il rapporto tra libertà individuale, legge e Stato. In alcuni scritti egli mette a fuoco le implicazioni istituzionali del valore della pace. Come il diritto, attraverso lo Stato, rende effettiva la garanzia delle libertà degli individui, così si può pensare ad un assetto che sostituisca il diritto alla forza nei rapporti internazionali: un «diritto cosmopolitico» che pieghi anche gli Stati all'osservanza del diritto e che impedisca di risolvere le controversie tra Stati e tra popoli con il mezzo brutale e primitivo della guerra⁷⁸. Questo obiettivo, che costituisce per Kant «il più grande problema per il genere umano», lo porta a configurare un ordinamento sovrastatale e sovranazionale che abbracci l'intera umanità, garantendo così – e solo così – la possibilità della pace perpetua⁷⁹. Esso potrà esser raggiunto quando «la violazione di un diritto in un punto qualsiasi della terra sarà avvertita come riguardante ciascun uomo».

Già altri pensatori di epoche diverse e con approcci diversi tra loro – si pensi a Dante Alighieri nel *De monarchia* del 1311 o all'abate di Saint Pierre nel 1713 – avevano ragionato su un nuovo ordine internazionale. Ma Kant si muove su un piano più generale, sulla base di principi. Con la potenza del suo pensiero il filosofo di Königsberg ha raffigurato un coerente modello di ordinamento internazionale che sembra oggi, in un mondo globalizzato, ancora più attuale di quando venne formulato due secoli orsono.

⁷⁸ Kant, *Idea di una storia universale dal punto di vista cosmopolitico*, 1784, tesi V.

⁷⁹ Kant, *Per la pace perpetua*, 1795, articolo III.