

La collana «Fare l'Europa» viene pubblicata contemporaneamente da cinque editori:

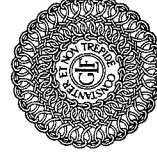
C.H. Beck, Monaco - Basil Blackwell, Oxford
Crítica, Barcellona - Laterza, Roma-Bari
Editions du Seuil, Parigi

I volumi della collana sono pubblicati anche da:
Arbeiderspers (Agon), Amsterdam - Presença,
Lisbona - Ellinika Grammata, Atene - Atlantisz,
Budapest - Archa, Bratislava - Krag, Varsavia -
Baltos lankos, Vilnius - AFA, Istanbul -
Saemulgyul, Seul - Heibonsha, Tokyo - LIK,
Sofia - Lidové Noviny, Praga - Polirom,
Iasi - Založba/*cf, Ljubljana - Literatür Yayincilik,
Istanbul - CLIO, Belgrado - Symposium,
San Pietroburgo

PAOLO GROSSI

L'EUROPA DEL DIRITTO

EDITORI LATERZA



€20,00

MOD 1492/768 192-G-93

© 2007: Gius. Laterza & Figli, Roma-Bari, per la lingua italiana
© 2007: C.H. Beck Verlag, München, per la lingua tedesca
© 2007: Basil Blackwell, Oxford, per la lingua inglese
© 2007: Editorial Critica (Grijalbo Comercial, S.A.), Barcellona,
per le lingue spagnola e catalana
© 2007: Editions du Seuil, Paris, per la lingua francese

Prima edizione 2007

È vietata la riproduzione, anche parziale, con qualsiasi mezzo effettuata, compresa la fotocopia, anche ad uso interno o didattico.
Per la legge italiana la fotocopia è lecita solo per uso personale *purché non danneggi l'autore*. Quindi ogni fotocopia che eviti l'acquisto di un libro è illecita e minaccia la sopravvivenza di un modo di trasmettere la conoscenza.
Chi fotocopie un libro, chi mette a disposizione i mezzi per fotocopiare, chi comunque favorisce questa pratica commette un furto e opera ai danni della cultura.

Proprietà letteraria riservata
Gius. Laterza & Figli Spa, Roma-Bari

Finito di stampare nel settembre 2007
SEDIT - Bari (Italy)
per conto della Gius. Laterza & Figli Spa
ISBN 978-88-420-8454-9

*ai cari e valenti discepoli
degli Atenei brasiliani e messicani
seme vigoroso
per un futuro abbondante raccolto*

Indice

<i>Prefazione</i> di Jacques Le Goff	VII
<i>Premessa</i>	IX
Chiarimenti preliminari	3
1. Equivoci su Europa e diritto: Europa, p. 3 - 2. Equivoci su Europa e diritto: diritto, p. 5 - 3. La storia del diritto come storia di esperienze giuridiche, p. 7	
I. Radici medievali	9
1. UNA CIVILTÀ GIURIDICA IN COSTRUZIONE: L'OFFICINA DELLA PRASSI	
1.1. Il contesto politico: una società senza Stato. L'incompletezza del potere politico medievale, p. 11 - 1.2. Il trionfo delle comunità intermedie: perfezione della comunità e imperfezione dell'individuo, p. 16 - 1.3. Il vuoto culturale e la fattualità del diritto. Il primato dei fatti naturali ed economici. I fatti primordiali come forze fondanti: tempo, terra, sangue, p. 18 - 1.4. Il primato della consuetudine tra le fonti del diritto, p. 23 - 1.5. Il primato della prassi nella identificazione dell'ordine giuridico. All'insegna del particolarismo, p. 25 - 1.6. La appartatezza del legislatore, p. 27 - 1.7. Le soluzioni giuridiche della vita quotidiana di una società agraria, p. 29 - 1.8. La Chiesa Romana durante il primo millennio: genesi e sistemazione del diritto canonico, p. 33	

2. MATURITÀ MEDIEVALE: UN LABORATORIO SAPIENZIALE

2.1. Tra XI e XII secolo: un crinale storico. Il contesto economico-sociale. Il contesto culturale, p. 37 - 2.2. Potere politico e diritto. La appartenenza del legislatore, p. 39 - 2.3. La ritrovata complessità della società occidentale esige rinnovati strumenti giuridici, p. 44 - 2.4. Il ruolo della scienza giuridica. Universalismo e particolarismo. Consuetudini e scienza nell'identificazione dell'ordine giuridico, p. 45 - 2.5. Sul carattere della scienza giuridica tardo-medievale. Diritto comune, diritto romano, diritto canonico, p. 48 - 2.6. La sistemazione del diritto canonico. L'edificazione del diritto canonico classico, p. 55 - 2.7. Diritto comune, leggi e statuti particolari nazionali e locali, p. 56 - 2.8. Diritto comune e diritto feudale. In particolare, degli «*usus feudorum*», p. 60 - 2.9. Alle origini del diritto commerciale, p. 63

II. Fondazioni della modernità giuridica

65

1. Il Trecento agli occhi dello storico del diritto: sconvolgimenti socio-economici e crisi di valori. Alla ricerca di un nuovo ordine giuridico, p. 67 - 2. Un processo liberatorio: macro-individuo e micro-individuo quali nuovi protagonisti. Alle origini dello Stato moderno, p. 72 - 3. Il principe e il diritto. In particolare, del regno di Francia: un laboratorio politico-giuridico della modernità, p. 74 - 4. In particolare, del regno d'Inghilterra: continuità con la visione e l'esperienza medievali. Alle origini del «*common law*», p. 78 - 5. Una frattura ideologica con il passato nel solco della liberazione individuale: Umanesimo, riforma religiosa, pre-capitalismo, rivoluzione scientifica, p. 83 - 6. In particolare: riforma religiosa e ordine giuridico, p. 88 - 7. In particolare: l'umanesimo giuridico e le sue due anime: a) l'anima razionalista; b) l'anima storicista, p. 90 - 8. Il giusnaturalismo, p. 96 - 9. L'illuminismo giuridico. Legalismo e legolatria. L'età dell'assolutismo giuridico, p. 104 - 10. L'età dell'individualismo proprietario. Liberalismo economico e assolutismo giuridico, p. 113 - 11. L'età del costituzionalismo. Il costituzionalismo moderno tra mito e storia, p. 115 - 12. Il regno di Francia nei secoli XVII e XVIII e la costruzione di un «*droit français*», p. 120 - 13. Il regno d'Inghilterra: turbolenze e mutamenti costituzionali al di sopra della stabile continuità del «*common law*», p. 125 - 14. Il messaggio giuridico della rivoluzione francese, p. 129 - 15. L'età del Codice, p. 135 - 16. In particolare: della codificazione francese, ai primi del secolo XIX, p. 140 - 17. E della codificazione austriaca, p. 145 - 18. Legge, scienza giuridica, prassi giuridica nell'Europa dei Codici, p. 148 - 19. Legge, scienza giu-

ridica, prassi giuridica nell'area germanica durante la prima età moderna, p. 155 - 20. Legge, scienza giuridica, prassi giuridica nell'area germanica durante l'Ottocento. Scuola storica del diritto e Pandettistica. L'edificazione del sistema giuridico, p. 160 - 21. Fondazioni germaniche di un'autonomia scienza di diritto pubblico, p. 170 - 22. Pandettistica e germanistica verso il «*Bürgerliches Gesetzbuch*» dell'Impero tedesco. Un Codice speculare alla scienza: il BGB del 1896-1900, p. 175 - 23. Una codificazione singolare: il Codice civile svizzero del 1907, p. 178 - 24. Pesantezze legalistiche in Francia. Il potere «*pretorio*» della giurisprudenza pratica. Insofferenze e proposte: Raymond Saleilles e François Gény, p. 180 - 25. La ventata giusliberistica: un modernismo giuridico, p. 186 - 26. Solidarismo giuridico di fine Ottocento: le cosiddette «*leggi sociali*», p. 189 - 27. Solidarismo giuridico di fine Ottocento: il cosiddetto «*socialismo giuridico*», p. 194 - 28. Alle origini della comparazione giuridica, p. 198 - 29. Alle origini del diritto del lavoro, p. 201 - 30. Il diritto commerciale tra legislazione, scienza e prassi, p. 208 - 31. La prima codificazione del diritto canonico nel 1917, p. 213

III. Itinerari contemporanei. Vecchi e nuovi modelli a confronto

217

1. Novecento giuridico: crisi dello Stato e riscoperta della complessità, p. 219 - 2. Corporativismi europei, p. 223 - 3. La prima guerra mondiale e la sua incidenza nell'ordine giuridico europeo, p. 229 - 4. Il comunitarismo weimariano, p. 232 - 5. L'Unione Sovietica e la costruzione di un diritto socialista, p. 238 - 6. Il diritto nei regimi totalitari italiani e tedeschi, p. 242 - 7. Dopo il 1945. Nuove costituzioni e vecchi codici. L'avvio del processo di unificazione europea, p. 249 - 8. Qualche considerazione finale tra un millennio e l'altro, p. 254

Bibliografia

257

Innanzitutto, non guarda con superba sufficienza al passato come pretende ogni codificazione post-illuministica. La Chiesa codifica in perfetta continuità con la sua storia quasi bimillenaria, una storia che è considerata ricchezza del presente. Il canone 6 (il Codice è diviso non in articoli ma in 'canoni') valorizza espressamente il patrimonio giuridico del passato, gli attribuisce un grosso valore interpretativo e invita a utilizzarlo, a meno che non si sia in presenza di una regola del Codice specificamente innovativa e, pertanto, abrogativa di ogni regola preterita.

Singolare è, in secondo luogo, come il *Codex* affronti nel canone 20 il problema arduo di ogni operazione codificatoria: le eventuali lacune nel sistema positivo. Dopo avere accennato al consueto rimedio dell'analogia, cioè al ricorso a norme aventi oggetto identico o simile e contenute nel Codice stesso, l'orizzonte giuridico si amplia indefinitamente: il giudice potrà riferirsi ai principi generali del diritto verificati alla luce dell'equità canonica, alla prassi della Curia Romana, alla opinione comune dei maestri di diritto. Due postille necessarie: la Chiesa ha diffidenza verso i principi generali che, se contemplati isolatamente, possono non tenere abbastanza conto della realtà particolare, delle circostanze particolari in cui un atto si è consumato, e chiede una loro verifica alla luce della equità canonica, di quella equità che è lo strumento di emersione del particolare in tutta la sua concretezza; la scienza – la scienza giuridica con le sue opinioni illuminate – permane fonte preziosa, e si perpetua in questo Codice novecentesco l'antica eredità del diritto comune medievale.

III

Itinerari contemporanei Vecchi e nuovi modelli a confronto

1. *Novecento giuridico:
crisi dello Stato e riscoperta della complessità*

Chiamato a tenere il discorso inaugurale per l'anno accademico 1909-1910 nella Università di Pisa, un giovane e brillante cultore italiano del diritto pubblico, Santi Romano (1875-1947), lo intitolava senza mezzi termini *Lo Stato moderno e la sua crisi*; singolare franchezza per chi faceva del diritto costituzionale e amministrativo il proprio oggetto di studio e di insegnamento. Il giovane giurista era, però, da parecchi anni, l'osservatore attento di un processo avanzante che gli appariva nitidamente quale 'eclissi' dello Stato, una eclissi strettamente consequenziale alla incapacità di ordinare una realtà politico-sociale e giuridica sempre più complessa¹.

Liberatosi finalmente da occhiali deformanti, il castello del diritto borghese gli si profilava – in una visio-

¹ Il discorso si può leggere in: Santi Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano 1969. Romano parla espressamente di «eclissi» a p. 9, mentre la denuncia del «semplicitismo» è a p. 13.

ne straordinariamente lucida – come una costruzione ammirevole ma artificiosa: era *ridotto* lo scenario a due protagonisti, il macro-individuo Stato e il micro-individuo soggetto/singolo, erano *ridotte* le fonti a due soltanto, la legge sul piano sociale e il contratto sul piano privato, era *ridotta* la società a una massa anonima di cittadini formalmente tutti uguali che subiva inerte e passiva i comandi di un potere centrale. E balzava agli occhi una metafisica dello Stato e dell'individuo, giacché, essendo operata una netta separazione con la società, Stato e individuo galleggiavano isolati al di sopra di questa senza alcuna radicazione in essa.

La sonora denuncia di Romano era contro un processo *riduzionistico*, che aveva elaborato un edificio assai armonico e assai semplice, ma che, ora, primi anni del secolo nuovo, si mostrava completamente antistorico. La semplicità era, invece, semplicismo, ossia una semplificazione forzata priva di riscontri nella realtà e assai costrittiva del reale sviluppo socio/economico/giuridico rapidamente maturatosi soprattutto negli ultimi decenni dell'Ottocento.

Nell'Europa continentale il paesaggio sociale si era parecchio rinnovato; e non c'era soltanto quel «rigoglioso movimento dell'organizzazione operaia» acclamato nel 1894 dal socialista italiano Claudio Treves; c'era un generale rigoglio di associazioni, nate e affermatesi spontaneamente, spesso contro i progetti dello Stato monoclasse, spesso repressi, talora appena tollerate, ma che ormai erano presenze vive ed effettive, e che, nella dia gnosi di Romano, costituivano il nucleo erosivo del decrepito (anche se ammirevole) edificio statuale disegnato dalla grande Rivoluzione in poi. La crisi consisteva nella perdita della compattezza, nella emersione di un io collettivo del cittadino che il potere borghese aveva da sempre ignorato riconoscendo in esso la minaccia più pericolosa, quell'io collettivo che frastagliava la compattezza

za e che dava al cittadino nulla-tenente una cittadinanza più sostanziale, ottenuta però con il gruppo di appartenenza ed entro il gruppo.

Si incrinavano, con questo processo incalzante, anche le due colonne portanti dell'edificio: la separazione nettissima fra la sfera del diritto pubblico e quella del diritto privato; la separazione nettissima fra il mondo del diritto e quello dei fatti.

La modernità giuridica aveva rinverdito la remota divisione romana fra pubblico e privato pressoché cancellata dalla civiltà medievale: il 'pubblico' era totalmente rimesso nelle mani dello Stato e il 'privato' si restringeva ai rapporti fra individui. Ma la presenza di una terza dimensione, quella di un 'collettivo' diverso dallo Stato, scompigliava una dicotomia preziosa all'ordine borghese, il quale – non dimentichiamolo mai – si risolve in un acceso individualismo ma anche in un altrettanto acceso statalismo giacché l'individuo proprietario non può fare a meno di una protezione possente.

La seconda colonna portante – il rigidissimo controllo della giuridicità da parte dello Stato, imponendo come diritto unicamente ciò che lo Stato vuole che sia diritto – è incrinata da un proliferare di fatti economici e sociali che corrispondono a esigenze nuove e che trovano osservanza da parte dei cittadini, prescindendo completamente dalla benedizione e appropriazione da parte del potere politico: fatti grezzi ma fatti osservati dalla comunità, e pertanto formanti già una giuridicità effettiva.

E il risultato ultimo è la perdita di autorevolezza dello Stato, lo sfaldarsi del suo monopolio, il formarsi di due livelli di giuridicità, quello legale e quello della esperienza quotidiana, quello del diritto formale e quello del diritto vivente.

È vero che i poteri politici, in tutta Europa, si trovano costretti – sia pure di malavoglia – a prendere atto della pesante situazione e a provvedervi con quelle leggi spe-

ciali di cui abbiamo già parlato recuperando in un testo legislativo fatti emersi e consolidati nella pratica sociale, ma si assiste purtuttavia a una genesi extra-legislativa del diritto, che ci propone due livelli di formazione, talora l'uno (fattuale) in conflitto con l'altro (legale), con l'effetto finale della complicazione delle linee armoniche del vecchio paesaggio, con la perdita dell'artificiosa semplicità, con il recupero della complessità.

La società aveva la sua rivincita sullo Stato. L'esempio del nascente 'diritto del lavoro' è addirittura emblematico: nasce con l'ostilità o, tutt'al più, con la tolleranza dello Stato mono-classe comprensibilmente affezionato alla decrepita locazione d'opere, e nasce nella prassi delle lotte sindacali e delle contrattazioni collettive, appena integrate da leggi speciali concesse con malavoglia dai detentori del potere.

Al sommo di quel cielo metafisico, in cui abbiamo collocato lo Stato/persona e l'individuo astratto coniato dall'abile mitologia giusnaturalistica, sta il Codice, recante nei suoi articoli una modellistica sempre più smentita nella cruda effettività della vita quotidiana. Il Codice, legge madre, legge omni-valente, è sempre più lontano dal divenire sociale, mentre nel magma dell'esperienza giuridici e avvocati si trovano a fare opera di supplenza in assenza di una parola del legislatore, diventano sempre più numerose le leggi speciali che integrano il Codice e, insieme, lo devitalizzano e lo esiliano, si affacciano fonti nuove (sentenze arbitrali di giudici di equità e contratti collettivi) immerse nella fattualità, una fattualità ripugnante per chi aveva contemplato orgoglioso il diritto puro dei pandettisti e dei Codici.

Con la riscoperta della complessità del diritto, che scaturiva direttamente dalla complessità della società, si sanzionava la vittoria di questa. La scienza giuridica più lungimirante non esiterà a verificarlo: sarà lo stesso Santi Romano, che, nel 1918, ultimo anno di una immane trage-

dia bellica, portando a conclusione le diagnosi del discorso inaugurale pisano e di numerosi scavi parziali, darà loro una veste scientifica in un denso saggio di robusta teoria generale del diritto, *L'ordinamento giuridico*². In queste pagine trovava adeguata veste dottrinale la consapevolezza nuova del nuovo giurista: il diritto esprime la società prima che lo Stato. Se, durante la modernità, si è ridotto il diritto statalizzandolo, è giunta l'ora di un suo recupero all'ampio ventre materno della società. Contro il costringente *monismo giuridico* dell'età dei Codici occorre recuperare quel *pluralismo giuridico* che è in grado di permettere l'armonico divenire congiunto di società e diritto.

2. Corporativismi europei

Corporativismo: ecco un altro termine stracolmo di equivoci e intorno al quale dobbiamo intenderci bene.

Qui lo consideriamo in una accezione generica. È un atteggiamento di insoddisfazione per lo statalismo e l'individualismo moderni; è un recupero di tutta la complessità dell'ordine sociale e giuridico; è un disegno che – all'interno di quell'ordine – esalta, nella sua vitale funzione mediatrice fra Stato e individuo, il ruolo di ogni tipo di associazione/corporazione, strumento capace di incarnare il soggetto astratto in un tessuto concreto di relazioni e di avvicinare l'apparato di potere alla società.

² *L'ordinamento giuridico* di Santi Romano, stampato originariamente a Pisa nel 1918, ha avuto una seconda edizione a Firenze nel 1946, preziosa perché curata dallo stesso autore che risponde alle critiche mossegli negli anni precedenti. Dell'opera di Romano esistono tre traduzioni: in lingua spagnola (*El ordenamiento jurídico*, trad. di S. e L. Martin-Retortillo, Madrid 1963), in lingua francese (*L'ordre juridique*, trad. di L. François e P. Gothot, Paris 1975) e in lingua tedesca (*Die Rechtsordnung*, trad. di R. Schnur, Berlin 1975).

In questa visuale, l'associazione/corporazione, proprio perché toglie astrattezza al soggetto singolo, diviene per ciò stesso la sua necessaria cellula protettiva, necessaria soprattutto per il soggetto socialmente ed economicamente debole: se il suo io individuale lo condanna a subire la violenza dei più forti, il suo io collettivo costituisce per lui un efficace salvataggio.

Dopo le drastiche negazioni illuministiche e rivoluzionarie fatte proprie dall'ordinamento borghese, la seconda metà dell'Ottocento fu tempo di rigurgiti corporativi, e a un duplice livello, di prassi sociale e di progetti culturali. Tempo di associazionismi – come abbiamo già visto – mediante multiformi concretizzazioni che andavano dalle prime coalizioni operaie a formazioni politiche, assistenziali, cooperative, dando vita a un fenomeno che combinava e differenziava gli anonimi soggetti uguali della cittadinanza borghese, e tendeva a spostare su queste nuove coagulazioni sociali ed economiche il perno della vita pubblica. Nella quale assumeva aspetti variissimi: strumenti di lotta e di emancipazione (come un sindacato), di conservazione di privilegi (come una corporazione professionale), di assistenza e di promozione (come una cooperativa), di culto religioso (come una confraternita).

Accanto a questa dinamica spontanea di inarrestabili assestamenti pratici, a margine di una cultura ufficiale tendentemente avvinata a fondazioni statalistiche e individualistiche, si fanno sempre più consistenti dei ripensamenti che potremmo chiamare *lato sensu* corporativistici.

In Germania il corporativismo è la battaglia insegnata contro i pandettisti dall'appartata ma virulenta corrente dei giuristi germanisti. Noi vi abbiamo precedentemente accennato parlando della polemica del germanista Otto von Gierke contro i progetti pandettistici del *Bürgerliches Gesetzbuch*, ma, ben oltre questa specifica contesa, assurge a contrassegno di una precisa tipicità

culturale. Quando, a metà Ottocento, Georg von Beseler (1809-1888), il maestro di Gierke, scrive il definitivo programma germanistico nel suo libro famoso *Volksrecht und Juristenrecht* («Diritto popolare e diritto dei giuristi») ³, la contrapposizione è fra una tradizione romana sordamente individualistica e una tradizione germanica che si pretende dominata dal fenomeno associativo e dove protagonista è la *Genossenschaft*, ossia il raggruppamento sociale. E sarà la *Genossenschaft* la protagonista, fin nella intitolazione, della imponente ricostruzione fatta da Gierke del diritto della genuina tradizione germanica ⁴: la battaglia non è contro un progetto di codice ma invece Gerber e Laband che, con la loro invenzione dello Stato/persona, avevano assunto a modello il soggetto di diritto privato della tradizione romana, cancellando la natura comunitaria e complessa dello Stato e precludendosi in tal modo di cogliere il suo reale substrato associativo. Nel 1889, un allievo di Gierke, Hugo Preuss (1866-1925), il futuro progettista dello Stato weimariano, tenterà concretamente il disegno di uno Stato/comunità dalla struttura spiccatamente corporativa ⁵.

Sempre in Germania, al di là dei giuristi, Albert Schäffle (1831-1903), un sociologo immerso nel culto delle trionfanti scienze biologiche, disegna la società come organismo complesso, dove rilevante è l'individuo sociale,

³ Beseler pubblica il suo saggio a Lipsia nel 1843.

⁴ La colossale ricostruzione di Gierke è: *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, il cui volume primo (*Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft*) appare a Berlino nel 1868 (rist. Graz 1954). Di questo primo volume esistono una traduzione francese a cura di J. De Pange e una inglese a cura di F. Maitland.

⁵ Il volume di Hugo Preuss, pubblicato a Berlino nel 1889, si intitola: *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften. Versuch einer deutschen Staatskonstruktion auf Grundlage der Genossenschaftstheorie* (rist. Aalen 1964). Titolo programmatico, che vale la pena di tradurre per il lettore italiano: *Comunità, Stato, Impero come corporazioni territoriali. Tentativo di costruzione di uno Stato tedesco sulla base della teoria associativa*.

che, unendosi ad altri, forma le strutture portanti, dove è impossibile separare il soggetto dal gruppo così come è impossibile separare la cellula biologica dal tessuto⁶. Senza lasciarsi soffocare da questo pesante biologismo, in Francia, il sociologo Émile Durkheim (1858-1917) ne raccoglieva il messaggio basilare: valorizzazione dei gruppi sociali quali essenziali strumenti di mediazione tra massa e potere.

Ma il corporativismo doveva trovare altri terreni fertili di sviluppo, e in un campo ben diverso: quello del socialismo sociale di matrice religiosa. Già negli anni Sessanta del secolo XIX si levava alta in questa direzione la voce autorevole di un membro della gerarchia cattolica tedesca, il vescovo di Magonza Wilhelm Emmanuel von Ketteler (1811-1877), e veniva affrontato direttamente il tema/problema dei rapporti fra 'questione operaia' e cristianesimo, con la precisa proposta di respingere le scelte individualistiche, riassumere l'idea di associazione come fondamento della società, puntando su un assetto corporativo depurato da antistoriche nostalgie e misurato sulle esigenze della società industriale di metà Ottocento⁷. L'idea suggestiva della mediazione corporativa, che permette di sfuggire alla eversione socialista così come alla conservazione borghese, avrà un'accoglienza calorosa all'interno del pensiero cattolico, sia al livello superiore del magistero papale con la enciclica *Rerum novarum* di Leone XIII (1891), sia in chi tenta la realizzazione di uno Stato fondato sopra la cooperazione fra le

⁶ Di Albert Schäffle circolerà in Europa con grande successo una grossa opera, che fin nel titolo reca traccia del biologismo acuto dell'autore: *Bau und Leben des sozialen Körpers*, Tübingen 1875-1878 (trad. it., *Struttura e vita del corpo sociale. Saggio enciclopedico di una reale anatomia, fisiologia e psicologia della società umana con speciale riferimento all'economia sociale come scambio sociale di materia*, Torino 1881).

⁷ Il vescovo Ketteler pubblica nel 1864 il saggio: *Die Arbeiterfrage und das Christentum*.

parti sociali. Giuseppe Toniolo (1845-1918), economista e sociologo ben inserito nella ortodossia cattolica, non esita a identificare nella corporazione la soluzione del conflitto sociale, con in più il risultato positivo di evitare due rischi opposti ma ambedue parimenti gravi, e cioè l'onnipotenza dello Stato e l'anarchia⁸.

Ingenuità, utopia, strategie conservatrici, generosità solidaristiche si celano nelle vesti teoriche che coprono il ritorno corporativistico nel passaggio tra Ottocento e Novecento. In più, il corporativismo si dimostra come un grande vaso vuoto colmabile dai contenuti più diversi. Se nella lotta sociale, cementando le coalizioni dei soggetti deboli, si rivela strumento prezioso di affrancazione dando forma alle prime embrionali associazioni sindacali, tra non molto, nel terzo e quarto decennio del secolo XX, diventerà addirittura, per i motivi che esamineremo, l'ossatura economico-sociale di alcuni Stati totalitari dell'Europa continentale.

Converrà che si accenni qui a un fenomeno associativo, di cui si può parlare in questo paragrafo solo per l'accezione generica da noi data alla nozione di «corporativismi». Intendiamo alludere al partito politico; ed è un cenno necessario, anche se sommario, per il protagonista che assumerà durante il secolo XX. È nel corso dell'Ottocento che un fenomeno di fazioni, di circoli, di movimenti prende forma di corpi sociali organizzati al fine di fare politica, organizzazioni di lotta tese alla conquista del potere, sorrette da una struttura gerarchica e dalla unitarietà di comando nelle mani di un capo. Sotto la spinta dell'allargamento del suffragio, dall'Inghilterra -

⁸ Di Giuseppe Toniolo si vedano i seguenti scritti più programmatici: *Programma dei cattolici di fronte al socialismo* (1894), *Indirizzi e concetti sociali all'esordio del secolo XX* (1900), *La democrazia cristiana* (1900), *Provedimenti sociali popolari* (1902), ora in Id., *Democrazia cristiana. Istituti e forme*, Città del Vaticano 1951.

dove si consolidano dopo il *Reform Act* del 1832 – i partiti politici aumentano di consistenza col trascorrere del tempo, lasciando il livello dei notabili di una società per trasformarsi a fine secolo in autentiche manifestazioni di massa. E così come avverrà per il corporativismo politico-economico, anche per il partito politico ci sarà una appropriazione da parte degli esperimenti totalitari del Novecento subendo una greve metamorfosi e il pieno sconvolgimento delle linee assunte in seno alle democrazie parlamentari.

La rilevanza di questo diffuso e variegato movimento, agli occhi dello storico del diritto, è soprattutto questa: lo scenario si fa molteplice, non più soltanto le individualità solitarie dello Stato e del soggetto singolo, ma anche il gruppo, tante collettività che permettono accanto all'io individuale la presenza di un io collettivo. La complessità sociale e giuridica veniva compiutamente recuperata.

Credo che non si possa chiudere questo paragrafo senza provvedere a un ultimo accenno per un fenomeno che è *lato sensu* corporativo, giacché tende alla creazione di combinazioni volte a superare il semplice rapporto individuale fra un soggetto e un'azienda; ci riferiamo alla *impresa*, di cui si comincia a parlare nella Germania industriale dei primi anni del Novecento (*Unternehmen*) alla ricerca di nuovi moduli organizzativi della vita economica⁹.

⁹ Sulla «impresa» e sulla nascita di questa nozione nell'Europa del primo Novecento basti rinviare ai cenni da noi fatti in P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1960-1950*, Milano 2000, pp. 191 sgg. E in questo momento che, dimostrando un'attenzione tutta nuova per la dinamica dei fatti economici, si parla di «diritto dell'economia». Si deve a un giurista tedesco sensibilissimo al mutamento socio-economico, Justus-Wilhelm Hedemann, la creazione presso l'Università di Jena, nell'immediato primo dopoguerra, di un Institut für Wirtschaftsrecht. Alla nuova disciplina lo stesso Hedemann avrebbe subito offerto una solida piattaforma scientifica: J.W. Hedemann, *Grundzüge des Wirtschaftsrechts*, Mannheim 1922.

L'impresa è, infatti, una organizzazione unitaria di persone, beni e servizi vincolati al raggiungimento di scopi rilevanti sul piano socio-economico, una organizzazione entro la quale si attenuano le individualità del datore di lavoro e del prestatore di lavoro, dove la stessa proprietà è obbligata a servire un fine sopraparte. Per la prima volta, a livello del diritto, si parla di *organizzazione*, una realtà sgradata all'individualismo economico moderno fondato sul soggetto e sui suoi rapporti individuali, mentre *organizzazione* significa un necessario coordinamento di individui e rapporti che può portare anche al loro pesante sacrificio.

3. La prima guerra mondiale e la sua incidenza nell'ordine giuridico europeo

Gli anni a cavaliere fra i due secoli sono una operosa officina, dove, in coraggiose sperimentazioni, si indica chiaramente che stiamo lasciando il terreno sicuro delle certezze borghesi per inoltrarci in un terreno nuovo. Si esigono, pertanto, rinnovate invenzioni giuridiche idonee a ordinare uno sviluppo che è, allo stesso tempo, sociale economico tecnico. Il volto di una nuova civiltà giuridica trova qui disegnati i suoi primi tratti.

In questo intrecciarsi di forze storiche decisive per il mutamento, ha un ruolo assai incisivo un colossale e tragico evento bellico, la prima guerra mondiale, che investe l'intero ordine giuridico scuotendolo violentemente. Il lettore potrà restare sorpreso di affermazioni tanto recise e tanto generali, convinto che una guerra, fatto formidabile sul piano politico, possa incidere a fondo sul piano giuridico soltanto nel ristretto campo del diritto internazionale. Varrà, dunque, la pena di attardarci un poco in proposito per fugare non ingiustificate perplessità.

E cominciamo con una precisazione: la guerra, questa guerra così totale e così coinvolgente, così diversa da uno scontro settoriale per raddrizzare confini o occupare una fetta ulteriore di territorio, proprio perché è uno squasso che scuote l'intero assetto politico europeo (e non solo), costringe gli Stati ad allentare il controllo conservativo del vecchio ordine giuridico e a permettere l'emersione a livello ufficiale, cioè legislativo, dei fermenti già serpeggianti nella prassi quotidiana. Al giurista, infatti, interessa una legislazione di guerra emanata all'insegna della eccezionalità; né si tratta di interventi sporadici ma di una cospicua serie di massicci atti legislativi spesso collegati da una intensa organicità (esemplari, sotto un simile profilo, quelli dell'Impero germanico).

Si dirà: ma sono pur sempre interventi legati a una vicenda eccezionale e destinati a vanificarsi appena questa abbia termine. Non è così, e se ne accorgono i giuristi più sensibili, i quali guardano con attenzione al singolare fenomeno normativo e, lungi dal nutrire ripugnanza o indifferenza, discutono i singoli atti sulle principali riviste giuridiche dedicando apposite rubriche a ospitare le loro salutari discussioni.

E si ha la consapevolezza che ci si trovi di fronte a una sorta di sipario strappato e che, attraverso la lacerazione, si possa intravedere un paesaggio nuovo e niente affatto effimero. Ha ragione un notevole e noto civilista italiano, Francesco Ferrara (1877-1941), commentatore acuto delle leggi italiane di guerra, a domandarsi se rappresentino «anomalie dettate dalle necessità ed opportunità del momento, o invece [...] germi di un diritto nuovo che matureranno nel lontano avvenire»; e ha ragione a rispondere senza esitazioni che «nelle grandi crisi [...] nuovi elementi si elaborano e fermentano nel conflitto, preparando una trasfigurazione ed una rigenerazione della vita avvenire», costituendo dunque la guerra «oc-

casione per accelerare e maturare lo sviluppo di riforme giuridiche, come mezzo violento di evoluzione»¹⁰.

Fatta questa prima necessaria precisazione, se ne impone subito un'altra: i temi, sui quali si affonda la lama tagliente della legislazione di guerra, sono tanti, ma ci preme di segnalarne almeno due, perché si identificano nei nuclei vitali del vecchio ordine giuridico borghese scaturito dalla rivoluzione francese e dalle codificazioni, e cioè quello delle fonti e quello del diritto civile, l'uno e l'altro appartenenti al sacrario più geloso di un diritto imperniato sul controllo strettissimo della produzione giuridica e fondato su un Codice civile quale sua sostanziale e sostanziosa Costituzione. Né fa meraviglia che in Germania, in Francia, in Italia siano soprattutto i civilisti ad affannarsi nel disquisirvi sopra.

Limitiamoci a segnalare sommariamente le lacerazioni più profonde delle, fino allora indiscusse, certezze del diritto borghese e che appaiono – più o meno – delle costanti nella produzione normativa degli Stati coinvolti nel conflitto.

Il potere esecutivo diventa il normale produttore di disposizioni aventi carattere legislativo e si espropria – di fatto – il ruolo intoccabile dei Parlamenti, anche se ciò avviene formalmente per delega parlamentare.

Si costituiscono commissioni arbitrali quali organi di decisione rapida ed efficace e si prevedono criteri equitativi rimessi al prudente apprezzamento del giudice, rompendo l'immagine fino ad allora intatta dello *iudex sub lege*.

Si arriva a potenziare il ruolo giuridico della donna, sia pure con la giustificazione dell'emergenza. Si attua un pesante intervento dello Stato nel cuore stesso del diritto civile. Per quanto concerne il diritto di proprietà, il

¹⁰ F. Ferrara, *Diritto di guerra e diritto di pace* (1918), ora in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano 1954, pp. 70-71.



proprietario subisce ingombranti limitazioni alla sua libertà. Per quanto riguarda la sfera contrattuale, si esonerano i debitori dall'adempimento della prestazione quando essa sia divenuta difficile; si attua la protezione del contraente economicamente debole (per esempio, il conduttore, con la proroga legale di tutte le locazioni), imponendo un principio socialmente doveroso in tempi di emergenza, ma mortalmente lesivo dell'uguaglianza formale delle parti nel contratto, che è uno dei cardini irrinunciabili della dogmatica giuridica borghese. Infine: il risarcimento dei danni di guerra, che, essendo relativo a danni provocati da un legittimo esercizio della potestà d'imperio dello Stato (appunto, la guerra), non trovava collocazione alcuna nella tradizionale concezione della responsabilità – subordinata, da sempre, alla colpa – ed esigeva una revisione fondamentale di quella concezione.

Arrestiamoci qui, perché le notazioni precedenti ci segnalano a sufficienza quanto profondi siano gli effetti sul tessuto del diritto, addirittura del diritto civile. Ci basti solo concludere che in parecchi di questi atti normativi c'è un disegno embrionale di futuri sviluppi. La prima guerra mondiale si propone, dunque, allo storico del diritto come tappa rilevante di un itinerario in corso, come un futuro che si fa presente, l'evento che mette a nudo la crisi da tempo serpeggiante nel basso dell'esperienza, la ufficializza, la legalizza.

4. *Il comunitarismo weimariano*

Comunitarismo weimariano; avverto la necessità di qualche spiegazione per il lettore digiuno. L'aggettivo «weimariano» è in palese riferimento alla città di Weimar, capitale del vecchio granducato di Sassonia-Weimar, dove risiedettero e morirono Goethe e Schiller e dove – anche per un ideale congiungimento con questi grandi pro-

tagonisti della cultura germanica – si adunò nel 1919 l'Assemblea costituente chiamata a dare vita a un nuovo *Reich* repubblicano dopo il crollo rovinoso dell'Impero guglielmino. «Comunitarismo» fa, invece, riferimento ai caratteri della nuova struttura statale, caratteri di assolute tipicità che avevano un esperimento socio-politico-giuridico meritevole di una sosta da parte nostra, anche se effimero nella sua durata di soli quattordici anni.

Attardiamoci un momento sulla Germania in quell'anno 1919: alle spalle c'è una immane tragedia bellica, in atto c'è un diffuso malessere sociale unito a una disastrosa crisi economica destinata sempre più ad aggravarsi a causa delle pesanti riparazioni imposte dal trattato di pace; circola ancora nell'aria il fermento non interamente spento delle cruente rivolte sovversive e, da oriente, si impone lo spettro della rivoluzione bolscevica perfettamente e sanguinosamente realizzata nel nucleo centrale dell'ex Impero zarista.

L'Assemblea costituente, anche se molto eterogenea ed ideologicamente assai frammentata, riuscì faticosamente ad approdare a una soluzione: si sarebbe dovuto evitare la riesumazione di uno Stato di diritto secondo lo stampo liberale, come si sarebbe dovuto evitare la dittatura del proletariato proposta dal modello russo. Il «comunitarismo» fu il risultato di compromesso tra le varie fazioni, ma fu anche la meta caldeggiata da quelle vigorose correnti corporativistiche tedesche che avevano piena cittadinanza nella stessa Assemblea. Una circostanza peculiare alla vicenda weimariana è, infatti, il ruolo decisivo che, accanto ai politici, hanno gli uomini di cultura e soprattutto i giuristi: aleggia la maestosa e suadente visione germanistica di Otto von Gierke, che sta vivendo gli ultimi anni della sua lunga vecchiaia¹¹, e dominano le presenze in Assemblea e i contributi determinanti di due

¹¹ Gierke sarebbe morto nel 1921.

suoi allievi, Hugo Sinzheimer e Hugo Preuss, accessi e vittoriosi sostenitori (anche se con parecchie differenze) di una costruzione statale 'comunitaristica'.

Diamo un contenuto a questo aggettivo un po' critico: è una concezione pluralistica dello Stato quale comunità di comunità, lo Stato più come *Volkstaat*, Stato popolare, che come *Rechtsstaat*, Stato di diritto di conio liberale, dove *Volk* non si identifica con una massa anonima di cittadini tutti uguali, ma con una amplissima comunità di «uomini socializzati»¹². Secondo quanto aveva scritto appena qualche anno prima, nel 1915, il grande padre Gierke, lo Stato veniva considerato «non tanto come un'associazione di individui uniti da un comune destino, ma come una associazione di individui già uniti in gruppi, che perseguivano ulteriori e più vaste finalità comuni»¹³.

La democrazia weimariana è «democrazia collettiva»¹⁴, giacché sono le collettività che hanno uno speciale rilievo all'interno della macro-collettività statale, e ce l'hanno perché l'idea basilare è la primazia dell'interesse collettivo su quello dei singoli individui. E lo Stato non è il contemplatore inerte dell'azione dei privati, bensì un organismo chiamato a intervenire particolarmente in ordine ai meccanismi della produzione. Ed è questo un segno di intensa tipicità storica, che marca il distacco rispetto all'assolutismo giuridico e all'individualismo be-

¹² Di «uomo socializzato», *Verbandsmensch*, parla Friedrich Naumann, uno dei protagonisti weimariani, in un intervento di straordinaria lucidità e progettualità in Assemblée: cfr. *Verhandlungen der verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung* (Aktenstück, n. 391), Berlin 1920, pp. 179-80.

¹³ O. von Gierke, *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatstheorien*, Tübingen 1915 (nuova ed. Aalen 1973), p. 31.

¹⁴ L'espressione è di Ernst Fraenkel (1898-1975), allievo di Sinzheimer a Frankfurt, avvocato e sindacalista, in *Kollektive Demokratie* (1929), ora in *Id., Arbeitsrecht und Politik. Quellentexte 1918-1933*, a cura di T. Ramm, Berlin 1966.

nedetti dalla Rivoluzione francese e dalle costruzioni borghesi ottocentesche.

Il *Reich* inaugurato a Weimar è il tentativo di superare il netto dualismo tra governanti e governati, fra titolari del potere d'imperio e i sudditi chiamati all'obbedienza, un dualismo che l'artificiosa rappresentanza politica di invenzione liberale lasciava nella sua sostanza irrisolto. Certamente, le basi giusnaturalistiche, che avevano costituito il validissimo supporto delle conquiste borghesi, appaiono rimosse: il contrappunto e quasi la contrapposizione fra stato di natura e storia, su cui abbiamo tanto insistito in precedenti capitoli e su cui la civiltà borghese si era edificata, si risolve interamente in storia, rifiutando gli stantii apparati mitologici del giusnaturalismo e riducendo tutto al gioco perenne delle forze storiche che danno vita alla comunità umana e quindi allo Stato e alle comunità intermedie.

Dalle accese discussioni in seno all'Assemblea costituente rimangono in eredità all'esperimento weimariano non poche delle vecchie ipoteche. Per esempio, in tema di diritti: accanto ai nuovi diritti del cittadino legati alla rinnovata dinamica sociale ed economica, che non lo as-traggono ma - al contrario - lo immergono in un tessuto di relazioni, rimangono affermati i vecchi diritti individuali della tradizione liberale. Per esempio, in tema di proprietà: si ribadisce la proprietà privata anche dei mezzi di produzione, ma la si inserisce in un reticolato di doveri che ne fanno una realtà assai lontana dal modello giusnaturalistico lockiano¹⁵.

Dunque, parecchie novità, giacché la Costituzione weimariana intende esprimere ed esprimere il proprio tem-

¹⁵ Vale la pena di ricordare la frase - famosissima e citatissima - con cui si chiude l'articolo 153 relativo alla proprietà: «Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste» (che può essere tradotta un po' liberamente così: «La proprietà comporta dei doveri. Il suo uso deve riguardare anche il bene comune»).

po storico, un tempo post-moderno; e, con la presa di coscienza delle novità, il coraggio di consolidarle nel testo-guida di una intera nazione. Ma, come si diceva, anche parecchie ipoteche della modernità borghese dietro la spinta delle forze politiche conservatrici presenti nell'Assemblea. Pertanto, anche un messaggio che soffre di ambiguità, quella ambiguità che condannerà a morte la creatura politico-sociale del 1919.

Certamente, campeggia nella sua Costituzione un'idea di libertà, trasformata perché modellata dal vento nuovo che soffiava nel primo Novecento, non una dimensione pre-statuale, come nel vecchio artificiosissimo salvataggio giusnaturalistico dell'individuo solitario, bensì una libertà *sociale* nel suo stretto rapporto con gli altri in seno alle comunità particolari e alla comunità generale. E campeggia un perno tutto nuovo della società: non più la proprietà e il soggetto proprietario, ma il lavoro e il soggetto lavoratore, ed è centrale un diritto – quello al lavoro – che le carte costituzionali liberali non avevano ritenuto e – nella loro ottica individualistica e proprietaria – non avevano potuto considerare. E campeggia, tra le comunità intermedie, appena dopo la famiglia, il sindacato, strumento non di sovversione ma di razionalizzazione secondo la visione alta di Sinzheimer, collaboratore dello Stato, dotato di pari diritti e doveri, capace di auto-normazione¹⁶ nel meccanismo dinamico della contrattazione collettiva. E campeggiano, infine, i «consigli di azienda» previsti nell'articolo 165, prima forma di democrazia industriale.

Il disegno utopico weimariano doveva, però, fare i conti con le contraddizioni conseguenti alla propria ambiguità, così come la stessa Costituzione aveva dovuto fa-

¹⁶ «Auto-normazione», *Selbstgesetzgebung*, del sindacato è l'idea forte di Sinzheimer a presidio della posizione del sindacato entro lo Stato/comunità.

re i conti con un Parlamento frastagliato e diviso: al clamato diritto al lavoro non corrispondevano indicazioni ferme per garantirne l'effettività; il sindacato si riduceva ad essere una semplice *Körperschaft* dello Stato/comunità, i consigli di azienda restavano creature informi di fronte alla proprietà privata dei mezzi di produzione.

Un punto va segnalato e sottolineato al lettore, in conclusione di questo sguardo sommario, riprendendo e sviluppando accenni fatti in precedenza. La Costituzione weimariana del 1919 inaugura una fase nuova nella storia del costituzionalismo, proponendosi non più come 'carta dei diritti', catalogo di indole filosofico-politica recante l'elenco di situazioni del generico cittadino che lo Stato era tenuto a rispettare, bensì come autentica Costituzione, norma giuridica rispecchiante e disciplinante la complessità di una società nazionale, specchio fedele di essa, interpretazione dei suoi valori storici e traduzione di questi in principii e regole di vita.

A Weimar si poté realizzare, perché si trattò della prima compiuta realizzazione di uno Stato pluri-classe in luogo del vecchio Stato mono-classe incapace – per la sua stessa strutturazione – di percepire la totalità e la complessità. È per questa contemplazione aperta, scevra da assolutizzanti pregiudizii classisti, che il soggetto ha perduto la sua astrattezza, è ormai un soggetto incarnato nella esperienza, e sono più le disuguaglianze sociali nella loro fattualità a raccogliere l'attenzione del Costituente anziché l'uguaglianza formale e museale della rivoluzione del 1789.

Diamo appena uno sguardo al suo interno tessuto per renderci conto della sua novità. Dopo una Parte prima dedicata a «struttura e compiti del Reich» (*Aufbau und Aufgaben des Reichs*) sta una Parte seconda rivolta a individuare «i diritti e i doveri fondamentali dei tedeschi» (*Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen*), con questa eloquente ripartizione in «capi», dei quali il primo con-



cerne «l'individuo» (*Die Einzelperson*), il secondo «la vita collettiva» (*Das Gemeinschaftsleben*), il terzo «religione e associazioni religiose» (*Religion und Religionsgesellschaften*), il quarto «educazione e istruzione» (*Bildung und Schule*), il quinto «la vita economica» (*Das Wirtschaftsleben*). Il lettore può misurare già da questa sommaria elencazione la distanza fra l'esperimento weimariano e le «carte» del primo costituzionalismo.

5. *L'Unione Sovietica e la costruzione di un diritto socialista*

Nelle nostre pagine non abbiamo mai fatto menzione della Russia, un pianeta che, per tutta l'età medievale e moderna, resta appartato nelle estreme propaggini orientali dell'Europa geografica, prevalentemente tributario – dapprima – di influssi bizantini provenienti dal sud e assumendo – poi – una identità sua propria che la fede cristiana ortodossa, intimamente compenetrata con la struttura statale, contribuiva a separare dalla *koinè* occidentale europea. Anche la penetrazione di correnti illuministiche, verificatesi nella seconda metà del Settecento durante il regno di Caterina II, una principessa tedesca divenuta imperatrice, costituì una semplice parentesi, tanto che l'Impero russo, malgrado le rivolte e le pseudo-riforme dei primi anni del Novecento, si presentava nella sua veste di autocrazia di stampo orientale fino alle rivoluzioni del 1917.

In questo momento estremo dello Stato zarista, l'ordine giuridico si presenta a due strati: un diritto popolare di formazione consuetudinaria, di fatto tollerato dal regime autoritario, e un diritto legislativo ufficiale consolidato, durante la prima metà dell'Ottocento, nel cosiddetto *Corpo delle leggi* (*Svod Zakonov Rossijskoj Imperii*), una enorme raccolta, il cui tomo X è dedicato alle leggi civili e che appare a noi come una *consolidazione* senza conseguire quei caratteri di razionalità, sistematicità,

esclusività tipici di una autentica codificazione. È significativo notare che il suo redattore, Michail Michailovič Speranskij (1772-1839), ministro degli zar Alessandro I e Nicola I, si gloriava di puntualizzarne l'assoluta originalità endo-russa affermando che «la nostra legislazione ha trovato in se stessa le sue fonti»¹⁷.

Poi, la burrasca squassante, demolitoria, radicale, della seconda rivoluzione, quella bolscevica dell'ottobre 1917. Radicale perché si proponeva quale sovversione totale del vecchio ordine socio-politico per sostituirci un ordine nuovo nascente non da lotte politiche o movimenti di piazza, bensì da una visione nuova della storia e della società (quella di Marx) che pretendeva di fondarsi su un'analisi scientificamente corretta. Le lotte e i movimenti nelle piazze ci furono (e sanguinosissimi), ma traevano forza straordinaria da una filosofia che si era fatta ideologia e si era infine tradotta in un progetto di civile convivenza.

Il demiurgo del radicale sovvertimento russo fu Vladimir Il'ič Lenin (1870-1924), non un filosofo anche se filosoficamente assai nutrito, bensì un formidabile uomo d'azione che seppe trasformare un messaggio filosofico in progetto di organizzazione politica e sociale. *Stato e rivoluzione*, il saggio che egli elaborò proprio nell'estate precedente la rivoluzione di ottobre, può considerarsi il breviario per la costruzione della nuova macchina statale in sostituzione dell'inservibile rottame dell'edificio politico zarista. La finalità del rivolgimento in atto è la instaurazione della *dittatura del proletariato*, proposta da Lenin come soluzione *democratica* perché tutelativa degli interessi della stragrande maggioranza del popolo; lo Stato proletario è, infatti, necessariamente democratico giacché riversa tutte le sue forze al servizio del proletariato.

¹⁷ La frase del ministro Speranskij può leggersi, entro un più ampio contesto, in: G. Ajani, *Diritto dell'Europa orientale*, Torino 1966, p. 67.

Al centro del progetto, nucleo portante di esso, è il partito, il partito unico, il partito comunista, inteso da Lenin come la forma politica della coscienza di classe del proletariato, come la realtà globale dove individuo e massa si fondono dando vita a una grande unità organica. Un partito che ha una precisa e indilazionabile vocazione: quella di creare uno Stato a sua immagine. Si potrebbe addirittura dire: di farsi Stato. Il partito non si identifica totalmente nello Stato, che è però lo strumento insostituibile nelle sue mani, è l'apparato di potere munito di una intensa capacità coercitiva, della quale il partito non può fare a meno per realizzare i propri progetti.

Ed ecco profilarsi nitidamente il disegno della palinogenesi sovietica della società russa: partito unico di massa; ruolo determinante del capo; ideologia rigorosamente unitaria mirante a una trasformazione della società; politicizzazione integrale dei rapporti sociali; controllo dei comportamenti individuali; sottoposizione dello Stato al partito e funzione strumentale dello Stato alla ideologia marxista-leninista incarnata nel partito; subordinazione del diritto alla politica rivoluzionaria decisa dal partito.

Seguiamo, con sguardo sommario, le tappe della storia giuridica all'interno della nuova realtà sovietica.

Si hanno, dapprima, gli anni del cosiddetto «comunismo di guerra» (1918-1921): il diritto si concreta in decisioni del partito rivoluzionario, che prendono la forma o di decreti di organi statali o di deliberazioni degli organi supremi del partito stesso, unitamente a un'attività di libera creazione del diritto da parte di giudici non-giuristi, di provata fede rivoluzionaria e portatori di una coscienza giuridica rivoluzionaria.

Seguono gli anni della cosiddetta NEP (Nuova economia politica) (1922-1928), con l'esigenza - nel 1923 - di sospendere l'irruenta marcia rivoluzionaria ricercando un compromesso fra l'iniziativa economica dello Sta-

to e quella dei privati. Si ha un rintuzzamento della scienza giuridica rivoluzionaria a fonte ausiliaria e si hanno diverse codificazioni nelle diverse repubbliche dell'Unione, a cominciare dal Codice civile della Repubblica socialista federativa sovietica russa del 1923, codici che risentono della influenza dei codici borghesi.

Infine, gli anni della dittatura staliniana (1929-1953) con l'impegno per la costruzione di un compatto diritto statale, con il ritorno a una concezione normativistica e unitaria - ossia statalistica - del diritto sovietico. Il giurista che coadiuvò il dittatore in questa operazione fu, soprattutto negli anni Trenta, Andrej Vyšinskij (1883-1954), maggiormente conosciuto dal grande pubblico come il futuro ministro degli Affari esteri dell'URSS: il diritto si riduce all'imperatività statuale quale conseguenza dell'assoluto primato della volontà politica a cui il diritto è asservito, volontà espressa dal partito e manifestata nella forma della legge dal Soviet supremo, ossia dal Parlamento federale. In Vyšinskij ritorna intensamente con chiari scopi apologetici e propagandistici il tema della originalità del diritto sovietico, ripetendo a cento e più anni di distanza le declamazioni nello stesso senso del ministro zarista Speranskij e confermando un atteggiamento xenofobo quale costante tipica della cultura russa. È, invece, facilmente rilevabile l'adozione non esplicita ma sostanziale di schemi mentali, categorie logiche, soluzioni tecniche proprii della scienza giuridica occidentale.

Immediatamente dopo la fine della seconda guerra mondiale, quale conseguenza dell'inghiottimento di molti Stati dell'Europa orientale nell'orbita politica ed economica dell'URSS, il modello giuridico sovietico vi fu, con poche variazioni, esportato, e si venne a costituire un'area giuridica nella quale gli studiosi di diritto comparato riconobbero, accanto alle aree di *civil law* e di *common law*, uno dei grandi sistemi giuridici con forte tipi-

cià di scelte. Tutto ciò, dai primi anni Novanta del secolo scorso, è diventato soltanto un capitolo della storia del diritto contemporaneo in seguito al ripristino in tutta l'Europa orientale di democrazie parlamentari e pluri-partitiche e alla conseguente cancellazione di quel modello.

6. *Il diritto nei regimi totalitari italiani e tedesco*

Il Novecento è tempo di totalitarismi. Dopo il primo esperimento russo attuante la dittatura del proletariato secondo il progetto marxista-leninista, altri si susseguono in Europa, di stampo diverso, ma agguagliabili nel risultato di dare vita a una realtà politico-giuridica totalitaria, dove spiccano alcuni fondamentali caratteri comuni già segnalati nel precedente capitolo: imposizione di una ideologia unitaria; esistenza di un partito unico di massa; ruolo determinante del capo; politicizzazione integrale dei rapporti sociali; controllo dei comportamenti sociali dei singoli individui. Diamo qui attenzione all'esperimento fascista in Italia e a quello nazional-socialista in Germania, sia per la loro rilevanza storica, ma sia anche perché in altri paesi (per esempio, il Portogallo salazariano e la Spagna franchista) si assunse a modello quanto si era consolidato in Italia.

a) Il fascismo, che intende sostituirsi all'anarchia del regime liberale con i suoi anacronistici individualismi e che si compiace di evitare la dittatura comunista di tipo sovietico, tende – con il plauso dei ceti economicamente forti – alla creazione di uno Stato autoritario, ma, avendo conquistato il potere rispettando le regole della correttezza costituzionale, procede tenendo ben fissa sul proprio volto la maschera del rispetto formale dei procedimenti della tradizione. Sul piano formale, si continua entro l'alveo del vecchio Stato di diritto almeno nel-

la persistente riaffermazione del primato della legge; sul piano sostanziale si pone, però, fine alla pluralità dei partiti, si avvia un'opera capillare di organizzazione e controllo delle masse, si creano istituzioni di fatto lesive dei diritti fondamentali del cittadino come il Tribunale speciale per la difesa dello Stato.

Anche in Italia la novità radicale è il partito unico, il Partito nazionale fascista, tramite necessario e ineliminabile strumento di mediazione fra i singoli soggetti e lo Stato, luogo di elezione per la milizia e l'impegno politico del singolo. È il partito che, grazie a organismi paramilitari, alle diverse organizzazioni fasciste di massa, alle organizzazioni del dopolavoro, ordina la società, forma la futura classe dirigente e consente allo Stato di essere pienamente l'incarnazione della nazione. Lo Stato raggiunge il suo scopo di attuare l'interesse nazionale unicamente grazie al partito, ed è evidente la linea di tendenza che porta, durante il ventennio del regime, a una sua sempre più ingombrante gigantizzazione, con due tappe fondamentali. Il 1928, quando, con la 'costituzionalizzazione' del Gran Consiglio del Fascismo, organo supremo del partito, si ha la coincidenza tra le funzioni di capo del partito e capo del Governo; il 1939, quando si istituisce in luogo della Camera dei deputati la Camera dei fasci e delle corporazioni, cancellando ogni residuo del vecchio regime parlamentare.

Sul piano del diritto vige il principio di stretta legalità, anche se talora le leggi assumono dei contenuti aberranti e ripugnanti come è nelle cosiddette leggi razziali del 1938. E il regime si gloria di farsi legislatore, ponendo in essere interventi coraggiosi com'è per parecchi interventi pubblici in economia o per la bonifica integrale, ma soprattutto promovendo e realizzando una grande codificazione a largo raggio: saranno nel 1931 i Codici penale e di procedura penale, nel 1942 il Codice civile, di procedura civile, della navigazione. Si tratta di reda-

zioni legislative che, liberate dai non molti incuneamenti fascisti, hanno attraversato indenni il crollo del regime e, in parte, sono tuttora vigenti nella Repubblica italiana. Una vitalità e longevità che è segno indubbio della loro validità. Il Codice civile entrato in vigore nel 1942 (che è codice unico privatistico unificante in sé anche il terreno riservato del vecchio Codice di commercio), redatto da una commissione formata dai più insigni giuristi italiani, rappresenta la traduzione in disciplina legislativa delle più rilevanti acquisizioni scientifiche del Novecento giuridico e costituisce un grosso passo in avanti rispetto all'individualistico e francesizzante Codice del 1865. Di particolarissimo significato il libro quinto, *Del lavoro*, che appare – per un verso – dominato da un'attenzione nuova verso la dimensione 'lavoro', e – per un altro verso – imperniato sullo schema organizzativo della *impresa* messo a punto, come già sappiamo, dalle più innovative correnti commercialistiche del Novecento europeo.

Un fenomeno che va segnalato è l'esistenza in seno e intorno al regime, accanto ai soliti servi ossequenti, di una scienza giuridica di altissima qualità, impegnata innanzi tutto nella rigorosa scientificità del proprio discorso; e ce ne dà una riprova lampante, quando, a Pisa, nel 1940, in un convegno destinato a discutere il proposito del ministro fascista della giustizia di portare all'approvazione del Gran Consiglio del Fascismo un complesso di principi generali dell'ordinamento giuridico fascista da premettere al nuovo Codice civile in via di elaborazione, ha il coraggio di rispondere negativamente – nella voce delle sue personalità più significative – pensando che si sarebbe introdotto nel breviario giuridico della vita quotidiana degli italiani quasi un corpo estraneo nella sua acuta politicità, nel suo scoperto legame con l'ideologia del regime. Nei Codici, particolarmente nei Codici civile, processual-civile e della navigazione, fu

un'altissima riflessione scientifica a trasformarsi in sistema normativo.

Ma ci fu una scelta del fascismo, che va puntualizzata perché rappresenta un elemento di tipicità della storia del diritto italiano nel Novecento: quella di un assetto corporativistico della società e dell'economia, ossia un assetto che, diffidando delle energie individuali solitarie, faceva pernio sulle collettività organizzate e sugli interessi di cui queste erano portatrici, tutte composte e armonizzate con l'incombente interesse nazionale; faceva pernio sull'individuo così come si esprime all'interno dei vari raggruppamenti. Sul piano socio-politico, il corporativismo doveva servire al superamento del dualismo fra società e Stato; sul piano economico, a una cooperazione fra le diverse categorie produttive.

Il programma fascista era stato fin dall'inizio chiarissimo, e si erano sonoramente condati i due nemici da combattere, il liberalismo individualista e il bolscevismo collettivista. La scelta corporativistica, che il regime farà ufficialmente con una complessa legge del 1926, è pertanto obbligata, ma è sicuramente fatta senza entusiasmi. Un assetto corporativistico, anche se ingabbiato e deformato come sarà nella rivisitazione autoritaria fascista, è infatti sempre una incrinatura di quella compattezza sociale ed economica alla quale ogni totalitarismo ambisce.

L'ingabbiamento ci fu. A livello politico, il primo, il più condizionante, fu *il partito*, il partito unico; a livello economico-sociale, fu la stessa legge introduttiva del 1926, la quale pretendeva il riconoscimento legale delle associazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro (ossia cancellava di colpo la libertà sindacale), dichiarava illiciti lo sciopero e la serrata, istituiva una magistratura speciale per dirimere le controversie di lavoro. Si gettava addosso all'assetto corporativo una corazzata autoritaria che gli era sicuramente troppo costringente; e si operava

l'imbrigliamento di quel pluralismo che, inevitabilmente, è sotteso a ogni articolazione corporativa.

Fu un procedere antinomico, denso di contraddizioni, anche se obbligato, del regime, il quale portò avanti stancamente la costruzione del nuovo ordine, che resta ancora incompiuto al crollo del 1943. Però, l'ambiguo corporativismo italiano degli anni Venti e Trenta permise a una scienza giuridica curiosa e lungimirante osservazioni e intuizioni che sarebbero state preziose per un futuro sviluppo del diritto nel dopo-fascismo. Al diritto degli Stati totalitari tocca in sorte quanto era avvenuto per la legislazione eccezionale della prima guerra mondiale: in mezzo a distorsioni respingibili e presto respinte con la caduta dei regimi, ci sono letture del tempo storico e presentimenti di futuri itinerari. Basta leggere gli atti dei congressi scientifici e le riviste giuridiche del decennio Trenta-Quaranta per rendersene perfettamente conto.

b) Carattere ancora più radicale, perché completamente sradicato dalle precedenti forme di Stato e completamente affondante in nuove radici, è il totalitarismo nazional-socialista (nazista) in Germania, che diventa rinovazione della società e dello Stato tedeschi con l'assunzione al cancellierato, il 30 gennaio del 1933, di Adolf Hitler.

Anche in questo caso, come per il fascismo in Italia, il rivolgimento trovò le sue motivazioni di fondo nella grave conflittualità sociale e politica e nell'altrettanto grave crisi economica del *Reich* weimariano, e anche in questo caso l'avvio del nuovo regime rispettò il procedimento costituzionale. Ma la sovversione dei valori democratici fu immediata, e si consumò nei mesi immediatamente successivi: sospensione dei diritti fondamentali; potestà al governo di emanare leggi ordinarie e costituzionali; eliminazione della pluralità dei partiti; cancellazione della autonomia dei *Länder*, ossia delle regioni in cui il

Reich si articolava; la istituzione di un Tribunale speciale per i diritti politici.

Le nuove radici, cui si accennava più sopra, possono condensarsi in una scelta essenzialmente razzista, nella fondazione essenzialmente razzista del nazional-socialismo. Mentre la dimensione razziale appare estranea al fascismo italiano, che se ne approprierà soltanto in seguito alla sua espansione coloniale, alla conquista dell'Etiopia e alla costituzione dell'Impero nel 1936, questa dimensione è caratterizzante del messaggio originario di Hitler fin dalla redazione del suo brevuario programmatico, il *Mein Kampf* («La mia battaglia»), scritto tra il 1923 e il 1926: la storia come conflitto tra razze superiori e inferiori; l'ebraismo come piovra parassitaria; l'identità di un popolo concepita quale identità razziale; l'identità di un individuo concepita quale appartenenza a un popolo; lo Stato quale strumento per tutelare lo sviluppo della omogeneità razziale di un popolo.

Al cuore del nuovo verbo nazional-socialista è il popolo, il *Volk*, che è nozione assai distante da quella invocata dai romantici e dagli storicisti sette-ottocenteschi. Questo radicalmente nuovo *Volk* attinge la sua identità e unità dal suo necessario substrato biologico; il *Volk* è un popolo che ha un sangue omogeneo e che soltanto grazie a questa omogeneità può diventare *Gemeinschaft*, comunità spiritualmente e socialmente unitaria. Il nuovo *Volk*, disinformato dalle deformazioni storiche, può ritrovare la sua vera identità perduta e ritrovare la sua funzione di *Volksgeist*, di compattissima comunità unitaria.

E qui si innesta la funzione vitale del partito: di essere l'interprete del *Volk*, il suo specchio concreto, e che — come tale — non può che essere *il partito*, il partito unico. Il partito assume, di conseguenza, il ruolo di fondare lo Stato, di fare dello Stato un apparato di potere congeniale alla vocazione popolare. Stato e partito non sono pensabili come entità disgiunte ed è necessario che

trovino un pernio saldissimo della loro unità organica in un capo unitario, capo dello Stato e capo del partito, il *Führer*, capo di entrambi perché è l'unico in grado di esprimere la totalità del popolo, la sua volontà più profonda. Il *Führer*, nella ideologia nazista, è la personificazione del popolo, è la personalità/guida dotata di straordinario carisma e di forza creatrice, nelle mani della quale deve convergere un'assoluta pienezza di poteri. Lo Stato nazista è, pertanto, in perfetta antitesi al modello della tradizione liberale, Stato totale, *Völkischer Führerstaat*, che esprime la comunità organica del popolo nella persona della guida suprema.

E il diritto? Si capisce bene che, in questo sovvertito ordine nuovo, novissime debbono essere anche le fondazioni giuridiche. Il diritto si immedesima nei valori di cui è portatore il *Volk* e il giudice – che non è certo il giudice della tradizione liberale, fornito soltanto di logica formale – assume un ruolo antagonistico, giacché egli è l'interprete naturale di quei valori e il loro traduttore nella decisione, nella concreta applicazione.

E si capisce bene come si dovesse subito pensare a un nuovo giurista, disincagliato dal legalismo/formalismo borghese e, invece, ben inserito nella nuova visione nazional-socialista immersa nella effettualità della vita del *Volk*. Già nel 1933 fu creata a Monaco la Akademie für Deutsches Recht sotto la presidenza del *Reichsrechtsführer* (Guida del diritto del *Reich*) Hans Frank (1900-1946), e si cominciò la elaborazione delle nuove costruzioni giuridiche: accanto al servilismo verso il potere di molti giuristi, accanto alle aberrazioni che legittimavano 'scientificamente' l'orrore di un diritto razzista, l'alta qualità intellettuale di taluni permise – per esempio, in tema di proprietà e di contratto – di giungere a revisioni del diritto civile borghese che avrebbero avuto una funzione positiva nello sviluppo scientifico gius-privatistico anche dopo la caduta del nazismo.

E si capisce come il vecchio BGB, immerso com'era nell'aria rarefatta di una scienza astratta e pura, non fosse più ritenuto confacente a ordinare la nuova società germanica; e gli si oppose prontamente il progetto di un *Volksgesetzbuch*, di un Codice popolare, la cui redazione viene affidata all'Akademie monacense. La guerra impedirà che il progetto – già approntato nel 1938 – diventi legge positiva.

Ultima notazione: nel contesto, che abbiamo sommariamente descritto, non c'è proprio spazio per una continuazione della 'democrazia collettiva' weimariana. Si provvede a un progressivo smantellamento dei sindacati e dei consigli d'azienda, e a una conseguente rigida statalizzazione del diritto del lavoro. Il *Führerprinzip*, cioè il principio generale della totale consegna nelle mani di un capo, ebbe applicazione anche a livello aziendale. Ogni azienda costituiva una comunità formata dal capo (l'imprenditore) e dai subordinati vincolati a una completa obbedienza; a sua volta l'imprenditore, come partecipe della grande comunità nazionale, era tenuto a obbedire alle direttive nazionali, ai contratti di lavoro-tipo (cioè a modelli predeterminati dal ministero del Lavoro), alle ordinanze ministeriali.

7. Dopo il 1945. Nuove costituzioni e vecchi codici.

L'avvio del processo di unificazione europea

Negli anni che vanno dal 1939 al 1945 l'Europa e il mondo intero vivono il massacro di una lunga guerra devastante. E il tessuto del diritto europeo ne è profondamente segnato in conseguenza dei nuovi assetti sociali, economici e politici.

Vengono cancellati in Italia e in Germania i regimi totalitari fascista e nazista, mentre permarranno ancora

per parecchio tempo in Spagna e in Portogallo i fascismi franchista e salazariano.

Nella Unione Sovietica persiste la fedeltà alla ideologia marxista-leninista, con questa novità di rilievo: insieme al forzato ingresso dei paesi dell'Europa orientale nell'area sottoposta al predominio politico sovietico, vengono in essi imposti regimi politici e giuridici esemplati sul modello sovietico; e l'area politica, rigidamente separata dai paesi occidentali nella contrapposizione della cosiddetta «guerra fredda», prende i connotati di un'autonoma area giuridica dove si consolida – fino ai rivolgimenti politici della fine degli anni Ottanta – quello che i comparatisti chiamano «diritto dei paesi socialisti». Con la sola eccezione della federazione jugoslava, che tenta una sua scelta autonoma nella costruzione del socialismo, nella Repubblica democratica tedesca (DDR), in Polonia, Cecoslovacchia, Ungheria, Romania, Bulgaria, Albania si afferma – con variazioni di scarso rilievo sostanziale – la dittatura del proletariato, il partito comunista come partito unico, la proprietà statale dei mezzi di produzione e la totale ingabbiatura della vita economica nell'apparato centralizzante dello Stato.

Nella storia giuridica dell'Occidente europeo sono soprattutto due i fatti meritevoli di segnalazione: il rinnovamento costituzionale in Germania e in Italia e la continuata vigenza delle vecchie codificazioni.

Anche la Francia si dà, nel 1946, una nuova Costituzione impostata sul ruolo centrale del Parlamento, ma è nel solco di una continuità democratico-parlamentare che non ha sofferto cesure (se non nella parziale e brevissima esistenza dello Stato/fantoccio di Vichy). È, invece, in Germania e in Italia che, dopo i regimi totalitari, si deve rifondare radicalmente i nuovi Stati.

Singularissimo l'avvio costituzionale tedesco, che a noi interessa – in un paese ormai nettamente diviso – per la cosiddetta Germania Occidentale, essendo la parte orien-

tale completamente inglobata nell'area di influenza sovietica¹⁸. Singolarità legata alla circostanza della duratura occupazione militare delle potenze vincitrici la seconda guerra mondiale. Fu nel 1948 che i governatori militari provvidero a stimolare i governi dei già ricostituiti Länder affinché attivassero un processo costituente. Stante la permanente divisione della nazione tedesca e del suo territorio, si volle attuare una soluzione che avesse l'impronta della provvisorietà; non si varò un'assemblea costituente bensì un semplice Consiglio parlamentare (*Parlamentarischer Rat*) con il compito di redigere non una Costituzione (*Verfassung*), ma una più modesta 'Legge fondamentale' (*Grundgesetz*), che sarebbe entrata in vigore il 23 maggio 1949. Come recita l'art. 20, si dava vita a uno «Stato federale, democratico e sociale» nel quale il popolo avrebbe esercitato la propria sovranità mediante libere elezioni seguendo l'orma del consolidato parlamentarismo occidentale. Istruito dalle debolezze che avevano condannato a morte l'esperimento weimariano, il Consiglio parlamentare, dopo aver fissato i tradizionali diritti individuali di libertà non quali principi programmatici (come nella Costituzione di Weimar) ma quali regole giuridiche immediatamente valide, volle difendere la democratica Legge fondamentale precisando espressamente, nell'art. 18, che «chi abusa della libertà di espressione del pensiero, in particolare della libertà di stampa, della libertà di insegnamento, della libertà di riunione, per combattere le basi dell'ordinamento democratico e liberale, perde questi diritti» e definendo nell'art. 21 come incostituzionali i partiti politici che si propongono di «danneggiare od eliminare l'ordinamento democratico e liberale». Fu altresì istituito un Tribunale co-

¹⁸ La Germania Orientale si darà una Costituzione nel 1949, ispirandosi alla propria opzione per l'assetto socialista della società e dello Stato.

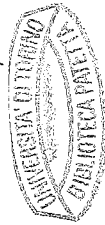
stizionale federale (*Bundesverfassungsgericht*) con il ruolo di autentico custode della Costituzione.

In Italia, dopo il referendum popolare abrogativo della istituzione monarchica, un'Assemblea costituente provvede alla elaborazione di una carta costituzionale, entrata in vigore il 1° gennaio 1948, nella quale era chiaro il contributo congiunto delle forze cattoliche, liberali e marxiste presenti nella stessa Assemblea. Non una carta dei diritti ma una Costituzione nel significato nuovo assunto dopo Weimar. Essa non concerne soltanto l'*Ordinamento della Repubblica*, cui è dedicata la seconda parte, ma esordisce fissando i *Principi fondamentali* (artt. 1-12) e riservando a una prima parte l'analisi dettagliata dei *Dritti e doveri dei cittadini* (artt. 13-54). Nei primi articoli, tra l'altro, si afferma la sovranità popolare, si riconoscono e garantiscono i diritti inviolabili dell'uomo, si riconosce il ruolo delle formazioni sociali, si scrive l'impegno verso una uguaglianza non più unicamente formale, si stabilisce la unità e indivisibilità della Repubblica articolata in autonomie locali. È di rilievo la istituzione di un giudice delle leggi, la Corte costituzionale, quale custode della Costituzione.

Più sopra, nel titolo del paragrafo, abbiamo parlato di nuove costituzioni e vecchi codici. Ed è vero. Non sorprende che continui in Francia la lunga vita del *Code Napoléon*, e non sorprende nemmeno la continuità del BGB nella Germania Occidentale, considerato che il progetto di Codice popolare nazional-socialistico resta a mero livello progettuale. *Code Napoléon* e BGB rappresentavano, infatti, due modelli di codificazione liberale. Sorprende, invece, la continuità di una codificazione italiana, la quale è stata interamente progettata e redatta durante il ventennio di regime fascista. Ne abbiamo già anticipato le motivazioni: a parte certi forzosi incuneamenti fascisti, l'opera legislativa è stata soprattutto lavoro di giuristi, prevalentemente scienziati ma anche giudici. E i giuristi

hanno avuto il grande merito di interpellare e interpretare il proprio tempo storico più che il regime con le sue deteriori pretese. Conclusione, questa, che vale per l'intera codificazione, anche se – ovviamente – la mano del regime autoritario si fa sentire più pesante nei Codici penali del 1930-31 per la stretta connessione della materia punitiva all'ordine pubblico dello Stato. Nell'immediato dopoguerra ci fu in Italia un certo dibattito sul da farsi, ma risultò larghissimamente maggioritaria la proposta conservativa, programmando soltanto una non difficile operazione di 'disinfestazione' dai parassiti annidati nel tessuto del corpo vivo della codificazione (l'immagine non è mia ma di un grande giurista italiano, il processualista Piero Calamandrei).

Non si può chiudere questo libro dedicato a *L'Europa del diritto* nel suo svolgimento storico senza fare almeno un cenno al grandioso e anche faticoso processo – tuttora in corso – verso l'unità europea politica e giuridica: grandioso perché si tratta della costruzione di un edificio imponente, che ha ricevuto via via sempre più numerose adesioni di Stati, faticoso perché si tratta di ridurre un arcipelago di isole statuali a un continente politicamente e giuridicamente compatto. Il processo può essere – molto sommariamente – condensato in queste tappe: il Trattato di Parigi del 1951 istitutivo di un primo embrione unitario, la Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA); il Trattato di Roma del 1957 istitutivo della Comunità economica europea (CEE) e della Comunità europea per l'energia atomica (CEEa); il Trattato di Maastricht del 1992, che dà vita alla Unione Europea come realtà complessa concernente non soltanto carbone e acciaio, economia, energia atomica, ma altresì politica estera e sicurezza comune, giustizia e affari interni. Recentemente si è arrivati a coniare una Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, comunemente chiamata *Carta di Nizza* perché, approvata nel 2000 dal



Parlamento europeo e dalla Commissione, venne proclamata e sottoscritta dai rispettivi presidenti nella seduta di Nizza del 7 dicembre 2000. Recentissimamente, nel 2004, essa è divenuta parte integrante del trattato che adotta un progetto di Costituzione per l'Unione, progetto che è restato tale fino ad oggi a causa della mancata ratifica da parte della Francia e dei Paesi Bassi.

8. *Qualche considerazione finale tra un millennio e l'altro*

Poiché lo storico deve avere una ferma consapevolezza del presente in cui si muove e agisce, sì da rendere più aguzzo il suo sguardo rivolto alla comprensione del passato, ci sia consentita un'ultima considerazione sull'itinerario che stiamo sperimentando in questi ultimi anni a cavaliere fra i due millenni. Oggi – 2006 – il diritto e il giurista (ossia, colui che al diritto dedica la sua vita di operatore o di scienziato) vivono un momento di grossa incertezza in quanto percorso da un mutamento rapido e intenso, momento non facile di cui, tuttavia, lo storico avverte la fertilità. Sì, momento fertile perché si sta disegnando un nuovo paesaggio giuridico non ancora definito e anche difficilmente definibile. Ci stiamo allontanando sempre più dal paesaggio chiaro e semplice di ieri, troppo chiaro e semplice per poter rispecchiare fedelmente il sottostante assetto sociale in tutta la sua reale complessità. Gli idoli venerati della vecchia mitologia giuridica della modernità appaiono in buona parte infranti: statualità del diritto, legge, principio di rigidissima legalità, principio di rigidissima divisione dei poteri, gerarchia delle fonti.

I due pianeti di *civil law* e di *common law* hanno visto recentemente attenuarsi le nette confinazioni del passato, e l'Unione Europea – dove il Regno Unito è componente fondamentale – è diventata, nelle sue istituzioni e

nella sua produzione normativa, l'officina per una sempre maggiore fusione. Sul continente, lo Stato, indiscusso protagonista giuridico della modernità, si dimostra sempre più incapace di ordinare giuridicamente la società, e la legge sta lasciando il suo trascorso ruolo di strumento essenziale di produzione del diritto. Stiamo, ormai, vivendo l'esperienza di poteri diversi da quello politico – in primo luogo, il potere economico – impegnati nel coniare nuovi e più congeniali istituti giuridici; e stiamo parimenti vivendo una proiezione che è sempre più globale, che tende ad astrarre dalle confinazioni spesso insensate delle frontiere statuali.

Accanto ai diritti ufficiali concorrono diritti promananti da altre e molteplici fonti, ed è spesso la prassi il laboratorio virulento dove il nuovo diritto prende forma. Se fino a ieri il criterio determinante era quello della validità, ossia della corrispondenza a un modello generale autorevole (prevalentemente offerto dallo Stato), oggi sembra vincente quello della effettività, cioè della capacità che ha una regola o un istituto di essere concretamente osservato, applicato. E i confini tra fatto e diritto, così nitidamente segnati in un passato prossimo, si fanno labili, e l'approdo è una decisa fattualità del diritto. Il lettore, che ha seguito con attenzione lo svolgersi delle nostre pagine, sarà portato a pensare alla reviviscenza di remote civiltà giuridiche. Pensiero utile e, al tempo stesso, falsante: utile perché lo istruisce sulla relatività di invenzioni che erano state identificate in tappe insuperabili di progresso; falsante perché fa correre il rischio di offuscare la tipicità di questo momento post-moderno plasmato da forze nate oggi per ordinare l'oggi secondo le esigenze dell'oggi.

Che il lettore non si lasci prendere dallo sgomento se il terreno è labile sotto i suoi piedi. Si sta, infatti, scavando per far posto ai basamenti di un nuovo edificio giuridico in coerenza con quanto è richiesto dalla nuova maturità di tempi in lenta formazione.