

Una costituzione per il regime?

1940: lo scoppio della guerra e del conflitto tra partito e scienza giuridica

1. Scienza giuridica vs. «elementi più attivi del partito»: una scansione dei fatti del 1940.

Come leggere nel quadro del rapporto tra scienza giuridica e regime alcune proposte di costituzione per lo stato fascista pubblicate tra 1940 e 1941?¹ E come collocarle nel contesto della «nuova dottrina della costituzione» sviluppatasi tra Trenta e Quaranta?² La sequenza di fatti e di «discorsi» sul diritto nel breve tempo di un paio d'anni consente di individuare i punti di maggior resistenza della dottrina «tradizionale» contro le posizioni estremiste del partito unico protese ad abbracciare il modello dello Stato nazista. Quello che propongo è di esaminare le proposte cui ho fatto cenno e alcuni scritti dei giuristi protagonisti di quel periodo anche alla luce delle più rilevanti vicende di politica interna e internazionale dei mesi che precedettero e seguirono lo scoppio della seconda guerra mondiale e di tentare anche per questa via di sciogliere qualche «non detto», ma sotteso, ai discorsi dei giuristi³.

Le proposte di riforma costituzionale, cui mi riferisco, si collocano in un periodo di estrema incertezza per il futuro dell'Italia. La dichiarazione di non belligeranza annunciata da Mussolini nel Consiglio dei ministri il 1 settembre 1939 sembrava configurare una presa di distanza del regime dalla Germania di Hitler⁴. La dichiarazione di guerra a Francia e Inghilterra del 10 luglio 1940 fece crollare tali speranze e ripiombare nell'incubo della nazistizzazione dell'Italia. Infine, nei primi mesi del 1941, la «disastrosa offensiva» in Grecia «voluta da Mussolini» generò illusioni sull'imminente fine del regime e sull'introduzione di una nuova costituzione, mentre, nel contempo, a riforme costituzionali totalitarie lavorava il segretario del partito nazionale fascista⁵.

Nell'altalena delle vicende internazionali, sul fronte interno i giuristi della «tradizione» erano intenti a ostacolare le iniziative di carattere legislativo dei «fanatici» del PNF⁶. Mentre dottrina e ambienti di Governo s'interrogavano sul rapporto tra Stato e partito⁷, il contrasto tra le correnti del

¹ Le pagine che seguono nascono da un recente ripensamento sul tema antico e sempre ricorrente della «pretesa» legalità del fascismo, al quale rinvio per ulteriori riferimenti bibliografici: C. Storti, *Ancora sulla legalità del fascismo*, in *L'Italia ai tempi del ventennio fascista. A ottant'anni dalle leggi antiebraiche: tra storia e diritto*, a cura di M. D'Amico, A. De Francesco, C. Siccardi, Milano, Franco Angeli, 2019 (I diritti negati), pp. 43-102.

² Mi limito a citare di M. Fioravanti, *Stato e costituzione: l'esperienza del Novecento*, e *Le dottrine della costituzione in senso materiale* in Id., *La costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo*, Milano, Giuffrè, 2018 (Per la storia del pensiero giuridico moderno (=SPGM), 118), rispettivamente pp. 117-132 e 165-178; M. Gregorio, *Parte totale. Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2013 (SPGM, 101), in part. pp. 248-250.

³ Sulla presa di distanza dal fascismo attraverso il «discorso indiretto delle allusioni e degli ammiccamenti»: P. Costa, *Lo «stato totalitario»: un campo semantico nella giuspubblicistica del fascismo*, in «Quaderni fiorentini» (= QF) 28(1999) *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*, t. I, pp. 161-174, in part. 154 ss.

⁴ Cfr. oltre testo a n. 16.

⁵ P. Calamandrei, *Diario I, 1939-1941, Introduzione* di M. Isnenghi, Roma, Edizioni di storia e letteratura, 2017 (rist.), p. 393 e cfr. oltre § 7.

⁶ D. Grandi, *Il mio paese. Ricordi autobiografici*, Bologna, Mulino, 1985, pp. 554 ss in part. p. 556 e 602. La pretesa dei veri fascisti di essere assurti al ruolo di «aristocrazia» della classe dirigente italiana (Costa, *Lo «stato totalitario»* cit., pp. 135 ss) aveva assunto toni anche più forti nel discorso sulla razza non solo con riguardo agli ebrei, ma anche e soprattutto alle popolazioni dell'Impero coloniale (L. Nuzzo, *Origini di una scienza. Diritto internazionale e colonialismo nel XIX secolo*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2012, in part. pp. 283 ss S. Iorio, *Un'altra legge. Ordinamento e giustizia nelle colonie italiane d'Africa*, Testi di laurea, Università degli Studi di Milano a.a. 2018.2019).

⁷ Gregorio, *Parte totale* cit. pp. 183 ss. e 186 e cfr. infra testo a n. 24 ss.

partito si ripercosse anche sui lavori della codificazione civile. Contro i rischi dell'identificazione dello Stato con il partito e del 'totalitarismo', che si sarebbero concretizzati nel caso di vittoria dell'Asse, alcuni giuristi tentarono di costruire un baluardo costituzionale di 'limiti' non superabili nemmeno dallo Stato fascista⁸.

Questa storia prende avvio da uno scontro con il direttorio del PNF del 1939 rievocato da Dino Grandi che, richiamato da Mussolini dopo sette anni vissuti a Londra come ambasciatore, su insistenza del re accettò la carica di ministro di grazia e giustizia a decorrere dal 1 agosto. Dal 30 novembre dello stesso anno divenne anche presidente della Camera dei fasci e delle corporazioni fino alla fatidica delibera del Gran consiglio del 25 luglio del 1943⁹.

Il primo aperto urto tra me e il direttorio del partito, affiancato dal gruppo dei «Soloni», ebbe luogo sul problema della riforma dei codici, codice civile, di procedura civile, codice marittimo¹⁰.

I Soloni erano, secondo le parole di Grandi¹¹, un gruppo di «giuristi o pseudogiuristi» e di «economisti o pseudoeconomisti» vicini al direttorio del PNF, del quale era segretario il suo 'nemico' Achille Starace¹², con lo scopo di istituire «la dittatura di partito» sul modello nazista e «soprattutto» sovietico e pertanto «di studiare e di promuovere gradualmente proposte di legge e provvedimenti» per trasferire «negli organi del partito il potere e le responsabilità fissate dalle istituzioni agli organi dello stato»¹³. In tale contesto, il direttorio pretendeva di «dirigere l'opera della codificazione» e di accelerarne la riforma, evidentemente, in senso 'totalitario'¹⁴.

Tale pretesa era, secondo Grandi, inaccettabile, innanzitutto, a causa di un accordo tra Italia e Germania, del quale egli era venuto a conoscenza soltanto quando aveva assunto la carica di guardasigilli. In virtù di tale intesa, i due Stati avrebbero dovuto realizzare sulle tre materie una codificazione comune:

un preciso e solenne accordo tra il governo nazista e il governo fascista, firmato dai due ministri degli esteri, che impegnava i due governi alla formazione, su basi comuni, di questi tre codici¹⁵.

In ogni caso, egli non reagì a tale assalto fino a metà ottobre. Nel frattempo, il 1 settembre, con un intervento nel Consiglio dei ministri, nel quale si trattava appunto di lavori della codificazione,

⁸ Sulle tante concezioni di 'totalitario' nella giuspubblicistica fascista: Costa, *Lo 'Stato totalitario'* cit., in part. pp. 73-74, 99 ss. e sulla «sussunzione della società nello Stato», pp. 144 ss.

⁹ Grandi, *Il mio paese* cit., pp. 471-472 e sulla sua nomina alla presidenza della Camera dei fasci p. 554. P. Nello, *Grandi Dino*, In *Dizionario Biografico degli Italiani* (= DBI), vol. 58, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 2002, pp. 470-476.

¹⁰ Grandi, *Il mio paese* cit., p. 481 e cfr. anche Nello, *Dino Grandi* cit., pp. 474-475. Come ben noto l'attributo di Soloni era già stato assegnato ai giuristi che nel 1925 erano stati incaricati della riforma dello Statuto albertino da Mussolini e cfr. in proposito, anche per i riferimenti bibliografici Storti, *Ancora sulla legalità* cit., pp. 73-74.

¹¹ Calamandrei considerava Grandi un gerarca «non spregevole», come afferma in merito al rifiuto del guardasigilli di accettare la cattedra di diritto civile all'Università di Firenze nel gennaio '41 (*Diario I* cit., p. 335, 338-339)

¹² Grandi, *Il mio paese* cit., pp. 554 ss. e sull'ex 'falegname' Starace: Calamandrei, *Diario I* cit., pp. 63-64, 90-91. Achille Starace fu segretario dal '31 al '40 salvo il periodo di reggenza di Adelchi Serena durante la guerra di Etiopia tra febbraio e luglio '36 (M. Missori, *Gerarchie e statuti del P.N.F., Gran Consiglio, Direttorio Nazionale. Federazioni provinciali. Quadri e biografie*, Roma, Bonacci, 1986, pp. 76-78) e cfr. G. Melis, *La macchina imperfetta. Immagine e realtà dello Stato fascista*, Bologna, Il Mulino, 2018, in part. pp. 172 ss. e 187.

¹³ Grandi, *Il mio paese* cit., p. 479.

¹⁴ Sui ritardi della codificazione civile in Italia, connotati da continue riprese e abbandoni, mi limito a citare anche per riferimenti bibliografici: C. Ghisalberti, *La codificazione del diritto civile in Italia 1865-1942*, Bari, Laterza, 1985, in part. pp. 235-254; R. Bonini, *Disegno storico del diritto privato italiano dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942*, Bologna, Patron, 1996³; S. Caprioli, *Codice civile. Struttura e vicende*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 146-147.

¹⁵ Grandi, *Il mio paese* cit., p. 483. In Germania, l'incarico della compilazione era già stato affidato dal Führer non al ministro della giustizia, bensì all'«Accademia del diritto tedesco» presieduta da Frank Hans, più tardi governatore della Polonia e poi, come noto, condannato a morte dalla corte di giustizia internazionale di Norimberga. Su Frank si può vedere anche il documentato romanzo di Ph. Sands, *East West Street. On the Origins of Genocide and Crimes against Humanity* (2016), trad. It. di I. C. Blum, *La strada verso Est*, Di, Milano, Ugo Guanda Editore, 2017.

Mussolini annunciò la neutralità italiana. Quantunque non sufficientemente deciso nei toni, secondo lo stesso Grandi, Calamandrei e molti altri, il discorso del duce poteva apparire come una retromarcia rispetto al 'tradimento' alla nazione perpetrato con la stipula del patto d'acciaio il 22 maggio del '39. Alla fine di settembre, inoltre, Starace fu deposto dal ruolo di segretario del PNF e la sua sostituzione con il «quasi analfabeta» Muti dovette dare un po' di fiato a Grandi¹⁶.

Il 16 ottobre, il guardasigilli affrontò finalmente la questione del ruolo del partito nei lavori della codificazione davanti alle commissioni parlamentari del Senato e della Camera. Proclamò l'indipendenza dei giuristi e del diritto italiano di fronte a qualsiasi tentativo di intromissione straniera e la volontà di difendere «le frontiere del nostro diritto romano ed italiano» contro le contaminazioni con il diritto dei «teutonici delle foreste»¹⁷. La rivendicazione delle radici romane del nuovo Impero, che dalla propaganda era utilizzata per celebrare e enfatizzare le conquiste del regime, si ritorceva, dunque, in strumento di contrasto alle pretese del partito.

La posizione di 'resistenza' assunta dal guardasigilli nell'ottobre del '39 contro il tentativo di 'politicizzare' la riforma dei codici, descritto anche da Filippo Vassalli nel 1942 come una pressione «vivissima» durata per tutto il tempo dei lavori¹⁸, non poteva essere, e non sarebbe stata priva di conseguenze, anche se non sappiamo esattamente quali; come Grandi sostiene, Mussolini lo «lasciò fare»¹⁹. Egli, in realtà, non era il solo a contestare o a temere il partito: l'identificazione del partito con lo Stato riusciva molto difficile e persino intollerabile a Mussolini²⁰ e, per non dire di altri, il partito appariva «il più grande nemico dell'Italia» al generale Emilio De Bono, che ebbe un ruolo eminente nell'organizzazione del 25 luglio 1943 e per questo fu condannato a morte dal tribunale di Verona nel 1944²¹.

La mossa di Grandi era stata abile per contenere in un primo momento le pretese del partito, ma, pochi mesi più tardi, egli sembrò cedere a un rinnovato attacco e riaprire la porta alla politica su

¹⁶ Grandi, *Il mio paese* cit., pp. 557 ss., 591. Tra ottobre 1939 e ottobre 1940 si ebbe un breve periodo di interregno della corrente più moderata con segretario Ettore Muti e cfr. Grandi, *il mio paese* cit., pp. 554 ss. e 602; Calamandrei, *Diario I*, in part. pp. 121-122 (che descrive lo squadrista Muti come sanguinario e pluriomicida).

¹⁷ Grandi, *Il mio paese* cit., p. 481.

¹⁸ «A questo punto si rese evidente non potersi procedere oltre sugli schemi così predisposti. Il problema di ordine fu avvertito, può dirsi, insieme *col problema politico* del codice. L'affermazione di *certe direttive generali d'ordine politico* venne di pari passo con l'affermarsi della esigenza tecnica di un piano organico dell'opera» (F. Vassalli, *Il nuovo codice civile*, in «Nuova Antologia», CDXXI(maggio-giugno 1942), pp. 160-167, p. 161 (il corsivo è di chi scrive). Il discorso, pronunciato nel 1942, fu da lui sviluppato nel 1947 in *Id. Motivi e caratteri della codificazione civile* in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», n.s. I, 1, 1947, pp. 76 ss e in *Id., Scritti giuridici*, vol. III, t. *II Studi vari (1942-1955)*, Milano Giuffrè, 1960, pp. 605-634 (dal quale si cita), in part. p. 612 e cfr. anche Melis, *La macchina imperfetta* cit., pp. 295 ss. e n. 121. Il ritardo era stato conseguenza, secondo Vassalli, dell'impossibilità di attuare la legge delega 2814/1923 e alla variante della ripartizione della materia in quattro libri prevista dallo stralcio della materia delle obbligazioni oggetto della legge italo-francese 2260/1925. I verbali dell'accessissima discussione alla Camera del 9 giugno 1923, intorno alla riforma del codice civile, si possono vedere in <https://storia.camera.it/regno/lavori/leg26/sed219.pdf>. Su Filippo Vassalli mi limito a citare, anche per i riferimenti bibliografici: P. Grossi, *Il disagio di un 'legislatore'(Filippo Vassalli e le aporie dell'assolutismo giuridico)*, in P. Grossi, *Nobiltà del diritto, Profili di giuristi*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2008 (SPGM, 89), pp. 415-444 e G. Chiodi, *Filippo Vassalli*, in *Il contributo italiano alla Storia del pensiero*, Ottava appendice, Roma, Treccani, 2012, pp. 563-567.

¹⁹ Grandi, *Il mio paese* cit., pp. 480-481 Grandi proseguiva osservando che «per quanto concerneva la Germania, il Führer aveva affidato non al ministro della Giustizia, bensì all'«Accademia del diritto tedesco» presieduta dal Dott. Frank Hans, più tardi governatore della Polonia e condannato a morte al processo di Norimberga per le crudeli persecuzioni contro gli ebrei» e cfr. inoltre pp. 503 ss.

²⁰ De Felice, R. De Felice, *Mussolini l'alleato 1940-1945 I L'Italia in Guerra 1940-1943 t. II Crisi e agonia del regime*, Torino, Einaudi, 1990, pp. 973-976, in part. 973.

²¹ Ivi., p. 973. Su De Bono, uno dei protagonisti del successo del regime, membro del Gran consiglio, ministro delle colonie dal 1929 e alto commissario per l'Africa orientale nel 1935 all'inizio della conquista dell'Etiopia, E. Valleri Scaffei, De Bono, Emilio, in *DBI*, 33(1987). Sulla guerra di Etiopia e la sostituzione di Badoglio a De Bono: E. De Bono, *La preparazione e le prime operazioni*. Introduzione di B. Mussolini, Roma, Istituto nazionale Fascista di Cultura, 1937 (La conquista dell'Impero), in part. pp. 209 ss.

questioni connesse con la codificazione. Come ben noto, nel celebre discorso *Tradizione e rivoluzione nei codici mussoliniani* tenuto il 31 gennaio '40 sullo stato di avanzamento dei lavori, riprendendo quasi alla lettera un testo della sottocommissione per il codice civile del 1937, Grandi annunciò che, terminata quella fase, sarebbero stati «portati all'esame e all'approvazione del supremo organo del regime, cioè al Gran consiglio, i principî informatori dell'ordinamento giuridico fascista». Come egli specificava, «una enunciazione chiara dei principî informatori dell'ordinamento giuridico creato dal fascismo» sarebbe stata, infatti, indispensabile per «plasmare e indirizzare il diritto privato nella nuova civiltà fascista e nello Stato corporativo». Per il loro tramite, le fonti del diritto sarebbero state collocate secondo il sistema gerarchico già stabilito dalla «dottrina fascista» e dalla «politica legislativa del regime». In altre parole, sia la giurisprudenza sia la scienza giuridica sarebbero state 'vincolate' e 'subordinate' alla «guida» di tali principi nell'interpretazione dei codici dei quali, per i singoli istituti, sarebbero state prefissate «la natura e le finalità», la «posizione storica» e la «ragione politica»²².

Se a molti giuristi gli effettivi intendimenti del guardasigilli apparivano indecifrabili²³, era, invece, indubbio che, stando alle sue parole, nell'elaborazione di tali principi sarebbe stato coinvolto il Gran consiglio del PNF, il cui ruolo costituzionale e le cui funzioni di natura legislativa, erano già state previste alla fine degli anni Venti, che avevano stabilito anche un rapporto 'organico' tra partito nazionale fascista e le massime istituzioni dello Stato, come analizzato da Massimiliano Gregorio²⁴.

In particolare, da un lato, la nomina del segretario del partito avveniva con regio decreto e quella del direttorio spettava al capo del governo (l. 2693/1928, art. 14), dall'altro, il segretario, nominato, appunto, dal Re su proposta del capo del governo, avrebbe potuto «essere chiamato a partecipare alle sedute del Consiglio dei Ministri» e era membro di diritto della commissione suprema di difesa, del consiglio superiore dell'educazione nazionale, del consiglio nazionale delle corporazioni e del comitato centrale corporativo (l.2099/1929 art. 7)²⁵. Il parere del Gran consiglio del fascismo era, inoltre, obbligatorio, anche se non vincolante, sulle proposte di legge relative a questioni di carattere costituzionale²⁶. Questo aveva inflitto un ulteriore *vulnus* allo Statuto e allo Stato di diritto e proprio in qualità di consulente legislativo il Gran Consiglio aveva dettato il 6 agosto 1938 i principi della legislazione razziale sistematicamente attuati dal successivo novembre²⁷. Infine la legge del 129 del 19 gennaio '39, che aveva sostituito la camera dei deputati con la camera dei fasci e delle corporazioni costituita dai consiglieri nazionali del PNF e dai componenti del consiglio nazionale delle

²² D. Grandi, *Tradizione e rivoluzione nei codici mussoliniani. Discorso presentato in occasione del rapporto tenuto dal duce alle commissioni per la riforma dei codici il 31 gennaio 1940 a palazzo Venezia, Roma, Tipografia delle Mantellate, 1940* nonché come *Prolusione* alla rivista «Stato e diritto», a. I, 1 (marzo-aprile 1940), pp. 8-16. Cfr. C. Schwarzenberg, *Diritto e giustizia nell'Italia fascista*, Milano, Mursia, 1977, pp. 208-209; A. Sciumè *I principî generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo (1837-1942)*, Torino, Giappichelli, 2002, in part. pp. 265 ss.

²³ B. G. Funaioli *Discorso introduttivo al Convegno Nazionale Universitario su i principî generali dell'ordinamento giuridico fascista tenuto in Pisa nei giorni 18 e 19 maggio 1940*, Pisa, Pacini Mariotti, 1940, p. 5 e R. Lucifredi, *In tema di principî generale dell'ordinamento giuridico fascista*, in *Stato e diritto*, a. I, 4 (settembre-dicembre 1940), pp. 312-340 in part. pp. 316-317.

²⁴ Gregorio, *Parte totale* cit., pp. 170-171 e 172 ss.

²⁵ L. 2693/ 1928 *Ordinamento e attribuzioni del Gran consiglio del fascismo* art. 1: Il Gran consiglio del fascismo è l'organo supremo, che coordina e integra tutte le attività del regime [...] 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. Cfr. anche per i riferimenti bibliografici Melis, *La macchina imperfetta* cit., pp. 148 ss.

²⁶ L. 2099/1929, in part. art. 12. Questioni di natura costituzionale erano considerate: successione al trono, attribuzioni e prerogative della corona, composizione e funzionamento del Gran consiglio, del Senato e della Camera, attribuzioni e prerogative del capo del governo, facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche, ordinamento sindacale e corporativo, rapporti tra Stato e Santa Sede, trattati internazionali su variazioni del territorio dello Stato e delle colonie o rinuncia all'acquisto di territori. Come ricorda Grandi, il Gran consiglio non fu più convocato dopo il 7 dicembre 1939 e fino al fatidico 25 luglio (*Il mio paese* cit., pp. 585-597).

²⁷ Gregorio, *Parte totale* cit., pp. 166 ss.; S. Gentile, *La legalità del male*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 16.

corporazioni sembrò eliminare l'ultimo residuo della separazione tra potere esecutivo e potere legislativo, superandolo con l'introduzione del principio della cooperazione tra funzioni. E proprio sugli effetti costituzionali di tale cooperazione intervenne, come vedremo, Costantino Mortati cinque mesi più tardi²⁸.

Con tali premesse, poteva sembrare che, anche per effetto del discorso di Grandi, la 'politica', che aveva dovuto lasciare ai 'tecnicismi' della scienza giuridica l'elaborazione dei codici, avrebbe riacquisito il primato nel tracciare le linee direttive della loro interpretazione e applicazione o persino nell'elaborare una costituzione. Il primo risultato di tale discorso fu, comunque, di acuire la contrapposizione tra la corrente rivoluzionaria del diritto 'fascista' che voleva adeguare la dogmatica alle conseguenze della statualizzazione del partito²⁹ e della destrutturazione del modello dello Stato di diritto totalitario³⁰ e la dottrina di tradizione 'liberale' legata alla concezione dello Stato di diritto e alla separazione tra politica e ideologia³¹. Quest'ultima sembrò reagire, a sua volta, tempestivamente e in pochi mesi fu organizzato a Pisa nel 'gruppo' di Bottai (il cosiddetto «cantiere»)³², un convegno nazionale universitario iniziato con un appello ai professori a «affrettarsi all'indagine e prendere posizione»³³:

Adunque il movimento ideologico e pratico recato dal fascismo appare alla mente del legislatore giunto ad un grado di maturità tale che consenta la fissazione di lineamenti generali della sua virtù e forza operanti nell'ordinamento giuridico. L'esame di questa possibilità da parte della dottrina non può allora più tardare. Essa deve anzi affrettarsi all'indagine e prendere posizione.

Fu Emilio Betti che, mesi più tardi, evidenziò con la massima chiarezza le dimensioni dello scontro tra 'politica' e scienza giuridica risuscitato dal discorso del guardasigilli del 31 gennaio³⁴. A suo giudizio, il primo problema sollevato dall'annuncio di una formulazione dei principi generali del 'nuovo' ordine giuridico era quello di stabilire chi fosse legittimato a procedere a tale stesura. La soluzione del quesito dipendeva, però, dallo stabilire che cosa si intendesse per principi generali dell'ordinamento giuridico e quale ne dovesse essere il contenuto. La competenza «esclusiva» della politica in materia non avrebbe potuto essere messa in dubbio se tali principi fossero stati diretti ad orientare la futura politica legislativa, ossia se si fosse trattato di

principi programmatici, esprimenti esigenze etiche o politiche suscettive di futuri sviluppi non ancora interamente attuate nel sistema giuridico, ma stimate degne di farne parte integrante nella interpretazione e in eventuali riforme di esso.

La redazione di principi generali di natura 'programmatica' sarebbe stata «per eccellenza compito del legislatore», come si era espresso appunto Grandi con riferimento al Gran consiglio, e dei suoi referenti e consulenti nel quadro delle competenze ad esso attribuite dalla legge del '39

l'assunzione di quelle esigenze etiche o politiche a parte integrante dell'ordine giuridico dello Stato configura una vera recezione trasformativa non un rinvio

Al contrario, la scienza giuridica avrebbe potuto e dovuto assumere il ruolo di protagonista nella formulazione dei principi generali se essi fossero stati intesi in senso sistematico e quindi ricavabili

²⁸ L. 129/1939 *Istituzione della Camera dei fasci e delle corporazioni* e cfr. infra p. 151.

²⁹ Gregorio, *Parte totale* cit., pp. 179 ss.,

³⁰ Costa, *Lo 'Stato totalitario'* cit., Storti, *Ancora sulla legalità* cit., pp. 96-97 e su Maggiore cfr. infra n. 76.

³¹ Gregorio, *Parte totale* cit., pp. 181 ss. in part. pp. 181-182 e 187-189.

³² F. Amore Bianco, *Il cantiere di Bottai. La scuola corporativa pisana e la formazione della classe dirigente fascista*, Siena, Edizioni Cantagalli, 2012; Id., *Mussolini e il «Nuovo Ordine». I fascisti, l'Asse e lo spazio vitale (1939-1943)*, Milano, Luni editrice, 2018, pp. 16 ss.

³³ Funaioli, *Discorso introduttivo* cit., p. 5.

³⁴ E. Betti, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in «Rivista di diritto commerciale», XXXVIII, 5-6, p. 1 (1940)., pp. 217-223. Sul problema 'politico' sollevato dalla redazione dei principi: Sciumè *I principî generali* cit., cap. *I principî fra politica e diritto* pp. 259 ss.

dalle norme vigenti e dal loro complesso tramite un procedimento logico-giuridico. I risultati di una tale operazione sarebbero stati destinati esclusivamente agli interpreti e il ruolo del legislatore avrebbe dovuto essere limitato a un «contributo, necessariamente parziale e superabile»³⁵.

2. Maggio 1940: Incertezze e contrasti dottrinali sulla natura dei principi generali del diritto nel convegno di Pisa.

Torniamo dunque al convegno pisano, e agli interventi dei giuristi che vi parteciparono tramandati nella sintetica forma di verbale.

Il convegno era stato introdotto il 18 maggio dal preside della facoltà di giurisprudenza Giovanni Battista Funaioli, ai cui dubbi si è già fatto cenno³⁶. Il suo primo riferimento era a un articolo che Giacomo Perticone aveva pubblicato, come è probabile, proprio in vista del convegno. Nella sua interpretazione, con «formulazione» di principi generali Grandi avrebbe inteso la categoria dei principi «intermedi»: principi non di carattere meramente etico e morale, ma ai quali si sarebbe dovuto riconoscere efficacia normativa quantunque non fossero 'leggi' in senso stretto³⁷.

Su tale presupposto, Funaioli pose ai partecipanti alcune questioni: le «massime programmatiche che caratterizzano la civiltà fascista» equivalevano a principi programmatici? Se sì, competenti alla loro redazione sarebbero stati soltanto i «supremi organi politici», come era avvenuto per la Carta del lavoro? Oppure il guardasigilli pensava che tali massime avrebbero dovuto essere trasfuse in legge? L'impostazione della questione non era differente da quella di Betti, ma le conclusioni del presidente erano opposte. Quand'anche si fosse trattato di principi ordinatori per la legislazione e, pertanto, di principi vincolanti sia per il legislatore sia per l'interprete, nulla avrebbe comunque impedito il ricorso all'«opera della scienza del diritto»³⁸.

Il dibattito che ne seguì anche se non, come molti ritennero, inconcludente, contribuì, se possibile, a accrescere le incertezze dell'accademia³⁹.

Da un lato, si sosteneva che, se messi per iscritto in forma di legge, i principi sarebbero stati vincolanti per il legislatore⁴⁰. Secondo altri, invece, quest'evenienza si sarebbe verificata soltanto se fosse stata istituita una corte costituzionale sul modello allora costituito dalla costituzione degli Stati Uniti. Ambrosini, però, escludeva che un tal modello di corte suprema sarebbe stato mai accettato dallo Stato fascista⁴¹. Dall'altro, vi era chi, come Betti, nel riconoscere ai principi efficacia normativa intravedeva una conseguenza del tutto diversa: per effetto di tale conversione il giudice sarebbe stato

³⁵ Betti, *Sui principi generali* cit., pp. 218-219 e cfr. M. Brutti, *Emilio Betti e l'incontro con il fascismo*, in *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, a cura di I. Birocchi e L. Loschiavo, Roma, TrePress, 2015, pp. 63-102, in part. pp. 92 ss.

³⁶ Cfr. sopra testo a n. 23; sull'agrarista e civilista G. B. Funaioli cfr. P. Camponeschi, *Funaioli, Giovanni Battista*, in DBI, 50(1998), pp. 742-744; U. Breccia, *Funaioli, Giovanni Battista (Siena, 22 agosto 1891 – Pisa, 6 aprile 1959)*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, a cura di I. Birocchi, E. Cortese, A. Martone, M. N. Miletta, Bologna, Il Mulino, 2013, (= DBGI), pp. 916-917.

³⁷ Funaioli, *Discorso introduttivo* cit., p. 7. Il riferimento è a G. Perticone, *Sui principî generali del diritto positivo*, in «Archivio Giuridico F. Serafini», s. V, vol. III, CXXIII (1940), pp. 18-34, in part. pp. 31-34, del quale stralci si trovano anche in Schwarzenberg, *Diritto e giustizia* cit., pp. 209-212 e, in proposito, Sciumè, *I principi generali* cit., in part. p. 233.

³⁸ Funaioli, *Discorso introduttivo* cit., pp. 8-9.

³⁹ A. Aquarone, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino, Einaudi, 1965, vol. I, pp. 284-286; Schwarzenberg, *Diritto e giustizia* cit., pp. 207-210.

⁴⁰ Di questa opinione fu, come vedremo Perticone cfr. oltre testo a n. 48 e § 4.

⁴¹ G. Ambrosini in *Convegno nazionale* cit., p. 23. Su G. Ambrosini, magistrato e poi docente universitario, chiamato alla facoltà di giurisprudenza di Roma nel 1937 per l'insegnamento di diritto coloniale, successivamente passato alla cattedra di V. E. Orlando e, infine, eletto per la democrazia cristiana alla Costituente: R. Bifulco, *Ambrosini Gaspare (Favara, 24 ottobre 1886 – Roma, 17 agosto 1985)*, in DBGI, vol. I, pp. 51-52.

«trasformato [...] in legislatore» e da questo sarebbe conseguita l'importazione in Italia del modello tedesco dell'interpretazione abrogativa⁴².

Fin dal secondo giorno del convegno apparve chiaro che sarebbe stato impossibile giungere a conclusioni condivise. Secondo il già citato Ambrosini, i partecipanti avrebbero pertanto dovuto adottare «un programma concreto di lavoro» e dividersi i compiti per l'elaborazione di principi su due punti specifici: quello dei principi costituzionali supremi (compiti dello Stato e rapporti con gli individui e i gruppi organizzati); e quello dei principi relativi a «istituti singoli delle varie branche del diritto». La proposta fu approvata soltanto da Perticone e da Chiarelli⁴³

Dopodiché toccò a Lorenzo Mossa rimettere tutto in discussione dichiarando, che la scelta di redigere in iscritto principi generali dell'ordinamento giuridico sarebbe stata rischiosa, anzi, avrebbe costituito un vero e proprio «attentato alla scienza del diritto». L'esperienza del diritto commerciale, stava a dimostrare quale fosse stato il ruolo della dottrina e degli usi nella sua evoluzione con chiaro riferimento ai principi della 'scuola' di Vivante con il quale aveva intensamente collaborato in giovinezza⁴⁴.

Chiarelli tentò allora di riportare i lavori alla concretezza, esprimendo la convinzione che il Guardasigilli non avesse pensato a principi programmatici per la politica legislativa futura, ma soltanto all'astrazione dalla legislazione vigente dei principi, per così dire, 'storici' informatori dell'ordinamento attuale: principi non vincolanti né per il legislatore, né per l'amministrazione, né per il giudice, nel senso che sulla loro base non sarebbero stati ammissibili ricorsi per Cassazione, ma utilizzabili solo per l'interpretazione dell'esistente⁴⁵.

In altre parole, come sostenne Nicolò in un ampio intervento dal tono piuttosto provocatorio, di fronte a tante opinioni così contrastanti, il problema non era stabilire che cosa si intendesse per principi generali, ma quale efficacia si riteneva che ad essi sarebbe stata attribuita. Dato che molti avevano escluso che tali principi generali potessero sostituirsi all'art. 3 delle preleggi e che essi avrebbero costituito un 'limite' per la politica legislativa e per i giudici, non restava che intenderli come norme di carattere generale e autonomo e destinate a una sfera di applicazione 'trascendente' rispetto all'ambito dei singoli codici. Si sarebbe dovuto trattare, se così configurate, di norme dirette alla 'collettività dei cittadini' e destinate a dare soluzione positiva a «problemi complessi» come quelli della gerarchia delle fonti del diritto e della determinazione dei contenuti di diritto soggettivo, di autonomia della volontà privata e di ordine pubblico. Tali norme, in altre parole, avrebbero dovuto consistere in «soluzioni positive e giuridicamente rilevanti di secolari problemi» da risolvere secondo la dottrina politica fascista e la «dommatica del tempo nuovo». Solo in questo modo, la dottrina

⁴² G. Osti *Convegno nazionale* cit., p. 18; avv. Luigi Biamonti di Roma, p. 20. Professore di diritto commerciale dal 1915, Osti non era riuscito a rientrare come docente di diritto privato nell'Università della città natale, Bologna, a causa del veto del governo al suo trasferimento, fino al 1931: A. Trombetta, *Osti, Giuseppe, Bologna, 29 ottobre 1885 – ivi, 28 gennaio 1963*, in DBGI; vol. II, pp. 1471-1472. Analogamente: Betti, *Sui principi generali* cit., p. 221 e sul suo contributo in *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico*, Pisa, Arti grafiche Pacini Mariotti, 1941 cfr. Sciumè, *I principi generali* cit., pp. 253 ss. e p. 257.

⁴³ *Convegno nazionale* cit., pp. 33-34.

⁴⁴ *Ivi.*, pp. 33-34. Su L. Mossa, allievo di Asquini e collaboratore fin dal 1909 della *Rivista di diritto commerciale* fondata da A. Sraffa e da C. Vivante, e, dal 1926, docente a Pisa: G. Cazzetta, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 209-227; I. Stolzi, *Lorenzo Mossa*, in *Il contributo italiano* cit., pp. 529-532; A. Mattone, *Mossa, Lorenzo* (Sassari, 29 agosto 1886 – Pisa, 19 agosto 1957), in DBGI, vol. II, pp. 1392-1395. Cfr. inoltre su Vivante: A. Padoa Schioppa, *Il diritto commerciale italiano*, in *Id.*, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2003, pp. 533-563, in part. pp. 551-554; *Id.*, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna, Il Mulino, 2016², pp. 605-606; M. Libertini, *Vivante, Cesare*, in DBGI, pp. 2058-2062.

⁴⁵ *Convegno nazionale* cit., pp. 38-39.

giuridica fascista sarebbe stata costretta a prendere posizione su questioni di fondo concernenti sia il diritto pubblico sia quello privato⁴⁶.

Zanobini, che, fin dal primo giorno, aveva mostrato insofferenza per «il più grave dissenso» emerso tra i partecipanti, sostenne allora che, a suo giudizio, si era fatto molto rumore per nulla. La direttiva di Grandi doveva essere ridotta alla stesura di «enunciazioni sintetiche e interpretative della compiuta codificazione». Nel progredire dei suoi lavori, infatti, i diritti individuali avevano trovato la loro affermazione e nessuno poteva negare che questo fosse compito esclusivo del giurista che, in tal modo, avrebbe altresì alleviato il compito del legislatore. Rilanciò così la proposta di concordare su alcuni punti e di affidarli all'elaborazione dei singoli secondo uno schema che egli individuava nei seguenti punti: 1) lo Stato e diritto con riguardo alla gerarchia delle fonti, compresa la consuetudine; 2) famiglia, scuola, associazione e corporazione; 3) individuo, diritto soggettivo, autonomia individuale; 4) tutela del diritto; 5) funzione punitiva⁴⁷. In un articolo a margine del convegno, anche Perticone sembrò condividere tale proposta⁴⁸.

Dal sottofondo del dibattito, l'idea di costituzione trapela, soprattutto, negli interventi mirati a puntare l'attenzione sull'aspetto 'programmatico' della direttiva di Grandi dando maggior peso a espressioni quali formulare le «linee» dello «sviluppo futuro» degli «istituti dei codici mussoliniani, la loro posizione storica, la loro ragione politica». I più, tuttavia, adottarono, per così dire, un atteggiamento di rimozione di fronte a tale prospettiva per il timore, appunto, che una sua evocazione avrebbe potuto sollecitare l'«onnipotenza del legislatore» e sarebbe stata foriera di ulteriori problemi da parte della 'politica'. Da questo punto di vista, proprio le parole di Perticone appaiono rivelatrici. Nessuno poteva escludere che il legislatore avrebbe voluto arrogarsi il potere di formulare principi di carattere programmatico, ma questo non avrebbe precluso alla scienza la via della loro elaborazione anche se si fosse trattato di corrispondere a esigenze politiche. Con l'intervento della scienza, infatti, si sarebbe evitato che il «giurista inqualificato» introducesse «proposizioni arbitrarie, a-giuridiche o antiggiuridiche, come si suole pensare quando si parla, fra giuristi, di principi politici»⁴⁹.

Negli scritti pubblicati negli atti del convegno, sui quali sono stati svolti studi ampi e approfonditi, sembra che l'urgenza della 'questione' politica si dissolva nello sviluppo degli aspetti teorici, così come avvenne nei contributi pubblicati nello stesso 1940 in onore di Santi Romano⁵⁰.

3. Giugno 1940, venti di guerra. Separazione dei poteri e collaborazione tra organi costituzionali secondo Costantino Mortati

Le posizioni assunte dalla dottrina non produssero risultati immediati, perché solo alla fine di novembre il Guardasigilli riaffrontò il problema dei principi generali e su questo si tornerà. Dopo meno di due mesi dalla fine del convegno, la fase della neutralità e della non belligeranza terminò e l'Italia precipitò in una guerra non voluta né da molti membri del governo né dal «paese» contribuendo ad avviare o a rafforzare il processo di delegittimazione del fascismo⁵¹.

⁴⁶ Ivi, pp. 40-43. S. Rodotà, *Nicolò, Rosario* (Reggio Calabria, 12 settembre 1910 – Roma, 1° gennaio 1988, in DBGI, vol. II, pp. 1435-1438.

⁴⁷ *Convegno nazionale* cit., p. 24 e pp. 43-44 nonché Id., *Gerarchia e parità fra le fonti*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. I, *Filosofia e teoria generale del diritto. Diritto costituzionale*, Padova, VCEDAM, 1940, pp. 589-612; e cfr. A. Sandulli, *Zanobini*, Guido (Pisa, 6 giugno 1890 – Fregene, 7 agosto 1964), in DBGI, vol. II, pp. 2083-2086.

⁴⁸ G. Perticone, *Sui principî generali del diritto privato. Ai margini di un convegno*, in «Archivio Giuridico», s. V, 3, 124 (1940), pp. 129-138, in part. pp. 135-136.

⁴⁹ Ivi, p. 135

⁵⁰ Sciumè, *I principî generali* cit., pp. 199-328.

⁵¹ Grandi, *Il mio paese* cit., pp. 571, 581-582. In proposito, come è ben noto, gli storici hanno espresso opinioni discordanti. Tra i classici, mi limito a rinviare a De Felice, *Mussolini l'alleato 1940-1945 II Crisi e agonia del regime*, pp. 671 ss. e, contro

Il 10 luglio, infatti, dopo la conquista di Parigi da parte dell'esercito nazista, un Mussolini «terrorizzato» e timoroso della «vendetta» di Hitler, secondo il racconto di Grandi, aveva finito per accondiscendere alle ripetute richieste del Führer di dichiarare guerra a Francia e Inghilterra⁵². Il timore della guerra serpeggiava nell'opinione pubblica dopo l'armistizio della Francia⁵³, ma, sempre a dire di Grandi, dipese dall'unica volontà del duce, che ne diede annuncio da palazzo Venezia senza informare né il Gran consiglio, né il Consiglio dei ministri, le cui riunioni erano comunque ormai ridotte «a una cerimonia formale e di contenuto esclusivamente amministrativo»⁵⁴. Fu allora che lo stesso guardasigilli avrebbe sottoposto al Re la richiesta inascoltata di revocare l'incarico al capo del governo.

Solo un mese prima dell'entrata dell'Italia in guerra fu pubblicata di Costantino Mortati, che non aveva partecipato al convegno pisano, la 'diagnosi' dei caratteri dell'ordinamento giuridico fascista che egli aveva presentato nella prolusione al corso di diritto costituzionale nell'Università di Macerata, dove era appena succeduto a Carlo Esposito.

L'intento di *Esecutivo e legislativo nell'attuale fase del Diritto Costituzionale Italiano* era quello di corrispondere all'«indirizzamento» rivolto da Grandi alla dottrina con il discorso del 30 gennaio sui principi dell'ordinamento giuridico fascista e il suo svolgimento era incentrato sui limiti costituzionali che, al momento, l'ordinamento pubblico italiano continuava a opporre alle 'direttive' del Duce e alla volontà del partito unico.

La sua tesi, argomentata con una rilettura delle riforme intervenute tra il '26 e il '39, era che la struttura dello Stato di diritto prevista dallo statuto albertino non fosse stata alterata dalla legge 129 del '39 istitutiva della Camera dei fasci e che l'autonomia costituzionale dei poteri dello Stato fosse stata salvaguardata. Il tono polemico dell'articolo è rappresentato, innanzitutto, dai titoli di alcuni paragrafi

Mantenimento nel sistema italiano delle esigenze che promossero la separazione dei poteri - Si contesta che la riforma costituzionale abbia apportato un ampliamento della podestà legislativa del governo - Si contesta che la facoltà del capo del governo in ordine alla composizione della Camera vulneri il principio della separazione - Si contesta che un analogo effetto possa sorgere dal potere di emettere le direttive politiche

Il punto di avvio consisteva nel negare che il fascismo avesse escluso dal «fine dello Stato» la tutela dei diritti individuali («la tutela dei diritti dei cittadini») che nel costituzionalismo ottocentesco aveva costituito la ragione fondamentale della separazione dei poteri. Senza dire che questo avrebbe assimilato il modello statale fascista a quello sovietico, tale asserzione era profondamente falsa perché, al contrario, l'«autonomia dei soggetti» non era affatto sconosciuta purché essa fosse esercitata nei limiti della legge («com'era del resto anche nello stesso Stato liberale») allo scopo di conciliare tale sfera di autonomia con l'interesse generale. Non l'abolizione della separazione dei poteri, ma altri strumenti assicuravano il contenimento della libertà individuale con il bene comune: l'intervento sul piano della formazione, il ricorso a «sanzioni indirette» e a «regole del costume, rivolte a disciplinare lo spontaneo esercizio dei diritti». In ogni caso, anche per quella parte dei diritti soggettivi che era stata ridotta al rango di interessi legittimi era stata conservata, come 'limite' all'azione statale, la tutela giurisdizionale contro l'arbitrio della pubblica amministrazione⁵⁵.

l'opinione di Chabod in part. 678ss. Sulla rottura provocata per molti intellettuali dalle leggi razziali cfr. C. Fantappiè, *Il conflitto delle fedeltà. Arturo Carlo Jemolo e il fascismo*, in *I giuristi e il fascismo* cit., pp. 159-190, in part. pp. 182 ss

⁵² Grandi, *Il mio paese* cit., pp. 573-579 e 585-591.

⁵³ Calamandrei, *Diario I* cit., pp. 217 ss., Grandi, *Il mio paese* cit., in part. pp. 569 ss.

⁵⁴ D. Grandi, *25 luglio. Quarant'anni dopo*, a cura di R. De Felice, Bologna, Mulino, 1983, pp. 187-189; Id., *Il mio paese* cit., p. 480 e 586-590 cfr. in proposito anche per ulteriori testimonianze, come quella di Bottai, Melis, *La macchina imperfetta* cit., pp. 543- 544.

⁵⁵ C. Mortati, *Esecutivo e legislativo nell'attuale fase del Diritto Costituzionale Italiano*, in «Rivista di Diritto Pubblico – La Giustizia Amministrativa», XVIII(Giugno 1940), pp. 303-332, in part. pp. 312-314.

Per quanto concerneva l'autonomia del potere legislativo, il sistema della separazione dei poteri, sempre a suo giudizio, non era stato eliminato dalle leggi che avevano assegnato al governo competenze in materia legislativa⁵⁶, né dall'attribuzione al capo del governo «della podestà di direzione politica» per quanto concerneva, in particolare, la formazione degli organi legislativi e il loro funzionamento.

Lo scoglio da superare sotto il secondo profilo era, per Mortati, quello di dimostrare che le riforme non avevano in alcun modo limitato l'autonomia del Parlamento. Il potere del duce di convocare le camere, di determinare la procedura di approvazione delle leggi e di «impedire la trasformazione in legge di progetti, modificati dalle Commissioni in modo non gradito al governo» non integrava la fattispecie di esercizio del potere legislativo da parte del governo⁵⁷, ma soltanto di «condizionamenti» dell'attività legislativa. L'eliminazione del principio della rappresentanza, per effetto dell'attribuzione al capo del governo del potere di nomina e di revoca dei membri della Camera e del Senato, non aveva soppresso l'autonomia 'costituzionale' di tali organi. Il potere del duce era mera conseguenza della scelta di dare allo Stato «un contenuto ideologico esclusivo», che al momento, non «era suscettibile di essere modificato *almeno in forma legale*»⁵⁸.

Occorreva, infine, dimostrare che la separazione tra potere legislativo e potere esecutivo continuava a sussistere anche in presenza del potere del capo del governo di «porre le direttive politiche all'azione statale», dato che, fino a quel momento, era mancata una 'sufficiente' riflessione 'scientifica' sulla natura e sugli effetti di tali direttive.

Secondo Mortati, non era dubbio che le direttive del capo del governo fossero atti di volontà tali da influire su tutte le attività sia degli organi dello Stato sia dei privati. Nel sistema italiano, tuttavia, esse non potevano né essere in contrasto con la legge, né vincolare la volontà degli organi costituzionali: nessuna previsione normativa era stata formulata in proposito e non esistevano procedure destinate a regolare i conflitti tra poteri dello Stato⁵⁹. Di conseguenza qualora il provvedimento dell'organo deputato a attuare le direttive del duce non avesse conseguito il risultato previsto, tale provvedimento «non potrebbe venire invalidato o revocato se non per opera dello stesso organo che l'aveva emesso».

Il capo del governo, pertanto, quantunque «al sommo dei poteri», continuava a necessitare «della cooperazione, non ottenibile per coercizione, di altri organi» in relazione a tutti i rami di attività di natura costituzionale dei quali erano titolari gli organi legislativi, i capi delle amministrazioni e i ministri. Tutto questo, inoltre, l'orientamento assunto dalla Corte di cassazione a sezioni unite che, in violazione dell'art. 73 dello Statuto albertino, riconosceva al capo del governo «un potere di interpretazione autentica delle leggi»⁶⁰.

Il problema fondamentale dello Stato italiano era dunque quello di stabilire per legge e con procedure attuative come realizzare la vaga formula di «collaborazione» tra gli organi costituzionali indipendenti dello Stato, prevista dall'art. 2 della l. 129 del 1939:

Consonanza che non si ottiene in virtù dell'esercizio di un potere di fatto, ma che è garantita da predisposizioni di carattere giuridico, da un'organizzazione stabile di forza, regolata dal diritto, e che consente una coordinazione sulla base di un'adesione della volontà a quelle di altri.

A suo giudizio, mancava ancora un passaggio per dare attuazione a tale riforma e questo consisteva, appunto, nel conciliare il principio della collaborazione tra poteri con la 'garanzia' della loro separazione. Operazione preventiva a tale passaggio doveva essere quello di accertare quali

⁵⁶ A tali leggi, infatti, non doveva «attribuirsi il significato di uno spostamento di competenza, tale da alterare il funzionamento del sistema della separazione» Ivi, pp. 314-319, in part. p. 319.

⁵⁷ Ivi, pp. 319-320 e ivi n. 3

⁵⁸ Ivi, pp. 321-322 (il corsivo è di chi scrive).

⁵⁹ Ivi, pp. 320-321.

⁶⁰ Ivi, p. 324: decisione 15 giugno 1938, in «Rivista di diritto pubblico – giustizia amministrativa», XVII, 2(1939), p. 152.

effetti di natura giuspubblicistica fossero stati prodotti dall'identificazione della 'politica' con il partito unico e totalitario, che aveva subordinato alla «sua ideologia tutta la vita dello Stato», si era posto «come la sola parte politicamente attiva del popolo» ed aveva interdetto la manifestazione di qualsiasi «forma del sentire politico, diversa da quella di cui esso è esponente»⁶¹. L'articolazione in diversi livelli dell'organizzazione consentiva al partito di riassumere e di rappresentare gli «interessi dei vari gruppi sociali, sorti per la soddisfazione dei bisogni collettivi». Al vertice di tali livelli stava il Gran consiglio, «ordinato» in modo da «poter riflettere fedelmente le aspirazioni di ciascuno» e di garantire, nel contempo il «necessario accentramento del comando». La «segretezza», che copriva i lavori dell'organo supremo del partito e le relative decisioni, evitava che i contrasti di opinioni e i dissensi interni uscissero dalla ristretta cerchia dei suoi esponenti e che «la comune fede fascista» ne favorisse «la conciliazione».

Dal punto di vista del diritto pubblico generale, le competenze di natura consultiva attribuite al Gran consiglio dalle leggi del 1928 e del 1929, in quanto organo giuridico dello Stato deputato ad «attuare nell'azione statale la politica del partito»⁶², erano state implementate nella prassi dimostrata dagli ordini del giorno del Gran consiglio fino a diventare un vero e proprio potere «deliberativo» anche in ambiti non previsti dalla legge⁶³. Al Gran consiglio, infatti, spettava emanare «direttive politiche», sia per quanto concerneva la nomina del capo del governo, in merito alla quale al Re non restava più facoltà di scelta dopo che la rosa dei candidabili era stata ridotta al nome del duce, sia con riguardo alla formulazione dell'indirizzo politico.

Qualora sulla formazione dell'indirizzo politico, generale o di singoli ambiti, i contrasti tra correnti del Gran consiglio fossero risultati inconciliabili tramite le dinamiche interne, coloro che cumulavano con il ruolo di membro del partito una carica di deputato o di ministro, avevano non solo il potere, ma anche il dovere di manifestare nelle sedi istituzionali dei poteri 'indipendenti' ai quali appartenevano la loro contrarietà a direttive che essi consideravano contrastanti con l'interesse generale. Nemmeno il giuramento di fedeltà al «capo del movimento» poteva impedire a costoro la «libertà di apprezzamento» che era il presupposto dell'«assunzione di una carica costituzionale».

Era a questo punto che il re avrebbe, a sua volta, non solo potuto, ma anche dovuto intervenire: qualora, in altre parole, per effetto del dissenso verso il 'capo', il «titolare di un organo costituzionale» fosse stato da lui rimosso, il re avrebbe dovuto deporre il capo del governo in quanto questo sarebbe stato un indizio di crisi del sistema della collaborazione tra i poteri:

il Capo del governo ha il potere (allorché si tratti di ministri o di consiglieri nazionali) di privare della carica il dissenziente, ma è vero altresì che [...] l'allontanamento da un posto di un titolare di organo costituzionale può essere indizio rivelatore di una crisi nei supremi poteri, crisi la quale trova nel nostro diritto uno sbocco legale attraverso l'intervento del re, il quale, com'è ben noto, ha il compito di giudicare nei singoli casi della necessaria consonanza tra l'indirizzo impersonato dal Capo del governo in carica e il sentimento del partito e che quindi può promuovere, quando la gravità del caso lo richieda, la sostituzione del titolare di detto organo.

Tale interpretazione non avrebbe potuto essere considerata in contrasto con la legge del 1925 che aveva riformato lo status del capo del governo, in quanto la responsabilità prevista da tale legge «si fa valere, come tale legge prescrive, sempre di fronte al Re»⁶⁴. Solo in tal modo, il regime fascista avrebbe dato completa attuazione al principio della separazione dei poteri, che, come si è visto, Mortati presupponeva insito nelle «finalità politiche» dello stesso regime oltre che connaturato al sistema giuridico del regno. Solo tale meccanismo avrebbe garantito il rispetto dei 'limiti' propri allo Stato di diritto

⁶¹ Mortati, *Esecutivo e legislativo* cit., p. 328.

⁶² Secondo un orientamento che Mortati ampliò a fine 1941: C. Mortati, *Sulla posizione del partito nello Stato*, in «Stato e Diritto» 2, 4-5 (luglio - ottobre 1941), pp. 1-20, in part. pp. 15 ss. e cfr. anche oltre § 8.

⁶³ Mortati, *Esecutivo e legislativo* cit., pp. 329-330 e n. 53-55.

⁶⁴ Ivi, pp. 330-331.

come unico idoneo a prevenire gli abusi inerenti al concentramento delle funzioni nelle stesse mani e nel garantire che l'ordinaria azione dello Stato si svolgesse con il rispetto dei limiti, formali e sostanziali, posti dall'ordine giuridico

Nella loro complessità, le argomentazioni di Mortati e di una dottrina «aveva trovato soltanto fascismo», per ricorrere a una frase straordinaria di Zagrebelsky⁶⁵, offrirono le basi 'costituzionali' per il 25 luglio del '43, che in quel momento era ancora molto lontano.

4. Fine 1940. Quale politica e quali limiti costituzionali nel modello 'scientifico' di Giacomo Perticone.

Al Re rimaneva così soltanto una possibilità estrema di influire sull'indirizzo politico del paese: quella di intervenire qualora i contrasti interni al partito unico fossero esplosi al livello dell'attività degli organi costituzionali. D'altra parte, i verbali del convegno di Pisa riflettono la volontà della scienza giuridica di mantenere il controllo sull'attività legislativa del governo come manifestato dal diffuso timore che la formulazione dei principi di diritto avrebbe aperto la porta ai giuristi 'inqualificati', per dirla con Perticone, che, secondo Vassalli, si provavano a «trasfondere ideologie di pretesa marca fascista» nelle riforme⁶⁶. Quali vie avrebbero potuto essere seguite per 'salvare' quel che restava della legalità, alla quale molti, come, primo tra tutti, Calamandrei, restavano avvinghiati come a un'ancora di salvezza?⁶⁷

Vediamo così in contrappunto due proposte di carta costituzionale originate, forse, dalla convinzione che la scienza giuridica sarebbe stata in grado di 'governarne il processo' legislativo e di giungere per questa via a consolidare, secondo Perticone, i 'limiti' del potere esecutivo e, secondo Lucifredi, attraverso questa via anche la certezza del diritto.

Giurista e filosofo, che aveva compiuto i suoi studi a Berlino e a Vienna, Giacomo Perticone dal 1932 aveva insegnato in diverse Facoltà giuridiche, Siena, Ferrara e Perugia, finché aveva ottenuto la cattedra di filosofia del diritto il 31 ottobre '39 all'Università di Pisa⁶⁸. In quella sede, aveva proseguito la collaborazione avviata in precedenza con Giuseppe Bottai e intensificato i rapporti con Carlo Alberto Biggini sullo studio dei problemi economici dell'ordine nuovo, o dell'«ordine del futuro»⁶⁹.

Nel 1937, oltre a *Teoria del diritto e dello stato*, nella quale aveva, tra l'altro, sostenuto che il concetto di partito unico non era concretamente attuabile nemmeno in uno Stato totalitario⁷⁰, aveva pubblicato un corso di lezioni di teoria generale dal titolo *Il diritto e lo Stato*. La definizione dei caratteri dello stato totalitario era inserita nel contesto delle più recenti riforme costituzionali dei paesi progrediti, nelle quali si era comunemente riaffermata la tendenza al rafforzamento del potere esecutivo dopo la flessione che esso aveva subito al termine della prima guerra mondiale.

⁶⁵ G. Zagrebelsky, *Premessa* a C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1998 (SPGM, 49), pp. VII-XXXVIII, In part. pp. XIX-XX.

⁶⁶ cfr. testo a n. 48 e 118. F. Lanchester, *Perticone e la storia costituzionale d'Italia*, in *Giacomo Perticone. Stato parlamentare e regime di massa* in *Giacomo Perticone. Stato parlamentare e regime di massa* cit., pp. 13-33, in part. p. 15.

⁶⁷ Sulla legalità in Calamandrei rinvio per i riferimenti bibliografici a Storti, *Ancora sulla legalità* cit., pp. 50-51, 90.

⁶⁸ M. Silvestri, *Materiali per la biografia di Giacomo Perticone*, in M. Silvestri (a cura di) *Giacomo Perticone. Stato parlamentare e regime di massa nella cultura europea del Novecento*, Cassino, Università degli Studi, 1999, pp. 445-486; M. di Napoli, *Perticone, Giacomo*, in *DBI*, 82(2015), pp. 520-523, in part. p. 522; Lanchester, *Perticone* cit., pp. 13-33; M. Silvestri, *Perticone, Giacomo (Catania, 2 gennaio 1892 – Roma, 11 dicembre 1979)*, in *DBGI*, vol. II, pp. 1548-1549; C. Palumbo (a cura di), *Stato, società e storia in Giacomo Perticone*, Torino, Giappichelli, 2015; P. Piciacchia, *Perticone e il dibattito costituente*, in *Nomos*, 3(2017), pp. 1-12; Storti, *Ancora sulla legalità* cit., pp. 99-101.

⁶⁹ Cfr. sopra n. 32.

⁷⁰ G. Perticone, *Teoria del diritto e dello stato*, Verona, Bompiani, 1937, pp. 221-222, n. 1.

Prendendo avvio dal concetto di unità e organicità dello Stato, utilizzato fin dal 1925 da Alfredo Rocco per giustificare il primato del governo sugli altri poteri dello Stato⁷¹, il filosofo del diritto finiva per additare anche all'ordinamento fascista quegli «autolimiti» che gli avrebbero consentito di continuare a definirsi non solo come Stato sovrano, ma anche come Stato giuridico. Tale era il requisito che la *storia* imponeva alle forme di stato moderno dopo la caduta delle istituzioni di *'ancien régime*:

Perché mai l'attività, cioè la forza indisciplinata dello stato, non dovrebbe organizzarsi e disciplinarsi intorno a principi e vincoli imposti a un potere illimitato?⁷².

Per prevenire le obiezioni, lo studioso ammetteva i difetti di tale dottrina e riduceva l'estensione del concetto di «limite» a due criteri: il primo di carattere formale consisteva nel «rispettare il sistema di formazione della legge», il secondo di carattere sostanziale nel «rispettare il programma d'azione che è il compito affidato al governo dello stato dal partito politico che ha conquistato il potere»⁷³. Il principio dell'autolimitazione dello Stato sarà da lui ribadito nel 1946 nel lavoro sui *Problemi della Costituente*, nel quale riformulò il concetto di limite formale con le parole «rispettare il sistema costituzionale di formazione della legge» e quello di limite sostanziale sostituendo a 'partito' «masse organizzate politicamente» che hanno investito lo Stato «del potere»⁷⁴.

Ma torniamo al 1940. In quell'anno, pubblicò un articolo di preparazione al convegno pisano e, dopo la sua conclusione, elaborò un «esperimento»: quello di elencare, distribuendoli in maniera organica, tutti i materiali che avrebbero dovuto fare parte di una vera e propria costituzione per lo Stato fascista⁷⁵.

Coerentemente con quanto già scritto, Perticone si occupò prima di tutto di contestare le teorie del diritto libero e quelle sostenute da alcuni fedelissimi del regime, come, in particolare Maggiore, sull'impossibilità di addivenire a una consolidazione dei principi dell'ordinamento fascista in quanto esso stava ancora vivendo una fase rivoluzionaria⁷⁶.

La «crisi immanente della dommatica» era stata generata dal «pregiudizio della separazione della politica legislativa dalla legislazione positiva, degli studi pubblicistici da quelli del diritto privato» e quella 'crisi' avrebbe dovuto essere superata non rifiutando la dommatica e i concetti, come aveva sostenuto Maggiore, bensì considerando che dommatica e concetti erano soggetti a una continua

⁷¹ G. Perticone, *Il diritto e lo Stato. Corso di lezioni di teoria generale*, Milano Giuffrè, 1937, in part. pp. XXVII-XXIX. Il discorso alla Camera del 20 giugno 1925 di Alfredo Rocco allora ministro di giustizia sul concetto di «unità e organicità dello Stato» e del ruolo del potere esecutivo come vertice e coordinatore tra i poteri dello Stato nella transizione dal principio della separazione a quello della collaborazione tra i poteri in Alfredo Rocco, *Scritti e discorsi politici*, 3, *La formazione dello Stato fascista (1925-1934)*, Milano, Giuffrè, 1938, pp. 894-904, in part. pp. 903-904. Cfr. in proposito, e con riguardo a G. Perticone, *Studi sul regime di massa*, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1942; Irene Stolzi, *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Milano, Giuffrè, 2007 (Per la storia del pensiero giuridico moderno, 71), in part. pp. 195-198 e Ead., *Dittature e democrazie. Itinerari italiani del XX secolo*, in *Sindacati e diritto del lavoro tra dittature e democrazie nell'Europa mediterranea e latina del XX secolo*, a cura di I. Stolzi, Milano Giuffrè, 2019 (Per la storia del pensiero giuridico moderno, 121), pp. 1-22.

⁷² Perticone, *Il diritto e lo Stato* cit., in part. p. 107. Cfr. in questo senso anche Perticone, *Teoria del diritto* cit., p. 201.

⁷³ Ivi, p. 108.

⁷⁴ G. Perticone, *Il problema attuale della Costituente*, Firenze, Sansoni Editore, 1946 (Studi storici per la costituente, 19), p. 87.

⁷⁵ Cfr. Perticone, *Ancora sui principî generali dell'ordinamento giuridico* s. V, vol. IV CXXIV(1940), pp. 54-73.

⁷⁶ Su Maggiore, anche per i riferimenti bibliografici: L. Lacchè, *The Shadow of the Law: the Special Tribunal for the Defence of the State between Justice and Politics in the Italian Fascist Period*, in Skinner (ed.), *Fascism and Criminal Law. History, Theory, Continuity*, Oxford and Portland (Or.), Hart Publishing, 2015, pp. 15-33; Storti, *Ancora sulla legalità* cit., p. 96-97.

rimodulazione secondo «il fine dell'ordinamento»⁷⁷. La storia e l'ideologia dello Stato fascista avevano ormai modificato la stessa definizione di legge⁷⁸:

oggi si è sostituito con le leggi corporative, professionali ecc. l'interesse collettivo, quello di tutti deboli e forti, la legge non è più coazione esterna, come nello stato liberale, non è trionfo dell'autorità dello Stato sulla libertà dell'individuo, ma occorre cambiare i concetti, la dommatica, l'autorità dello Stato non è contrapposta a quella dell'individuo, perché il povero è protetto e tutelato.

Dopo la prima guerra mondiale, l'impossibilità concreta di dare attuazione allo statuto albertino, come ad ogni altra costituzione europea, era derivata, a suo giudizio, dallo scollamento tra i testi costituzionali e le relative 'costituzioni materiali' (un termine ormai comune tra i giuristi che escludevano che il «fine politico» dello Stato avesse natura pre-giuridica). Il «fine politico» era appunto la «fonte prima del diritto dello Stato» anche in assenza di una costituzione formale⁷⁹. La politica precedeva sempre il diritto ed era proprio dalla realtà politica che nasceva il diritto e il concetto di regime di massa, come già egli aveva scritto in due articoli del '39. Di questi, Crisafulli aveva sottolineato la rilevanza costituzionale in due recensioni pubblicate sul primo numero della neonata rivista *Stato e diritto*, fondata da Del Giudice e Chiarelli e sulla quale scrissero molti protagonisti di questa storia⁸⁰.

La concezione di legalità dello Stato fascista non corrispondeva più a quella dello Stato liberale. Prenderne atto comportava l'esigenza di riscrivere l'ordinamento giuridico per fissarne definitivamente le radicali trasformazioni in «un sistema che collega le varie norme giuridiche» gerarchicamente sovraordinate alla legge:

Di conseguenza lo stesso carattere di giuridicità è condizionato dalla conformità delle singole norme subordinate ai principi posti dalla norma gerarchicamente superiore⁸¹.

D'altro canto, continuava Perticone, molti concetti espressi da Dino Grandi nel discorso del 31 gennaio '40, «autorità dello stato», «subordinazione dell'interesse generale», «giustizia sociale», erano parole vuote se i loro contenuti non fossero stati ricavati dall'effettivo assetto dei rapporti istituzionali, sociali, economici e culturali maturati durante il regime⁸².

Ne conseguiva che, se si voleva che la carta costituzionale fosse in grado di «dominare tutta la problematica dello Stato», e, pertanto, di elevare «a livello istituzionale anche i problemi sociali e del lavoro» (i riferimenti erano alle costituzioni jugoslava, portoghese e polacca), l'unico modo per conseguire tale risultato sarebbe stato tradurre i principi elaborati a questo proposito in veri e propri «comandi» di livello gerarchico superiore a quello delle norme che ad essi avrebbero dato attuazione, secondo una graduazione dei diversi livelli normativi che, a suo dire, era ormai ben nota al diritto pubblico⁸³. Se, ad esempio, i principi di natura 'politica' affermati dalla «carta del lavoro» avessero assunto un ruolo costituzionale - non dimentichiamo che la proposta fu portata da Grandi in consiglio dei ministri a novembre del '40 -, la loro osservanza sarebbe divenuta obbligatoria sia per il

⁷⁷ Su queste considerazioni pubblicate in *I principi generali dell'ordinamento positivo* pp. 31-34; Perticone, *Ancora sui principi generali* cit., p. 57. (cit. in Storti, *Ancora sulla legalità*, pp. 99-101).

⁷⁸ Ivi., pp. 64-65.

⁷⁹ Fioravanti, *Le dottrine della costituzione* cit., pp. 165-178 e, per i riferimenti a scritti di Perticone: Mortati, *La costituzione in senso materiale*, cit., cfr., pp. 110-111, 198-199. Come si legge nell'avvertenza di Mortati, lo studio, in forma ridotta, avrebbe dovuto essere inserito negli *Scritti giuridici in onore di Santi Romano* cit., ma non era stato completato a causa di «penose vicende personali sopravvenute» e fu comunque pubblicato nello stesso 1940.

⁸⁰ V. Crisafulli, *Regime di massa» e diritto pubblico del nostro tempo*, in «Stato e diritto» I (marzo – aprile 1940), pp. 50-54.

⁸¹ Perticone, *Ancora sui principi generali* cit., p. 61.

⁸² Ivi., pp. 54-55.

⁸³ Ivi., p. 56: «i cosiddetti *principia secunda*, in cui l'elemento giuridico è contenuto e svolto».

legislatore, sia per il giudice, sia per i singoli soggetti che ad essi avrebbero dovuto dare attuazione: «sono infatti esigenze, che si fanno imperative e impegnative per un regime»⁸⁴.

Si trattava allora di risolvere il problema più difficile, quello di conciliare il piano della politica con quello del diritto: un problema sconosciuto alla giuspubblicistica e all'ordinamento liberali che avevano tenuto ben separati i due ambiti⁸⁵. Solo nel ventennio, infatti, la politica era divenuta un elemento costitutivo del diritto. Alla declinazione del 'nuovo' diritto pubblico si opponevano però due ostacoli: «la crisi del diritto pubblico» era provocata, da un lato, dalla «dispersione» di principi e regole in un ingente numero di riforme; dall'altro, dai «dilettanti» del diritto che pretendevano che i due ambiti – politico e giuridico - fossero ridotti a identità con la «mediocre propaganda o apologia senza critica di notissime tesi politiche»⁸⁶. A tutto questo si doveva aggiungere la lotta all'interno della politica e cioè del PNF tra le diverse «correnti di interessi e di idee», nonché, ultimo, ma non ultimo la necessità di mutare atteggiamento nei confronti delle diverse categorie di Stato. Di fronte a quella di Stato di diritto non si doveva pensare a uno Stato prigioniero del diritto, né, quando si parlava di Stato di partiti, a uno «Stato dilaniato dai partiti». I due concetti apparentemente contrapposti di Stato di diritto e di Stato di partiti erano, invece, riconducibili ad unità in quanto «elementi costitutivi dello Stato organico a partito unico».

Solo una, del tutto nuova, carta costituzionale avrebbe potuto delineare i caratteri dello Stato di diritto fascista e stabilire limiti alla stessa volontà legislatore nel senso da lui già indicato, negli scritti anteriori, 'immobilizzandolo' in «un atteggiamento definito e definitivo», perché in essa «sono fissate una volta per tutte le posizioni che deve attraversare». In tal modo, lo stesso legislatore non avrebbe più potuto mettersi in contrasto «con un principio posto come generale e fondamentale». Nel contempo, la carta costituzionale non avrebbe dovuto «serrare come un muro di cinta tutta la disciplina giuridica positiva», ma limitarsi «a tracciarne le linee centrali, operando il passaggio dal piano etico-politico al piano giuridico»⁸⁷.

Tali principi costituzionali, inoltre, non avrebbero operato soltanto sul piano della politica legislativa. A giudici e amministratori sarebbe spettato dare ad essi esatta attuazione («tradurli»), corrispondendo così all'esigenza della «chiarezza e certezza inerente all'esperienza giuridica» e della riduzione della discrezionalità e dell'arbitrio della magistratura e della burocrazia⁸⁸.

In tal modo, Perticone rispondeva a due delle domande fondamentali sollevate dal discorso di Grandi: se tradotti in norme costituzionali, i principi generali, posti ad un livello gerarchicamente superiore alla legge ordinaria, avrebbero avuto efficacia vincolante sia per il legislatore, sia per l'interprete e, in primo luogo, per i giudici e per la burocrazia. Rimaneva da rispondere all'ultima questione, ossia quale ruolo sarebbe spettato in tale operazione alla scienza giuridica, a quella 'vera', ovviamente, non a quella dei 'dilettanti'.

Protagonisti del lavoro di ricognizione di materiali 'grezzi' sarebbero stati gli scienziati e i tecnici del diritto, i soli che con «una larga preparazione dottrinale», avrebbero potuto realizzare «una

⁸⁴ Ivi, p. 56.

⁸⁵ Come Perticone precisava, il successo della celebre prolusione modenese del 1885 di Vittorio Emanuele Orlando aveva portato a «spezzare» il rapporto tra politica e diritto allo scopo di «fondare una scienza del diritto pubblico e quindi di assicurarne l'autonomia». Secondo quella formula, il presupposto dell'antecedenza della politica al diritto era inammissibile e la politica poteva essere ignorata dal giurista. Cfr M. Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè Editore 2001 (SPGM, 58/59), t. I, 67-180, 201-275; t. II, pp. 662 ss. in part. 674, 676; L. Lacchè, *Lo stato giuridico e la costituzione sociale. Angelo Majorana e la costituzione di fine secolo* (2011) ora in Id., *History and Constitution. Developments in European Constitutionalism: the comparative experience of Italy. France, Switzerland and Belgium (19th-20th Centuries)*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2016, pp. 509-532, in part. 515; ulteriori riferimenti in Storti, *Ancora sulla legalità* cit., pp. 55-57.

⁸⁶ Perticone, *Ancora sui principi generali* cit., p. 57.

⁸⁷ Ivi, p. 58 e cfr. sopra testo a n. 37.

⁸⁸ Ivi, p. 57.

intensa produzione di diritto». All'elaborazione dei principi «generali» doveva seguire quella di direttive per «un sistema non ipotetico, ma reale», che ne prevedesse tutte le ricadute su materie differenti sia di diritto pubblico sia di privato. Occorreva ricostruire l'ordine naturale e logico delle leggi costituzionali del regime (senza comprendere tra queste, come si vedrà nel prosieguo le leggi razziali)⁸⁹ e delle dichiarazioni di principi contenuti in documenti ormai 'storici' ma sparsi. Dopodiché, ai fini dell'elaborazione di norme di rango superiore si sarebbe reso necessario, nel primo caso, ricavare principi da norme ordinarie per via induttiva con un processo «sempre arduo e pericoloso», nel secondo tradurre principi in imperativi⁹⁰.

La costituzione avrebbe potuto essere configurata con la scansione dei seguenti titoli: Regime e governo, diritti e doveri dei singoli e delle associazioni, assemblee legislative, lavoro e disciplina dei contratti collettivi, produzione e intervento dello Stato.

Al primo articolo della costituzione era posta la definizione di Nazione italiana della Carta del lavoro come organismo superiore a ogni individuo e associazione e come unità morale, politica e economica che si realizza nello Stato fascista. Seguivano immediatamente alcuni 'pilastri' dello Statuto albertino: religione cattolica come sola religione di Stato (art. 1) e monarchia rappresentativa come forma di Stato (art. 2). Con la recezione degli articoli 6 e 8 dello Statuto, al sovrano era confermata la nomina di tutte le cariche dello Stato, la concessione della grazia, la commutazione delle pene, nonché, con quella degli articoli 4 e 5, il comando delle forze di terra e di mare (limite già superato dal duce)⁹¹, la dichiarazione di guerra, la stipulazione dei trattati di pace, di alleanza di commercio «ed altri», con la sola variante della necessità di ricorrere al parere del Gran consiglio, a norma della già citata legge del 1928, per i trattati che avessero comportato variazioni del territorio dello Stato nelle colonie oppure rinuncia all'acquisto di territori.

La recezione delle principali riforme 'costituzionali' del regime portava alla sostituzione dell'art. 5 («Al Re solo appartiene il potere esecutivo») con il primo articolo della l. 24 dicembre 1925 n. 2263 sulle attribuzioni e prerogative del capo del governo, che lasciava al re l'esercizio del potere esecutivo, ma «per mezzo del suo Governo». La maggior parte degli articoli di tale legge sarebbero rientrati nel primo titolo della Costituzione: l'art. 2 concernente la responsabilità del capo del governo nei confronti del sovrano per quanto concerneva l'«indirizzo generale politico del governo» e la facoltà del re di revocare sia il primo ministro (in sintonia con quanto appena sostenuto da Mortati), sia gli altri ministri e i sottosegretari, in questo caso su proposta del capo del governo; il terzo e il quarto, sui poteri del capo del governo di dirigere e coordinare l'opera dei ministri, di presiedere il consiglio dei ministri e di proporre al re la costituzione e le competenze dei ministeri.

L'ultima parte del titolo sul regime dello Stato era costituita da tre articoli della legge 'costituzionale' sulle competenze del Gran consiglio del fascismo come definite dagli art. 1, 12 e 13 della legge del 9 dicembre 1928, n. 2693. Si sarebbero confermati, pertanto, la sua natura di «organo supremo, che coordina e integra tutte le attività del regime sorto dalla rivoluzione del 1° ottobre 1922»; le sue funzioni deliberative nelle materie stabilite dalla legge e quelle consultive su ogni «questione politica, economica o sociale di interesse nazionale» quando fosse stato chiamato a esprimersi dal capo del governo; nonché la natura obbligatoria, anche se non vincolante, del suo parere sulle leggi di natura costituzionale, come individuate dalla legge del 1928; infine, il suo obbligo di tenere una lista dei nomi da presentare al re in caso di vacanza del capo del governo o di vacanza di altri ministeri.

Era nel titolo secondo, relativo ai diritti e doveri dei singoli e delle associazioni, che Perticone inseriva alcuni principi originali.

⁸⁹ Come noto, il regime aveva assegnato alla legislazione razziale valore costituzionale e sulla posizione di Lucifredi in proposito cfr. testo a n. 115.

⁹⁰ Perticone, *Ancora sui principi generali* cit., pp. 58-59.

⁹¹ Cfr. infra § 7.

Nel disposto dell'art. 24 dello Statuto sull'uguaglianza dei 'regnicoli' di fronte alla legge il termine di regnicoli sarebbe stato sostituito da quello di cittadini. In aggiunta, per effetto della trasformazione del Regno in Impero, si sarebbe reso necessario un rinvio alla legge per la disciplina della condizione giuridica dei cittadini non metropolitani e di quella dei sudditi.

Dalla penna di Perticone, consonante su questo con i tanti giuristi della dommatica tradizionale, scaturiva la rilevanza costituzionale dei diritti soggettivi (art. 13) «determinati dalla legge dello Stato». L'obbligo dei «singoli» di rimettersi alle decisioni del partito unico e del sindacato unico avrebbe riguardato soltanto per la parte della loro attività relativa all'«organizzazione politica ed economica»⁹². Dello Statuto avrebbero dovuto essere confermati l'*habeas corpus* e l'inviolabilità del domicilio (art. 26-27), nonché gli articoli relativi alla proporzionalità del carico fiscale e delle garanzie sul debito pubblico (art. 25 e 31). Ma l'art. 29 dello statuto era modificato, secondo i principi corporativi, per contemperare la natura esclusiva dei diritti sui beni con la funzione sociale ad essi attribuita dallo Stato⁹³.

Assumevano rilevanza costituzionale la funzione della scuola, secondo quanto previsto dall'art. 1 della carta della scuola⁹⁴, e la ripartizione tra Stato e famiglia della funzione di educazione, istruzione e preparazione morale e politica dei giovani⁹⁵, mentre l'art. 28 dello statuto sulla libertà di stampa prevedeva la costituzionalizzazione della responsabilità dei direttori dei giornali e dei periodici prevista dalla l. 2307 del 31 dicembre 1925.

Per quanto riguardava diritti e doveri di enti e istituti del regno e delle colonie, Perticone proponeva un rinvio alle norme poste a tutela dell'ordine e dell'interesse pubblico come previsto dall'art. 1 della l. 2029/1925.

Il titolo terzo sulle assemblee legislative lasciava invariato l'art. 33 dello Statuto per quanto concerneva la designazione da parte del re dei membri del Senato, nonché gli artt. 37 e 45 sull'immunità parlamentare⁹⁶, mentre sarebbero state costituzionalizzate le riforme introdotte dal regime, innanzitutto, con la legge 129 del 1939 istitutiva della Camera dei fasci e delle corporazioni, che aveva imposto al Senato e alla Camera la collaborazione con il Governo nell'esercizio della funzione legislativa. Di quella legge erano adottati anche gli articoli che attribuivano al capo del governo e ai componenti del Gran consiglio del fascismo il ruolo di membri di diritto della stessa, nonché quelli che fissavano i requisiti per accedere ai seggi dei componenti del consiglio nazionale del partito nazionale fascista e del consiglio nazionale delle corporazioni⁹⁷. Sui modi di formazione delle leggi, erano recepiti gli articoli di un'altra legge costituzionale del regime, la l. 100/1926⁹⁸, con le sole modifiche ad esse apportate per quanto riguardava la possibilità che disegni di legge fossero discussi e deliberati da commissioni invece che dalle assemblee previste dalla legge istitutiva della camera dei fasci⁹⁹.

Per quanto concerneva gli ultimi due libri, il quarto, sul lavoro e sulla disciplina dei rapporti collettivi, il quinto, sulla produzione e l'intervento dello Stato, il primo integrava sia articoli della carta

⁹² Art. 14 L'organizzazione politica e economica dei singoli si realizza nel partito unico e nel sindacato unico disciplinato nello Stato.

⁹³ art. 19 La disposizione e il godimento esclusivo dei beni, a titolo di proprietà e di possesso, è garantita. I relativi diritti debbono essere esercitati in conformità degli scopi sociali che lo Stato vi attribuisce.

⁹⁴ art. 18 la scuola è il fondamento primo di solidarietà di tutte le forze sociali, dalla famiglia alla corporazione e al partito. La carta della scuola era stata deliberata dal Gran consiglio su proposta di Bottai e pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 15 febbraio 1939.

⁹⁵ art. 17 l'educazione l'istruzione e la preparazione morale e politica dei giovani è assunta dallo Stato che integra e sviluppa l'opera svolta dalla famiglia.

⁹⁶ artt. 23 e 28.

⁹⁷ artt. 25-26.

⁹⁸ artt. 31-34.

⁹⁹ artt. 29-30.

del lavoro e della legge istitutiva della magistratura del lavoro l. 563/1926 art. 18), sia quattro articoli della l. 10/1939 sulla struttura e sulle funzioni del Comitato corporativo centrale¹⁰⁰. Nel libro sulla produzione, ritornava in primo piano la carta del lavoro, con l'enunciazione del suo art. 7 secondo cui lo Stato corporativo considerava l'iniziativa privata come «lo strumento più efficace e più utile nell'interesse dello Stato» e con la costituzionalizzazione degli articoli sulle associazioni professionali dei datori di lavoro (art. 8), sui casi in cui lo Stato sarebbe intervenuto nei settori nei quali la produzione era assente o insufficiente (art. 9), sulle funzioni del sindacato (art. 12), sulla rilevazione dei dati relativi alle condizioni della produzione de mercato del lavoro e al mercato monetario e sulla loro elaborazione da parte del ministero delle corporazioni al fine di determinare i criteri indispensabili per il «contemperamento degli interessi delle varie categorie e delle classi» tra di loro e con quelli dell'«interesse superiore della produzione» (art. 13). Da ultimo, erano costituzionalizzati i principi dell'estensione al lavoro a domicilio del contratto collettivo di lavoro (art. 21), della possibilità della disoccupazione (art. 22) e della previdenza «come manifestazione del principio di collaborazione»¹⁰¹.

Sembra, in sintesi, di poter dire che la riserva allo Stato, tramite la costituzionalizzazione degli organi corporativi, del controllo sulla produzione e sulla finanza corrispondesse all'ideologia di Perticone sul rapporto tra diritto, politica e economia. Il modello dello Stato di diritto era recuperato soprattutto attraverso la conferma dei diritti soggettivi e, come in Mortati, il controllo del Re sull'attuazione dell'indirizzo politico da parte del Capo del governo e la conseguente facoltà di revoca dei suoi poteri.

In ogni caso, il 'bastone del comando' sulla scrittura della costituzione avrebbe dovuto essere riservato alla scienza giuridica che, sola, avrebbe avuto la capacità e la sapienza di articolare in maniera appropriata il contenuto delle norme e di declinare le direttive della loro attuazione. Solo attraverso questo ulteriore passaggio, i poteri e i limiti del nuovo Stato fascista sarebbero stati iscritti in un vero e proprio ordinamento giuridico.

5. Fine 1940. Una costituzione per la certezza del diritto e la proclamazione dei diritti di libertà secondo Roberto Lucifredi.

Considerazioni complessive sui risultati del convegno universitario pisano, al quale non aveva preso parte, furono presentate, dopo la pubblicazione della proposta di Giacomo Perticone, anche da Roberto Lucifredi, allora docente di diritto amministrativo a Perugia¹⁰².

Pur condividendo le preoccupazioni della dottrina sul pericolo sempre in agguato di una rivendicazione da parte della 'politica' del primato nella traduzione in norme del sistema giuridico esistente - già per certi aspetti 'torbido' - egli contestava gli interventi di coloro che, come Betti, si erano fermamente opposti alla costituzionalizzazione dei principi¹⁰³.

A suo parere, le parole del guardasigilli avrebbero dovuto essere valorizzate per quella parte che consentiva di introdurre strumenti di certezza nella vita del diritto tramite la sistemazione della gerarchia delle fonti del diritto, con riguardo, ad esempio, al carattere di eccezionalità degli atti governativi e ai presupposti della loro legittimità. Non molto diversamente si era espresso a Pisa Zanobini¹⁰⁴. In contrasto con Crisafulli, Lucifredi aderiva, infatti, alle opinioni dei Ranelletti e dei

¹⁰⁰ artt. 37-45.

¹⁰¹ artt. 46-53.

¹⁰² Dopo essersi qualificato al primo posto nel concorso per professore straordinario con una commissione costituita nientemeno che da Ranelletti, Cammeo e Santi Romano e poi internato in campo di concentramento prima come prigioniero militare e poi come prigioniero politico per essersi rifiutato di aderire alla Repubblica di Salò (L. Acquarone, *Lucifredi, Roberto (Genova, 13 novembre 1909 – ivi, 27 aprile 1981)*, in *DBGI*, pp. 1211-1212).

¹⁰³ A proposito di Betti, su questo punto, cfr. sopra testo a n. 42. Lucifredi, *In tema di principi generale* cit. pp. 326-329.

¹⁰⁴ Cfr. sopra testo a n. 47 ss.

Romano su temi fondamentali quali la sindacabilità da parte dei giudici delle violazioni provocate dalle leggi ordinarie alle leggi costituzionali¹⁰⁵.

Fare certezza sulle fonti di produzione dell'ordinamento giuridico era fondamentale per garantire la legalità del sistema e questo escludeva che tale operazione fosse considerata di natura 'politica' come sotteso ai discorsi di coloro che ne richiedevano l'affidamento al Gran consiglio del partito:

che tale certezza non sia realizzabile attraverso una disciplina fatta di norme semplicemente direttive e non vincolanti non mi sembra sia necessario dimostrare.

L' autorità e la dignità dello stesso Stato fascista avrebbero subito un gravissimo pregiudizio se, una volta fissata una gerarchia delle fonti del diritto tramite criteri stabiliti in una carta fondamentale, gli organi dello Stato li avessero poi contraddetti nell'esercizio della loro attività ordinaria¹⁰⁶. Il problema riguardava soprattutto il diritto penale: i principi di legalità e di non retroattività della legge penale degli articoli 1 e 2 del codice penale erano al momento vincolanti esclusivamente per il giudice. Tali principi, oltre che elementi integranti della «civiltà giuridica nazionale», corrispondevano alla sana «autarchia giuridica» proclamata dal guardasigilli e avrebbero dovuto essere consacrati in una carta costituzionale, tanto più che in quel momento essi erano stati ripudiati dal principale alleato dell'Italia, «nell'ordinamento giuridico di un altro Stato, cui pure ci stringono tanti legami politici e tante affinità di pensiero anche nel campo giuridico»¹⁰⁷, con la condivisione, forse inutile ricordarlo, degli integralisti italiani come, innanzitutto, Maggiore¹⁰⁸.

Lucifredi condivideva dunque con Perticone l'esigenza della redazione di norme e dichiarazioni di natura positiva¹⁰⁹, ma secondo uno schema differente che avrebbe dovuto 'ordinare' la gerarchia delle istituzioni e degli enti dello Stato, il rapporto tra Stato e partito, la gerarchia e i caratteri delle singole fonti normative e, non ultimo, la 'funzione punitiva'¹¹⁰.

Il titolo su Stato e regime avrebbe dovuto comprendere la definizione dello Stato fascista come monarchico, autoritario e totalitario, corporativo e rappresentativo e l'enunciazione dei suoi fini. Al principio di autorità e superiorità dello Stato sugli individui e sulle persone private e pubbliche - rispetto alle quali si sarebbe dovuto precisare «la posizione giuridica nei confronti dello stato medesimo» - si sarebbe dovuto aggiungere quello di gerarchia. Quanto alle forme di esercizio della sovranità dello Stato, l'elenco degli organi costituzionali e delle rispettive funzioni avrebbe dovuto essere completato «con la precisazione altresì della posizione del partito nello Stato»¹¹¹.

Previa affermazione «del carattere unitario dell'azione dello Stato» tre sezioni avrebbero dovuto essere dedicate rispettivamente all'«attività normativa, giurisdizionale e amministrativa». La prima avrebbe dovuto regolare le procedure di pubblicazione e abrogazione, dell'efficacia nel tempo e nello spazio, interpretazione e applicazione non solo della legge, ma anche delle norme di livello inferiore come i decreti e gli atti governativi¹¹². La seconda avrebbe dovuto enunciare i principi della subordinazione del giudice alla legge, nonché il fine e la rigorosa delimitazione delle competenze delle tre giurisdizioni penale, civile e amministrativa. La terza sezione avrebbe dovuto enunciare i principi dell'attività amministrativa «buona», ossia tendente a finalità di pubblico interesse e i criteri

¹⁰⁵ Lucifredi, *In tema di principii generali* cit., pp. 318-323.

¹⁰⁶ Ivi, p. 323.

¹⁰⁷ Ivi, pp. 324-325

¹⁰⁸ per la bibliografia cfr. sopra n. 76.

¹⁰⁹ Lucifredi, *In tema di principii generali* cit., p. 334.

¹¹⁰ Ivi, pp. 325 (anche in Schwarzenberg, *Diritto e giustizia* cit., 216-217 e pp. 334-335). Cenni e riferimenti bibliografici in Storti, *Ancora sulla legalità* cit., p. 99.

¹¹¹ Lucifredi, *In tema di principii generali* cit., pp. 334-335.

¹¹² Ivi, pp. 321-322.

per l'«identificazione della nozione di pubblico interesse» nonché l'organigramma degli istituti e degli enti deputati al suo perseguimento¹¹³.

Sotto il titolo dei rapporti tra Stato e persone fisiche e giuridiche, le cui capacità di diritto pubblico e privato erano subordinate ai requisiti di cittadinanza e di razza, all'elenco degli obblighi, ivi compresi quelli di «partecipazione attiva alla vita dello Stato» (scuola, servizio militare e politico, produzione), seguiva quello dei diritti soggettivi individuali, che lo Stato sarebbe stato tenuto a concedere, salvo riserva di legge e con la scontata esclusione di quelli innati. In aggiunta, la costituzione avrebbe dovuto riconoscere le «guarentigie giuridiche dei diritti» ivi compresa l'«esperibilità dei comuni rimedi amministrativi e giurisdizionali contro gli atti amministrativi illegittimi»¹¹⁴.

Quantunque balzi agli occhi l'inserimento in costituzione dei principi della discriminazione razziale, sul tema dei diritti soggettivi Lucifredi era in linea, per citare solo alcuni, con Mossa, Perticone Mortati¹¹⁵. Tale «solenne affermazione dei diritti di libertà», comunque precisata con un «come li concepisce la dottrina fascista», era indispensabile per sfatare le false notizie che all'estero circolavano sull'ordinamento fascista senza che coloro che lo studiavano l'avessero compreso. Non diversamente si era espresso Betti:

Non sarebbe male che esse [le libertà di pensiero e coscienza discendenti dalla dignità morale dell'individuo] venissero esplicitamente riconosciute anche per togliere base a certe persistenti campagne e diffidenze ingiustificate, nonché a certi boriosi monopoli; come quello che pretendono le democrazie occidentali di parlare in nome di «peuples libres» e di difendere «the liberty of the world».

Betti, anzi, era andato molto oltre. Il regime avrebbe dovuto porsi dei limiti non solo negativi, come aveva fatto lo Stato liberale, ma anche riconoscere la «dignità morale che al singolo deriva immediatamente dal suo essere uomo». Questo sarebbe stato l'unico mezzo per la «concezione fascista» per ristabilire il proprio legame con la tradizione giuridica romana e cristiana e prendere le distanze sia dal «bolscevismo sovietico», sia dal «socialismo nazionale».

La libertà di pensiero e di coscienza oltre a un valore morale aveva anche un valore giuridico perché, da un lato, costituiva un limite non superabile nemmeno da uno Stato totalitario, dall'altro, era «indispensabile presupposto dell'autoresponsabilità privata» che aveva avuto le sue radici proprio nel diritto romano¹¹⁶.

6. Novembre 1940 – Gennaio 1941 la 'costituzionalizzazione' della carta del lavoro

Come accennato, fu solo alla fine di novembre del 1940 che Grandi, ancora convinto che al guardasigilli spettasse il ruolo «di garantire per ogni provvedimento approvato dal Consiglio dei ministri il rispetto dell'ordine costituzionale e dei principi generali del diritto», riaffrontò il tema dei principi generali¹¹⁷. Lo fece, stando alla ricostruzione di Vassalli, escogitando l'«espediente» di assegnare alla Carta del lavoro, che nel 1927 era stata elaborata e approvata come atto interno del Gran consiglio, il rango di legge costituzionale dell'ordinamento statale. Il complesso delle vicende

¹¹³ Ivi, pp. 335-336.

¹¹⁴ Lucifredi, *In tema di principii generali* cit., pp. 336-337. L'autore riteneva, infine, che la materia del lavoro non esigesse interventi di natura costituzionale, in quanto i principi sanciti dalla carta del lavoro erano, in proposito, esaustivi (ivi. Pp. 338-340).

¹¹⁵ Ivi, p. 336 con riferimento a *Convegno nazionale*: Mossa, pp. 27-28. Betti, pp. 223-223.

¹¹⁶ Betti, *Sui principii generali* cit., pp. 222-223. Resta da comprendere anche per Betti come potesse conciliare questa proclamazione della «dignità» delle persone con la legislazione razziale. Sul tentativo di Betti di rappresentare all'estero la vera struttura del regime, Brutti, *Emilio Betti* cit., pp. 100 ss.

¹¹⁷ Grandi, *25 luglio* cit., pp. 187-189; Id., *Il mio paese* cit., p. 480, nonché De Felice, *Mussolini l'alleato* cit., t. I *Dalla guerra «breve» alla guerra «lunga»*, pp. 296 ss. in part. p. 300. Sull'atteggiamento di Grandi in merito alla codificazione Melis si è espresso in termini di enigma (*La macchina imperfetta* cit., pp. 281-299, in part. p. 294).

fin qui ricordate fa, insomma, pensare che l'operazione fosse stata ideata per offrire una 'contropartita' agli estremisti che, sempre nelle parole del 1942 di Vassalli, miravano alla «consacrazione di più o meno definite ideologie di pretesa marca fascista»¹¹⁸.

Grandi portò, dunque, tale proposta al consiglio dei ministri che l'approvò il 30 novembre 1940. La decisione del consiglio dei ministri, tuttavia, non sollevò la dottrina da tutte le sue preoccupazioni. Come scrisse l'amministrativista Lucifredi nell'articolo appena citato, rimaneva ancora dubbio se la Carta del lavoro sarebbe stata «eretta a carta costituzionale» nella sua formulazione originaria oppure se si intendesse sottoporre quel testo a revisioni e aggiornamenti che avrebbero reso necessario un riesame del Gran consiglio con conseguenze imprevedibili¹¹⁹.

Come noto, la conferma del testo originario della Carta del lavoro fu, infine, approvata con legge 'costituzionale' il 30 gennaio 1941 e i dubbi dei giuristi furono sopiti¹²⁰. Sono ben noti anche i motivi, inoppugnabili dal punto di vista tecnico-giuridico, con i quali Grandi introdusse e giustificò il provvedimento. Nella relazione di presentazione del progetto di legge, il guardasigilli rilevò, infatti, non solo che la giurisprudenza aveva già utilizzato la Carta come fonte di principi giuridici di carattere generale, quantomeno in materia di lavoro, ma, in aggiunta, che, con un crescendo di decisioni e per consuetudine interpretativa, la Corte di cassazione, nel suo ruolo di giudice supremo di legittimità, l'aveva considerata come una vera e propria fonte dell'ordinamento giuridico¹²¹.

ammettere che potesse essere motivo di ricorso per cassazione la violazione di norme di interpretazione desunta dalla carta del lavoro, così come sarebbe avvenuto nel caso dell'interpretazione di norme di legge se fatta in contrasto con i principii generali dell'ordinamento giuridico dello Stato.

Stando alle parole di Grandi si trattava, dunque, di porre in atto un «vero e proprio collaudo di opera già compiuta e in via di compimento». La Carta sarebbe stata collocata, innanzitutto, tra i principi generali dell'art. 3 del codice civile, dopo che i principi in essa contenuti avevano esteso la loro influenza, inizialmente limitata al diritto pubblico, anche al diritto privato come somma di criteri direttivi per l'interpretazione e l'applicazione della legge. La Carta del lavoro non sarebbe comunque stata assimilata a una legge dello Stato, e pertanto direttamente applicabile o vincolante, ma, secondo il guardasigilli, nel sistema delle fonti di diritto avrebbe assunto la posizione di *super legge*: testo programmatico da attuare con leggi future, oltre che guida per l'interprete¹²².

¹¹⁸ «La prefissione della Carta del lavoro al codice civile fu un espediente escogitato dal Ministro per sottrarsi alla pressione, in quei giorni vivissima, da parte degli elementi più attivi del partito, malcontenti dei criteri severamente tecnici coi quali seguiva l'opera della codificazione e vogliosi dell'affermazione solenne dei cosiddetti 'Principi generali del diritto': il che poi non doveva essere che la consacrazione di più o meno definite ideologie di pretesa marca fascista». (Vassalli, *Il nuovo codice civile* cit., p. 162). La nota sulla 'pressione' degli «elementi più attivi del partito» si trova ovviamente solo nell'edizione del 1947: Id., *Motivi e caratteri* cit., p. 613 n.2. Il testo della delibera del consiglio dei ministri p. 613 n.2 e della L. 501/1941 n. 1.

¹¹⁹ Lucifredi, *In tema di principii generali* cit., p. 332.

¹²⁰ l. 14/1941 in G.U. 31 del 5-2-1941 *Valore giuridico della carta del lavoro* e cfr. anche nello stesso giorno dell'avviamento dei lavori per la riforma dell'ordinamento giudiziario (l.12) e l. l. 16, 17, 18 che conferivano al governo la facoltà «di provvedere alla riunione ed al coordinamento dei libri del codice civile delle persone, delle successioni per causa di morte e delle donazioni, della proprietà, delle obbligazioni, del lavoro e della tutela dei diritti, approvati con gli stessi Regi decreti».

¹²¹ D. Grandi, *La Carta del Lavoro premessa del codice civile: relazione alle Assemblee Legislative sul Disegno di legge Valore giuridico della Carta del Lavoro*, Roma, Tip. della Camera dei Fasci e delle Corporazioni, 1941, pp. 3-4. Sul ruolo assunto dalla Cassazione nel regime come anticipatrice della legislazione statale *L'acuta tesi della difesa: profili dell'istruzione nella giurisprudenza di cassazione tra 1930 e 1950: le nullità e le funzioni della sezione istruttoria in L'inconscio inquisitorio: l'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, a cura di L. Garlati, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 111-151 nonché O. Abbamonte, *La politica invisibile. Corte di Cassazione e magistratura durante il fascismo*, Giuffrè, Milano, 2003.

¹²² Grandi, *La Carta del Lavoro* cit., p. 5. Allo stato dei lavori, la carta non avrebbe potuto che essere collocata in capo al primo della proprietà, quando essi si fossero conclusi, sarebbe stata ovviamente premessa al codice.

Per completare la sequenza degli avvenimenti si ricorderà che lo stesso 30 gennaio furono approvate la legge di riforma dell'ordinamento giudiziario e la delega al governo per la riforma dei tre codici, delega che fu ulteriormente precisata dalla l. 19 maggio 1941 n. 501 con l'autorizzazione al governo di procedere a «una più organica sistemazione delle materie anzidette sia dando ai nuovi codici contenuto e determinazioni diversi, sia disciplinando particolari istituti in leggi distinte»¹²³.

In realtà, i lavori del codice di procedura ad opera di Calamandrei, Carnelutti e Redenti erano già terminati alla fine dell'anno. Calamandrei avrebbe dovuto presentarlo a marzo a Firenze, ma gli fu impedito, dopo una consultazione con il segretario del PNF Serena, per il suo conclamato antifascismo¹²⁴. Anche la nuova 'fisionomia' della codificazione era delineata, quantunque, a causa delle pressioni della 'politica', il lavoro fosse stato affannoso. Vassalli si limitò poi a sottolineare che il risultato finale aveva risentito di lacune sia di carattere tecnico sia di carattere politico: «indubbiamente questo lavoro avrebbe potuto attingere maggiore perfezione»¹²⁵.

In ogni caso, la dottrina era riuscita a costruire intorno ai lavori legislativi una sorta di 'cordone sanitario', che le aveva consentito, infine, di mantenere saldo nelle sue mani il controllo sulla codificazione e sulle fonti del diritto.

7. Gennaio-aprile 1941. Proposte 'politiche' di riforma della costituzione dello Stato

Fin dal 28 ottobre 1940 lo Stato italiano aveva iniziato la «spedizione punitiva» contro la Grecia, sotto il comando diretto di Mussolini - dopo che, una legge del 1938 aveva sottratto al Re, contro l'art. 5 dello Statuto, il comando delle forze armate - risoltasi poi in un «disastro»¹²⁶. Subito dopo l'approvazione delle leggi del 30 gennaio 1941, ministri e sottosegretari idonei alle armi, già allertati alla fine di dicembre, partirono per il fronte italo-greco-albanese agli ordini del duce, nuovo comandante delle forze armate in sostituzione di Badoglio¹²⁷. Grandi interpretò la decisione di Mussolini, con la sua volontà di privare il Re di tutti i suoi ministri, di togliere di mezzo il Parlamento e di «eliminare tutti gli uomini non fedeli»: «ordini rigorosi vennero dati perché i ministri al fronte per nessuna ragione rientrassero in Italia». Non diversa fu l'interpretazione di Calamandrei: Mussolini voleva che i ministri «non rimanessero indietro a congiurare contro di lui»¹²⁸.

In Italia, di fronte alle immagini del futuro «disastro», alla «marea di tedeschi che (ci) sommerge» e allo Stato nazista intento anche a accaparrarsi la produzione degli industriali italiani¹²⁹, gli antifascisti auspicavano l'indebolimento della Germania affinché si potesse eliminare Mussolini e prefiguravano un quadro del futuro 'costituzionale' italiano: una nuova costituzione che vietasse il totalitarismo e fosse 'costruita' sulla legalità e sul confronto tra partiti¹³⁰.

Dopo l'intervento dell'esercito tedesco in soccorso di quello italiano, la Grecia cadde e Grandi ebbe dal duce l'ordine di assumere il ruolo di governatore della Grecia, cosa che non avvenne perché, a suo dire, fu lui che si rifiutò di collaborare con i Tedeschi, o, come altri sospettarono, perché i

¹²³ l. 19 maggio 1941 n. 501 *Determinazione della facoltà concessa al governo del re imperatore dalle leggi 30 dicembre 1923 n. 2814 e 24 dicembre 1925 n. 2260 per la riforma dei codici* e cfr. anche Caprioli, *Codice civile* cit., pp. 146-148.

¹²⁴ Calamandrei, *Diario*, I cit., pp. 363-364.

¹²⁵ Vassalli, *Motivi e caratteri* cit., p. 630.

¹²⁶ Calamandrei, *Diario* I cit., pp. 335-336 e Grandi, *Il mio paese* cit., pp. 567-569.

¹²⁷ Grandi, *Il mio paese* cit., p. 603, e, sulle vicende di Badoglio, Calamandrei, *Diario* I cit., pp. 337 ss.; De Felice, *Mussolini l'alleato* cit., I t. *Il Crisi e agonia* cit., pp. 996-998.

¹²⁸ Grandi, *Il mio paese* cit., pp. 603-604; Calamandrei, *Diario* I cit., p. 340.

¹²⁹ Calamandrei, *Diario* I cit., rispettivamente pp. 361, 366 ss., 380 ss., 393 e p. 327. Sul rapporto tra industriali italiani e economia tedesca di guerra e non, loc. ult. cit., p. 377 «La Germania terrorizza e compra» e Grandi, *Il mio paese* cit., p. 563.

¹³⁰ Calamandrei, *Diario* I cit., rispettivamente p. in part. p. 337 dove riporta le parole di Novello Papafava 30 gennaio 1941.

tedeschi non l'avevano permesso¹³¹. Al ritorno in Italia, Mussolini gli concesse di riprendere a pieno titolo il ruolo di guardasigilli e di presidente della Camera, a condizione che interrompesse qualsiasi rapporto con giornalisti e diplomatici, soprattutto inglesi, per evitare di ingenerare sospetti nei «nostri alleati nazisti»¹³².

Il partito probabilmente non lo gradì e, come ricorda Calamandrei, ai primi di giugno si vociferava a Roma di un imminente rimpasto ministeriale voluto da Ciano e Farinacci con l'estromissione di Grandi e Bottai¹³³.

Nel frattempo, però, alcune proposte di riforma costituzionale erano state presentate da Adelchi Serena, che era divenuto membro del direttorio e segretario del PNF il 30 ottobre 1940¹³⁴.

Nell'assenza dall'Italia di Grandi e del governo, era stato, infatti, riaffermato l'intento, documentato da un ordine del giorno del Gran consiglio risalente al tempo della segreteria di Starace e dei lavori della istituzione della Camera dei fasci e delle corporazioni: quella di affiancare il completamento della riforma di tutti i codici con la preparazione di una nuova costituzione per lo stato fascista¹³⁵ che portasse a termine l'identificazione Stato-partito unico o partito unico-Stato, come si può immaginare, sul modello nazista¹³⁶.

Elencando le proposte di Serena dei primi mesi del '41, Grandi le definì un attentato alle istituzioni¹³⁷:

non posso fare a meno di accennare a tre episodi per dimostrare il costante assalto da parte del partito alle nostre istituzioni per indebolirle e travasare potere e competenza delle stesse esclusivamente nel partito fascista.

Si trattava di proposte di natura, per così dire, strutturale e tendenti, ad evidenza, a concentrare nel partito il controllo assoluto sullo Stato con il superare i pochi ostacoli che ancora si frapponevano al totalitarismo.

La prima consisteva, nella descrizione di Grandi, all'intento di minare «l'autorità del Consiglio dei ministri e le prerogative del ministro guardasigilli» ideato dalla «subdola, tenace azione e propaganda dei cosiddetti 'Soloni'» del partito¹³⁸. Essa, infatti, avrebbe comportato l'eliminazione del ministero di grazia e giustizia e l'attribuzione delle sue funzioni a un nuovo Consiglio di Stato (si potrebbe dire sul modello tedesco) che avrebbe dovuto diventare «organo alle dirette dipendenze del duce»¹³⁹. La seconda consisteva nel pubblicare nella *Gazzetta Ufficiale* il foglio d'ordine del partito fascista al fine di parificarlo alle leggi e ai decreti dello Stato. L'intenzione era che ad esso «non soltanto gli iscritti al partito, ma tutti gli italiani avrebbero dovuto sottostare». Anche dal punto di vista della legislazione, lo Stato si sarebbe così definitivamente confuso con il partito¹⁴⁰. La terza

¹³¹ Grandi, *Il mio paese* cit., pp.607-609. Come noto nel febbraio del '43 perse il ministero e conservò solo la presidenza della Camera (ivi, pp. 613 ss.); Calamandrei, *Diario I* cit., p. 390.

¹³²«La parola d'ordine era che io non dovevo avere contatti con personaggi stranieri, soprattutto inglesi» (Grandi, *Il mio paese* cit. pp. 480-482).

¹³³ Calamandrei, *Diario I* cit., p. 399.

¹³⁴ Serena rimase in carica fino al 26 dicembre 1941 (M. Missori, *Gerarchie e statuti del P.N.F., Gran Consiglio, Direttorio Nazionale. Federazioni provinciali. Quadri e biografie*, Roma, Bonacci, 1986, pp. 79-81) e cfr. Serena, Adelchi (1895-1970), in *DBI*, vol. 92(2018), pp. 90-93 nonché il pessimo giudizio di Bottai su Serena in De Felice, *Mussolini l'alleato I*, t. II *Crisi e agonia* cit., p. 966-972.

¹³⁵ Come ricorda Aquarone (*L'organizzazione* vol. I, p. 274 e n. 2), i verbali della 'commissione Solmi' (allora ministro di grazia e giustizia) sono andati perduti e rimane solo, tra gli atti del PNF, l'ordine del giorno del Gran Consiglio del Fascismo, secondo cui si sarebbe dovuto procedere al completamento della riforma costituzionale con l'aggiornamento dello Statuto del Regno. e cfr. *Il Gran Consiglio del Fascismo nei primi quindici anni dell'era fascista / Partito nazionale fascista*, Bologna, Stab. Poligrafici Editori de "Il resto del carlino", 1938 t. I, pp. 79-80.

¹³⁶ Gregorio, *Parte totale* cit., pp.191-204, 217-230.

¹³⁷ Grandi, *Il mio paese* cit., pp. 480-481 e pp. 503 ss.

¹³⁸ Ivi p. 479 e cfr. sopra p. 1.

¹³⁹ Ivi, p. 480.

¹⁴⁰ Ivi, p. 480.

costituiva una contromossa rispetto all'opinione di Mortati sul potere di intervento del Re nel caso che nell'esercizio delle funzioni dei poteri costituzionali si fossero manifestati 'dissidi' tra gli elementi del partito. Avrebbe dovuto essere, infatti, costituito per legge un tribunale speciale per eliminare il dissenso interno, qualificato come reato politico. Tale tribunale sarebbe stato competente a giudicare i reati commessi dai fascisti contro l'unità del partito, sul modello già indicato da Mortati, della costituzione cecoslovacca¹⁴¹.

I giochi avrebbero potuto così essere riaperti, se non fosse stato, come già ricordato, per il tempestivo rientro di Grandi e per i più impellenti e gravi problemi della guerra che, inutile ricordarlo, catalizzavano le preoccupazioni del duce.

8. «in virtù del sorgere in via di fatto di nuove forze politiche» che avrebbero annullato lo «schema del vigente ordine positivo».

La costituzionalizzazione della Carta del lavoro approvata dal Parlamento nel gennaio '41, come ebbe a esprimersi Mortati, induceva a sollevare 'qualche dubbio' sull'utilità di scrivere altri principi generali dell'ordinamento fascista. Dai contenuti della carta si poteva desumere che tutti i cosiddetti principi avrebbero potuto rientrare in uno schema binario, per così dire, essenziale: quello dell'affermazione della dignità dell'individuo e quello della solidarietà¹⁴². Non diversamente Felice Battaglia indicava che, solo con il «realizzare l'uomo», la 'dignità dello Stato' avrebbe potuto trovare, a sua volta, realizzazione¹⁴³.

In un articolo pubblicato in *Stato e diritto* nell'autunno del 1941, Mortati riaffrontò l'annoso problema del ruolo del partito unico¹⁴⁴ e, pur ribadendone la qualificazione di organo 'giuridico' dello Stato, escluse di nuovo con fermezza che esso avesse funzioni di natura legislativa¹⁴⁵. Il partito non aveva potere di emanare «comandi» e le sue competenze erano essenzialmente due. La prima, di natura 'programmatica', doveva essere esercitata nella fase di «preparazione, di impulso, di controllo dell'attività dello Stato» per orientarla secondo «le aspirazioni del popolo». In tale ambito, l'iniziativa del partito era la «causa giuridica che condiziona la validità della volizione statale nel regime fascista» della quale era, appunto, parte costitutiva¹⁴⁶. La seconda di carattere, per così dire, pedagogico, consisteva nella funzione di formare «il costume politico dei cittadini, per elevare la volontà di questi alle esigenze trascendenti incorporate nello Stato». Alla nascita del 'movimento' fascista non si poteva non riconoscere il 'merito' di aver dato alla nazione quella «coscienza politica» la cui rilevanza era stata negata in età liberale dall'affermazione dell'apoliticità dello Stato¹⁴⁷.

Una tal presa di posizione era stata probabilmente sollecitata dal contributo negli scritti per Santi Romano di Carlo Esposito che aveva sostenuto che al PNF spettava la rappresentanza dell'intera nazione nonostante l'iscrizione continuasse a rimanere di carattere volontario. Era proprio questo il motivo per cui, quantunque il PNF fosse al momento l'unico partito ammesso dallo Stato, secondo Mortati non si sarebbero potuti escludere mutamenti futuri nel paese. Ribadiva così quanto più approfonditamente elaborato nella *costituzione materiale*, riportandone quasi alla lettera le parole: in conseguenza «del sorgere in via di fatto di nuove forze politiche», la nazione avrebbe potuto

¹⁴¹ Mortati, *Esecutivo e legislativo* cit., pp. 330-331 e in part. n. 56.

¹⁴² C. Mortati, *Osservazioni sulla natura e funzione di una codificazione dei principi generali del diritto*, in *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico* cit., pp. 108, 125 ss., in part. p. 126.

¹⁴³ F. Battaglia, *Osservazioni sulla «realtà» dello Stato*, in *Stato e diritto* a. II, 1 (gennaio-febbraio 1941), pp. 8-40, in part. pp. 38-40.

¹⁴⁴ Cfr. sopra § 2.

¹⁴⁵ C. Mortati, *Sulla posizione del partito nello Stato*, in *Stato e Diritto* a.2, 4-5 (luglio - ottobre 1941), pp. 1-20, in part. pp. 15 ss.

¹⁴⁶ Ivi, *Sulla posizione* cit., p. 17.

¹⁴⁷ Ivi. p. 18 e sul punto, anche con riferimento a Panunzio: Costa, *Lo Stato totalitario* cit., pp. 115 e 149.

decidere di non voler più riconoscere l'esclusività del partito unico e di volere, di conseguenza, uscire «dallo schema del vigente ordine positivo»¹⁴⁸.

Come ha rilevato Maurizio Fioravanti che sarebbe una «lettura miope» quella di intravedere in tutto questo una contestazione al regime e per 'statuto' il giurista si poneva «al di là della contingenza politica, su un piano che è quello dell'analisi della trasformazione»¹⁴⁹. Non si può tuttavia negare che, proprio da un punto di vista oggettivo, Mortati, oltre che analista dei contrasti interni al medesimo PNF, era a conoscenza degli orientamenti politici opposti a quello totalitario.

La difesa dei diritti soggettivi e dell'autonomia individuale proclamata da tanti giuristi che, come lui, avevano il polso della 'costituzione materiale' del paese o 'l'immagine' della 'società politica'»¹⁵⁰, pur non potendo offrire protezione contro la repressione delle diverse 'forze politiche' di opposizione presenti nella nazione, finiva per giustificarne, se non altro, l'esistenza. Si può allora ben intendere come Costamagna all'inizio del fatidico 1943, con maggior forza che nel passato, escludesse la sussistenza dell'autonomia individuale in nome dell'affermazione di una «nuova idea costituzionale» fondata su gerarchia e integrazione¹⁵¹.

Non si vedeva una fine a una guerra le cui conseguenze, ancora imprevedibili, avrebbero potuto portare a livello internazionale alla vittoria dell'Asse e in Italia a quella del totalitarismo. La dottrina aveva, però, già delineato principi come l'intervento del re nel caso di dissidio interno al partito, una nuova organizzazione pluripartitica 'per vie di fatto' contro il partito unico, l'*habeas corpus* e l'inviolabilità del domicilio, il ruolo integrativo, ma non esclusivo, dello Stato nell'educazione, la garanzia della proprietà privata, la tutela dei diritti soggettivi, seppur nella forma assolutamente riduttiva della riserva di legge, che il titolo sesto del codice civile al momento continuava a presidiare, anche se non si sapeva fino a quando ancora. Tutti principi per dirla con Calamandrei di «vecchi» «ambiziosi delusi» e «iettatori», sostenitori della libertà come espressione della dignità individuale¹⁵².

Ancora una volta il commento di Vassalli alla pubblicazione del codice ci orienta in questa riflessione. Nessuno si nascondeva, da un lato, che le norme del codice civile avevano soltanto un ruolo 'complementare' e, dall'altro, che lo «spirito della legge» era mutato. «Il codice civile come sanno lo storico e il sociologo difficilmente dà l'immagine esatta dell'ordinamento della società politica nella quale vige»¹⁵³.

In un'Italia, che vedeva dipendere le sue sorti dalle armi naziste, l'unica arma che la scienza giuridica 'liberale' poteva affilare, mentre continuava a chiedersi «Lavorare per chi? per quale ideale?»¹⁵⁴, poteva consistere nel tentare di perfezionare la costruzione di barriere 'costituzionali' da opporre all'eventuale vittoria con l'Asse del «nuovo ordine mondiale»¹⁵⁵.

Il grande dibattito sulla costituzione di quei due anni tra giuristi che, ad evidenza, avevano approfondito, nelle loro novità rispetto al costituzionalismo ottocentesco, i diversi, nuovi caratteri delle costituzioni del 'Novecento', non poté non influire sui primi lavori della *Commissione* istituita

¹⁴⁸ Mortati, *Sulla posizione* cit., pp. 5-8, in part. p. 8 e Id. *La costituzione materiale* cit., in part. pp. 101 ss. Negli *Scritti giuridici* cit. per Santi Romano, Esposito (*La rappresentanza istituzionale*, pp. 301-366) aveva rilevato che il volontarismo dell'adesione al partito non escludeva che esso rappresentasse 'istituzionalmente' la nazione intera e cfr. Costa, *Lo Stato totalitario* cit., pp. 98-99.

¹⁴⁹ Fioravanti, *Stato e costituzione* cit., in part. p. 124; Gregorio, *Parte totale* cit., pp. 248-250: le «nascenti dottrine della costituzione» possano essere considerate come una critica o «un attacco diretto e consapevole alla politica fascista».

¹⁵⁰ Vassalli, *Il nuovo codice civile* cit., p. 165.

¹⁵¹ C. Costamagna, *Elementi di diritto pubblico generale*, 2ª ed. interamente rifatta, Torino, Utet, 1943 In part. pp. 129 ss. e cfr. Schwarzenberg, *Diritto e giustizia* cit., pp. 212-214 ; I. Stolzi, *Costamagna, Carlo (Quintiliano 21 novembre 1880- Pietra Ligure 1º marzo 1965)*, in DBGI, pp. 598-600, M. Toraldo De Francia, *Carlo Costamagna*, in *Il contributo italiano* cit., pp. 504-508.

¹⁵² Calamandrei, *Diario*, I, cit. p. 34 e p. 17 e cfr. Storti, *Ancora sulla legalità* cit., p. 52.

¹⁵³ Vassalli, *Il nuovo codice civile* cit., p. 165.

¹⁵⁴ Calamandrei, *Diario* I cit., p. 371.

¹⁵⁵ Amore Bianco, *Mussolini e il «Nuovo Ordine»* cit.

il 31 luglio 1945 dal Ministero della Costituente per studiare la *riorganizzazione dello Stato*¹⁵⁶. Non a caso, fu forse allora dato a Giacomo Perticone l'incarico di segretario di direttore della collana di Studi e testi costituzionali¹⁵⁷, che iniziò immediatamente a pubblicare i ben 45 volumi di traduzione e di presentazione non solo delle Costituzioni, tra i quali certamente il più noto è quello sulla Costituzione di Weimar di Mortati, ma anche delle leggi elettorali vigenti¹⁵⁸.

E' proprio su quei lavori che, grazie ai tanti studi sulle fonti dell'epilogo del fascismo, si potrebbe forse ancora indagare per riportare alla luce dalle «macerie» i primi materiali di reimpiego utilizzati nel 'miracolo' della Costituzione¹⁵⁹.

¹⁵⁶ *Alle origini della Costituzione italiana, I lavori preparatori della 'Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello stato (1945-1946)*, a cura di Gianfranco D'Alessio, Bologna, il Mulino, 1979.

¹⁵⁷ Come ben noto, la carriera accademica di Perticone proseguì alla Sapienza come docente di storia dei partiti e delle dottrine politiche nella difesa del valore scientifico della storia e della tutela della libertà individuale nella società di massa (Di Napoli, *Perticone, Giacomo* cit., in part. pp. 522-523).

¹⁵⁸ Rist. Milano, Giuffrè, 2019 (SPGM, 120) sul quale si è svolto il 3 e 4 ottobre a Firenze il convegno *Weimar 1919. Alle origini del costituzionalismo democratico novecentesco*, a cura del Centro Studi Per la storia del Pensiero Giuridico Moderno.

¹⁵⁹ Il riferimento è a L. LACCHÈ, «Sistemare il terreno e sgombrare le macerie». Gli anni della "costituzione provvisoria": alle origini del discorso sulla riforma della legislazione e del codice di procedura penale (1943-1947), in *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, a cura di L. Garlati, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 271-304. Il rinvio è, inoltre, agli studi di M. Fioravanti, tra i quali mi limito a citare con riferimento alle ultime riflessioni La costituzione democratica come autonomo "tipo" storico, in Id., *La costituzione democratica* cit., pp. 179-198 nonché a E. Cheli, *I giuristi alla Costituente*, in *Il contributo italiano alla Storia del pensiero*, Ottava appendice, Roma Treccani, 2012, pp. 583-585, Approfondimenti sull'influenza del dibattito cui qui si è fatto riferimento sui primi lavori della Costituente sono in corso.