

Marco Fioravanti

# Resistenza e Costituzione. Diritto e giuristi all'origine dell'Italia repubblicana

(doi: 10.1438/86576)

Diritto pubblico (ISSN 1721-8985)

Fascicolo 1, gennaio-aprile 2017

**Ente di afferenza:**

*Università degli Studi di Bergamo (Unibg)*

Copyright © by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati.

Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it>

**Licenza d'uso**

L'articolo è messo a disposizione dell'utente in licenza per uso esclusivamente privato e personale, senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali. Salvo quanto espressamente previsto dalla licenza d'uso Rivisteweb, è fatto divieto di riprodurre, trasmettere, distribuire o altrimenti utilizzare l'articolo, per qualsiasi scopo o fine. Tutti i diritti sono riservati.

Marco Fioravanti

## Resistenza e Costituzione

### Diritto e giuristi all'origine dell'Italia repubblicana

Tra le figure che maggiormente incarnano lo spirito della Resistenza e il suo legame con il diritto, vi è senz'altro quella di Silvio Trentin, il cui profilo, fino a pochi anni orsono poco noto, è entrato recentemente a pieno titolo nel panorama dei grandi giuristi che hanno contribuito alla nascita della democrazia costituzionale in Italia. Questo è avvenuto grazie soprattutto all'attività del Centro di Documentazione e Ricerca Silvio Trentin, coordinato da Fulvio Cortese, che ha contribuito a far riemergere la sua testimonianza umana e morale dal dimenticatoio in cui la "Repubblica dei partiti" lo aveva relegato. È proprio al centro Trentin di Venezia e all'Istituto Veneziano per la Storia della Resistenza e della Società contemporanea che si deve la pubblicazione di un importante volume – *Resistenza e diritto pubblico* – che, gravitando intorno alla figura del giurista sandonatese, allarga lo sguardo fino al rapporto tra diritto e resistenza, costituzione e rivoluzione, potere costituito e potere costituente, e riflette sulle ricadute costituzionali del periodo della transizione istituzionale<sup>1</sup>. A questo libro se ne affianca un altro – *I giuristi e la Resistenza* – frutto di un Convegno presso l'Università di Bergamo e curato da Barbara Pezzini e Stefano Rossi, che attraverso le personalità più complesse (e spesso meno note) della cultura giuridica dell'epoca, traccia un profilo intellettuale dell'Italia nella fase di passaggio tra dittatura e democrazia tratteggiandone un'inedita biografia<sup>2</sup>.

La figura politica e scientifica di Trentin permette di leggere la storia costituzionale tra le due guerre attraverso una lente libera da schematismi o

<sup>1</sup> *Resistenza e diritto pubblico*, a cura di F. Cortese, Firenze, Firenze University Press, 2016; a questo volume va affiancato anche quello, incentrato sulla figura di Trentin, *Liberrare e federare. L'eredità intellettuale di Silvio Trentin*, a cura di F. Cortese, Firenze, Firenze University Press, 2016.

<sup>2</sup> *I giuristi e la Resistenza. Una biografia intellettuale del Paese*, a cura di B. Pezzini - S. Rossi, Milano, Franco Angeli, 2016.

dogmatismi<sup>3</sup>. Egli infatti, che nel 1926, in seguito al consolidarsi del regime fascista e intuendone da subito la natura totalitaria, lascia l'Italia e la docenza universitaria per la Francia, è una figura eretica nel panorama delle contrapposizioni ideologiche "forti" che andavano affermandosi a cavaliere tra dittatura e Liberazione: rivoluzionario democratico, vicino ai comunisti ma scettico verso il loro tatticismo, fu critico anche verso il Partito d'azione e la sua ala moderata, in quanto teorico della necessità della lotta armata contro il fascismo. Collettivista sul piano economico, federalista e pluralista sul versante costituzionale, auspicava una democrazia dal basso, come ricordato da Iginio Ariemma<sup>4</sup>, dove lo Stato era un semplice mezzo, riconoscendo nell'uomo il fine unico dell'agire politico<sup>5</sup>.

Tra i primi a cogliere la sovversione dell'ordinamento statutario da parte del fascismo, Trentin, nella sua opera più celebre e forse più compiuta, *Les transformations recentes du droit public italien. De la Charte de Charles-Albert à la création de l'état fasciste* del 1929, ricostruisce le mutazioni istituzionali e politiche avvenute in Italia dopo la marcia su Roma sottolineando la coesistenza del rispetto delle garanzie legali e delle convenzioni costituzionali con lo stravolgimento, anche violento, della forma di governo monarchico-parlamentare che resero lo Statuto un "pezzo di carta privo di autorità", su cui ha riflettuto in un denso saggio Ernesto De Cristofaro<sup>6</sup>.

Il primato del cittadino sulla città, che può essere considerato il "manifesto" del pensiero di Trentin, deriva anche da una sua attenta lettura e analisi dell'opera di Niccolò Machiavelli, ricostruita in maniera approfondita ed erudita da Paolo Carta. Ne *La crise du droit et de l'état*, del 1935, al "Machiavelli del fascismo" che esaltava *Il Principe* interpretato per giustificare la svolta autoritaria di Mussolini, l'esule veneto contrapponeva quello dei *Discorsi* dove emerge il carattere rivoluzionario (e costituente) del pensiero di Machiavelli. Ad avviso di Trentin, diritto e rivoluzione non sono, come pensavano i giuristi formalisti, in antitesi, ma in stretta rela-

<sup>3</sup> Fondamentale il riferimento a F. Cortese, *Libertà individuale e organizzazione pubblica in Silvio Trentin*, Milano, 2008; ma si veda anche G. Bascherini, 46, *Rue de Languedoc. Silvio Trentin. "Il cittadino prima della città"*, in *Costituenti ombra. Altri luoghi e altre figure della cultura politica italiana (1943-48)*, a cura di A. Buratti - M. Fioravanti, Roma 2010, pp. 33-45.

<sup>4</sup> I. Ariemma, *Silvio Trentin, una personalità 'scomoda'*, in *Resistenza e diritto pubblico*, cit., p. 7.

<sup>5</sup> F. Cortese, *Il pensiero di Silvio Trentin, tra esilio e Resistenza*, in *I giuristi e la Resistenza*, cit., pp. 73-94.

<sup>6</sup> E. De Cristofaro, *Guarentigie legali e resistenza politica: letture dello Statuto durante il ventennio fascista*, in *Resistenza e diritto pubblico*, cit., pp. 27-45.

zione al punto che il primo non esisterebbe senza la seconda: la violenza rivoluzionaria è essa stessa creatrice di diritto, è essa stessa legge. La ricerca dell'ordine, quando la legalità non è altro che un ornamento che copre il disordine, deve essere ottenuta con la rivoluzione<sup>7</sup>. Portatore di una visione del diritto realistica e umanistica, Trentin, come ricordato incisivamente da Fulvio Cortese, si allontanò dalle astrazioni e dal dogmatismo della scuola di diritto pubblico di Vittorio Emanuele Orlando<sup>8</sup>.

Sostenitore di uno Stato dei consigli, distante tuttavia sia dal modello dei soviet che da quello gramsciano, riservò ampio spazio alla rappresentanza degli interessi, nel suo progetto costituzionale *Abbozzo di un piano tendente a delineare la figura costituzionale dell'Italia*, che dettò al figlio Bruno nel 1944. Sebbene a tratti artificioso, esso è espressione della consapevolezza dei limiti della rappresentanza borghese e liberale prefascista e della ricerca di un legame tra enti intermedi, territori e principio democratico<sup>9</sup>. Del resto nell'*entre deux guerres* era stato acceso il dibattito tra i giuristi europei sulla necessità di superare il tradizionale modello liberale, espressione in estrema sintesi della tradizione rivoluzionaria francese, per lo meno nella sua variante moderata, a vantaggio di una diversa concezione della rappresentanza e più in generale del rapporto tra governanti e governati, oltre che, in ultima istanza, del ruolo dello Stato<sup>10</sup>. Efficace la sua lettura critica all'opera di Santi Romano, *L'ordinamento giuridico* – la cui prima edizione, come è noto, risale al 1918 – dove veniva rimproverato al giurista siciliano l'approccio positivisticò e la sottovalutazione del problema della giustizia. Per Trentin invece, al di sopra del diritto positivo, vi era quello naturale, interpretato tuttavia in un'accezione immanente, scevra da ricadute etico-religiose.

Ma l'anteriorità dei diritti della persona rispetto allo Stato la si riscontra anche sul versante cattolico del dibattito costituente, affrontato ampiamente nei volumi esaminati. Critica verso il positivismo e lo statalismo, infatti, fu la corrente di giuristi cattolici rappresentati, nella fase resistenziale, emblematicamente da Giorgio la Pira e Giuseppe Dossetti. Il primo mosso da un fortissimo afflato metafisico e teologico, come ricordato bene da Filippo

<sup>7</sup> P. Carta, *Il Machiavelli rivoluzionario di Silvio Trentin*, ivi, pp. 9-24.

<sup>8</sup> F. Cortese, *Il pensiero di Silvio Trentin*, cit., p. 79.

<sup>9</sup> I. Ariemma, *Silvio Trentin, una personalità 'scomoda'*, cit., pp. 3-7.

<sup>10</sup> Sul punto mi permetto di rinviare a M. Fioravanti, *Rappresentanza e interessi. Il Senato in Italia dalla crisi dello Stato liberale alla Costituente*, in «Rivista di Storia del diritto italiano», LXXXIX (2016), pp. 201-250.

Pizzolato<sup>11</sup>, il secondo più attento alle questioni terrene, ma spinto da una prospettiva tomista. Sebbene tra loro molto diversi, i due giuristi cattolici – romanista il primo, canonista il secondo – erano accomunati da una avversione, di stampo chiaramente cristiano, non solo verso il lascito ideologico del fascismo, ma anche nei confronti dei limiti dello Stato liberale. Secondo Dossetti quest'ultimo, che aveva disconosciuto i corpi intermedi e i diritti delle persone nella loro individualità, aveva la grande debolezza di essere privo di un programma e di un fine<sup>12</sup>. Sia per La Pira che per Dossetti le fondamenta dello Stato democratico avrebbero dovuto basarsi sul riconoscimento e la garanzia dei diritti sacri, naturali e inalienabili del cittadino. L'edificio costituzionale da essi ipotizzato, di stampo personalista e pluralista, riconosceva l'antioriorità della persona (e dei suoi diritti) sullo Stato.

La lotta per il riconoscimento delle comunità intermedie, in controtendenza rispetto alla tradizione giuridica liberale di derivazione francese, trovò una sua alta espressione anche nell'opera di Costantino Mortati, che vedeva in esse un elemento di forza per lo Stato e non di debolezza<sup>13</sup>. In questa prospettiva di rottura con la tradizione giuridica positivista e in continuità con una visione etico-religiosa di chiara impronta tomista, si può leggere una delle pagine più avvincenti dell'esperienza costituente, ovvero la proposta di Dossetti dell'inserimento in costituzione del diritto di resistenza, che rappresenta la misura “ultima” dei confini della sovranità<sup>14</sup>. Premesso, come sottolinea opportunamente Stefano Rossi, che si tratta di un diritto azionabile in casi di estrema crisi dell'ordinamento quando le vie legali tradizionali sono di fatto o di diritto precluse, esso tuttavia rimane un diritto controverso il cui richiamo ha sempre destato perplessità tra i giuristi. L'articolato presentato da Dossetti, che riprendeva in parte l'art. 35 della dichiarazione dei diritti giacobina del 1793, stabiliva, al II comma dell'art. 50 del Progetto di Costituzione, che “La resistenza individuale e collettiva agli atti dei pubblici poteri, che violino le libertà fondamentali e i diritti garantiti dalla presente Costituzione, è diritto e dovere di ogni cittadino”. La Costituente, com'è noto, respinse l'inserimento in Costituzione di questo diritto e in particolare Mortati vi si oppose in quanto, sebbene si ricollegasse alla tradizione cattolica, rivestiva un carattere metagiuridico.

<sup>11</sup> F. Pizzolato, *La Pira e la Resistenza come responsabilità del pensiero*, in *I giuristi e la Resistenza*, cit., pp. 95-116.

<sup>12</sup> S. Rossi, *Dossetti e la fede nella Costituzione*, ivi, pp. 117-150.

<sup>13</sup> C. Mortati, *La persona, lo Stato e le comunità intermedie*, Roma 1971.

<sup>14</sup> S. Rossi, *Dossetti e la fede nella Costituzione*, cit., pp. 140-147 e ampia bibl. citata.

Proprio al diritto di resistenza è dedicato il saggio di Andrea Buratti che, sulla scia dei suoi precedenti studi<sup>15</sup>, indaga una delle questioni istituzionali più spinose nella storia del diritto pubblico<sup>16</sup>. Dopo aver stigmatizzato il paradosso della assenza di riferimenti espliciti all'esperienza storica della Resistenza nella Costituzione repubblicana, che proprio in quell'alveo trovava la sua legittimazione, Buratti legge questa involuzione come un prezzo pagato alla pacificazione nazionale dopo la guerra civile e al mutamento del contesto politico. L'unico segno palese della matrice antifascista della Costituzione furono le disposizioni finali, in particolare la XII sul divieto di ricostruzione del partito fascista, sulla quale si è soffermata puntualmente Barbara Pezzini<sup>17</sup>. Per quanto riguarda la già menzionata proposta di Dossetti, l'Autore ricorda come il dibattito intorno ad essa fu fortemente astratto e tutto interno alla scienza giuridica, privo di un appiglio alla guerra di Liberazione, esempio evidente di tradimento dei valori della Resistenza<sup>18</sup>. Il diritto di resistenza avrebbe trovato nelle prassi comunicative, nel principio di opposizione, nelle risorse di contropotere e più in generale nel potere negativo una sua forma all'altezza dello Stato costituzionale. Lasciando intravedere in controluce che il problema del potere si esaurisce nei contropoteri, quasi per sottrazione, e che la Resistenza, così come il potere costituente (che di essa ne è la veste giuridica) è un'azione che si sottrae al dominio del diritto.

Oltre all'*Abbozzo* di Trentin alcuni interventi affrontano altri significativi progetti costituzionali, fino ad oggi liquidati sbrigativamente dalla storiografia, anche perché poco noti e di difficile reperibilità. Essi invero, come dimostra tra gli altri l'articolo di Carlo Verri, hanno rappresentato un'alternativa al modello nazionale di tradizione napoleonica che lo Stato liberale aveva ereditato e che il fascismo aveva portato al parossismo. Oltre al celebre *Manifesto di Ventotene* di Altiero Spinelli ed Ernesto Rossi del 1941, e al progetto di Trentin, fondamentali risultano, lo *Schema di costituzione dell'Europa federale europea*, redatto nello stesso anno da Mario Alberto Rollier<sup>19</sup>, l'opera di Umberto Campagnolo, *Verso una Costituzione*

<sup>15</sup> A. Buratti, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico. Per una genealogia del principio di opposizione nello Stato costituzionale*, Milano 2006.

<sup>16</sup> Id., *Diritto di resistenza e Costituzione: diritti oppositivi, contropoteri istituzionali, prassi democratiche del popolo*, in *I giuristi e la Resistenza*, cit., pp. 197-217.

<sup>17</sup> B. Pezzini, *Attualità della Resistenza: la matrice antifascista della Costituzione repubblicana*, in *I giuristi e la Resistenza*, cit., pp. 219-241.

<sup>18</sup> A. Buratti, *Diritto di resistenza e Costituzione*, cit., pp. 202-203.

<sup>19</sup> Cfr. C. Rognoni Vercelli, *Mario Alberto Rollier, un valdese federalista*, Milano 1991; cenni anche in R.F. Genre, *Altre Chiese. Libertà di coscienza o religione della maggioranza?*

*federale per l'Europa* del 1943<sup>20</sup> e il *Progetto di costituzione confederale europea ed interna* scritto, tra il 1942 e il 1943, da Duccio Galimberti e Antonio Rèpaci. Proprio quest'ultimo progetto di costituzione, espressione inedita ed eretica delle idee costituzionali della Resistenza, ha ricevuto negli ultimi anni nuove interpretazioni<sup>21</sup>. Galimberti e Rèpaci, l'uno avvocato l'altro magistrato, muovendo da istanze liberalsocialiste e aderendo entrambi al Partito d'Azione, contribuirono alla redazione di un progetto che, sebbene non mancasse di limiti e aporie (evidenziate con equilibrio nel contributo di Chiara Tripodina), seppe coniugare rinascita delle istituzioni democratiche italiane e utopie europeiste.

Ma l'eredità che l'esperienza resistenziale ha lasciato per la costituzione repubblicana non si può ridurre a singoli progetti di costituzione, anche se rilevanti. Essa consiste invero in tutta quella attività delle Repubbliche partigiane e nell'esperienza dei CLN Alta Italia che hanno contribuito ad anticipare i lavori della Costituente, attraverso regole scritte, consuetudini e convenzioni costituzionali, alle quali Mario Dogliani ha dedicato un particolareggiato e raffinato saggio<sup>22</sup>. Si tratta di "anticipazioni della Costituzione"<sup>23</sup> dove in un contesto difficile e drammatico come quello della guerra civile si elaborarono idee di democrazia basata sull'eguaglianza dei diritti politici, sull'universalità del suffragio maschile e femminile, sulla necessità del consenso popolare per ogni scelta politica, sia del governo locale che di quello nazionale<sup>24</sup>. Si proposero interventi nell'economia per tutelare i redditi più bassi, politiche fiscali orientate alla progressività delle imposte, assistenza sanitaria gratuita, riforme dell'amministrazione della giustizia in

*La Chiesa valdese nel dibattito costituente sulla libertà religiosa*, in *Costituenti ombra*, cit., pp. 410-422.

<sup>20</sup> U. Campagnolo, *Verso una Costituzione federale per l'Europa. Una proposta inedita del 1943*, a cura di M.G. Losano, Milano 2003.

<sup>21</sup> Cfr. D. Galimberti, A. Rèpaci, *Progetto di costituzione confederale europea ed interna*, Torino 1946, n.e. con scritti di L. Bonanate, G. Zagrebelsky, L. Ornaghi, Torino 2014; il *Progetto* viene esaminato approfonditamente sia nel saggio di C. Verri, *Prove di costituzione nella Resistenza*, in *Resistenza e diritto pubblico*, cit., pp. 115-132 che, soprattutto, in quello di C. Tripodina, *La Costituzione di Duccio. Il "Progetto di Costituzione confederale europea ed interna" di Duccio Galimberti e Antonio Rèpaci a settant'anni dalla prima pubblicazione (1946-2016)*, in *I giuristi e la Resistenza*, cit., pp. 151-195.

<sup>22</sup> M. Dogliani, *Convenzioni costituenti e forma di governo nella Resistenza e nella transizione costituzionale*, in *Resistenza e diritto pubblico*, cit., pp. 133-161.

<sup>23</sup> *Ivi*, p. 159.

<sup>24</sup> Sulla Resistenza come esperienza giuridica si veda l'articolo, che sintetizza un intervento più ampio di G. Filippetta, *La Costituzione repubblicana nata nelle bande partigiane*, in *La Stampa*, 6.4.2017.

chiave garantista, scuola media unificata, Università popolari, stampa libera<sup>25</sup>. Secondo la ricostruzione di Dogliani, tuttavia, questo fermento democratico, sia pre-costituente che costituente, avvenne tutto nell'alveo dei partiti politici come effettivi centri decisionali della vita pubblica<sup>26</sup>, mentre a chi scrive sembra che, sebbene la paternità della Costituzione sia attribuibile ai grandi partiti politici di massa, la Resistenza abbia azionato meccanismi di produzione sociale svincolati dall'autosufficienza dei partiti<sup>27</sup>.

Proprio il ruolo dei CLN da un punto di vista prettamente pubblicitario è stato affrontato in un articolo di Giuseppe Tropea, il quale ricorda come essi svolsero al Sud un'attività politica di mediazione e di sostegno al governo, mentre al Nord una vera azione rivoluzionaria armata<sup>28</sup>. La loro rilevanza giuridica, ovvero per dirla con Carl Schmitt, la funzione pubblicitica del partigiano, impostasi di fatto, è altresì dimostrata da un'ampia normativa successiva al 1944. La condizione di combattenti era considerata dalla Rsi illecita, mentre dal regno del Sud legittima in quanto rappresentativa dei territori non liberati. Come ricordato da Tropea, la natura giuridica del CLN è stata oggetto di diverse interpretazioni, alcune delle quali li considerano organi straordinari politici, altre organizzazioni interpartitiche o rappresentanti del popolo, altre ancora espressione dei neonati partiti politici antifascisti. Questi ultimi assumevano di fatto un ruolo centrale nel nuovo ordine costituzionale, in particolare i 6 facenti parte del CLN: demolaburisti, liberali, democristiani, azionisti, comunisti, socialisti. Le sinistre infatti tendevano a reputare il CLN depositario delle attribuzioni della sovranità della nazione, cioè consideravano il Governo come una sua investitura<sup>29</sup>.

Di fronte al "trono vuoto", secondo una metafora cara ai rivoluzionari francesi, in un contesto di passaggio della sovranità, la questione della transizione costituzionale, centrale e ineludibile, è stata affrontata nel denso saggio di Antonio Cassatella dedicato alla mancata epurazione dell'amministrazione legata al fascismo. Dai procedimenti giudiziari nell'epurazione della pubblica amministrazione, Cassatella ne deduce da un lato l'impossibilità di una rigorosa applicazione delle politiche di epurazione, che avrebbe comportato la paralisi dell'amministrazione, dall'altro la contradditto-

<sup>25</sup> M. Dogliani, *Convenzioni costituenti*, cit., pp. 160-161.

<sup>26</sup> Ivi, p. 156.

<sup>27</sup> Si veda A. Buratti, M. Fioravanti, *Introduzione a Costituenti ombra*, cit., pp. 18-30.

<sup>28</sup> G. Tropea, *La funzione pubblicitica del partigiano*, in *Resistenza e diritto pubblico*, cit., pp. 163-190.

<sup>29</sup> M. Dogliani, *Convenzioni costituenti e forma di governo*, cit., p. 144.

rietà del tentativo di oltrepassare lo Stato fascista a vantaggio di una nuova forma di Stato democratica e liberale, utilizzando mezzi propri di un modello autoritario<sup>30</sup>. Anche in questo caso la vera questione epistemologica è quella del rapporto, conflittuale per definizione, tra rivoluzione e diritto (con le sue inevitabili implicazioni legate alla morale e alla giustizia), sulla quale, non a caso, si era soffermato Santi Romano proprio nel 1947. Egli, come è noto, presidente del Consiglio di Stato dal 1928 fino alla caduta del regime, era consapevole dei rischi insiti nella giustizia dei vincitori e nell'uso strumentale del diritto.

Altrettanto pregnanti al riguardo sono le osservazioni di un altro grande giurista che la storiografia (salvo rare e pregevoli eccezioni), ha affrontato sempre con un certo distacco, quale Giuseppe Capograssi, che spinge la sua riflessione fino alla critica radicale dello Stato inteso come autorità suprema, ridotto, tra le due guerre, a puro apparato coattivo. La riflessione sul superamento di un modello centralistico e statualista, mossa da Capograssi in maniera esplicita ma presente in molti altri pensatori nel periodo tra le due guerre, forse avrebbe meritato più spazio in questi volumi, proprio alla luce della loro lodevole ambizione di riscoprire aspetti meno noti e più eretici del lascito giuridico della Resistenza.

La transizione è esaminata anche attraverso quel fecondo strumento fornito dalla *Law and Literature*, che ci permette di leggere la Resistenza e la guerra civile al di là delle coordinate del paradigma resistenziale “costruito” (legittimamente e comprensibilmente, s'intende) dai partiti politici. Gianluca Bascherini e Giorgio Repetto affrontano, con rigore scientifico e passione civile, “Il romanzo della Resistenza” (si pensi a Calvino, Fenoglio, Meneghello, ma anche a Cassola) e ci dimostrano come la questione istituzionale (se non prettamente costituzionale) si nasconda anche negli interstizi delle opere letterarie. Questo approccio permette loro, sulla scia del magistero di Claudio Pavone, di scoprire la moralità della Resistenza e della guerra civile attraverso figure minori, spesso antieroiche, che univano motivazioni ideali con scelte individuali, che riassumono l'incontro drammatico e fecondo delle “storie” con la “Storia”<sup>31</sup>. Da una “questione privata”, la Resistenza diventava infatti una decisione politica di adesione a valori e ideali che si trasformeranno in scelte istituzionali, quando il dilemma e il dolore della scelta portarono una generazione a confrontarsi

<sup>30</sup> A. Cassatella, *Oltre lo Stato fascista? Aspetti giuridici dei procedimenti di epurazione, in Resistenza e diritto pubblico*, cit., pp. 191-217.

<sup>31</sup> G. Bascherini - G. Repetto, *Il romanzo della Resistenza e la transizione costituzionale italiana: la letteratura tra moralità e istituzioni*, ivi, pp. 221-240.

con la propria storia<sup>32</sup>. Non va dimenticato tuttavia che oltre il romanzo ciò che ha narrato la Resistenza sono anche i racconti che, in maniera meno esplicita, costituiscono il tessuto molteplice e composito dell'esperienza resistenziale e dei suoi lasciti istituzionali<sup>33</sup>. Ma forse l'ideale di giustizia e di moralità della Resistenza trovano la loro sublimazione nelle *Lettere dei condannati a morte della Resistenza europea*, affrontate in un incisivo saggio di Lucio Pegoraro<sup>34</sup>.

Una "Resistenza diversa" è rappresentata dalla testimonianza, non banale, fornita dalla figura, assai poco nota soprattutto negli studi giuridici, di Giorgio Chiesura, giurista e letterato che dopo l'8 settembre, quale ufficiale dell'esercito, decise di consegnarsi prigioniero ai tedeschi piuttosto che nascondersi o fuggire. Tale scelta, apparentemente contraddittoria e che ha suscitato un vivo dibattito e aspre critiche tra intellettuali come Norberto Bobbio e Claudio Pavone, è riconducibile, secondo l'interpretazione fornita nel bel saggio di Paola Trevisan, da un lato alla volontà di non partecipare alla guerra che il fascismo continuava assieme ai nazisti, dall'altro a una sorta di ricerca dell'espiazione che ha caratterizzato la sensibilità di Chiesura<sup>35</sup>.

Anche la magistratura contribuì a resistere all'ordine fascista in più occasioni e in vari modi, come dimostrato da un'ormai ampia letteratura scientifica, che invece è più carente per quanto riguarda il rapporto tra giudici e Repubblica sociale italiana. Contribuisce a colmare questa lacuna l'intervento di Sandro De Nardi, che ricostruisce la resistenza dei magistrati del Nord Italia, nella loro maggioranza, di fronte all'obbligo di giuramento introdotto nell'aprile del 1944 dal ministro della giustizia repubblicano, Piero Pisenti. Quest'ultimo, personalmente (sembra) poco convinto del provvedimento, fu spinto ad approvarlo da Mussolini e dalle gerarchie filo naziste. I magistrati ordinari, molti dei quali avrebbero partecipato attivamente alla Resistenza, in particolare in Piemonte, opposero, spesso in maniera defilata e "sotto traccia"<sup>36</sup>, il motto dello scrivano di Melville "pre-

<sup>32</sup> B. Pezzini - S. Rossi, *I giuristi nella Resistenza tra storia e diritto. Introduzione a I giuristi e la Resistenza*, cit., pp. 7-10.

<sup>33</sup> *Racconti della Resistenza*, a cura di G. Pedullà, Torino 2005.

<sup>34</sup> L. Pegoraro, *Diritto costituzionale e Resistenza. Una breve rilettura attraverso le lettere dei condannati a morte (e le canzoni partigiane)*, in *Resistenza e diritto pubblico*, cit., pp. 241-252.

<sup>35</sup> P. Trevisan, *Una resistenza diversa: la scelta di Giorgio Chiesura*, ivi, pp. 101-113.

<sup>36</sup> Secondo la felice espressione utilizzata da Giovanni Legnini, vice presidente del CSM, in occasione della commemorazione dei 16 magistrati uccisi durante la Resistenza e di quelli epurati dal regime, riportata in R. Bin, *I giuristi tra Resistenza e Costituente*, in *I giuristi e la Resistenza*, cit., p. 12.

ferirei di no”, di fronte all’obbligo di giuramento che recitava come segue: «giuro di servire lealmente la Repubblica Sociale Italiana nelle sue istituzioni e nelle sue leggi e di esercitare le mie funzioni per il bene e la grandezza della Patria». Tra gli argomenti addotti “dal fronte del no” – composto da elementi tra loro molto eterogenei che andavano dai filo monarchici ai riformisti fino ai più accesi sostenitori di una rottura rivoluzionaria –, quello più significativo sembra proprio l’illegittimità della Rsi agli occhi dei magistrati, rispetto all’ordinamento statale, collassato dopo l’8 settembre, da cui essi traevano l’investitura giurisdizionale.

Il gesto di coraggio di numerosi magistrati risulta ancora più evidente se si considera l’ordinamento giudiziario italiano dell’epoca che, esasperando l’impostazione napoleonica che lo Stato liberale aveva ereditato, portò fino alle sue massime conseguenze la dipendenza della magistratura dall’esecutivo, dai livelli più bassi della “gerarchia” giurisdizionale (si pensi al controllo dei pubblici ministeri), fino ai suoi vertici (come la nomina ministeriale del primo presidente e del procuratore generale della Corte di cassazione)<sup>37</sup>. Struttura piramidale che permette di comprendere la scelta del costituente tutta indirizzata verso la discontinuità con il precedente fascista (ma anche con quello napoleonico-liberale) a favore dell’indipendenza e dell’autonomia della magistratura, rappresentata in particolare dall’istituzione del Csm, la cui entrata in funzione non a caso fu osteggiata dai partiti di centro (e dai vertici della Cassazione) che operarono il cosiddetto ostruzionismo della maggioranza secondo la celebre espressione ossimorica di Piero Calamandrei<sup>38</sup>.

Proprio la figura di Calamandrei, ampiamente studiata, acquisisce nuovi e inediti contorni sia nel suo ruolo di giurista che come interprete della Resistenza. Secondo la lettura di Brando Mazzolai, il quale utilizza un vasto materiale inedito di grande valore e interesse, la comprensione del cortocircuito dello Stato fascista rispetto a quello liberale e più in generale allo Stato di diritto risulta la vera ossessione del giurista toscano al punto da dedicargli le riflessioni più critiche (e, sembrerebbe, autocritiche) rinvenute nelle sue carte private, molte delle quali ancora inedite<sup>39</sup>. In partico-

<sup>37</sup> S. De Nardi, *La ‘Resistenza’ della (e nella) magistratura ordinaria all’imposizione di giurare fedeltà alla Repubblica sociale italiana*, in *Diritto pubblico e Resistenza*, cit., pp. 47-89.

<sup>38</sup> Sulla battaglia di Calamandrei per l’attuazione della Costituzione si veda E. Bindi, *Piero Calamandrei e le promesse della Costituente*, in *I giuristi e la Resistenza*, cit., pp. 21-45.

<sup>39</sup> B. Mazzolai, *Piero Calamandrei: dalla fede nel diritto alla fede nella costituzione*, in *Resistenza e diritto pubblico*, cit., pp. 91-99.

lare nella conferenza fiorentina del 1940, inedita fino a pochi anni fa<sup>40</sup>, dal titolo fortemente evocativo (ma non privo di feconde ambivalenze) *Fede nel Diritto*, emerge tutta la tormentata riflessione del civilista nella fase di inesorabile smantellamento dello Stato di diritto operato dal regime. La sua partecipazione in prima persona alla codificazione fascista rientra, secondo l'interpretazione maggioritaria in dottrina, riassunta incisivamente da un denso intervento di Roberto Bin, all'interno di quella tecnicità e asetticità del metodo giuridico che ha permesso a numerosi giuristi che collaborarono alla redazione dei codici di svincolarsi dal committente politico<sup>41</sup>.

A questa tesi aderisce anche Elena Bindi, la quale, in un saggio ad ampio spettro, ricostruisce la vicenda umana e intellettuale del giurista fiorentino attraverso il filo rosso proprio della Resistenza<sup>42</sup>. La sua interpretazione del fenomeno giuridico tra regime e Liberazione, rimanda, sembrerebbe, alla proficua concettualizzazione operata dal giurista weimariano Ernst Fraenkel, sul doppio Stato<sup>43</sup>. Così come era avvenuto per il regime nazista, nell'Italia fascista, seppure in misura diversa, a fianco di una legalità formale sempre più marginale si affermava prepotentemente uno stato d'eccezione che lasciava ampio spazio di manovra all'amministrazione. Ma ancor di più, sottolinea correttamente Bindi, alla giurisdizione, ovvero a quei giudici fedeli al regime, forti della dottrina del "diritto libero", secondo la quale il magistrato, legato all'ideologia dominante, poteva esercitare un arbitrio assoluto. Le teorie del diritto libero, presenti sia nella Germania nazista che nell'Unione sovietica, non distinguendo il momento della produzione da quello dell'applicazione giurisprudenziale, vanificavano il principio della generalità e astrattezza della norma in nome dell'appello a un non meglio specificato "sentimento popolare" o spirito del popolo<sup>44</sup>.

Proprio rispetto a questi temi, seppure da una prospettiva eminentemente penalistica (ma non priva di ricadute costituzionali o di teoria generale) intervenne un altro giurista che si andava formando in quegli anni dominati dal conformismo fascista, Giuliano Vassalli, opportunamente inserito nella silloge *I giuristi e la Resistenza* con il saggio di Giandomenico

<sup>40</sup> P. Calamandrei, *Fede nel Diritto*, a cura di S. Calamandrei, con saggi di G. Alpa - P. Rescigno - G. Zagrebelsky, Roma-Bari 2008.

<sup>41</sup> R. Bin, *I giuristi tra Resistenza e Costituente*, in *I giuristi e la Resistenza*, cit., pp. 11-20.

<sup>42</sup> E. Bindi, *Piero Calamandrei e le promesse della Costituente*, in *I giuristi e la Resistenza*, cit., pp. 21-22.

<sup>43</sup> E. Fraenkel, *Il doppio Stato. Contributo alla teoria della dittatura* (1974), Introduzione di N. Bobbio, Torino 1983.

<sup>44</sup> E. Bindi, *Piero Calamandrei e le promesse della Costituente*, cit., pp. 21-45.

Dodaro, che ne esamina sia il ruolo di giurista che di combattente partigiano<sup>45</sup>. Rispetto alla rottura del principio di legalità avvenuta in quegli anni in maniera palese nella Germania nazista (e più subdolamente nell'Italia fascista) e di fronte all'obiettivo perseguito dal codice penale del *Reich* di sostituire il principio di stretta legalità riassunto dal brocardo *nullum crimen sine lege*, con quello di *nullum crimen sine poena*, Vassalli, nel 1937, senza formulare giudizi espliciti, mise in guardia dal bisogno di soddisfare la "giustizia materiale" del popolo, a detrimento della certezza del diritto e dell'eguaglianza davanti alla legge.

Tornando a Calamandrei, proprio il principio di legalità (e la sua violazione) fu al centro della già menzionata lezione fiorentina del 1940, manifesto, si potrebbe ipotizzare, di un neoilluminismo giuridico che riconduceva il diritto, il giudice e la legge nei proprio canali: secondo un'accezione prettamente positivista, che Calamandrei avrebbe attenuato nel corso degli anni, la legge non doveva porsi il problema della giustizia ma quello dell'eguaglianza che garantiva la libertà per tutti. Consapevole che il principio di legalità era stato stravolto dal fascismo, senza mai formalmente riconoscerlo (si pensi alle leggi più inique come quelle razziali), esso andava confermato e difeso proprio alla luce dell'eguaglianza: le leggi non eguali non potevano essere annoverate tra le leggi.

Rimane tuttavia inevasa la questione, che forse è il lascito problematico più fruttuoso di Calamandrei, del rapporto tra legge e diritto. Il titolo della conferenza del 1940, *Fede nel Diritto*, si potrebbe "tradurre" in fede nella legge, nel senso che illuministicamente (e in questo caso in maniera giacobina o, nella sua variante italiana, gobettiana), la legge e il diritto coincidono. Sarà solo dopo l'esilio umbro negli anni della guerra civile e nel corso dell'assemblea costituente che la riflessione di Calamandrei porta a disgiungere la prima dal secondo e a passare dalla fede nella legge a quella nel diritto, ovvero, secondo il suo vocabolario, dalla fede nel diritto a quella nella Costituzione.

Marco Fioravanti, ricercatore di Storia del diritto medievale e moderno, Università degli Studi di Roma "Tor Vergata", Dipartimento di Diritto pubblico, Via B. Alimena, 5, 00173, Roma; email: marco.fioravanti@uniroma2.it.

<sup>45</sup> G. Dodaro, *Il valore della Resistenza nell'esperienza di Giuliano Vassalli*, in *I giuristi e la Resistenza*, cit., pp. 47-72.