

Alberto Spinosa

**«Il cigno nero».
Diritti, potere e libertà di fronte al silenzio della legge.
Un dibattito teorico di primo novecento¹.**

“The black Swan”. Rights, power and freedom in the face of the silence of the law. A theoretical debate of the early Twentieth century

ABSTRACT: This paper focuses on the problem of “lacunae” in the law, from the perspective of Italian constitutional doctrine. What happens when the law is silent and when we are faced with a case not provided for by a legal disposition? During the Twentieth century, the issue of unregulated areas and their interpretation became the battlefield between different and opposing models of the liberal State.

KEYWORDS: Unregulated areas, Freedom, Sovereignty.

¹ Il testo riproduce fedelmente l'intervento tenuto in occasione del XI Congresso Brasileiro de História do Direito “*Estado, Direitos e Liberdades: em homenagem a António Manuel Hespanha*” (Curitiba, 11-14 novembre 2019). Della comunicazione orale abbiamo voluto mantenere andamento e struttura, da cui anche la scelta di non sovraccaricare il testo con un apparato eccessivo di note.

1. Cosa succede quando la legge *tace*; quando ci troviamo davanti ad un *vuoto* legislativo; quando, insomma, l'apparato normativo dello Stato presenta una *lacuna*? Calata nel contesto degli ordinamenti costituzionali contemporanei, la domanda perde gran parte del suo carattere problematico. In un ambiente improntato al più spiccato pluralismo giuridico, quale quello delle costituzioni democratiche del Novecento, è del tutto fisiologico, infatti, l'attivarsi di un costante, quotidiano, dialogo tra le diverse fonti del diritto che sdrammatizza l'eventuale *silenzio* della legislazione. È emblematica in questo senso la recente sentenza della Corte costituzionale italiana sul 'fine vita', in materia cioè di suicidio assistito. Di fronte all'assenza di una disciplina legislativa, di fronte all'inerzia ostinata del legislatore, la Corte si è pronunciata fissando essa stessa, alla luce della Costituzione, il criterio della non punibilità «di chi agevola l'esecuzione del proposito di suicidio (...) di un paziente tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetto da una patologia irreversibile»². Nessun *vuoto* giuridico, insomma, nessuna *lacuna* del diritto. *Ubi leges deficiunt* parlano pur sempre i principi costituzionali.

La questione si fa meno innocua, al contrario, nello scenario dello Stato di diritto otto-novecentesco. Grossi ce l'ha insegnato: insofferente ad ogni forma di pluralismo, lo Stato moderno nasce all'insegna di un programma implacabile di riduzione forzata della complessità; programma che sul piano delle fonti giuridiche si compie con l'identificazione codicistica tra Stato, diritto e legge³. Come scrive Luigi Borsari, uno dei più intelligenti commentatori del codice civile italiano del 1865, il codice «è *il diritto positivo*. *E la sua ultima espressione è questa: il diritto è la legge, perché fuori della legge non è diritto*»⁴. Ma se tutto è nella legge, che succede quando la legge manca? È in questa congiuntura che la domanda relativa a cosa *inizia* dove *finisce* la legislazione statale assurge a problema teorico di prima grandezza. Se la legislazione ha assorbito entro la sua sfera tutto l'universo giuridico, cosa si vede guardando attraverso una lacuna? Il vuoto, uno spazio cioè giuridicamente neutro e asettico, oppure il vivo operare del diritto extrastatuale? Si vede riemergere il pieno diritto di libertà del soggetto, finalmente svincolato dalle catene della legislazione, oppure il volto minaccioso (o benefico, a seconda dei gusti) della sovranità? Il potere creativo del giudice o il potere discrezionale dell'amministrazione? Insomma, come un vero e proprio "cigno nero",

² Corte costituzionale, sent. 242/2019.

³ Cfr. P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2001.

⁴ L. Borsari, *Commentario del codice civile italiano*, Torino 1871, p. 79.

L'evento non previsto che fa a pezzi ogni schema interpretativo consolidato, la lacuna mette il pensiero giuridico liberale di fronte ai propri presupposti ed ai propri limiti, obbligando il giurista a prendere posizione di fronte alla 'crisi' del mondo giuridico ottocentesco.

Nello spazio che mi è concesso vorrei provare a mettere a fuoco alcune di queste risposte, tratte dal dibattito giuridico italiano di primo Novecento, le quali corrispondono, nel passaggio tra i due secoli, ad altrettante declinazioni e trasformazioni dello Stato moderno.

2. Immaginare lo spazio non regolato dalla legge è dunque come guardare il negativo di una fotografia: significa indirettamente ripensare la funzione dello Stato, il ruolo della legge, i diritti del soggetto. La prospettiva dalla quale osserviamo il tema delle lacune è dunque – potremmo dire – costituzionalistica, ma è dalla riflessione civilistica che occorre partire. Il perché è evidente: per il mondo ottocentesco è il codice la vera 'costituzione' dello Stato liberale, la sede dei principi e dei valori fondativi della civiltà borghese. Ora, il codice, simbolo della completa legificazione dell'ordinamento giuridico, ha preteso *l'esclusività*, ma non ha spiegato come renderla possibile. Ciò è senz'altro vero per il *Code Napoléon* (che, com'è noto, si limitava a fissare il divieto di *non liquet*), ma anche quando (come nel caso italiano) il codice ha invocato il soccorso ultimo dei "principii generali di diritto" (art. 3 disp. prel.), ha lasciato però del tutto impregiudicata tanto la questione relativa alla loro provenienza, quanto quella relativa al loro contenuto. In fin dei conti, tutto il dibattito interno alle Scuole dell'esegesi europee avrebbe ruotato attorno al problema (insieme teorico e pratico) di come riuscire a conciliare l'aspirazione del codice all'*esclusività* con la sua insostenibile *completezza* materiale⁵.

Con uno dei più sorprendenti paradossi storici, ad offrire una soluzione duratura al dilemma ci avrebbe pensato proprio il principale avversario della codificazione moderna, Savigny. Inutile affaticarsi a disciplinare tutto. La vita reale sarà sempre un passo avanti e vanificherà costantemente ogni sforzo previsionale del legislatore. Esiste però una seconda possibilità. Il passo è noto e forse non occorre neppure leggerlo:

Tuttavia esiste una *completezza* d'altro genere, che si può illustrare con un termine geometrico. In ogni triangolo esistono certi dati dal cui rapporto derivano

⁵ Problema che originava, peraltro, dal contestuale abbandono dell'istituto settecentesco del *référé législatif*. Sul punto, Y.-L. Hufteu, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Paris 1965 e P. Alvazzi del Frate, *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Torino 2005.

contemporaneamente e necessariamente tutti gli altri: il triangolo è dato da essi, ad esempio da due lati e dall'angolo compreso. Analogamente ogni parte del nostro diritto contiene elementi dai quali derivano gli altri: possiamo chiamarli i principi fondamentali. Individuare tali principi, e partendo da essi cogliere l'intimo rapporto e la relazione che unisce tutti i concetti e i principi giuridici, è compito fra i più difficili della nostra scienza, anzi è proprio quello che dà carattere scientifico al nostro lavoro⁶.

Ecco offerta da Savigny la soluzione: è solo il *sistema* della scienza che può ovviare all'inevitabile incompletezza del codice. Senza il sistema qualunque forma di legislazione è sconfitta in partenza. Per tener testa al mutamento storico e all'infinita varietà del reale, il codice dovrà giocoforza smentire se stesso, ricorrendo ora alle fonti giuridiche che aveva inteso abrogare (consuetudine e giurisprudenza), ora all'intervento puntiforme e caotico della legge speciale. Certo, per Savigny questo era motivo sufficiente per abbandonare al suo destino la causa codicistica. Se in assenza del sistema il codice sarebbe stato dannoso, in sua presenza sarebbe stato inutile, quindi tanto valeva rinunciare all'impresa – ragionamento contro il quale avrebbe tuonato, invano, Hegel⁷. Tuttavia, il paradigma savigniano e poi pandettistico della indefinita (illimitata) capacità di espansione logica del sistema avrebbe trovato accoglienza anche in ambiente codicistico diventando, specialmente in Italia, la strategia prevalente di mediazione e neutralizzazione del conflitto sociale.

Di fronte alle trasformazioni economiche e sociali del mondo ottocentesco è dunque alla razionalità e autosufficienza giuridica del *sistema-codice* che da parte della dottrina italiana maggioritaria si guarda come strumento privilegiato di governo del mutamento⁸. Di fronte al caso nuovo e (apparentemente) non previsto non occorre attingere ad altre fonti giuridiche, né auspicare più di tanto l'intervento attivo del legislatore speciale. Il sistema del diritto comune codicistico *non ha lacune* o almeno è in grado di integrare logicamente le proprie mancanze, offrendo così alle nuove istanze sociali una soluzione fondata sulla razionalità oggettiva del diritto *dato*.

⁶ F. C. von Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, in A. F. J. Thibaut e F. C. Savigny, *La polemica sulla codificazione*, G. Marini (cur.), Napoli 1982, p. 17.

⁷ Cfr. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin, 1821, (trad. it) G. Marini (cur.) *Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto naturale e scienza dello Stato in compendio*, Roma-Bari 1987, § 216.

⁸ Cfr. G. Cazzetta, *Critiche sociali al Codice e crisi del modello ottocentesco di unità del diritto*, in P. Cappellini, B. Sordi (curr.), *Codici. Una riflessione di fine millennio. Atti dell'incontro di studio* (Firenze, 26-28 ottobre 2000), Milano 2002, pp. 309-48.

È trasparente la valenza costituzionale di simile strategia. Il tentativo è quello di imbrigliare e contenere la sfera della decisionalità politica entro limiti rigorosi; l'obiettivo insomma è quello di circoscrivere al massimo la possibilità di legislatori e giudici di farsi autonomi interpreti e mediatori degli interessi sociali in gioco. Il solo legittimo arbitro del conflitto è la scienza giuridica, la sola in grado di offrire una mediazione giuridica *oggettiva* – perché fondata sul sistema dei concetti e degli istituti del diritto comune civilistico – al conflitto tra gli interessi sociali contrapposti, sottraendo ossigeno alla discrezionalità (per sua natura instabile e ondivaga) di giudici e decisori politici.

Certo, non si può impedire del tutto al legislatore 'sovrano' di restare a guardare. In quanto custode del sistema, del principio di continuità dell'evoluzione giuridica sarà però sempre la scienza giuridica il soggetto titolato a fissare i criteri per mettere a sistema lo *ius novum*, oppure relegarlo nel contenitore concettuale del diritto singolare/eccezionale, rendendolo inoffensivo.

L'avvio del dibattito attorno al problema delle lacune avrebbe coinciso con il segnale dell'autunno di tale equilibrio costituzionale.

3. La cultura giuridica ottocentesca ha, dunque, in larga parte scommesso sulle capacità del sistema civilistico di bastare a se stesso attraverso l'opera di incremento logico delle sue potenzialità normative e la funzione di *gatekeeping* che esso è in grado di esercitare rispetto alla produzione legislativa sopravvenuta. Questo durevole 'patto di non belligeranza' tra scienza, giurisprudenza e legislazione si infrange però di colpo di fronte all'acuirsi della 'questione sociale' e all'incremento dell'intervento pubblico del nuovo Stato-providenza. La scoperta di una distanza crescente tra la realtà sociale e la sua rappresentazione codicistica spalanca nuovi spazi teorici e invita a ripensare da capo le regole del gioco.

Una prima strategia è quella giusliberista. L'immagine di un diritto positivo nel quale le lacune – come scrive Kantorowicz – «non sono meno delle parole»⁹, comincia a sorreggere una strategia di rivalutazione del momento giurisprudenziale che invita ad identificare nel giudice il soggetto più idoneo a compiere questa nuova improrogabile opera di cucitura tra diritto e vita. La strategia non trova in verità in Italia grande accoglienza. Anche se la proposta conteneva in sé il proprio limite, perché finiva per circoscrivere il potere 'creativo' del giudice ai soli casi di lacuna anziché ammetterlo come dimensione naturale di ogni attività ermeneutica – tesi che invece avrebbe sostenuto il neoidealismo italiano, e pensiamo a giuristi del calibro di

⁹ H.U. Kantorowicz, *La lotta per la scienza del diritto*, Milano 1908 (rist. Bologna 1988), p. 82.

Giuseppe Maggiore, Max Ascoli e soprattutto del brasiliano d'adozione Tullio Ascarelli – , la ricetta giusliberista è percepita più come un'audace provocazione, che una concreta realistica alternativa teorica. Non mancano tuttavia giuristi – pensiamo a Pietro Cogliolo – che denunciando il *silenzio* del codice civile rispetto alle nuove richieste di giustizia sociale (soprattutto in materia di lavoro) individuano proprio nella sentenza del giudice il luogo nel quale le nuove tendenze democratiche e sociali avrebbero potuto trovare cittadinanza, aggirando in tal modo la rigida impostazione individualistica e le tendenze conservatrici del sistema civilistico ottocentesco. Nessun articolo del codice, ad esempio – osserva Cogliolo – aveva fissato i termini del preavviso in caso di licenziamento. L'obbligo di disdetta fu al contrario un'autentica creazione giurisprudenziale avvenuta nel silenzio della legge. Insomma, come a confermare il vecchio proverbio, se la parola era d'argento, il silenzio si era rivelato d'oro:

Se uno raccogliesse tutte le sentenze che dal milleottocentosessantacinque ad oggi ed in quest'ultimo ventennio ancor più che prima, hanno risolto casi pratici con norme dettate non dalla parola della legge, ma dalla norma che scaturisce dal bisogno, formerebbe tante gloriose pagine che potrebbero davvero costituire il libro aureo della magistratura italiana¹⁰.

Non è però dalla riflessione civilistica e filosofico-giuridica, bensì da quella giuspubblicistica, che ad inizio Novecento giungono le novità teoriche più dirompenti. La posta in gioco è la costruzione del cd. *Stato amministrativo*, ovvero la conquista di una logica autenticamente pubblicistica di intervento dello Stato nel campo dei rapporti privati. Sono giuristi come Oreste Ranelletti e Santi Romano a porre la questione sul tavolo: occorre superare il paradigma savigniano/pandettistico della indefinita capacità di espansione logica del sistema civilistico, quella dottrina che invitava a riconoscere nel diritto civile la struttura portante della società liberale. Occorre abbandonare l'idea che al naturale primato del diritto comune civilistico corrispondesse il carattere meramente 'eccezionale' del diritto amministrativo. Un modello teorico che poteva funzionare fintantoché l'intervento pubblico nel diritto privato era rimasto sporadico, ma che non era più sostenibile di fronte all'esplosione dei compiti amministrativi dello Stato di fine Ottocento. È in gioco dunque la ricerca dell'autonomia del diritto amministrativo e più in generale la funzione ed il ruolo dello Stato rispetto alla società. E di nuovo, è attorno al problema della rappresentazione dello spazio non regolato che si gioca una delle partite teoriche più importanti.

¹⁰ Cfr. P. Cogliolo, *La tendenza democratica nella scienza e nella pratica del diritto civile* (1910), in Id., *Scritti vari di diritto privato*, Torino 1913, I, p. 474.

Per Ranelletti il punto di partenza non può essere che lo Stato. La dottrina tradizionale era viziata da un errore individualistico che andava emendato. Essa muoveva dall'idea che venisse prima il diritto del soggetto e soltanto in un secondo momento il potere dello Stato, ma le cose stavano all'esatto opposto. È lo Stato il *prius* rispetto al quale la libertà dell'individuo è solo il *posterius*. Non esiste alcuna anteriorità metafisica dell'individuo rispetto allo Stato, anzi è lo Stato la soggettività originaria rispetto alla quale il diritto di libertà individuale si configura come mera creazione della legge, come l'effetto di una specifica determinazione legislativa. In assenza della legge, pertanto, non si doveva presumere il diritto di libertà del soggetto, l'autonomia individuale custodita e protetta dal primato del diritto comune civilistico, ma la sovranità, il potere dello Stato, la potestà dell'amministrazione di intervenire *praeter legem* per il perseguimento dei propri fini e dei propri interessi¹¹.

È proprio contro questo pericolo che richiamandosi ai valori del costituzionalismo liberale per Donati occorre affermare il principio della *necessaria completezza* di ogni ordinamento giuridico. Invero, l'idea donatiana di completezza combatte contemporaneamente contro tre nemici teorici: a) la tradizione civilistica ed il suo principio di espansione logica del sistema; b) l'eresia giusliberista e la sua apertura rispetto al potere creativo della giurisprudenza ed infine c) i teorici dello Stato amministrativo ed il primato che essi assegnavano al potere discrezionale dell'amministrazione. Dove la legge si arresta non può sorgere per Donati il vuoto giuridico, uno spazio liberamente occupabile dal potere creativo del giudice o dal potere discrezionale dell'amministrazione, bensì l'originaria libertà del soggetto, ossia il diritto dell'individuo di non sopportare limiti ulteriori alla propria sfera di libertà individuale rispetto a quelli che non siano già espressamente previsti dalla legge. Questa per Donati è la *Grundnorm* dello Stato di diritto ottonecentesco:

noi affermiamo che dal complesso delle disposizioni particolari, le quali, 'prevedendo' determinati casi, stabiliscono per essi l'esistenza di date obbligazioni, cioè di date limitazioni, deriva una norma generale di questo contenuto: *in tutti gli altri casi non vi dovrà essere alcuna limitazione*¹².

È dunque una sorta di ritorno allo spirito del 1789 ciò che Donati auspica per uscire dalla crisi di fine secolo. Un ritorno a quel principio di libertà che dalla *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* (art. 5) si era imposto come

¹¹ Cfr. O. Ranelletti, *Concetto e contenuto giuridico della libertà civile* (1889), in Id., *Scritti giuridici scelti*, Napoli 1992, vol. I, pp. 189, ss. e Id., *Principii di diritto amministrativo, I, Introduzione e nozioni fondamentali*, Napoli 1912.

¹² Cfr. D. Donati, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Modena 1909, p. 35.

L'architettura portante dell'esperienza dello Stato di diritto, il principio in base al quale «tutto ciò che non è vietato dalla legge non può essere impedito, e nessuno può essere costretto a fare ciò che essa non ordina». Ammettere l'esistenza di casi non disciplinati dall'ordinamento ed invocare il potere creativo del giudice avrebbe significato fare a pezzi il principio di separazione dei poteri; allo stesso modo, ammettere l'esistenza di zone giuridicamente vuote e il potere dell'amministrazione di riempirle a sua discrezione avrebbe significato lasciare il soggetto in una posizione di incertezza e debolezza rispetto al potere pubblico. Si resta dentro la cornice dello Stato di diritto solo se, al contrario, si postula l'esistenza di una «norma generale esclusiva» quale chiave di volta dell'ordinamento la quale riaffermi, al di là della legge, il principio di libertà individuale come norma fondamentale.

Le conseguenze teoriche della impostazione donatiana non sono irrilevanti: se infatti la libertà è la *norma*, allora la norma, ogni norma è l'*eccezione*. Non solo dunque il diritto pubblico/amministrativo, ma anche il diritto privato è – in questa prospettiva, in quanto *limite* alla libertà naturale del soggetto – diritto eccezionale. Rispetto al diritto originario di libertà tutto il diritto positivo è diritto eccezionale. Per questo non è ammissibile per Donati il principio della logica e analogica espansione del sistema ai casi non previsti. Ad ogni espansione del sistema, infatti, corrisponde, dal punto di vista del soggetto, una limitazione della sua libertà. Da qui l'inammissibilità in via generale dell'interpretazione analogica laddove la legge espressamente non la contempla. In quanto *deroga* al principio di libertà, persino lo strumento principe dell'ermeneutica giuridica – l'analogia – diviene un nemico potenziale da confinare nella sfera dell'eccezione.

In questo quadro, si deve a Santi Romano la risposta culturalmente più attrezzata al tentativo di Donati di tornare al liberalismo delle origini e di negare, in un certo senso, le trasformazioni dello Stato moderno intervenute a cavallo dei due secoli. Immaginare lo spazio non regolato dalla legge significa partire per Romano dall'idea di *limite*: non c'è istituzione, per quanto larga e comprensiva, che senta il bisogno di considerare rilevanti tutti i rapporti sociali. Limitazione equivale ad indifferenza. Ogni ordinamento è limitato perché si occupa solo di ciò che ritiene interessante ai propri fini, tutto il resto cadendo nell'irrilevanza. Certo, in quanto titolare del potere sovrano, lo Stato, astrattamente parlando, potrebbe considerare rilevante ai propri fini ogni aspetto della vita sociale, perfino la sfera interiore del soggetto. Ciò che qualifica l'esperienza dello *Stato giuridico* (al quale Romano dichiara assoluta fedeltà) è tuttavia il fatto storico della rinuncia ad esercitare fino in fondo questo potere. Non c'è diritto senza limite. Benché a fini potenzialmente illimitati,

il diritto di ciascun Stato è sempre limitato anche per quanto riguarda la sua materia. Il che vuol dire che ci sono materie, che non rientrano nel suo dominio, perché lo Stato se ne disinteressa¹³.

Nelle zone non raggiunte dalla legge è dunque inammissibile vedere un vero e proprio diritto di libertà, giuridicamente protetto (come sostiene Donati). Ad ordinamento limitato corrisponde una sfera giuridicamente irrilevante la quale può essere sede non già di libertà giuridiche, bensì soltanto di libertà di fatto. Il che – si badi – per Santi Romano vale in entrambi i sensi: non si può parlare di libertà del soggetto rispetto allo Stato, né tantomeno, dello Stato rispetto all'individuo. Tra il primo ed il secondo non è possibile infatti alcuna simmetria: «Rispetto ai sottoposti non si è soltanto liberi – scrive Romano –, ma (...) si è padroni»¹⁴.

Certo, dire irrilevanza non significa ammettere il vuoto giuridico assoluto (come sosteneva Bergbohm¹⁵). Stante il principio di pluralità degli ordinamenti giuridici, insomma, ciò che è irrilevante per lo Stato non è detto che lo sia anche per altri ordinamenti. Dal punto di vista dello Stato le cose però non cambiano: esso potrà sempre legittimamente intervenire in tale sfera, non solo ovviamente attraverso il canale legislativo, ma anche e più spesso attraverso la sua diretta azione amministrativa, perché tale azione non incontra davanti a sé alcuna libertà giuridica del soggetto, ma solo il territorio indefinito del giuridicamente irrilevante.

Tra la sfera del diritto costituzionale (il regno della sovranità e delle libertà) e quella del diritto privato (mondo degli interessi patrimoniali), è dunque nuovamente il diritto amministrativo, l'attività sociale dello Stato, che per Santi Romano viene ad imporsi come autonomo spazio di organizzazione degli interessi. È l'amministrazione che potrà salvare lo Stato dalla sua crisi. Oltre i limiti intrinseci della legislazione statale, è l'amministrazione ad essere chiamata ad interpretare e attuare l'interesse generale, ad offrire – al di là di ogni regolazione e mediazione legislativa – il nuovo e più idoneo terreno di composizione del conflitto sociale.

4. Nella loro diversità, le risposte offerte dalla cultura giuridica ottonevicesca alla crisi della legalità moderna poggiavano su presupposti impliciti comuni: la separazione concettuale tra Stato e società; la

¹³ S. Romano, *L'ordinamento giuridico* (1918), Macerata 2018, p. 170.

¹⁴ Ivi, p. 172.

¹⁵ Cfr. C. Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. Kritische Abhandlungen*, Lipsia 1892.

contrapposizione tra diritto e politica. Si può stare dalla parte dello Stato per affermare il suo primato e il suo potere di governo sulla sfera degli interessi economici privati, oppure parteggiare per la società e lavorare per preservare spazi di autonomia privata rispetto alle logiche pubblicistiche dell'azione amministrativa. Ma il problema rimane lo stesso: come far convivere due grandezze tra di loro incommensurabili e separate.

Ebbene, l'avvento del fascismo avrebbe fatto saltare questo orizzonte condiviso obbligando a ridefinire gli spazi di convivenza tra dimensioni (Stato, società, diritto, politica, pubblico, privato) sempre più intrecciate e mescolate tra loro. Nell'economia del presente intervento non posso che limitarmi a sfiorare appena l'argomento. Per un verso, abbiamo un pezzo di società - il partito - che si fa (o tende a farsi) Stato, occupando 'militarmente' ogni spazio della sfera pubblica; per altro verso abbiamo uno Stato che alla luce di un'ideologia politica totalitaria pretende di raggiungere ogni recesso del sociale, replicando se stesso fino dentro il fòro interno del soggetto.

In questo quadro non è più possibile pensare ad uno spazio 'immune' dalla regolazione. Non può esistere quella che i tedeschi chiamavano una *staatsfreie Sphäre*, spazi che sfuggono al diritto positivo statale perché ad esso indifferenti. Né è più sostenibile la tesi secondo la quale oltre i vincoli legislativi inizi il regno della libertà individuale. L'ordinamento giuridico è privo di lacune perché a riempire ogni spazio ci pensa adesso l'ideologia fascista. Venuto meno il confine tra diritto e politica, sono i principî direttivi del fascismo ad imporsi come criterio supremo di unità e di completezza dell'ordinamento giuridico, come principio orientativo fondamentale per l'operato di giudici e amministratori, ben oltre i limiti segnati dal tradizionale principio ottocentesco di legalità¹⁶.

Come ammettere allora le novità del paesaggio novecentesco evitando che la trasformazione in corso si traduca definitivamente nella vittoria dell'ipotesi totalitaria, nel primato assoluto dell'ideologia di partito? È in questa stretta teorica che si collocava come sappiamo la riflessione di Costantino Mortati, con la quale si conclude idealmente il nostro percorso.

Al problema di dove rintracciare il «criterio supremo»¹⁷ in base al quale poter ricondurre ad unità una dinamica sociale ormai largamente eccedente il

¹⁶ Cfr. ad esempio il corposo dibattito attorno alla definizione dei principi generali dell'ordinamento fascista, *Atti del Convegno Nazionale Universitario su i principî generali dell'ordinamento fascista tenuto in Pisa nei giorni 18 e 19 maggio 1940*, Pisa 1940 e *Studi sui principî generali dell'ordinamento giuridico fascista*, a cura della Facoltà di Giurisprudenza e della Scuola di perfezionamento delle discipline corporative, Pisa 1943.

¹⁷ Cfr. C. Mortati, *La costituzione in senso materiale* (1940), ristampa inalterata con una premessa di Gustavo Zagrebelsky, Milano 1998, p. 9.

campo della legislazione positiva e non più addomesticabile attraverso la *factio* della sovranità nazionale, la risposta di Mortati è netta: l'ordine è il frutto di una lotta costante per la «differenziazione», è l'esito di una battaglia tra le forze organizzate per l'affermazione di un indirizzo politico fondamentale. Questa è la 'costituzione materiale' su cui Stato e diritto positivo trovano (da sempre, potremmo dire) il loro principio di unità. Tutta la vicenda dello Stato moderno può essere reinterpretrata alla luce di una successione tra fini politici supremi che di volta in volta si sono passati il testimone e che di volta in volta hanno fornito i criteri fondamentali per integrare, svolgere e completare – di fronte al 'cigno nero' del caso non previsto – il complesso normativo statale.

Oltre i limiti e al di sotto della legislazione positiva non c'è dunque né la libertà del soggetto, né la sovranità assoluta dello Stato, né l'ideologia politica del partito, ma la "costituzione materiale" intesa come norma fondamentale di carattere prescrittivo, come *indirizzo*, come vettore in grado di orientare dal basso verso l'alto tutti i poteri pubblici e privati, spingendoli al compito supremo dell'attuazione della costituzione (in modo non dissimile a quanto avviene nel campo del diritto canonico, laddove il fine supremo della *salus aeterna animarum* si pone come principio di unità e coerenza del sistema in grado di ovviare agli inevitabili silenzi della legislazione canonica). Certo, Mortati scrive in anni nei quali l'indirizzo giuridico fondamentale rischia di coincidere, di fatto, con la dottrina politica del regime. La fine della stagione totalitaria e l'approdo alla democrazia costituzionale avrebbero tuttavia reso giustizia ad un lavoro di ricerca che superava la contingenza del fascismo collocandosi – come ha scritto limpidamente Fioravanti – sul piano più profondo delle trasformazioni dello Stato moderno.

Con la riflessione di Mortati siamo giunti in un certo senso al punto di partenza, riuscendo ad intravedere sullo sfondo il profilo dell'odierno Stato costituzionale. Il problema delle lacune poteva dunque finalmente uscire dal campo visivo del giurista positivo e diventare a tutti gli effetti oggetto di riflessione storiografica.