



## PRENDERE SUL SERIO IL DIRITTO SOVIETICO<sup>1</sup>

di Philippe de Lara\*

A Olivier Jouanjan

SOMMARIO : [Prologo](#) – [Introduzione](#) - [I Regolare o punire: il dilemma del diritto totalitario](#) - [II Sotto gli occhi dell'Occidente: un nuovo tipo di diritto?](#) - [Conclusione: Il mistero sovietico](#)

Traduzione a cura di Gabriele Conti

### *Prologo*

Peteris Stucka (1865-1932), allora presidente del Tribunale supremo dell'URSS – dopo aver ricoperto la carica di primo Ministro della Giustizia della Rivoluzione d'Ottobre (1917 – 1918) e d'essere divenuto in seguito l'effimero e sanguinario dittatore della Lettonia dal gennaio al maggio del 1919<sup>2</sup>— scrisse, nel 1927, nell'*Enciclopedia sovietica*: “*Il comunismo non è la vittoria del diritto socialista, ma la vittoria del socialismo sul diritto tout court poiché il diritto sparirà con l'eliminazione delle classi antagoniste*”.

<sup>1</sup> Saggio presentato al seminario “*Modernité et totalitarisme*” (Institut Michel Villey, maggio 2012) e inedito in francese. L'autore ringrazia sinceramente Nomos per la sua ospitalità e il traduttore per la sua cura.

\* *Maître de conférences* in scienze politiche all'Université Paris II Panthéon-Assas. Insegna filosofia politica, teoria politica e filosofia del diritto.

<sup>2</sup> La Lettonia è occupata dalla Germania nel 1917. Il territorio è conquistato dai bolscevichi nel dicembre del 1918; questi ultimi instaurano una repubblica sovietica presieduta da Stucka il quale cade nella primavera seguente sotto i colpi dei Corpi Franchi tedeschi, prima che la Lettonia divenga indipendente nel 1920.

Il 1927 segna l'apogeo e l'inizio della fine della NEP (reintroduzione, nel 1921, dell'economia di mercato "*in misura limitata e per un tempo limitato*", Lenin): introdotta nel 1921 e abbandonata ufficialmente nel 1930, la NEP fu sospesa nel 1926, con la proclamazione "*dell'intensificazione della lotta delle classi*" la quale preludeva l'eliminazione di queste ultime, cioè la sparizione degli imprenditori e degli agricoltori indipendenti in "*quanto classi*". Sette anni più tardi, nel 1934, dopo la "grande svolta" del 1929 (collettivizzazione delle terre, industrializzazione ad oltranza, pianificazione, inizio del culto di Stalin), svolta che è spesso indicata come *seconda rivoluzione* o *rivoluzione staliniana*, Stucka e il suo collega – il teorico del diritto Pasukanis – diedero ancora il *la* alla concezione bolscevica del diritto: "il piano, scrive Pasukanis, è il diritto dello Stato sovietico (...) la transizione dallo scambio di tipo mercantile alla pianificazione integrale trasforma gli agenti economici. *Non si tratta più di soggetti di diritto, distinti dagli altri soggetti e legati tra di loro da relazioni contrattuali*, ma di un nuovo tipo di attori economici *che non sono altro che un ingranaggio della macchina dello Stato*"; "il concetto dell'individuo come soggetto di diritto (...) viene rimpiazzato dall'impresa di Stato e da altre organizzazioni pubbliche che divengono così i principali soggetti del diritto".<sup>3</sup>

Ma nel 1936 il cambiamento di rotta si fa esplicito: via il deperimento del diritto a favore del "diritto socialista". Stalin annuncia che "noi abbiamo bisogno, più che mai, di stabilità giuridica"<sup>4</sup>. Vychinski, il procuratore generale dell'URSS, che nel 1935 affermava ancora che "il diritto formale è subordinato alla legge della rivoluzione", denuncia ormai il "nichilismo giuridico" di Pasukanis, "la teoria deviazionista del traditore Pasukanis i cui vapori putridi permettono ai nostri nemici di inquinare la fonte pura del pensiero scientifico autentico" [vale a dire il marxismo-leninismo]; "Il nostro diritto è l'incarnazione nelle leggi della volontà del popolo". Infatti, "è lo sviluppo della società capitalista [e non il socialismo, come affermava Pasukanis] che va verso il declino del diritto e della legalità" per giungere poi, con l'imperialismo e il fascismo, "alla distruzione definitiva dello stato di diritto". "Con il socialismo, al contrario, il diritto raggiunge il suo più alto grado di sviluppo". "Stucka e i suoi amici hanno liquidato il diritto come categoria sociale specifica, essi hanno annegato il diritto nell'economia, e l'hanno privato del suo ruolo attivo e creativo". Il diritto è certamente "una categoria politica" (questa è, d'altro canto, l'ortodossia leninista: *il diritto è la politica*), "ma è tuttavia impossibile ridurre il diritto alla politica".

<sup>3</sup> In *Selected Writings on Marxism and Law*, P. Beirne et R. Sharler eds, Londra e New York, 1980, p. 308. Corsivo aggiunto.

<sup>4</sup> Rapporto presentato all'VIII Congresso — Congresso Straordinario — dei Soviet dell'U.R.S.S. il 25 Novembre 1936, ripreso in *Questions du léninisme*, 1939.

Stucka ebbe la “fortuna” di morire nel 1932, mentre tutti gli altri rappresentanti della scuola di Pasukanis soccomberono a questa nuova dialettica e furono liquidati a margine di grandi processi (1936 – 1938), malgrado i loro sforzi per aderire al nuovo corso dopo il 1928.<sup>5</sup>

Conoscendo il carattere di Vychinski e tenendo conto del fatto che gli anni 1934 – 1938 furono l’apice del terrore staliniano, si potrebbe pensare che questo appello alla stabilità giuridica e al regno del diritto socialista non sia stato altro che un’illusione buona a mascherare l’arbitrio e la violenza del regime. Io credo, al contrario, che il conflitto tra dissoluzione del diritto e legalità socialista abbia un senso giuridico autentico. La liquidazione di Pasukanis, con la quale è seguita la “restaurazione del diritto” da parte di Stalin e Vychinski non è che il momento drammatico di un dilemma che attraversa tutta la storia sovietica.

### **Introduzione**

Da cosa deriva il titolo dato a questo saggio, “*Prendere sul serio il diritto sovietico*”?

Il diritto totalitario può considerarsi diritto? Appare semplicistico considerare il diritto sovietico come diritto cosmetico, le sue regole non vere regole, le sue giurisdizioni non giurisdizioni ma appendici del Partito. “Diritto sovietico” è, secondo la felice formula di Philippe Raynaud, un ossimoro. Ma è, se posso osare, un ossimoro “realmente esistente”. Ciò che rende questo diritto “totalitario”, è il dilemma che oppone responsabilità individuale e controllo centrale.

Io parlerei piuttosto di una *totalitarizzazione* del diritto, che non consiste né nella sua dissoluzione né nella sua strumentalizzazione, ma piuttosto nella creazione di un nuovo tipo di diritto: *un diritto contro il diritto*. Il potere esclusivo e discrezionale del Partito non rende il diritto una cassa vuota, un’illusione. C’è un diritto totalitario, ed in particolare un diritto civile, che è un ingranaggio o piuttosto un elemento attivo del sistema, un’istituzione dell’ideologia in azione<sup>6</sup>. La questione della dissoluzione del diritto sta nel fatto che il diritto, in quanto norma di una società frazionata, deve essere rimpiazzato da norme tecniche, valide invece in una società unificata, dove ci sarà soltanto il bisogno di organizzare la cooperazione tra le varie parti, una società libera dal peso di interessi contrastanti. Questa non è l’utopia di Ottobre o il paravento del dispotismo di Stalin

<sup>5</sup> Pasukanis, arrestato nel Gennaio del 1937 è detenuto per sei mesi poi giustiziato, forse senza processo, malgrado forti autocritiche.

<sup>6</sup> Prendo in prestito questa espressione da Johann Chapoutot, *Le nazisme, une idéologie en action, La documentation photographique n°8085, 2012.*

ma il dilemma costitutivo dell'ideocrazia bolscevica. Né finzione, né pura tecnica: il diritto è effettivo ma corrotto, devalorizzato (“formale”) ma indispensabile alla disciplina sociale. E' un dilemma di lunga data, poiché si perpetua, come vedremo, sotto varie forme, dalla presa del potere fino alla caduta finale del regime sovietico.

Nel caso dei contratti di fornitura, che considererei rappresentativi del funzionamento di insieme dell'ordine “giuridico” sovietico, diritto e pianificazione si trovano agli estremi di una oscillazione perpetua e fatale. Il dilemma è inesorabile poiché la disciplina dei contratti è in permanente conflitto con la disciplina della pianificazione che dovrebbe teoricamente rinforzare.

Il dilemma che oppone diritto e comando politico-amministrativo autoritario attraversa in effetti tutte le tappe della traiettoria sovietica, dal momento della brutale utopia della "dissoluzione del diritto" fino alla modernizzazione tecnocratica degli anni di Kossyguin per arrivare alla Perestrojka, passando poi per il periodo che possiamo chiamare della *normalizzazione terrorista* (la pianificazione e il terrore, 1928 – 1938). Il diritto privato è il luogo del dilemma dei regimi ideocratici (i regimi governati da un'ideologia), il luogo dove l'ideologia – la “logica dell'idea” come direbbe Hannah Arendt – incontra la logica degli uomini e delle cose.

Si può dare una formulazione storica e una formulazione metafisica del dilemma del diritto sovietico.

Formulazione storica: la rivoluzione contro il diritto ha bisogno di essere una rivoluzione mediante il diritto.

Formulazione metafisica: quanti agenti economici ci sono in URSS? O, se mi è concesso, quante divisioni ha l'economia sovietica? Una, qualcuna, molte? La risposta totalitaria, quella formulata da Pasukanis, è che esiste un solo agente economico, un solo soggetto di diritto: gli attori economici non sono che le parti (gli “ingranaggi”) di questo agente economico unico. Ma la pluralità è irriducibile e la funzione del diritto totalitario è di ricondurre la pluralità all'unità senza negarla, in modo da poterla controllare. Solo il *diritto* permette di irregimentare la pluralità sociale (che presuppone che si abbiano *dei* soggetti e non un Soggetto unico), cosa che un'ideocrazia è incapace di fare.

Sosterrò in due fasi la mia tesi. Il diritto comparato dell'URSS in Francia e negli Stati Uniti tra il 1945 e il 1975 sarà la fonte principale nella prima parte e il mio argomento nella seconda. La prima parte comincerà con una breve storia del diritto sovietico, poi esaminerò più approfonditamente uno strumento giuridico particolare, i contratti di fornitura tra imprese: materia

minuscola ma situata, lo vedremo, in un punto nevralgico del sistema. Nella seconda parte evocherò una delle figure più interessanti del diritto comparato dell'URSS, Harold Berman (allargherò poi questa analisi anche ad altri autori più avanti, in un altro lavoro, in particolare John Hazard, George Guins, Michel Fridieff, René David).

Presenterò, in conclusione, alcune delle conseguenze del modello di diritto totalitario per dare una nuova interpretazione dell'esperienza sovietica nel suo insieme.<sup>7</sup>

## ***I - Regolare o punire: il dilemma del diritto totalitario***

### ***Breve storia del diritto sovietico***

Ritorniamo a monte sulla questione della “restaurazione del diritto”, evocata nel prologo, per percorrere rapidamente le grandi tappe della storia del diritto sovietico.

La dottrina costante di Lenin, prima e dopo il 1917, è la dissoluzione o “deperimento” del diritto e dello Stato che devono seguire la rivoluzione. Se la dissoluzione dello Stato viene messa presto da parte per far posto al rafforzamento della Čeka, rimane solo la dissoluzione del diritto. La parola d'ordine: “il diritto è la politica” significa la sostituzione del primo con la seconda, ovvero, l'eliminazione del diritto (chiamato in ambito sovietico quasi sempre “diritto borghese”). È così ne *Lo Stato e la rivoluzione* (1917) ma anche dopo la presa del potere. Ad esempio, nella sua corrispondenza con il ministro della Giustizia Krusky nel 1922, Lenin persegue la sua rivoluzione contro il diritto: “non bisogna lasciar sfuggire la minima occasione di estendere l'intervento dello Stato nelle relazioni civili” intendendo con questo che bisogna irregimentare le relazioni di diritto privato. La NEP comporta la stesura di un nuovo Codice civile (promulgato poi nel 1922) che sia il meno “individualista” possibile. Goikhbarg, che dirige la commissione incaricata di elaborare il Codice, pensa prima che la sua missione sia quella di rispondere ai bisogni funzionali e di sicurezza giuridica degli agenti economici sovietici e dei loro partner economici stranieri nel quadro della NEP. Ma dovrà correggere il tiro: egli ebbe il torto di credere che ogni persona fisica avesse anche una capacità giuridica “dalla nascita alla morte” e che “i contratti dovevano essere rigorosamente interpretati seguendo l'intenzione delle parti e tenendo conto della volontà autentica delle parti”. Da docile giurista qual era, Goikhbarg sopprime gli articoli “borghesi” e aggiunge di propria iniziativa

---

<sup>7</sup> Bisognerebbe trattare altri campi del diritto civile seguendo lo stesso metodo: matrimonio, divorzio, successioni, organizzazione giudiziaria, responsabilità civile, personalità morale.

il famoso articolo 1, l'emblema del diritto sovietico: “I diritti civili sono protetti dalla legge, ad eccezione dei casi in cui il loro esercizio è in contraddizione con i rispettivi obiettivi socio-economici”. Le capacità giuridiche sono dunque sempre “condizionate”.

Sotto la NEP e *a fortiori* nella tappa successiva, i bolscevichi sono convinti che “la voce della coscienza rivoluzionaria” deve primeggiare sugli “articoli della legge” e che il potere può *organizzarsi* di conseguenza al di fuori del diritto. C'è in Lenin come in Pasukanis una sorta di saint-simonismo folle, ma alimentato dalle migliori fonti della teoria della gestione industriale e dell'organizzazione del lavoro, le quali spingono i due a credere che il miglior vettore della rivoluzione è l'amministrazione delle cose, sul modello dell'organizzazione tayloriana del lavoro, che il potere non è che l'organizzatore di una società cooperativa (salvo la repressione dei nemici) e non ha dunque bisogno di diritto, strumento borghese di regolazione della condotta degli individui in conflitto o in competizione tra di loro.

Allo stesso tempo, la NEP è l'età dell'oro del diritto borghese, soprattutto tra il 1923 e il 1926: il Tribunale supremo difende, quando ce n'è bisogno, l'integrità dei contratti contro l'applicazione intempestiva dell'articolo 1 del Codice civile da parte delle giurisdizioni di base.

Ma dal 1927 si opera una “rivoluzione giuridica” che è in sostanza l'annuncio e la preparazione della svolta staliniana del 1929. Il Tribunale supremo pone la “dialettica della vita” al di sopra della legge: “Il nostro Tribunale non può essere subordinato al diritto”, “le decisioni del partito obbligano i giudici a seguire la dialettica e ad applicare esattamente quelle norme che rispondono ai bisogni del momento presente” che lascia oltrepassare il diritto “se trascina dietro il tempo rapido della vita”.<sup>8</sup>

L'idea di una pianificazione centralizzata, che coordini l'attività delle imprese attraverso ordini impartiti sulla base di un piano generale viene introdotta nel giugno del 1927, e presuppone così una nuova concezione delle obbligazioni tra le imprese, concezione in virtù della quale “gli interessi dell'economia non sono serviti per l'interpretazione dei contratti secondo l'intenzione delle parti” – questa revisione della “dottrina” del Tribunale supremo interviene a proposito di una causa su una fornitura di acciaio non conforme alle clausole contrattuali: la corte riconosce il fondamento della richiesta ma rifiuta di soddisfarla, motivando che una sentenza del genere avrebbe comportato un costo eccessivo per il fornitore e per le Ferrovie di Stato. Un'opera pubblicata nel 1927

<sup>8</sup> Il discorso della “vita” e del “movimento” non è centrale nel bolscevismo come nel nazismo e nel fascismo ma la similitudine delle formule è dirompente.

(Askenazi e Martinov) spiega che i contratti sono dei documenti tecnici e non degli atti giuridici autonomi<sup>9</sup>.

Dopo la svolta del 1929, Pasukanis abbandona (volutamente?) l'utopia saint-simonista di una società cooperativa, organizzata senza regole giuridiche dalla sola virtù della competenza gestionale, ma continua a dire che il diritto sarà eliminato, poiché la pianificazione, sebbene “comando unico e centralizzato” e non più la competenza diffusa, si sostituirà a questo. E' l'epoca in cui gli studenti di diritto si scagliano contro la loro facoltà, divenuta ormai inutile. I primi due piani (1928-1937) sono, come si sa, un periodo di sfrenata radicalizzazione. L'economista Strumiline, uno dei leader della sinistra di Gosplan (opposta ai Boukhariniani) avrebbe dichiarato (in un articolo pubblicato nel 1928, ma la data è incerta) che la rivoluzione “ha abolito le leggi economiche (...) Il nostro compito non è quello di studiare l'economia ma di cambiarla. Noi non siamo legati ad alcuna legge. Non c'è una fortezza che i Bolscevichi non possano espugnare”. L'ultima formula viene resa immortale da Stalin in un discorso del febbraio 1931. Il torrente della rivoluzione trascina con sé le “leggi” in tutti i sensi della parola: senso giuridico e senso economico.

Pasukanis è ancora per un po' di tempo il portavoce dell'ortodossia leninista della dissoluzione del diritto. Ma Stalin comprende molto presto che l'abolizione della proprietà privata e dell'economia non possono consistere in una forma di amministrazione delle cose, anche se perpetrata con la violenza, e che essa ha bisogno dell'individualità “legale formale” degli agenti economici, proprio al fine di mantenere il controllo su di essi. Dal 1930, Stalin teme di perdere il controllo del suo regime brutale. Egli pubblicò così nella *Pravda* il famoso articolo che denunciava la “vertigine del successo” e rivalutava il diritto dei contratti come strumento di controllo e di disciplina. La restaurazione del diritto torna così in primo piano. “La disciplina dei contratti serve a riempire gli obiettivi di un piano” spiegherà con brutale franchezza l'indispensabile Vychinski: “lontano dall'essere eliminato [come avrebbe voluto Pasukanis] il ruolo del diritto sovietico e della legislazione sovietica si è considerabilmente accresciuto”. Nel 1937, nel bel mezzo del Grande terrore, Vychinski pubblica un decreto con il quale venivano riformate le “commissioni di arbitrato”, una sorta di tribunali amministrativi di commercio paralleli ai tribunali ordinari che regolavano i contenziosi tra le imprese. Il decreto subordinava il lavoro di queste commissioni, prima discrezionali, al Codice civile, e condannava la loro propensione eccessiva a opporre l'opportunità economica alla legalità e ai contratti.

<sup>9</sup> Citato in M. Armstrong, JR, *The Soviet Law of Property*, Nijhoff, La Haye, 1983, una pubblicazione della serie “ Law in Eastern Europe ” diretta da F.J.M. Feldbrugge, che è la principale fonte in inglese del diritto sovietico.

Questo decreto preannuncia la grande riforma della giustizia e del diritto del 1938, la quale consacra la restaurazione del diritto ed in particolare del diritto dei contratti e con la quale si intende da un lato rafforzare la “cultura giuridica” dei tribunali e, dall'altro sviluppare l'insegnamento del diritto. Allo stesso tempo, il formalismo del NKVD, il rispetto puntiglioso della procedura, il feticismo del processo-verbale, non sono solo la parodia amara di una procedura giudiziaria che contribuisce ad annientare i detenuti e a edificare le masse, ciò che è sicuramente il mezzo per controllare l'esecuzione della politica repressiva.<sup>10</sup>

Dal 1931, sulla linea della “vertigine del successo”, una direttiva del Comitato centrale domanda alle organizzazioni del partito di “controllare strettamente l'esecuzione dei contratti [tra le imprese di Stato] al fine di garantire la responsabilità finanziaria delle parti”. Una “lettera di istruzione” del Tribunale supremo (una particolarità dell'ordine giudiziario sovietico) ingiunge i giudici a “considerare che in tutti i casi, anche quelli civili, l'inesecuzione delle obbligazioni contrattuali da parte del rappresentante di un organo economico pone la questione non solo dei danni civili ma anche della responsabilità della persona in errore”.

Un giurista citato da Berman (si tratta probabilmente di Vychinski) scrive nel 1938: “La caratteristica essenziale di un contratto è l'accordo delle parti, la coincidenza delle loro volontà (...) Le tesi dei sabotatori [Pasukanis e la sua scuola] erano dunque destinate a mostrare l'assenza della volontà delle parti e dei loro accordi nei contratti nel diritto sovietico ed in particolare nei contratti pianificati tra le organizzazioni economiche. Il Piano e il diritto erano opposti l'uno all'altro come due cose inconciliabili. Queste tendenze distruttive insegnavano a disprezzare i contratti (...) esse hanno causato dei danni enormi alla nostra economia nazionale”. (citato da Berman, 1963, p. 140 – 141).

Amfiteatrov, uno dei futuri denunciatori di Pasukanis, spiega nel 1934 che “la legge esige dai contraenti il massimo della chiarezza e della precisione poiché il contratto è l'attualizzazione del Piano, il suo modo di concretarsi”. Non c'è forza che i Bolscevichi non possano espugnare, quindi lo stesso Amfiteatrov aggiunge che non saprebbe dare una definizione giuridica valida dell'impossibilità di esecuzione del piano (forza maggiore, ecc.) poiché ciò significherebbe “negare il ruolo attivo e creativo della dittatura del proletariato”. In altri termini, il diritto è sia lo strumento

<sup>10</sup> Iouri Dombrovski lo mostra benissimo in *La faculté de l'inutile* (Paris, Albin Michel, 1978) che descrive ammirevolmente il piccolo mondo del NKVD negli anni '30, in cui dei giovani giuristi si occupavano di gestire per conto dei loro superiori le messe in scena degli interrogatori notturni. Questo romanzo, in parte autobiografico, è stato scritto segretamente e pubblicato a Parigi al momento in cui l'autore moriva a Mosca. E' uno dei più grandi libri di letteratura russa del XX Secolo.

dell'*hybris* del piano che lo strumento indispensabile per far uscire il paese dal baratro in cui le vertigini del successo (cioè il piano) l'hanno affondato. Questa sarà la svolta del 1936. Si potrebbe affermare che la "prima rivoluzione" è stata una rivoluzione contro il diritto, mentre la seconda una rivoluzione mediante il diritto (con la fine delle classi, è in qualche modo la dittatura del codice civile al posto di quella del proletariato<sup>11</sup>), anche se in fondo è la stessa.

Noteremo anche che la fine della NEP *comincia* con la svolta giuridica del 1927 e che la battaglia intorno alla dissoluzione del diritto sposa le tappe della "seconda rivoluzione" (1928-1938, arrotondando le date), con il suo mix sconcertante di normalizzazione e di radicalizzazione terrorista. La "vittoria del sistema socialista in tutte le sfere dell'economia" proclamata da Stalin nel 1936, la restaurazione del diritto e il Grande terrore (1937-1938, 750 000 morti in 18 mesi e altrettanti deportati) si intrecciano come voci di uno stesso coro. Le vicissitudini del diritto sono un buon osservatorio di questo periodo così curioso, nel quale certi autori hanno visto l'apogeo e l'ultimo spasmo della rivoluzione propriamente detta, prima di una lunga sclerosi che comincerà dalla fine del 1938 (secondo Marcel Gauchet<sup>12</sup>).

Sempre nel 1936 viene introdotta la distinzione tra proprietà privata e proprietà "personale" che consacra la socializzazione integrale della proprietà (cioè l'esclusività della proprietà di Stato) avendo riguardo di un piccolo residuo "personale" tale da permettere ai tribunali di liberarsi dei casi di minore entità e dei piccoli traffici e dunque di rendere più effettiva la proprietà collettiva e la lotta contro la "speculazione".

Nel dopoguerra, ancora, "l'eminente civilista Bratus", specialista in responsabilità civile, anch'egli tra gli epuratori di Pasukanis, riprende il mantra a doppio senso: il piano è il diritto, il diritto è il piano. Può significare in effetti, con Pasukanis, che l'organizzazione pianificata si sostituisce al diritto e anche, con Vychinski, che il piano consacra il diritto come strumento della sua effettività.

L'antinomia tra pianificazione e diritto scandirà fino all'ultimo giorno la vita economica ed i cambiamenti di rotta della linea del partito: dal 1949, data della fine ufficiale dell'economia di guerra, al 1989 passando per il Disgelo e la pubblicazione dei "Fondamenti di legislazione civile" (1958-1961), la riforma economica del 1965 e, infine, la Perestroïka.

<sup>11</sup> Sebbene, in dépit della fine delle classi, l'URSS resta " lo Stato degli operai e dei contadini ". " Lo Stato del popolo intero " sarà proclamato più tardi, nel 1977.

<sup>12</sup> *À l'épreuve des totalitarismes. 1914-1974*, Paris, Gallimard, 2010.

Un ultimo punto di riferimento giuridico nella traiettoria bolscevica: i “contratti generali”. Impelagato nella disciplina delle relazioni tra imprese di Stato, il potere ritorna periodicamente alla disciplina dei cosiddetti contratti generali, cioè ai contratti stipulati tra ministeri economici (per esempio tra il ministero della siderurgia e quello della costruzione meccanica) e che fornivano così un quadro giuridico delle transazioni tra le imprese dipendenti di questi ministeri, in maniera da compensare la “negligenza” giuridica dei dirigenti delle imprese. Questi contratti erano stati introdotti con il primo piano quinquennale (1928-1932), criticati nel secondo piano (1933-1937) e abbandonati nel 1936, a favore dei contratti “diretti” tra le imprese. Furono poi reintrodotti per decreto nel 1949, per tentare di limitare l’immenso disordine dell’economia informale che si era sviluppata all’ombra di un’economia di guerra interamente comandata, almeno in teoria, dal potere centrale: il governo si lamentò allora che “molti organi economici non stipulavano contratti” malgrado il loro ruolo essenziale per la realizzazione del piano. I contratti saranno poi nuovamente abbandonati progressivamente. Il Consiglio dei ministri riprende nel 1956-1957 le formule del 1936 denunciando “l’irreggimentazione eccessiva dei contratti generali”. Se il piano è concepito da parte delle organizzazioni centrali, “le relazioni contrattuali dovranno stabilirsi tra le organizzazioni economiche di base che dovranno esse stesse provvedere ad eseguire il contratto”. In altre parole, i contratti generali sono soppressi nel 1936 per promuovere la responsabilità giuridica, e ristabiliti nel 1949 per la stessa ragione, prima di cadere di nuovo in desuetudine al momento del Disgelo. Essi rappresentano l’apice di un diritto contro il diritto, di un diritto che vorrebbe contare un soggetto unico.

### ***Il diritto dei contratti in azione***

Per questa sezione farò riferimento ad un documento piuttosto raro, il *Soviet Law in Action*, una brochure di 85 pagine pubblicate dal Russian Research Center dell’Università di Harvard nel 1953. L’opera è sottotitolata *The Recollected Cases of a Soviet Lawyer*. Edita da Harold Berman, essa presenta dei casi raccolti da un giurista d’impresa sovietico e professore di diritto all’Università di Odessa, Boris Konstantinovsky.

Konstantinovsky, nato nel 1889, ha insegnato diritto a Odessa dal 1925 al 1944 ed ha esercitato, come secondo lavoro, la funzione di consigliere giuridico (*chief legal adviser*) nella Compagnia delle panetterie industriali di Odessa dal 1931 al 1941. Trasferitosi in Germania con la sua famiglia nel 1944 con la ritirata delle truppe tedesche che occuparono Odessa, scelse poi di

emigrare negli Stati Uniti nel 1946. Ha lavorato così ad Harvard con Harold Berman, che ha raccolto e annotato questa raccolta di casi, la maggior parte dei quali concernenti direttamente la Compagnia dove lavorava Konstantinovsky. Su questi 53 casi, la metà sono relativi ai rapporti di lavoro (assunzioni, licenziamenti, salari, incidenti sul lavoro) ma ho preferito concentrarmi soprattutto sul capitolo 3, quello relativo al “Law and plan”.

L’articolazione tra diritto e piano è in effetti il luogo del tentativo bolscevico di razionalizzare e di rendere più efficace la direzione dell’economia da parte del Partito e allo stesso tempo, il rivelatore delle difficoltà dovute all’impossibile combinazione tra dirigismo e autonomia degli agenti economici. Siamo nel 1932 – 1938, dunque in piena “restaurazione del diritto”: il ruolo dei contratti è quello di “trasformare le relazioni pianificate in responsabilità delle parti” (risoluzione del CC citato *supra*), e numerosi casi giuridici concernono proprio l’esecuzione dei contratti.

Caso 16: Nel 1936, la Compagnia di Odessa affitta al Comune sedici panetterie col fine precipuo di produrre cornetti (*rolls*). Nel giro di sei mesi, il ministero dell’industria alimentare ha abbassato la quota di produzione di cornetti della Compagnia, che ha così dovuto interrompere la produzione in alcuni locali già in attività e ha chiesto al Comune di annullare i relativi contratti di locazione prima della loro scadenza. Questo rifiuta e la Compagnia ricorre in tribunale. L’istanza è rigettata dal giudice che scrive nelle motivazioni che le circostanze contingenti non costituiscono una causa valida per la rottura di un contratto di locazione, ai sensi dell’articolo del Codice civile ucraino relativo alla cessazione dei contratti di locazione. Il giudizio è però rovesciato in appello a favore della Compagnia: il giudice scrive nelle motivazioni che l’oggetto della locazione (la produzione di cornetti, ad esclusione di altre attività) faceva parte del contratto e che la Compagnia non poteva prevedere il cambiamento della quota, e invoca anche l’articolo 1 del Codice Civile.

Caso 19: contenzioso tra l’impresa di Konstantinovsky, fornitore, ed un complesso turistico per quadri dirigenti delle rive del Mar nero, acquirente. Quest’ultimo ha ordinato dei pasticcini di bassa qualità, prodotti dall’impresa di Odessa, solo perché non si era potuto fornire di pasticcini di qualità superiore presso il proprio pasticciere abituale, per non aver ricevuto il permesso d’acquisto (*naryad*) corrispondente. L’albergatore riesce successivamente a procurarsi i pasticcini di qualità superiore che desiderava (alla pasticceria di Kharkov) e decide di annullare il contratto dopo la prima consegna da parte della pasticceria di Odessa, adducendo che la mercanzia è difettosa. Ma i biscotti forniti, certamente di qualità inferiore alla merce successivamente acquistata presso la pasticceria di Kharkov, corrispondono alle specificazioni contrattuali e ai campioni forniti

all'acquirente. La commissione d'arbitrato autorizza l'albergatore a rivendere i pasticcini già consegnati, al fine di pagare il fornitore con il ricavato di questa vendita e lo libera dalla sua obbligazione contrattuale per le consegne future. Ma il ricavato di questa vendita è inferiore a quello fissato nel contratto iniziale (e che era stato determinato dal ministero dell'industria alimentare dell'URSS), così la Compagnia di Odessa intenta una nuova procedura in arbitrato, stimando che l'acquirente deve supportare integralmente il costo dell'intero caso. L'arbitro dà ragione alla Compagnia e informa il procuratore della cattiva gestione dell'albergatore. La storia è buffa e lo diventa ancor di più se si aggiunge che essa si sviluppa proprio durante l'inverno del 1938, nel cuore del Grande terrore (la causa fu intentata nell'estate del 1937). La crociera si diverte per così dire dal momento in cui non è un cittadino sovietico che non teme per la sua vita.

Caso 20: sei mesi più tardi, il Terrore è ancora al suo apice e la Compagnia di Odessa deve fornire, secondo le direttive del piano, 800 tonnellate di biscotti ad una cooperativa. Ma il piano ha omesso di fornire alla Compagnia le materie prime corrispondenti. La Compagnia avverte dunque il cliente che però rompe il contratto. La Compagnia è condannata a indennizzare la cooperativa. Il giudizio è confermato nell'appello successivo. Il caso arriva fino al consiglio dei ministri che riconosce che c'è stato un errore nel piano, ma mantiene la penalità.

Caso 23 (siamo questa volta nel dicembre del 1934): un camion attribuito alla Compagnia e pagato da quest'ultima è inviato per errore a un'altra impresa di Odessa che non vuole restituirlo. Il giudice dà torto al ricorrente motivando che il beneficiario aveva un gran bisogno di questo camion e accorda solamente un'indennità finanziaria alla Compagnia. Quest'ultima fa appello motivando che la decisione "viola tutti i principi elementari della responsabilità economica e della pianificazione delle risorse". La decisione è annullata in appello.

Nelle motivazioni delle sentenze dei tribunali o delle commissioni d'arbitrato, si osserva un intreccio di argomenti fondati sulla stretta applicazione del diritto positivo (si consideri ad esempio che il codice civile ucraino prevedeva nove casi di rottura anticipata del contratto di locazione ed ogni altro motivo era ritenuto inaccoglibile) e argomenti di opportunità economica più o meno vaghi, ma capaci di prevalere sulle garanzie dei contratti (in applicazione dell'articolo 1°, articolo *meta-* se non proprio, *anti-giuridico*).

Un ultimo caso (il numero 11), ripreso dalla rubrica dei reati economici, mostra sotto un altro angolo come la legalità e l'arbitrario non sono due compartimenti stagni della vita sovietica ma s'incrociano permanentemente, spesso in maniera inattesa.

I *naryady* o permessi assegnati dal piano permettevano a un'impresa di rifornirsi presso un'altra impresa. Ma queste ultime sono spesso inoperanti poiché non esistono le merci corrispondenti. La maggior parte delle imprese di Stato si dotano dunque di un "raccattatore", incaricato di trovare le forniture necessarie al di fuori delle disposizioni previste dal piano. La pasticceria di Stato di Odessa non riuscì ad esempio a procurarsi i chiodi indispensabili per chiudere le cassette che utilizzava per inviare in tutto il paese i suoi prodotti, conformemente al piano. Il "raccattatore" è dunque inviato in "missione di requisizione" per trovare un fornitore disposto di un surplus di chiodi e per acquistarli da lui al di fuori delle forniture previste dal piano. Esso trova finalmente all'Accademia di scienze di Mosca, non dei chiodi ma un lotto di rotoli di fil di ferro che la Pasticceria poi trasforma in chiodi. Il raccattatore conclude la transazione, non senza aver domandato e ottenuto l'autorizzazione della branca ucraina della Banca di Stato. La transazione non può tuttavia apparire come tale nella contabilità della Pasticceria e vi figura dunque a titolo di costo di missione di "requisizione". Ma tre mesi più tardi, si scopre che il fil di ferro era stato rubato dal cantiere della metro di Mosca. Il direttore della pasticceria e il suo raccattatore sono accusati ai sensi del codice penale ucraino. La difesa protesta in buona fede, sottolineando che la missione di requisizione è stata fatta con l'obiettivo di realizzare gli obiettivi del piano e che la transazione è stata autorizzata dalla Banca di Stato. La corte scarta il reato di furto dai cantieri della metro di Mosca ma, poiché l'acquisto è stato effettuato senza autorizzazione amministrativa, essa ritiene fondato l'abuso di autorità e la negligenza da parte degli agenti pubblici e condanna il direttore della pasticceria a 3 anni di prigione e il raccattatore a 10 anni di lavori correttivi in un campo del NKVD.

I condannati fecero appello senza successo.

Segnalo infine, in breve, un'indicazione di Konstantinovskiy su un tema che non affronterò qui, quello dello statuto dei giuristi nell'URSS. Il governo aveva pubblicato nel 1931 (all'inizio della seconda carriera di Konstantinovskiy, quella nell'impresa) una nomenclatura delle professioni nella quale non figuravano le professioni giuridiche. Secondo Berman e Konstantinovskiy, questo era dovuto al fatto che si credeva ancora alla "dissoluzione del diritto", cioè a una organizzazione amministrativa della produzione e della coordinazione tra le imprese e gli altri organi dello Stato, grazie alla quale si poteva benissimo fare a meno dei giuristi. "Tuttavia, scrive Konstantinovskiy, la vita reale, con una logica inesorabile, rendeva indispensabile l'assistenza dei consiglieri giuridici presso i dirigenti e gli amministratori". Così, dalla fine del 1933, una nuova nomenclatura menziona i giuristi i quali vengono assimilati agli ingegneri con i diritti e doveri corrispondenti. Un momento significativo della restaurazione del diritto.

***Che cosa si indica con il termine “diritto”.***

Il termine del vocabolario sovietico che indica “responsabilità” è in qualche modo il condensato del nostro tema: si tratta di *khozrchet* o *khozrachim*.<sup>13</sup> Il termine viene tradotto sia come “contabilità autonoma” che come “responsabilità economica”. Harold Berman insiste sull’importanza di preferire la seconda traduzione alla prima, *accountability* piuttosto che *accounting* (1963, p. 111). Egli intende sottolineare così la dimensione giuridica e non solamente economica del concetto. Tutti i commentatori sono d’accordo nel segnalare che la parola è intraducibile.<sup>14</sup> *Khozrachim* non è una parola del russo corrente ma una parola del gergo sovietico, essa è coniata di modo che a prima vista appaia ridondante, essendo la combinazione di due radici che significano rispettivamente “economia” e “contabilità”. Un articolo tradotto dal tedesco nella *Revue Internationale de Droit Comparé* (RIDC) nel 1952<sup>15</sup> traduce il termine in “regime di gestione economica” e dà questa definizione ufficiale: “l’individualizzazione dei risultati nell’esecuzione da parte dell’impresa di Stato dei compiti imposti dal piano”. L’intraducibilità di *khozrachim* non è primariamente linguistica ma politica: coniata al momento della NEP per mettere in evidenza la ritrovata indipendenza degli imprenditori, la parola sparisce con la stessa NEP alla fine degli anni ’20, per riapparire subito dopo con i piani quinquennali. Essa designa questa volta la responsabilità delle imprese (e dei loro direttori) nell’esecuzione delle direttive del piano. La parola torna alla ribalta ma con una nuova inflessione con la riforma economica del 1965: *khozrchet* stavolta significa “autonomia contabile” *stricto sensu*, è una istituzione chiave del tentativo portato avanti da Kossyguine di razionalizzare, ovvero di modernizzare “l’economia” sovietica. I russi più giovani infine ricollegano il termine alla Perestroïka: *khozrchet* era una parola che permetteva di sovrapporre abilmente il “ritorno all’autenticità autogestionale” del leninismo e l’introduzione (parziale, come si sperava allora) del mercato, dando a quest’ultimo l’unzione rivoluzionaria della prima.

<sup>13</sup> Ringrazio calorosamente la Sig.ra Morenkova-Perrier senza la quale sarei stato incapace di sciogliere questo nodo linguistico-politico.

<sup>14</sup> Altri termini sono segnalati come intraducibili o non definiti giuridicamente dai commentatori occidentali: speculazione, arbitrato.

<sup>15</sup> Scheuerle, Wilhelm A., “ Les personnes morales en droit soviétique ”, *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 4 N°3, Luglio – settembre 1952.

L'articolo di Scheuerle citato *supra*, tipico di questa letteratura comparatista compiacente ma precisa, descrive così la portata giuridica del *khozratchiot*: “La persona morale è, nella concezione sovietica, la forma giuridica appropriata per la produzione, sotto il regime del *khozratchiot*”(446), la capacità giuridica delle persone morali consiste in ciò che “l'organizzazione pianificata dell'economia sovietica e la sua direzione verso un obiettivo unico, l'edificazione della società comunista, esigono, così come vuole la dottrina, che le persone morali non possano agire che in vista degli obiettivi per i quali esse sono state create. Ne consegue per esempio che un *cartel* [cooperativa] di artigiani non può occuparsi della vendita di prodotti che non ha fabbricato (449). Detto in altri termini, in regime di diritto totalitario, ciò che la mano destra dello Stato ha dato, la mano sinistra può riprenderselo.

*Khozratchiot*, una parola di gomma che non ha mai cessato di esprimere, simultaneamente o alternativamente, l'effettività del vincolo del piano e l'autonomia degli agenti economici, ossia, le due facce del diritto sovietico: istituzione della pluralità reale della società e strumento del comando unico, valido a rendere effettivo il potere dell'ideologia (ideocrazia), la morsa sulla vita sociale.

## ***II – Sotto gli occhi dell'Occidente: un nuovo tipo di diritto?***

Simon Leys classifica gli apologeti del comunismo in due categorie: quelli che non fanno quello che dicono e quelli che non dicono quello che fanno. Bisogna inventare una terza categoria per classificare un numero consistente di giuristi specializzati in diritto sovietico, tanto si mescola in essi la precisione dell'informazione giuridica e l'incomprensione dei fatti, il servilismo (ingenuo o ipocrita che sia) e la lucidità critica. Ma ciò attiene forse alla natura stessa del diritto che è la superficie di contatto tra l'ideologia e il reale, superficie che può funzionare sia come un velo opaco sia come una finestra che può rivelare interi paesaggi.

Il diritto comparato ha certamente una propensione a prendere sul serio gli ordinamenti giuridici che studia, ad attribuire a questi un significato universale, meglio ancora a un valore, a cercare in essi l'eco o l'anticipazione delle tendenze generali. Questo si traduce spesso in una tendenza apologetica, anche se questa tendenza alla fine è spesso più fruttuosa di quanto si possa credere.

Qui di seguito, farò una panoramica del diritto comparato occidentale sul diritto sovietico, facendo particolare riferimento a quanto scritto a proposito nelle riviste francofone. Bisognerebbe

esaminare ugualmente lo studio di Kelsen in *The Communist Theory of Law* (1955), una critica del diritto sovietico nei limiti della teoria pura, che ha ispirato tutta una corrente di lavoro che ha cercato di combinare la neutralità assiologica della scienza del diritto ed un discorso critico sul totalitarismo.<sup>16</sup> Mi consacrerò qui a Harold Berman, grande storico del diritto e uno dei più influenti specialisti del diritto sovietico negli Stati Uniti dal 1945.

Berman (1918-2007) ha un rapporto ambiguo con l'URSS. Egli è decisamente consapevole della violenza del regime, di tutti i retroscena della vita sovietica che sfuggono a ogni legalità, al punto di vedersi rimproverare le sue "concessioni all'anticomunismo" da René David nella *RIDC* nel 1951. Egli non nasconde che la coesistenza tra diritto e terrore non è pacifica e che, anche dopo la fine del Grande terrore, la repressione "continuò ad avere un effetto deleterio sul sistema giuridico stesso" e "inibì i riformatori per paura di essere accusati di deviazionismo", ma sembra voler mettere da parte questa violenza così evocata, per mettere in primo piano le virtù di un diritto che evolve verso "un diritto del tutto nuovo" di cui egli non considera i vizi che come elementi provvisori e rimediabili.<sup>17</sup> Da qui la sua fiducia al momento del Disgelo: il diritto sovietico è una creazione originale e utile che deve emergere, a dispetto dei pur innegabili orrori del regime sovietico.

Berman ha tuttavia ben osservato il paradosso del diritto sovietico. Ne ha colto la consistenza e la durata, prima come dopo la "restaurazione del diritto", durante e dopo il periodo staliniano. Egli non nega la tragedia sovietica ma tenta comunque di salvare da quella esperienza "il nuovo tipo di diritto" nel quale vede una evoluzione creatrice di portata universale, che potrebbe – e anzi dovrebbe – avere successo nel mondo, anche se ha fallito in Russia. E' un'evoluzione possibile del diritto e non un dilemma insolubile. Ed è ricercando ciò che non quadra nell'idea di un "diritto di tipo nuovo" che ho messo a punto la mia analisi sul "diritto totalitario".

Berman ha scritto molto sull'URSS fino agli anni '80 ma si può dire che la sua teoria sul diritto sovietico si era già formata nel 1949 e non si smuoverà da quella posizione fino alle ultime pubblicazioni sul tema. Oltre a *Soviet Law in Action* già menzionato, farò riferimento principalmente ad un articolo pubblicato in due parti nella *Harvard Law Review* nel 1948 e nel

<sup>16</sup> Vedi ad esempio i saggi di Michel Troper sul diritto nazista.

<sup>17</sup> "Soviet Law Reform", *Harvard Law Review*, Vol. 76, No. 5 (Mar., 1963), pp. 929-951. Conferenza del novembre 1962.

1949, “The Challenge of Soviet Law”, e sulla seconda edizione del libro *Justice in USSR* pubblicato nel 1963 (la prima nel 1950, la terza nel 1982).<sup>18</sup>

Il diritto sovietico presenta dei tratti totalitari che, scrive Berman nel 1949, “ispireranno i nazisti”: l’articolo 1 del codice civile, la dottrina dell’analogia che permette di punire i crimini non previsti dal codice penale, il primato della “coscienza giuridica rivoluzionaria” sulla legge. Pertanto al sistema giuridico sovietico viene accreditato di aver creato “un equilibrio tra l’integrazione del tutto e l’autonomia della parti, tra le dinamiche del cambiamento e la stabilità, tra gli interessi della società e la personalità individuale” (1949, p. 240). In URSS, “il diritto cessa di essere prima di tutto un mezzo per delimitare gli interessi, che siano privati o pubblici, cessa di avere una funzione primaria di prevenzione delle interferenze di una persona nella sfera di un’altra persona, cessa di interessarsi in prima istanza della volontà e dell’intenzione delle parti. Esso continua a fare tutto questo ma il centro di gravità è spostato (...) esso non cerca solamente di delimitare, di separare, ma piuttosto di unire e di organizzare e, soprattutto, di educare”. (p. 453<sup>19</sup>), “il tribunale non fa che attribuire i diritti e le obbligazioni alle parti, esso si sforza di sviluppare presso esse la coscienza di ciò che è corretto, il senso delle regole della vita comune socialista” (p. 458). “La proprietà di Stato (*state ownership*) lascia aperta la questione del possesso, dell’uso e della disposizione” (p. 244).

L’essenziale secondo Berman non è chiedersi se questa concezione del diritto conduce al dispotismo, come è avvenuto purtroppo in Russia, ma piuttosto comprendere che “*la nostra evoluzione è legata alla loro rivoluzione*” e che bisogna “imparare dai suoi errori come dai suoi successi” (p. 383).

Ho già suggerito la virtù euristica dell’idea, pertanto errata, che il piano è una razionalizzazione efficace del dilemma della pluralità dei soggetti del diritto e della “socializzazione” integrale che non permette che la presenza di un solo soggetto, l’Egocrate.<sup>20</sup> Essa ha declinato il funzionamento del diritto totalitario alla moda sovietica, la sua continuità dal momento leninista a quello della pianificazione terrorista poi a quello delle riforme “economiche”, il fatto che non si tratta di residui giuridici del passato borghese, ma di un sistema giuridico che riesce ad essere durevole se non consistente.

Ciò a cui vuole credere Berman, è il superamento dello “Stato amministrativo” (comune al regime socialista e allo Stato-provvidenza rooseveltiano) grazie alla reintroduzione del diritto al suo

<sup>18</sup> Gli articoli ulteriori che ho potuto consultare non presentano delle variazioni sostanziali e comprendono molte citazioni *verbatim* degli scritti antecedenti.

<sup>19</sup> La formula sarà ripresa parola per parola in *Justice in the USSR* de 1963, p. 283

<sup>20</sup> Una formula geniale di Soljenitsyne, ripresa e commentata da Castoriadis e da Lefort.

interno sotto una forma rinnovata. Anche se attraverso il dispotismo, di cui difficilmente riesce a disfarsi anche nel periodo successivo al 1956, “l’URSS ha rinunciato al comunismo di Marx”: “lo stalinismo ha riabilitato la sovrastruttura”, cioè ha rigettato il primato dell’infrastruttura economica e riconosce in ultima istanza il posto ineliminabile del diritto nella vita sociale anche se interamente collettivizzato o “socializzato”.

Per il diritto di tipo nuovo o il “diritto tutelare” (*parental law*), “La coesione della vita comune è un fondamento essenziale del diritto, questa deve trovare una espressione giuridica di modo che il diritto resti in contatto con le grandi tendenze psicologiche e spirituali della società. Il diritto sovietico ci insegna i pericoli ma anche le potenzialità di un diritto concepito come il guardiano e l’educatore della coscienza giuridica delle persone e dei gruppi (...) i soggetti di diritto, l’uomo giuridico è trattato non come il titolare indipendente dei diritti e i doveri, che sa ciò che vuole, ma come il membro di un gruppo dipendente da questo, come un bambino che il diritto deve non solamente proteggere (...) ma anche guidare, formare e disciplinare” (1963, pag. 383).

Questa simpatia per l’URSS da parte di un WASP<sup>21</sup> conservatore, per paradossale che essa sia, ha delle ragioni profonde.<sup>22</sup> Berman appartiene alla scuola realista del diritto americano, che ha le sue radici nel Pragmatismo filosofico e torna alla ribalta nell’era di Roosevelt, della quale registra le relative trasformazioni del diritto. Berman è un discepolo di Roscoe Pound e di Karl Llewellyn. Questo realismo sociologico procede da un movimento di pensiero analogo a quello dei grandi giuristi francesi dell’inizio del XX secolo che s’interrogavano sulla combinazione dell’individualismo e del socialismo verso la quale tende la società moderna, come ad esempio, Duguit, in *Les transformations du droit privé* (1912). Nella sua versione americana, esso combina la valorizzazione del giudice contro il primato della regola con il principio dell’adattamento del diritto ai bisogni sociali contro il ragionamento giuridico fondato sulla risalita ai principi fondamentali.

Il concetto di *parental law* (che traduco con “diritto tutelare”, ma si potrebbe dire anche “diritto educativo”) è da ricondurre a Karl Llewellyn, nelle sue “Lectures on Jurisprudence” del 1948, non pubblicate. Llewellyn (1893-1962) è una delle grandi figure della tradizione realista americana<sup>23</sup>. Oltre Berman, questo concetto non ha quasi attirato l’attenzione dei giuristi ed è stato

<sup>21</sup> NdT: White Anglo-Saxon Protestant, un sigla statunitense che caratterizza gli eredi (o considerati tale) di quelli che hanno fondato le prime colonie americane, prima delle ondate d’immigrazione dell’Ottocento .

<sup>22</sup> E che non deve niente (o poco) alla compiacenza per il regime che oscura il giudizio di un John Hazard, l’altro capofila della sovietologia giuridica americana del dopoguerra.

<sup>23</sup> Secondo uno studio recente, ha fatto parte dei venti giuristi più citati nella letteratura accademica americana dopo il 1956, eguagliando o superando dei giuristi di primo piano sempre attivi come Cass Sunstein, Robert Ackerman o

soprattutto ripreso dagli antropologi. In un sistema giuridico tutelare, le corti istruiscono esse stesse i processi, senza tener conto delle istanze e delle argomentazioni delle parti. L'obiettivo del processo è la reintegrazione dell'accusato nel gruppo sociale, prima il (se non al posto del) *suum cuique tribuere*. La funzione della sentenza è prima di tutto pedagogica (rieducare, dare un esempio, edificare la coscienza comune). La giustizia civile e la giustizia penale tendono a confondersi. L'uomo è giudicato nella sua interezza, è giusto mettere a giudizio tutto il suo passato e non solamente i fatti legati all'affare giudicato. Secondo Llewellyn, questi tratti tutelari sono caratteristici del diritto tradizionale degli Indios (del Nuovo Messico) dell'Inquisizione e dei grandi processi sovietici. Ma anche il nostro diritto "si evolve in una direzione tutelare". Roscoe Pound sviluppa dei punti di vista simili sotto il nome di "socializzazione del diritto", sottolineando da parte sua le restrizioni crescenti del diritto del proprietario a disporre del suo bene, l'inquadramento crescente della libertà dei contratti, lo sviluppo della responsabilità senza errori, l'estensione crescente della nozione di bene pubblico ("la trasformazione del *res communes* e del *res nullius* in *res publicae*"), la protezione sociale ecc. Per Berman, che si tratti della forma dispotica sovietica o delle forme più addolcite di diritto tutelare, "il cuore del tema è l'accento del ruolo del diritto come educatore dei popoli" (1963, p. 423).

L'idea è che questo diritto tutelare – anche se ha preso forma in quelle istituzioni tradizionali spesso indesiderate e nei regimi totalitari –, rappresenta un'alternativa indispensabile al diritto individualista, che è allo stesso tempo fittizio, nocivo e inadatto ai bisogni delle società moderne. Questo elemento "tutelare" – l'antropologia direbbe "olistico" – è presente in numerosi sistemi giuridici, ma l'innovazione sovietica tiene a ciò che diviene "il centro di gravità del sistema giuridico" (*ibid.*, p. 422).

Un saggio del 1965 concentra in modo eloquente l'argomentazione di Berman: "E' un errore vedere il diritto sovietico semplicemente come lo strumento di una dittatura. È un'autentica risposta alla crisi del XX Secolo, che è stata testimone del crollo dell'individualismo – nel diritto così come in altre aree della vita morale. "Dove sono al giorno d'oggi le famiglie e le zone economiche autosufficienti? Dov'è l'uomo economicamente autosufficiente, polivalente, infaticabile, indipendente [self-reliant], che lavora liberamente nel suo posto affermandosi altrettanto liberamente...? si domanda Roscoe Pound nel 1930. "Dove, a parte nel nostro pensiero giuridico? Gli eccessi del totalitarismo possono insegnarci i pericoli che ci sono nel precipitare all'estremo opposto; tuttavia, è un tema sul quale non possiamo permetterci di essere superficiali. La nostra

---

Duncan Kennedy. E' poco letto in Francia e devo a Mikhail Xifaras il fatto di conoscere la sua opera e di carpirne l'importanza per il diritto.

concezione di diritti dell'uomo può essere considerata, alla luce dell'esperienza sovietica, come la ricerca di un piano dove si combinano le virtù dell'individualità e della collettività, che cerca di evitare la mitologia dei due “ismi”, sia l'uno che l'altro”.<sup>24</sup>

Questa confusione da parte di un grande studioso tra la “socializzazione del diritto” dei giuristi rooseveltiani e lo stalinismo è sicuramente una catastrofe, ma è una catastrofe istruttiva, se si cerca la radice concettuale, indipendentemente dai motivi ideologici e politici di Berman. “Il diritto è la politica”: questa parola d'ordine lega Lenin, Pasukanis, Vychinski, Pound, Llewellyn e Berman, ma al prezzo di una confusione maggiore che sembra sfuggire a Berman: “politica” non ha lo stesso significato per tutti. Il senso leninista esce dai limiti della condizione politica, che consiste nel governo degli uomini liberi, cioè l'unione di una pluralità.<sup>25</sup> La “politica” totalitaria, esce da queste condizione, essa abolisce la pluralità, (degli interessi, delle pratiche) ponendo che tutto è politico e portando la politica al comando del partito-idea.

In altre parole, la fonte di questo errore è una confusione tra due nozioni della società: il sociale come *fatto* e il sociale come prodotto della *volontà*. Il totalitarismo è giustamente, riprendendo Louis Dumont, la messa in pratica di questa confusione: esso sostituisce all'olismo, cioè al realismo sociologico, alla coscienza del dato nella vita sociale, lo pseudo-olismo, con una totalità interamente subordinata ad una volontà unica. Il totalitarismo, è il partito che vuole farsi grande come il tutto. Berman non distingue la conciliazione dell'olismo e dell'individualismo (che pure cerca) dallo pseudo-olismo del potere totale. Il diritto tutelare sovietico non è che l'effettuazione dello pseudo-olismo, un corto circuito tra la pluralità delle persone e l'unicità della volontà *ideo-egocratica* se mi è concesso questo neologismo. Berman attribuisce al diritto sovietico il fatto che “le parti non sono trattate come degli individui”. Scrive questa frase senza vederne la mostruosità perché non affronta le sue conseguenze: le parti non sono trattate come degli individui *perché sono parti di un individuo unico*.

<sup>24</sup> “ Human Rights in Soviet Union ”, *Harvard Law Journal*, Primavera 1965.

<sup>25</sup> Aristotele : “ Ma esiste una forma d'autorità [al di fuori di quella che lega il padrone e lo schiavo] dove un uomo governa degli uomini della sua stessa natura, uomini liberi, ed è così che noi descriviamo l'autorità politica, e quello che governa deve imparare praticando lui stesso l'obbedienza (...) invece l'attitudine di un governante è differente di quella di un governato, c'è bisogno che il buon cittadino abbia la scienza e l'attitudine, allo stesso tempo, di governare e di obbedire, e la virtù del cittadino consiste nell'avere la scienza del governo degli uomini liberi. ” (*Politique*, 1277b)

### ***Conclusione: Il mistero sovietico***

Nell'opera più famosa di Iouri Dombrovski, *La facoltà dell'inutile*, emerge con consapevolezza la natura di una dittatura contro il diritto che tuttavia teneva conto delle varie forme del diritto. Il mantenimento da parte del NKVD (il romanzo si svolge negli anni trenta) della finzione del rispetto del codice e della procedura, anche nelle procedure extragiudiziarie (*troika*), senza magistrati, spesso senza comparizione degli accusati, senza difesa, senza appello, anche nella pratica della tortura, non è una menzogna cinica, è una trasformazione mostruosa del diritto. La "facoltà dell'inutile" è la facoltà di diritto, ma non è il diritto *tout court* che è divenuto vano, è il diritto di prima, il diritto borghese. Il vero diritto, che ha preso il posto del diritto borghese, è decisamente più utile. L'agente che interroga il narratore nel corso del suo primo arresto si fa giurista e dice: "Lei ha fatto diritto? Ebbene, *ai vostri tempi*, la facoltà di fare diritto, è una facoltà inutile. Lei è a conoscenza di una scienza di formalità, di arguzie, di tortuosità. Noi vi abbiamo insegnato a scoprire la verità". Il nuovo tipo di diritto *scopre la verità*, nelle prigioni del NKVD ma anche nell'ordinario degli scambi e dei contratti civili. Il vero diritto è il diritto che è vero.

Quali lezioni si possono imparare da tutto ciò per la comprensione dell'esperienza sovietica? Forse un rinnovato apprezzamento di ciò che costituisce ai miei occhi l'enigma centrale, ad ogni modo l'enigma persistente della storia sovietica, la sua durata. I lavori recenti (Gentile, Gauchet) hanno sottolineato il carattere di traiettoria meteorica delle esperienze fasciste e naziste, come un fatto inerente, necessario. Questi regimi sono, per natura stessa dell'ideologia, votati alla scalata: cioè la ricarica permanente del fervore escatologico del programma, che deve realizzare il Paradiso terrestre (Reich di mille anni, comunismo acquisito). Da qui il passaggio del nazionalismo nell'imperialismo, da qui una radicalizzazione che accelera inesorabilmente la caduta verso l'abisso. Simile al suo inizio ai suoi due rivali, da cui hanno preso in prestito molto, il comunismo bolscevico ha conosciuto pertanto una traiettoria molto differente, con una lunghissima senescenza, seguita da una caduta molle e da sedimenti parziali (come la persistenza del potere del KGB). Ciò costituisce un enigma che non è meno complicato del "mistero nazista" di cui parlava Aron. Al punto che le divergenze tra gli specialisti sulla natura del regime post-Stalin furono profonde, e lo restano oggi, vent'anni dopo la sua fine.

Un altro modo di formulare lo stesso enigma è il problema dell'articolazione nella storia sovietica di un delirio ideocratico che non ha nulla da invidiare alla follia nazista ("Non c'è forza...") ed elementi che possono dirsi razionali, che spariscono al contrario con ciò che Marcel

Gauchet ha chiamato, con un termine molto suggestivo, la “mito-ideologia” nazista. La società sovietica ha continuato ad esistere con delle dinamiche autonome, il comunismo non ha interamente distrutto la cultura (non ci sono state grandi composizioni tedesche sotto il nazismo, mentre Chostakovitch è stato il più grande compositore del XX Secolo), il comunismo ha saputo uscire dal ciclo infernale degli omicidi tra dirigenti, esso si è trasformato dopo il 1945 in un impero brutale ma razionale nella sua strategia di espansione, in Europa come nel resto del mondo, ed altrove ha anche raccolto dei successi fino alla guerra in Afghanistan.

Per restare nel registro della comparazione, si potrebbe distinguere, dal lato nazista, un totalitarismo di sciamani o di psicopatici, che avanza con la sicurezza di un sonnambulo, e dal lato sovietico un totalitarismo di ingegneri paranoici. Il primo sa da subito nella maniera più netta possibile chi è il nemico mortale, il secondo lo vede dappertutto (si veda la successione degli “obiettivi” del Grande terrore). Le modalità della totalitarizzazione del diritto in Germania e in Russia sposano questo contrasto: i nazisti hanno saputo allo stesso tempo recuperare una tradizione giuridica preesistente più solida che in Russia e mettere in opera con grande rapidità e sicurezza una trasformazione del diritto fondata sulla fusione dell’ordine giuridico e della comunità. Il Führer è il guardiano del diritto, una sorta di parodia mostruosa della *Grundnorm* dell’ordinamento giuridico di Kelsen, il diritto è assorbito nella volontà e nella vita del popolo come l’ha mostrato Olivier Jouanjan — al quale devo tutto e anche di più su questa questione<sup>26</sup>. In Russia al contrario, il progetto somma ogni vicinanza di sottomissione del diritto alla “dialettica della vita”, esso è perseguito sotto la forma di una ricerca sperimentale e ostinata. Dalla sparizione alla restaurazione del diritto, gli ingegneri dell’anima hanno provato tutte le combinazioni autorizzate dal dilemma (più autonomia, più comando diretto, più diritto, meno diritto).

Una differenza evidente tra le due sovversioni del diritto è che quella bolscevica è immediatamente radicale con l’abolizione della proprietà privata, mentre il nazismo conserva a prima vista la proprietà e con essa dà continuità al diritto tedesco. In realtà, i Nazisti, anch’essi avevano intavolato una rivoluzione del diritto che cercava in particolare di estirpare il soggetto del diritto per rimpiazzarlo con la *Sippe* (il lignaggio o il sangue). Questa rivoluzione doveva (dopo la vittoria) rimodellare in profondità la proprietà privata e tutto il diritto civile all’alba della *Volksgemeinschaft*. Essa inizia dalla *Reichserbhofgesetz* (1933) che fa del contadino il detentore provvisorio (*Treuhänder*, lett. fedecommissario) del fondo che appartiene alla comunità del popolo.

<sup>26</sup> Fra molte referenze, vedere la voce “Nazisme”, in Denis Alland et Stéphane Rials eds, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p.1058-1061.

Édouard Conte e Cornelia Essner suggeriscono nel loro libro *La quête de la race*<sup>27</sup> che le leggi di Norimberga (1935), in particolare la legge sulla protezione del sangue e dell'onore tedesco (*Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre*) e delle pratiche come il *Lebensborn*, il matrimonio fittizio delle ragazze madri con soldati morti, hanno comportato una ridefinizione radicale del matrimonio e della filiazione che, poco a poco, avrebbe rivoluzionato tutto il diritto civile sostituendo il lignaggio (*Sippe*) all'individuo come soggetto del diritto. Con il principio del primato della filiazione biologica sulla paternità legale, i Nazisti stavano progettando di abolire la filiazione illegittima (come in Russia nel 1917). Il principio sarà comodo per arianizzare i mezzi ebrei di madre ariana, rimpiazzando il padre legale con un genitore ariano. L'ingegneria demografica e razziale trasforma anche il diritto civile: istituzione del matrimonio postumo, del matrimonio militare a distanza (1939), regolarizzazione delle "fidanzate di guerra" fecondate dai soldati in virtù del *Zeugungsbefehl*,<sup>28</sup> ordine di procreazione, e sposate a titolo postumo al soldato morto.<sup>29</sup>

Il delirio non ha uno stile unico. Hitler è stato un mago della logica dell'idea, egli ha trovato dall'inizio la strada, Lenin e i suoi successori sono piuttosto degli ingegneri della logica dell'idea, che cercano ostinatamente le mediazioni più efficaci per realizzare l'immediatezza del comando. E' così che egli poté perseverare in un compito apparentemente impossibile per ben 70 anni. La formula eccellente di Nicolas Werth, il terrore e la resa<sup>30</sup> tocca il cuore del sistema, non solamente lo stalinismo ma l'insieme della traiettoria: radicalità dell'ideocrazia, disordine della messa in opera che non riesce a garantire mai la sua impresa e persegue senza mai prenderli i suoi sabotatori, gli obiettivi della crescita, gli elementi antisociali, ecc.

<sup>27</sup> Vedi Conte, Essner, *La quête de la race*, Paris 1995.

<sup>28</sup> E' così che i tedeschi, parodiando il gergo nazista, battezzano questa politica.

<sup>29</sup> L'istituzione è creata per decreto segreto da Hitler nel novembre 1941. Essa comporterà nel 1943, dopo molte vicissitudini e discussioni l'istituzione giuridica del divorzio dei morti per trattare i casi di truffa o di vedove indegne... queste misure designano al di là del loro aspetto circostanziale (e buffo) un nuovo diritto di lignaggio. In un articolo della rivista delle SS "*Das Schwarze Korps*", si legge nel 1942 a proposito del divorzio dai morti, "Lo Stato diviene la potenza esecutrice dell'onore e del diritto di lignaggio che, dai tempi dei nostri padri, non appariva più come personalità giuridica (...) Il procuratore di Stato [incaricato di assumere la procedura del divorzio a nome del defunto] diviene il difensore del lignaggio, i cui i diritti non possono affatto essere intralciati dai morti o da uno dei loro membri". La *Sippe* è una "comunità di vivi e di morti" i cui i membri "sentono e sanno che il sangue degli avi è in essi" (Conte et Essner, p. 174).

<sup>30</sup> E' il titolo (e la chiave) della sua raccolta di articoli: *La terreur et le désarroi. Staline et son système*, Paris, Perrin, 2007

Ritorniamo all'enigma della durata. La storia sovietica è costellata di punti di svolta importanti: seconda rivoluzione staliniana (1929), apogeo del 1938 seguito dalla svolta nazionalista-imperiale dell'ideologia, fine del terrore di massa e delle purghe sanguinarie (1935-1956), sclerosi ideologica e aumento del complesso militare – industriale a spese del partito. E' possibile, tuttavia, e forse più pertinente, comprendere queste fasi nel quadro di una continuità sostanziale che ci consente di parlare di “*proceduralità* del totalitarismo” o, con Stéphane Courtois, di un “totalitarismo di bassa intensità” dopo il 1956. La continuità del dilemma diritto – comando diretto è in ogni caso un elemento che dà manforte a questa interpretazione: quando l'abitudine è presa, l'ideocrazia può continuare anche senza il terrore e senza bisogno di credo.

**[Traduzione a cura di *Gabriele Conti\**]**

---

\* Dottorando di Ricerca in Teoria dello Stato ed Istituzioni Politiche Comparate – Università degli Studi di Roma 'La Sapienza'.