

La funzione pubblicistica del partigiano

Relazione al Convegno su “Resistenza e diritto pubblico”. Omaggio a Silvio Trentin nel 70° anniversario della morte, 30 maggio 2014, Casa della memoria e della storia – Villa Heriot, Giudecca, Venezia.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il “Partigiano” in Carl Schmitt e la crisi dello *ius publicum Europaeum*. – 3. La nozione di “legittimo combattente” nel diritto internazionale. Profili evolutivi. – 4. La “funzione pubblicistica” del partigiano nella letteratura giuspubblicistica. – 5. La vicenda storico-giuridica dei C.L.N. – 6. Casistica giurisprudenziale. – 6.1. Oltraggio a pubblico ufficiale “partigiano”. – 6.2. Caso *Ostino-Fantini*. – 6.3. Potere di imporre contribuzioni. – 6.4. Potere di confisca. – 6.5. Provvedimenti epurativi e trattamento degli “indesiderabili”. – 6.6. L’attentato di via Rasella e l’eccidio delle Fosse Ardeatine. – 7. Conclusioni.

1. Il tema del mio contributo, come di gran parte delle relazioni degli amici e colleghi che mi hanno preceduto e che mi seguiranno, si inserisce nell’attuale forte interesse per lo studio delle molteplici intersezioni che si danno fra diritto e storia.

Si parla, in tal senso, di <<giuridificazione della storia>>¹, formula certo suggestiva, ma insidiosa, in quanto indeterminata ed ambigua.

Per tentare di apportare maggiore chiarezza, quindi, mi rifarò alla recente classificazione che vede, da una parte, la trattazione degli eventi del passato, visti nella loro dimensione *fattuale*, in chiave giuridica, dall’altra la giuridificazione non tanto della storia in sé, quanto della *storiografia*, come insieme delle attività volte alla ricostruzione ed interpretazione dei fatti storici².

Pur trattandosi di fenomeni collegati, essi restano fundamentalmente distinti sul piano teorico.

Il presente lavoro privilegia la prima delle due impostazioni di metodo, guardandosi alla storia come “oggetto” del diritto; in tal senso, si è osservato come dopo lo spartiacque rappresentato dal processo di Norimberga, è sempre più il giudice, non il potere politico, che accerta la storia e ne fa scaturire le conseguenze³.

Tale fenomeno, dipendente fra l’altro dalla più generale tendenza verso la tutela giudiziale dei diritti, quale logico corollario del costituzionalismo postbellico, appare legato, da un punto di vista strettamente giuridico, alla crisi di categorie ed istituti tradizionali, come quella di “atto politico” sottratto al sindacato giurisdizionale⁴, ed è fondamentale per una comprensione del tema che sarà qui trattato, come si vedrà in seguito esaminando la casistica giurisprudenziale che si è confrontata, tra la seconda metà degli anni ’40 e gli anni ’50, con la delicata questione dei poteri esercitati, in campo sia militare sia politico-amministrativo, dal C.L.N. e dalle sue varie emanazioni (segnatamente il C.L.N.A.I. ed il Corpo volontari libertà).

L’esame di tale giurisprudenza, pur presentando l’inconveniente della possibilità di contraddizioni sulla stessa vicenda⁵, si rivela preziosissimo per il cultore del diritto pubblico, che diversamente avrebbe notevoli difficoltà a ricostruire la tematica sulla base delle sole trattazioni dottrinali interne alla sua disciplina.

Difatti, pochissimi dati emergono dallo studio di manuali, monografie e saggi che si occupano, *ex professo*, di temi che parrebbero – in via di primo approccio – interessati dal fenomeno qui analizzato.

¹ Cfr. G. RESTA – STA ENO ZENCOVICH, *La storia “giuridificata”*, in AA.VV., *Riparare risarcire ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, a cura di G. Resta e V. Zeno Zencovich, Napoli, 2012, 11 ss.

² G. RESTA – STA ENO ZENCOVICH, *La storia “giuridificata”*, cit., 12-13.

³ G. RESTA – STA ENO ZENCOVICH, *La storia “giuridificata”*, cit., 15.

⁴ Sul punto sia consentito il rinvio a G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l’atto politico*, in *Dir. amm.*, 2012, 329 ss.

⁵ Emblematica la vicenda delle Fosse Ardeatine, e la diversa valutazione dell’attacco di via Rasella data dai tribunali militari rispetto ai tribunali civili. Sul punto v. *infra*, § 6.6.

Poco feconda, ad esempio, appare l'indagine in tema di esercizio privato di pubbliche funzioni⁶, ovvero, sul fronte penalistico, quella riguardante la definizione di "pubblico ufficiale" o di "incaricato di pubblico servizio" di cui ai vigenti artt. 357 e 358 c.p.

Piuttosto, come vedremo, ad essere chiamati in causa dalle fattispecie qui esaminate, sono istituti più spuri e negletti per il giurista tradizionale; più "di nicchia", diciamo, e meno toccati dall'indagine *mainstream*.

Si pensi alla, pur fondamentale, questione relativa all'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale ed alla sua legittimazione⁷, ovvero al tema dell'esercizio "di fatto" di pubbliche funzioni⁸, che presenta talune affinità con quello, più arato, del c.d. "funzionario di fatto", ma che a rigore, come vedremo, se ne distingue.

Può essere interessante notare come tali profili risultano maggiormente comprensibili attraverso un approccio che superi il tradizionale metodo formalistico (all'epoca dei fatti ancora imperante), accreditando la rilevanza euristica delle impostazioni di stampo istituzionalistico, in cui *fatti, necessità, comunità* costituiscono un *a priori* rispetto alle *norme* positive ed al carattere esclusivamente *statuale* del diritto⁹.

Come si vedrà, peraltro, quest'ultimo rilievo all'epoca non appariva del tutto sedimentato, come si evince da taluni commenti, talora molto duri, alla giurisprudenza che si confrontava, all'indomani della guerra, con le inedite tematiche che verranno qui trattate, soprattutto su riviste quali il *Foro italiano* e la *Giurisprudenza italiana*.

L'indagine va condotta, inoltre, esaminando l'evoluzione, sul fronte del diritto internazionale, della nozione di nemico come "legittimo combattente", considerando in particolare la condotta ostile di privati all'uopo "autorizzati".

Si tratta, invero, di un tema centrale anche per la storia della resistenza¹⁰: la "rottura" del monopolio statale della violenza, dopo l'8 settembre 1943, deriva appunto dal vuoto istituzionale ad esso seguito¹¹, e chiama in causa il problema, cristiano e laico, della legittimazione dell'esercizio della violenza e della forza, non solo sulle persone, ma anche sulle cose, di fonte al nazismo ed al fascismo, visti come "nemico totale".

2. Non pare un caso che una prima, ed imprescindibile, chiave di lettura per la comprensione dei problemi che di seguito verranno esaminati sia il fondamentale lavoro di Carl Schmitt "Teoria del partigiano", significativamente sottotitolato "Integrazione al concetto del politico"¹².

Come è noto, infatti, la teoria schmittiana del partigiano estende la fondamentale distinzione amico/nemico, quale criterio di riconoscimento e di definizione del "Politico", e la applica proprio alla figura del partigiano, una delle più controverse della storia moderna.

Altrettanto nota, e suggestiva, è la fenomenologia del partigiano per Schmitt, il quale deve possedere i seguenti caratteri:

- a) L'irregolarità, trattandosi di soldato "senza uniforme";
- b) l'accresciuta mobilità e flessibilità;

⁶ Si veda, per tutte, l'ampia recente indagine di A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005. Un cenno alle compagnie coloniali dei secoli dal XVI al XIX, le quali avevano eserciti e flotte, battevano moneta, facevano guerra, il tutto sempre come privati, è, invece, in M.S. GIANNINI, *Esercizio privato di pubbliche attività*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 685.

⁷ Tema sul quale resta fondamentale lo studio di S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione*, in *Scritti minori*, I, Milano, rist. 1990, 131 ss.

⁸ Cfr. F. SATTA, *Esercizio di fatto di pubbliche funzioni (dir. amm.)*, in *Enc. giur., ad vocem*.

⁹ Già solo per questo motivo la presente indagine appare in linea con il pensiero di Silvio Trentin, che viene celebrato in questa sede.

¹⁰ Cfr. C. PAVONE, *Una guerra civile. Saggio storico sulla moralità nella Resistenza*, II, Torino, rist. 2009, 421.

¹¹ Sul tema della dissoluzione dello Stato successiva all'8 settembre, nonché della perdita di credibilità di un'intera classe dirigente, importante anche per la comprensione delle questioni trattate in questa sede, v. ora le belle pagine di S. PELI, *La Resistenza in Italia. Storia e critica*, Torino, 2004, 16 ss.

¹² C. SCHMITT, *Teoria del partigiano. Integrazione al concetto del politico* (1963), Milano, 2005. Per una densa sintesi del pensiero di Schmitt sul punto, v. N. MATTEUCCI, *Resistenza*, in *Dizionario di politica*, a cura di N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, Torino, 2004, 991 ss.

c) l'impegno politico;

d) il carattere "tellurico", in quanto il partigiano combatte in difesa della propria terra.

Peraltro, in ossequio alla sua impostazione metodologica di stampo "genealogico", Schmitt configura vari momenti di sviluppo di questa figura: a partire dalla guerriglia di resistenza della popolazione spagnola contro l'invasione napoleonica (1808-1814), passando per la formazione della milizia popolare territoriale prussiana (*Landsturm*)¹³, fino ai più recenti casi della rivoluzione bolscevica di Lenin e di quella di Mao Zedong, ovvero dell'Indocina di Ho Chi Minh.

E' pur vero che il saggio di Schmitt non si sofferma sui movimenti di resistenza durante la seconda guerra mondiale; tuttavia molto utile, e interessante, è l'idea del "partigiano" come problema chiave che sorge dopo la crisi dello *ius publicum Europaeum* in merito all'ordine giuspolitico internazionale. Il pensiero conservatore dell'insigne giurista porta ad evidenziare il radicalizzarsi della contrapposizione rispetto al "nemico", la violazione delle regole tradizionali della guerra (*ius in bello*), il passaggio dalla guerra fra Stati, circoscritta e regolamentata, alla guerra senza limiti, assoluta, che porta alla criminalizzazione del nemico.

C'è poi nel saggio di Schmitt l'idea "profetica", propria dei soli grandi pensatori, dell'evoluzione ulteriore della figura del partigiano, "sradicato" dal *nomos* della terra, in un contesto di progressiva prevalenza della tecnologia; e, in tal senso, essa si schiude alle elaborazioni che oggi, giocoforza, si misurano con la controversa figura del "terrorista"¹⁴, continuando perciò a rappresentare un riferimento imprescindibile, se ne condividano o meno gli esiti.

D'altra parte, venendo a ciò che a noi interessa più da vicino, è lo stesso Schmitt ad essere ben consapevole che, oltre al superamento progressivo del carattere "tellurico" del partigiano, un altro elemento viene progressivamente meno, specie dopo il secondo conflitto mondiale: l'irregolarità.

Emblematiche di ciò sono le pagine dedicate alla concezione del "legittimo combattente" nel passaggio dalle Convenzioni de L'Aja (1899-1907) a quelle di Ginevra del 1949, con l'ampliamento progressivo di tale nozione, visto con profonda diffidenza da Schmitt; aspetto, come diremo subito, centrale per la comprensione del nostro tema, per il quale, peraltro, molta importanza presenta pure il diritto "interno", che ha percorso la stessa estensione della nozione di "legittimo combattente" presente nelle Convenzioni di Ginevra del 1949.

In tal senso, per quanto riguarda l'Italia, tutto ruota attorno ai caratteri peculiari dei C.L.N., che all'azione di mediazione politica nel sud aggiunsero quella rivoluzionaria e militare al nord; pertanto le forze politiche che costituivano la base del governo legittimo erano le stesse forze che conducevano la lotta contro la repubblica sociale italiana ed i tedeschi, e su questa identità si fonda la legislazione e la giurisprudenza successiva sulla riferibilità allo Stato degli atti del C.L.N.A.I. e dei vari altri C.L.N.¹⁵

Prima di intrattenerci su tali aspetti, però, è il caso di indugiare ancora un po' sull'evoluzione, sotto il profilo del diritto internazionale, della nozione di "legittimo combattente".

3. Sul punto si è osservato come i criteri identificativi del legittimo combattente risentano del modo in cui si dipana storicamente il paradigma della sovranità¹⁶.

Questa esatta considerazione vale, in generale, per tutti i controversi rapporti fra sicurezza (non solo "esterna", ma anche "interna") e prerogative pubblicistiche. Si pensi all'attuale vicenda delle c.d. "ronde", ove una malintesa idea di sussidiarietà, che sarebbe stata sicuramente osteggiata dal Maestro che qui onoriamo¹⁷, ha determinato serie problematiche con riferimento alla tutela dei diritti e delle

¹³ C. SCHMITT, *Teoria del partigiano. Integrazione al concetto del politico*, cit., 62, richiama l'editto prussiano del 21 aprile 1813, ispirato da von Clausewitz, che riconosce la lotta partigiana quale forma legittima di combattimento contro l'invasore straniero, considerandolo la <<Magna Charta del partigiano>>.

¹⁴ Cfr. sul punto la bella postfazione allo scritto di C. Schmitt, nell'edizione sopra indicata, di F. VOLPI, *L'ultima sentinella della terra*, 161 ss.

¹⁵ Cfr. G. ABBAMONTE, *Comitato di liberazione nazionale*, in *Nss. D.I.*, Torino, 1959, 598.

¹⁶ F. SALERNO, *Il nemico "legittimo combattente" all'origine del diritto internazionale dei conflitti armati*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2009, 1418.

¹⁷ Su Silvio Trentin, in particolare sull'idea di un federalismo volto a rendere lo Stato e le istituzioni pubbliche come strumenti effettivi per la tutela e l'implementazione della libertà individuale, non può che rinviarsi a F. CORTESE, *Libertà individuale e organizzazione pubblica in Silvio Trentin*, Milano, 2008.

libertà fondamentali, per fortuna attenuate da una sensibile giurisprudenza e di fatto non decollate nella prassi amministrativa¹⁸. Richiamando Marx, verrebbe da dire che questo è un caso emblematico in cui la storia si manifesta la prima volta come tragedia, la seconda come farsa.

Ma torniamo al tema.

Quando tra il Seicento ed il Settecento si impone definitivamente la concezione moderna dello Stato sovrano, si rafforza il paradigma della “guerra pubblica” nel quale collocare il legittimo combattente che vi era impegnato¹⁹.

Tale assetto trova il suo momento di massima manifestazione, ma anche l’avvio della sua parabola discendente, alla fine dell’Ottocento, quando la teorica del rapporto organico²⁰, espressione della concettualizzazione positivista e pubblicista dello Stato-persona, si afferma in modo compiuto. In tale contesto il diritto internazionale fa in genere rinvio all’ordinamento interno dello Stato belligerante; la certezza dello *ius in bello* all’epoca era facilitata dalla tendenziale omologazione amministrativa degli Stati belligeranti destinatari di quelle norme, in cui, come detto, si applicavano le regole pertinenti all’individuo combattente in ragione del qualificato legame organico tra esso e l’ente sovrano di appartenenza.

Nel Medioevo, ed ancora nel Rinascimento, vi era invece un ampio coinvolgimento di singoli privati, o di intere compagnie di ventura, in operazioni militari²¹. Nelle sue manifestazioni più mature l’incarico veniva formalizzato con un’apposita “lettera di condotta”, con la quale il sovrano assegnava al capitano di ventura il comando amministrativo e tattico, ivi compresa la responsabilità in tema di disciplina militare.

Si pensi, inoltre, alla c.d. “Carta di rappresaglia” o “lettera di marca”, con la quale l’ente sovrano forniva al privato la possibilità di esercitare la forza sullo straniero e i suoi beni, per ragioni di autotutela pur compatibili con gli interessi del sovrano.

Fino agli inizi dell’Ottocento, poi, il sovrano autorizzava con apposita “lettera di corsa” un privato – proprietario o armatore della nave – a condurre con un equipaggio da lui scelto le ostilità nei confronti di navi mercantili nemiche. L’uso della forza, pur materialmente espletato dal privato, rientrava nella *iusdictio* del sovrano, che le conferiva la necessaria legittimità, riconoscendo per certi versi alla nave corsara una funzione pubblicistica.

E tuttavia ciò non era sufficiente per attribuire la qualifica di organo belligerante al comandante corsaro: la teorica del legame organico si delinea in una fase successiva, e, in tal senso, nella prassi dell’epoca il corsaro restava il solo responsabile della condotta dell’equipaggio.

Il tramonto del fenomeno della “corsa” è quindi dovuto alla tendenza ottocentesca ad assorbire i rapporti di belligeranza nella sfera dei valori e degli interessi pubblicistici che il diritto internazionale regolava in modo crescente.

D’altra parte, sul finire dell’Ottocento proprio nel diritto internazionale si registra la tendenza ad estendere la nozione di organo²², e ciò si riverbera ineluttabilmente sulla nozione di “legittimo combattente”.

La questione fondamentale che si pone è se determinate truppe, pur organi dello Stato belligerante, fossero organizzate in modo tale da prevenire comportamenti contrari alla coscienza giuridica del tempo e quindi potesse loro attribuirsi lo statuto internazionale protetto di combattente legittimo; si sente, quindi, l’esigenza di determinare le caratteristiche minime atte a distinguere i combattenti “regolari” da quelli “irregolari”, specie nel caso di milizie volontarie e “corpi franchi”, che costituivano formazioni combattenti non riconducibili all’apparato militare permanente dello Stato “belligerante”.

¹⁸ Sia consentito sul punto il rinvio a G. TROPEA, *Sicurezza e sussidiarietà. Premesse per uno studio sui rapporti tra sicurezza pubblica e democrazia amministrativa*, Napoli, 2010, spec. 363 ss.; ID., *La sicurezza urbana, le ronde, e il disagio (sociale) della Corte*, in *Dir. amm.*, 2011, 55 ss.

¹⁹ F. SALERNO, *Il nemico “legittimo combattente” all’origine del diritto internazionale dei conflitti armati*, cit., 1418.

²⁰ Cfr. M.S. GIANNINI, *Organi (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, 39.

²¹ Su tali aspetti, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, v. ancora lo studio di F. SALERNO, *Il nemico “legittimo combattente” all’origine del diritto internazionale dei conflitti armati*, cit., spec. 1459 ss.

²² F. SALERNO, *Il nemico “legittimo combattente” all’origine del diritto internazionale dei conflitti armati*, cit., 1424.

Emblematico in tal senso l'art. 1 del Regolamento allegato alla II Convenzione de l'Aja del 1899, ripreso pressoché alla lettera dall'art. 1 del Regolamento annesso alla IV Convenzione de l'Aja del 1907, e quindi ribadito nella codificazione successiva.

Il legittimo combattente doveva innanzi tutto appartenere ad una formazione collettiva, sottoposta ad un "comando responsabile". Si escludevano pertanto i combattenti isolati, i c.d. "franchi tiratori".

Inoltre, i Regolamenti de l'Aja richiedevano che il legittimo combattente avesse un segno distintivo riconoscibile a distanza.

Da notare, peraltro, che il Regolamento annesso alla IV Convenzione dell'Aja del 1907 estende la qualità di legittimo combattente a tutta la popolazione civile che reagisce all'invasione straniera del proprio territorio prima che sia occupato: è il fenomeno della c.d. "levata di massa", cui partecipa la collettività nazionale interessata dall'invasione e che decide di prendere spontaneamente le armi per combattere il nemico senza aver avuto il tempo di organizzarsi sotto un comando responsabile o con segni distintivi particolari.

Infine, come rileva polemicamente anche Schmitt, con le Convenzioni di Ginevra del 1949 si ha un'ulteriore estensione della nozione di legittimo combattente, ben oltre i criteri derivanti dall'esistenza di un oggettivo legame organico con la Potenza belligerante, ma nell'ambito di quelle esigenze di conservazione dello Stato che il diritto di guerra non può eludere.

L'affievolimento di tale condizione era stato evidenziato proprio dall'esperienza della Resistenza europea a cui le Convenzioni del 1949 si riferivano: frequenti furono le decisioni giudiziarie, specie in Italia e in Francia, che dopo la seconda guerra mondiale estesero lo *status* di legittimo combattente anche a quanti avessero militato in formazioni partigiane prive di sicuri legami con la Potenza belligerante di riferimento.

In tal senso, a ben vedere, il diritto internazionale successivo al secondo conflitto mondiale finisce per ratificare un'estensione della nozione di legittimo combattente che viene già dagli ordinamenti interni degli Stati occupati. I quali, a loro volta, legittimano *ex post* una serie di eventi e di vicende che derivavano dalle necessità e dalle contingenze estreme del momento.

Davvero si può dire, in questo caso, richiamando il noto passo del Digesto: *ex facto oritur ius*²³.

Emblematica appare proprio la giurisprudenza italiana del primissimo dopoguerra, ove in più punti, con argomenti che oggi potrebbero apparire superati, si avvalorava la prevalenza del diritto interno su quello internazionale, almeno prima delle Convenzioni di Ginevra del 1949.

4. E' dunque in tale scenario generale che deve essere inquadrata la questione della "funzione pubblicistica" del partigiano.

Come si è accennato, la letteratura amministrativistica praticamente non si occupa del tema.

La ragione di questo silenzio pare legata ad un duplice ordine di fattori.

Prima di tutto il dato che, sotto un profilo metodologico, i rapporti fra diritto e storia costituivano una sovrastruttura poco rilevante nell'ancora maggioritaria tendenza positivista legata alla scuola del diritto pubblico di ascendenza orlandiana.

Ma tale spiegazione, evidentemente, non basta. La lezione gianniniana, infatti, proprio in quegli anni contribuiva a scavare un solco importante rispetto alla tradizione, con importanti aperture alla storia, alla sociologia, alla scienza della politica. Sotto questo aspetto, peraltro, la figura di Silvio Trentin si rivela precorritrice²⁴.

Più semplicemente, è il tema in sé ad apparire eccentrico rispetto ai settori di studio consolidati.

²³ In tal senso v. pure G. TUCCI, *La diffamazione dei partigiani: il caso Bentivegna*, in *Riparare risarcire ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, cit., 317.

²⁴ Ricorda A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009, 308, che Silvio Trentin, nei concorsi a cattedra del 1920-1921 presso le Università di Cagliari e di Macerata viene definito dalle commissioni di concorso "esuberante", volendone sottolineare con tutta probabilità le deviazioni rispetto al puro metodo giuridico.

Ed infatti, esso non viene trattato nell'ambito delle elaborazioni su un istituto ancor oggi centrale del diritto amministrativo, ovvero l'esercizio privato di pubbliche funzioni²⁵, né viene approfondito da parte dei penalisti che si occupano dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, e sono quindi impegnati ad individuare un criterio²⁶ per delimitare la figura del pubblico ufficiale e dell'incaricato di pubblico servizio.

Piuttosto, la questione va inquadrata nell'ambito della problematica del c.d. funzionario di fatto.

Secondo la dottrina il fenomeno delle *funzioni di fatto* viene a determinare tra la pubblica amministrazione e gli agenti di fatto, pur in mancanza di una investitura esistente come tale, un vero e proprio rapporto organico. L'esercizio di fatto di pubbliche funzioni può verificarsi nei momenti di eventi eccezionali che facciano venir meno l'effettività dei poteri costituiti; in tal senso si fa proprio l'esempio del completo isolamento di una parte del territorio nazionale per causa di guerra, e si richiama ciò che avvenne, subito dopo il 25 aprile 1945, nell'Italia settentrionale ad opera dei Comitati di liberazione nazionale²⁷.

Peraltro, in questi casi, la dottrina maggioritaria ritiene che nella figura del funzionario di fatto non possano farsi rientrare i fatti di *occupatio bellica*, le ipotesi di sommosse popolari e di rivoluzioni politiche, trattandosi di ipotesi che pongono problemi diversi. Non si tratta, difatti, di imputare l'attività svolta da un soggetto ad un pubblico ufficio, perché questo, per il dissolvimento dell'ordine giuridico precostituito non esiste in quel momento. In questi casi, di regola, il nuovo ordinamento provvede a risolvere con apposite leggi i problemi posti dall'esistenza di organizzazioni pubbliche costitutesi di fatto prima dell'instaurazione del nuovo ordine giuridico²⁸.

A rigore, quindi, più che di applicazione della teoria del funzionario di fatto, deve parlarsi di "esercizio di fatto di pubbliche funzioni", caratterizzato da due elementi: da un lato l'*oggettiva* pertinenza allo Stato o ad altro ente pubblico della funzione svolta, dall'altro la *soggettiva* totale estraneità di chi svolge la funzione rispetto alla organizzazione dello Stato o dell'ente²⁹.

In questa fattispecie si sono individuati dei fondamenti comuni con altri istituti tradizionalmente considerati *extra ordinem*: la *negotiorum gestio*, ad esempio, cioè l'opera di qualcuno per conto di un terzo, a sua insaputa, in sua assenza, ma nel suo interesse³⁰.

Ma, soprattutto, si è osservato come il fondamento del c.d. esercizio di fatto di pubbliche funzioni e dei suoi effetti sullo Stato o su altro ente pubblico non sta nell'esistenza di una norma o di un principio (es. quello di necessità)³¹ che in qualche modo prevalga sulle altre, ma più semplicemente nel fatto che

²⁵ Nozione, come è noto, introdotta da S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1912, 189 ss., e poi approfondita nella prima monografia sul tema da G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da V.E. Orlando, II, pt. III, Milano, 1920. Per una più recente ricostruzione storico-evolutiva dell'istituto v. il già richiamato studio di A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, cit., spec. cap. I, nonché F. DE LEONARDIS, *Esercizio privato di pubbliche funzioni e pubblici servizi*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. III, Milano, 2006, 2296 ss.

²⁶ Soggettivo o oggettivo; come è noto prevalse quest'ultimo: sul punto v. A. FIORELLA, *Ufficiale pubblico, incaricato di un pubblico servizio o di un servizio di pubblica necessità*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 563 ss. D'altra parte la dottrina, nelle rare ipotesi in cui prende in considerazione tali vicende, parla di applicazioni pratiche spesso *icto oculi* arbitrarie. Così F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Parte speciale, vol. 2, Milano, 2008, 294, nota 14, con riferimento ai seguenti casi giurisprudenziali in cui si è prospettata la ricorrenza della figura del pubblico ufficiale in capo al: componente del Comitato di liberazione nazionale (Cass., 25 marzo 1949); comandante di una formazione di partigiani (Cass., 11 aprile 1947); contabile presso le formazioni garibaldine (Cass., 18 luglio 1946).

²⁷ Cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1989, 224-225. Sul punto v. già ID., *Fatti dannosi dei C.L.N. e responsabilità della pubblica Amministrazione*, in *Foro it.*, 1951, I, 810, secondo il quale ricorrerebbero tutte le condizioni dell'esercizio di fatto di pubbliche funzioni: inefficienza dell'autorità legittima; essenzialità e indifferibilità dell'esercizio dei poteri. Alcuni hanno distinto la figura del funzionario di fatto da quella dell'organo di fatto, che sarebbe rilevante nel caso di specie, anche se poi si applicherebbero gli stessi elementi e principi elaborati dalla dottrina per la figura del funzionario di fatto. Cfr. in tal senso L.R. LEVI, *Alcune osservazioni sulla natura giuridica dei C.L.N.*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1946, II, 2, 357; E. DI SALVO, *Ancora sulla natura giuridica dei Comitati di liberazione nazionale e sui poteri da essi esercitati*, in *Giust. civ.*, 1958, 311.

²⁸ Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1993, 295; S. TERRANOVA, *Funzionario (dir. pubbl.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 286.

²⁹ F. SATTA, *Esercizio di fatto di pubbliche funzioni (dir. amm.)*, cit., 1.

³⁰ F. SATTA, *Esercizio di fatto di pubbliche funzioni (dir. amm.)*, cit., 2.

³¹ Secondo la nota ricostruzione di G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, 377 ss.

<<la comunità partecipa alla vita>>³². Sicché: <<Pare ragionevole sostenere che ogni qualvolta l'attività, materiale o giuridica che sia, abbia nella comunità e nelle sue esigenze il proprio punto di riferimento, sia impossibile negare che essa è anche giuridicamente imputabile alla comunità: e che quindi gli atti adottati abbiano piena efficacia giuridica, senza bisogno di alcuna ratifica o convalida; e che viceversa per togliere loro tale efficacia sia necessario un atto di volontà contraria da parte dell'ordinamento istituzionale, di diritto, che subentra a quello di fatto>>³³.

Evidente appare in questa impostazione il debito rispetto alla lezione romaniana.

Nel saggio su l' "Instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale", dell'inizio del secolo scorso, ma precursore di tante questioni che verranno in seguito inquadrare secondo la lente della teoria istituzionalistica del diritto, il Maestro palermitano considera anche la fattispecie dei Governi provvisori, da cui deriva l'instaurazione di fatto di un nuovo ordinamento. Essi devono considerarsi come organi dello Stato, organi che ebbero vita in momenti eccezionali e transitori, ma che in ogni modo rivestono tale qualità. Sempre secondo Romano, gli atti emessi da questi organi acquistano il carattere di atti compiuti dallo Stato, per un sorta di <<retroattività necessaria>>, e senza la necessità che il nuovo Stato espressamente sanzioni tale effetto³⁴.

Si tratta, come si vedrà, di un aspetto centrale nell'elaborazione giurisprudenziale relativa alla figura del partigiano come "pubblico ufficiale".

Peraltro, seguendo l'impostazione romaniana, a proposito del tema delle occupazioni militari Massimo Severo Giannini notava come il loro carattere più rilevante fosse rappresentato dal fatto che esse dessero luogo ad ordinamenti giuridici, seppure di carattere provvisorio e di durata limitata, nei quali si trovano apposite norme giuridiche – di solito emanate con bandi militari – ed atti amministrativi emanati sulla base di queste ultime³⁵.

Prima di considerare la suddetta giurisprudenza più nel dettaglio, però, è opportuno ripercorrere, seppure in breve, la vicenda storico-giuridica dei Comitati di liberazione nazionale in Italia.

5. Si è detto dell'opportunità di distinguere l'azione e le funzioni dei C.L.N. rispettivamente nel sud e nel nord Italia.

Nel primo caso i C.L.N. svolsero ruoli molti importanti: formarono la base del governo, sostituendo sotto questo aspetto il parlamento; concorsero alla formazione di un'assemblea provvisoria, la Consulta, che avrebbe dovuto affiancare l'attività politica del governo; conservarono al popolo la decisione sulla questione istituzionale. In tal senso non operarono né contro né all'interno dello Stato monarchico, ma ne formarono la base politica nel periodo di transizione dall'armistizio alla Costituente, convogliando le forze politiche che in quel periodo tendevano alla restaurazione della democrazia³⁶.

All'azione di mediazione politica nel sud si affiancò l'azione rivoluzionaria al nord. Quest'attività si espresse, in un primo periodo, con azioni di sabotaggio e guerriglia condotte localmente per iniziativa dei C.L.N. comunali e provinciali; poi, nel gennaio 1944, il C.L.N. di Milano si costituiva in C.L.N.A.I. e diveniva il centro della Resistenza ottenendo la delega per l'Alta Italia dal C.L.N. di Roma che funzionava da Comitato centrale. Pertanto le forze politiche che costituivano la base del governo legittimo erano le stesse che conducevano la lotta contro la repubblica sociale italiana e i tedeschi e su questa identità si fonda, come si è detto, la legislazione e la giurisprudenza successiva sulla riferibilità allo Stato degli atti del C.L.N.A.I.³⁷

³² F. SATTA, *Esercizio di fatto di pubbliche funzioni (dir. amm.)*, cit., 2.

³³ F. SATTA, *Esercizio di fatto di pubbliche funzioni (dir. amm.)*, cit., 3.

³⁴ S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione*, cit., 192.

³⁵ Cfr. M.S. GIANNINI, *Sulle requisizioni militari alleate: profili generali e giurisdizione*, in *Scritti*, vol. III, Milano, 2003, 809 ss.; ID., *Norme delle autorità occupanti e diritto dei privati*, in *Scritti*, vol. II, Milano, 2002, 643 ss., ove pure la constatazione di come le regole imposte dalle convenzioni di armistizio della Germania prima, e delle potenze alleate poi, avessero profondamente modificato il contenuto delle Convenzioni dell'Aja; in particolare, non fu osservata la norma che vietava ai belligeranti la modificazione dell'ordinamento giuridico dello Stato occupato, sicché tutti i belligeranti istituirono nuove organizzazioni amministrative, disciplinarono in materia di produzione industriale ed agricola, commercio, regolarono la proprietà privata, e così via: cose, tutte, vietate dalle convenzioni dell'Aja.

³⁶ G. ABBAMONTE, *Comitato di liberazione nazionale*, cit., 598.

³⁷ G. ABBAMONTE, *Comitato di liberazione nazionale*, cit., 598.

Il “ciclo di vita” dei comitati di liberazione nazionale si distingue, quindi, in tre fasi. Infatti essi, dopo un primo periodo di clandestinità, assunsero il 25 aprile 1945 tutti i poteri civili ed esercitarono vera e propria azione di governo, assicurando l’ordine pubblico e provvedendo agli approvvigionamenti ed a tutti gli altri essenziali servizi di pubblica utilità; infine, con l’insediamento del Governo militare alleato (1 giugno 1945), che assorbì l’esercizio dei predetti poteri, ai C.L.N. venne riconosciuta solamente una funzione consultiva³⁸.

La rilevanza giuridica dei C.L.N., pertanto, è diversa ove la si consideri nei confronti della Repubblica sociale italiana ovvero nei confronti dell’ordinamento giuridico del Regno³⁹. La prima, infatti, li considerava illeciti e qualificava “banditi” i partigiani, punendoli con la fucilazione alla schiena (D.lg. r.s.i. 18 aprile n. 145), mentre il governo del Regno, fin dal loro primo sorgere, affidava ad essi una generica rappresentanza politica nei territori non liberati, la quale, successivamente, ebbe numerosi riconoscimenti legislativi⁴⁰.

Sul punto va ricordato, prima di tutto, l’art. 1 del D.lg. 28 febbraio 1945 n. 73, che delegò al C.L.N.A.I. la rappresentanza del governo nella lotta contro il nemico⁴¹, e l’ordine generale n. 1 del 1° giugno 1945 del Governo Militare Alleato nella Lombardia che, se da una parte determinò la cessazione degli effetti dei decreti e delle ordinanze emanati dal C.L.N.A.I. dal momento in cui vennero sostituiti da decreti ed ordinanze del Governo Militare Alleato, d’altra parte riconobbe la validità giuridica dei provvedimenti sino a quel momento emanati dai C.L.N.

³⁸ In ossequio al fermo proposito degli Alleati, nonché del governo Bonomi, che vedevano nel disarmo e nel passaggio dei poteri dal C.L.N.A.I. al governo di occupazione militare una tappa irrinunciabile di un’impostazione che privilegiava, su tutto, l’obiettivo di un dopo-liberazione il più tranquillo possibile, e in contrasto rispetto al desiderio dei gruppi dirigenti della Resistenza (specie i comunisti e i membri del partito d’azione) di trasformare i C.L.N. nelle strutture portanti del nuovo Stato. I pochi giorni di intervallo fra insurrezione e arrivo degli Alleati furono dunque lo spazio di effettivo potere concesso, il momento transitorio in cui il C.L.N.A.I. avrebbe potuto estendere la sua piena sovranità sull’Italia appena liberata. Cfr. S. PELI, *La Resistenza in Italia. Storia e critica*, cit., 148-153.

³⁹ Cfr. in tal senso E. DI SALVO, *Ancora sulla natura giuridica dei Comitati di liberazione nazionale e sui poteri da essi esercitati*, cit., 310; L.R. LEVI, *Alcune osservazioni sulla natura giuridica dei C.L.N.*, cit., 356.

⁴⁰ E’ ben noto, d’altra parte, come nei primi tempi la “questione istituzionale”, cioè l’atteggiamento da assumere da parte dei C.L.N. nei confronti del re e del suo governo, fu risolta nel senso di un reciso rifiuto ad ogni forma di collaborazione (come emerge dalla dichiarazione del 16 ottobre 1943 del C.L.N. di Roma in risposta alla formale dichiarazione di guerra alla Germania del governo Badoglio del 13 ottobre 1943). Stesso scetticismo caratterizzò le opinioni degli Alleati sui C.L.N. Le cose cambiano con la “svolta di Salerno”, cioè la decisione di Togliatti, rientrato in patria il 27 marzo 1944, di proclamare irrealistica la pregiudiziale antimonarchica che aveva determinato il muro contro muro fra governo del Sud e C.L.N. Nel giugno del 1944, sull’onda del nuovo slancio unitario, si giunge alla creazione del comando generale del Corpo volontari della libertà (C.V.L.), coronandosi così un intenso sforzo volto ad istituzionalizzare, coordinare e disciplinare l’insieme delle forze partigiane. Da qui, poi, la tendenza ad omogeneizzare l’amministrazione (anche della giustizia) partigiana su porzioni del territorio sempre più vaste. In ogni caso, il processo di istituzionalizzazione marcia di pari passo con la progressiva politicizzazione della Resistenza. Sotto questo aspetto i momenti fondamentali saranno, prima, il modello “Firenze”, dopo la liberazione della quale il C.L.N. riesce ad imporsi agli Alleati come garante di ricambio della classe dirigente, e l’esperienza politico-amministrativa (soprattutto con competenze su questioni annonarie e fiscali) – pur breve e fortemente diversificata a seconda delle varie realtà – delle “zone libere”. Altro momento fondamentale è rappresentato dagli accordi siglati dal C.L.N.A.I. nel dicembre 1944 (nel pieno della crisi più grave della Resistenza italiana) con gli Alleati. Il governo Bonomi firma a Roma un accordo con il quale delega il C.L.N.A.I. <<a rappresentarlo nella lotta che i patrioti hanno impegnato contro i tedeschi e i fascisti nell’Italia non ancora liberata>>; in cambio il C.L.N.A.I. accetta <<di agire come delegato del governo italiano (...) sola autorità legittima in quella parte di Italia che è già stata o sarà in seguito restituita al Governo militare alleato>>. Inoltre il C.L.N.A.I., <<all’atto della creazione del Governo militare alleato>>, avrebbe dovuto cedere <<tutti i poteri di governo e di amministrazione precedentemente assunti>>. Infine, solo nell’aprile del 1945, e con tante difficoltà e distinguo, si arriva all’unificazione delle formazioni partigiane, vista dai vertici del C.V.L. come momento fondamentale non solo per entrare definitivamente a far parte dell’esercito, ma, più in generale, per “entrare all’interno dello Stato”. Su tali aspetti, molto rilevanti per il tema qui trattato, cfr. S. PELI, *La Resistenza in Italia. Storia e critica*, cit., 50-54, 77-81, 85-102, 124-129, 136-143.

⁴¹ Cfr. E. DI SALVO, *Ancora sulla natura giuridica dei Comitati di liberazione nazionale e sui poteri da essi esercitati*, cit., 311; G. ABBAMONTE, *Comitato di liberazione nazionale*, cit., 599, che ritiene rilevante questa delega espressa, anche se poi sottolinea come sia un problema di interpretazione quello di vedere caso per caso se l’atto rientrava nei limiti dell’esigenza della lotta; *contra* A.M. SANDULLI, *Fatti dannosi dei C.L.N. e responsabilità della pubblica Amministrazione*, cit., 810, secondo il quale a tale delega non sono stati riconosciuti i caratteri di attribuzione di pubblici poteri, ma soltanto quelli di conferimento di una generica rappresentanza di carattere politico; in tal senso v. anche L.R. LEVI, *Alcune osservazioni sulla natura giuridica dei C.L.N.*, cit., 357.

In seguito, le disposizioni di legge emanate per affermare la legittimità dell'azione dei C.L.N. e dei partigiani furono numerose⁴². Si ricordino, a titolo d'esempio: il D.lg.l. 12 aprile 1945 n. 194, il quale considera azioni di guerra le requisizioni ed ogni altra operazione compiuta dei patrioti per la necessità della lotta contro i tedeschi ed i fascisti nel periodo dell'occupazione nemica; il D.lg. 21 agosto 1945 n. 518, concernente il riconoscimento delle qualifiche di partigiani e l'esame delle proposte di ricompense; il D.I.C.P.S. 6 settembre 1946 n. 93, che equipara i partigiani combattenti ai militari volontari; il D.I.C.P.S. 16 settembre 1946 n. 304, che regola il riconoscimento dei gradi militari ai partigiani.

Quanto al problema della natura giuridica dei C.L.N. diverse tesi sono state avanzate.

C'è chi li ha denominati organi straordinari politici⁴³, e chi ha riconosciuto ad essi funzioni analoghe a quelle del parlamento in ordine alla determinazione dell'indirizzo politico⁴⁴. Altri hanno parlato di organizzazioni interpartitiche che agivano assistite da una presunzione di rappresentatività del popolo⁴⁵. Altri, ancora, hanno messo in luce la natura eminentemente politica dei C.L.N., ed il loro carattere straordinario, avendo essi direttamente (sulla base di accordi) posto in essere iniziative che furono alla base della formazione del governo e della legislazione⁴⁶.

Altra peculiarità dei C.L.N., come vedremo ad esempio esaminando la giurisprudenza in tema di imposizioni di contribuzioni di guerra o di trattamento degli "indesiderabili", è data dall'accentramento in essi di tutti i poteri: legislativo, giudiziario e amministrativo. Tale dissonanza si giustifica unicamente considerando le eccezionali circostanze che determinarono il venir meno di qualsiasi principio di organizzazione statale e di tutela del privato di fronte all'azione di organi pubblici, e spiega, ad esempio, perché siano state ritenute legittime le modalità di imposizione di tributi che si estrinsecavano con ordini rivolti a singole persone⁴⁷.

Non si tratta, evidentemente, di mere discettazioni di ordine teorico, poiché tanti erano i problemi giuridici che si affacciavano all'orizzonte, dopo la fine della guerra.

Lo testimonia, appunto, la giurisprudenza che veniamo a questo punto ad esaminare, in tema, ad esempio, di oltraggio a pubblico ufficiale "partigiano", di imposizione di contribuzioni di guerra, di potere di compiere rappresaglie e prelevare ostaggi, di confisca, di trattamento degli "indesiderabili", nonché di responsabilità connessa all'eccidio delle Fosse Ardeatine, ed al precedente attentato di via Rasella.

In tali vicende si pongono questioni di non agevole soluzione per il giurista, come quella della riferibilità allo Stato degli atti del C.L.N., ovvero della natura dichiarativa o costitutiva delle norme invocate *ex post* per legittimare l'attività dei partigiani.

Come diremo, la giurisprudenza maggioritaria esprime un'impostazione di fondo, che accomuna varie voci dell'epoca, a volte impegnate anche in prima persona sul campo della lotta partigiana⁴⁸, e che potremmo definire "realistica": l'idea è che l'origine dei C.L.N. e l'attività da essi svolta non possa essere valutata secondo i canoni del formalismo giuridico, poiché essa si è svolta al di fuori del diritto positivo, come prodotto di un mutato equilibrio di forze sociali⁴⁹, ed è caratterizzata dalla *salus reipublicae*⁵⁰, di modo che il diritto positivo dovrebbe fare i conti con quello che è stata veramente la guerra partigiana, <<intessuta>> di <<sottili, impreveduti fili>>⁵¹, ed alla quale, stanti i principi di necessità e ragione di guerra, nonché le sue caratteristiche di "guerriglia", non possono applicarsi *sic et*

⁴² Cfr. E. DI SALVO, *Ancora sulla natura giuridica dei Comitati di liberazione nazionale e sui poteri da essi esercitati*, cit., 311; D.R. PERETTI-GRIVA, *Sulla funzione pubblicistica del partigiano*, in *Giur. it.*, 1947, I, 75-76; D.L. BIANCO, *Partigiani e pubblici ufficiali*, in *Foro it.*, 1947, II, 99-100.

⁴³ F. PERGOLESI, *Diritto costituzionale*, Bologna, 1948, 9-11.

⁴⁴ C. MORTATI, *La Costituente*, Roma, 1945, 155.

⁴⁵ V. GUELI, *Diritto costituzionale provvisorio e transitorio*, Roma, 1950, 66.

⁴⁶ G. ABBAMONTE, *Comitato di liberazione nazionale*, cit., 599.

⁴⁷ E. DI SALVO, *Ancora sulla natura giuridica dei Comitati di liberazione nazionale e sui poteri da essi esercitati*, cit., 312.

⁴⁸ Emblematica la vicenda umana e professionale di Dante Livio Bianco.

⁴⁹ E. DI SALVO, *Ancora sulla natura giuridica dei Comitati di liberazione nazionale e sui poteri da essi esercitati*, cit., 311.

⁵⁰ D.R. PERETTI-GRIVA, *Sulla funzione pubblicistica del partigiano*, cit., 75.

⁵¹ D.L. BIANCO, *Guerra partigiana e potere di confisca*, in *Foro it.*, 1948, I, 323.

simpliciter le disposizioni dettate per una condotta di guerra tradizionale⁵², potendosi dare largo ricorso al criterio dell'analogia⁵³.

Non sono mancate, peraltro, voci minoritarie, seppure molto autorevoli e certo non annoverabili fra i sostenitori del regime fascista⁵⁴, collocate su posizioni più sorvegliate ed attente al rispetto del diritto obiettivo vigente⁵⁵.

Anche in questo caso, quindi, un tema apparentemente residuale ci svela grandi scenari generali: dalla schmittiana questione sul "chi" decide nello stato d'eccezione al problema – senza tempo – dei difficili rapporti fra giudice e legge⁵⁶, passando per l'attenuazione del principio di separazione dei poteri. Sennonché in questo caso è la Storia eccezionale e drammatica di quegli anni a prospettare al giurista questioni di tanto grande portata, sicché esse vanno adeguatamente contestualizzate, oltre che trattate con la cura ed il rispetto che si deve per chi ha consentito, spesso pagando con la vita, il ripristino della democrazia e della libertà nel nostro Paese.

6. Veniamo a questo punto all'indicazione della giurisprudenza più rappresentativa, considerando altresì i principali commenti apparsi sulle riviste giuridiche dell'epoca.

6.1. Nel caso affrontato dalla Pretura di Fossano, con sentenza 23 gennaio 1947⁵⁷, due soggetti (il Margaria ed il Rabbia) in concorso fra loro, insultano un comandante partigiano (Francesco Costamagna) apostrofandolo con le seguenti parole: <<che cosa vuoi tu che sei andato a prendere i Marengo con la mitraglia; io ho fatto sette mesi di prigione, e tu sei un delinquente o un assassino, delinquente, ladro; quando mi vennero a rubare i soldi se non c'eri tu, c'eri di sicuro per lo meno a dividere, ecc.>>.

Secondo il giudice il Costamagna deve essere considerato come pubblico ufficiale, a norma dell'art. 357 c.p., in quanto, come comandante partigiano del distaccamento di Centallo del Corpo Volontari della Libertà, egli era alle dipendenze dei C.L.N., ed aveva funzioni di ordine pubblico e di polizia. In tal senso depongono sia l'organizzazione dei C.L.N., sorta come genuina espressione del movimento popolare e quindi sovrana, unica espressione del Governo democratico italiano, sia la legislazione susseguente alla liberazione, che parifica i volontari combattenti della liberazione ai militari dell'Esercito italiano.

In fatto si riconosce che l'offesa aggravata era stata posta in essere da entrambi gli imputati alla presenza del Costamagna, e riferita a fatti che questi aveva compiuto nell'esercizio delle funzioni di pubblico ufficiale.

Nelle note di commento che abbiamo reperito si aderisce a queste conclusioni.

Si evidenzia, da un lato, la nozione assai lata di pubblico ufficiale data dall'art. 357, n. 2, c.p. allora vigente, con richiamo alla già allora prevalente teoria oggettiva, dall'altro si sottolinea come, anche a prescindere delle pur rilevanti norme successive che hanno ratificato e comunque riconosciuto le azioni dei partigiani, la *salus reipublicae* doveva venire in considerazione anche per l'assunzione di funzioni pubbliche⁵⁸. Peraltro, pur a non voler accettare la rilevanza di tali disposizioni, che facevano del C.V.L. per il C.L.N. dell'Alta Italia quello che l'esercito regolare era per il governo di Roma, si richiama comunque la figura del funzionario di fatto per ammettere la qualità di pubblico ufficiale a prescindere

⁵² Cfr. P. GRECO, *Diritto di guerra e guerra partigiana*, in *Foro it.*, 1948, I, 44 ss.

⁵³ C. GALANTE GARRONE, *Sui poteri del comandante partigiano in zona di operazioni*, in *Foro pad.*, 1947, I, 525.

⁵⁴ Ci si riferisce ad Aldo M. Sandulli, il quale, dopo aver combattuto in Jugoslavia, fu tenente di artiglieria sul fronte del Don, in appoggio al Corpo d'armata alpino. Al termine della ritirata di Russia fu preso prigioniero nel gennaio 1943 e sopravvisse ai lager sovietici, tornando in Italia nel luglio del 1946. Cfr. sul punto A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, cit., 257-258.

⁵⁵ Cfr. A.M. SANDULLI, *Fatti dannosi dei C.L.N. e responsabilità della pubblica Amministrazione*, cit.; ID., *In tema di confische operate dai partigiani*, in *Foro it.*, 1947, I, 1016; ID., *Postilla*, in *Foro it.*, 1948, I, 324.

⁵⁶ Riprendendo qui il titolo della bella raccolta di saggi di G. VERDE, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Napoli, 2012.

⁵⁷ In *Giur. it.*, 1947, I, 74 ss., e in *Foro it.*, 1947, II, 98 ss. Il fatto si inserisce storicamente all'interno dei mutevoli rapporti fra partigiani e popolazioni civili, sui quali v. S. PELI, *La Resistenza in Italia. Storia e critica*, cit., 238-249.

⁵⁸ D.R. PERETTI-GRIVA, *Sulla funzione pubblicistica del partigiano*, cit., 75-76.

d'una formale nomina o investitura⁵⁹. Altri, poi, distinguono fra azioni di guerra ed azioni di polizia, ritenendo che solo quando il comandante partigiano adempiva a compiti di ordine pubblico o di sicurezza potesse considerarsi pubblico ufficiale, fermo restando che doveva trattarsi di legittime operazioni di polizia, e non di azioni svolte fuori dall'ambito delle attribuzioni ricevute⁶⁰.

6.2. Nel caso *Ostino-Fantini*, deciso con sentenza del Tribunale di Torino 11 luglio 1947⁶¹, un comando partigiano, a seguito dell'attacco improvviso di una sua pattuglia da parte dei tedeschi nello stabilimento Ostino, aveva deciso una rappresaglia. Per evitarla si impose all'Ostino, proprietario dello stabilimento, il pagamento della somma di un milione; a fronte del mancato pagamento, venne presa come ostaggio la figlia dell'Ostino, rilasciata a seguito del pagamento della somma di tre milioni di lire.

Vicenda particolarmente interessante, dunque, in cui si manifesta in forma contestuale l'esercizio da parte del comando partigiano di una serie di poteri particolarmente incisivi, che vengono ritenuti tutti legittimi: imporre contribuzioni di guerra, compiere rappresaglie, prelevare ostaggi.

Il Tribunale di Torino afferma un principio molto importante: le formazioni partigiane inquadratesi nel C.V.L. facevano parte delle forze armate dello Stato italiano.

Ciò indipendentemente dalle Convenzioni dell'Aja del 1899 e del 1907, che pure disponevano che i diritti e i doveri di guerra si applicano anche alle milizie ed ai corpi volontari. I giudici, evidentemente, necessitavano di ulteriori riferimenti normativi rispetto al diritto internazionale, che come si è detto con le Convenzioni dell'Aja, prima della Convenzione di Ginevra del 1949, apriva sì ai corpi volontari ma con molte cautele.

In tal senso la sentenza del Tribunale di Torino si segnala per due importanti affermazioni.

Sul diritto internazionale prevale il diritto interno, nel quale l'art. 1 del d.l. n. 73 del 1945, delegando al C.L.N.A.I. <<la rappresentanza del Governo nella lotta contro il nemico>> ha parificato il C.V.L., organizzazione militare del C.L.N.A.I., all'esercito regolare, organizzazione militare del Governo legittimo, e tale parificazione trova conferma in una serie di successivi provvedimenti legislativi del Governo, prima luogotenenziale poi repubblicano, che si sono riferiti <<ai patrioti inquadrati nelle formazioni militari riconosciute dai Comitati di liberazione nazionale>>. Inoltre: tali provvedimenti hanno natura *dichiarativa*, senza che possa propriamente parlarsi di portata retroattiva, essendosi trattato di funzioni rese necessarie dalle esigenze della patria in pericolo, che si imponeva di fronte a tutti i cittadini.

Si afferma, quindi, che il diritto di guerra è dominato dai principi di necessità e ragione di guerra, per cui, al di fuori ed anche contro le norme del diritto comune, i poteri di un comandante militare in zona di operazioni sono più estesi di quelli di qualunque altro funzionario della pubblica amministrazione e degli stessi militari agenti in tempo di pace. Peraltro, nell'applicazione delle norme generali del diritto di guerra si deve tener conto della particolarità della guerra partigiana, derivante dalla situazione politico-militare creatasi in Alta Italia dopo l'8 settembre 1943, e dalla caratteristica condizione di clandestinità in cui essa dovette svolgersi.

In un ampio commento a tale sentenza, il Greco⁶² sottolinea la necessità di distinguere il punto di vista del diritto interno da quello internazionale, che ancora all'epoca era particolarmente restrittivo nel riconoscimento della guerra partigiana, avente i caratteri della c.d. "guerriglia".

In ogni caso, i presupposti richiesti dalla Convenzione dell'Aja ai fini dell'equiparazione (subordinazione a una persona responsabile; segno distintivo riconoscibile; rispetto delle leggi e degli usi di guerra) sarebbero presenti; a mancare sarebbe il requisito dell'autorizzazione del governo legittimo rimasto nel territorio non occupato, e fatta pervenire ai comandi partigiani fin dalle prime settimane di lotta. Ma sulla necessità di tale autorizzazione la dottrina del tempo era divisa⁶³.

⁵⁹ D.L. BIANCO, *Partigiani e pubblici ufficiali*, cit., 100.

⁶⁰ A. MALINVERNI, *Requisiti dell'oltraggio a comandante partigiano*, in *Giur. it.*, 1947, I, 76-78.

⁶¹ In *Foro it.*, 1948, I, 44 ss., e in *Foro pad.*, 1947, 524 ss.

⁶² P. GRECO, *Diritto di guerra e guerra partigiana*, cit.

⁶³ P. GRECO, *Diritto di guerra e guerra partigiana*, cit., 48, ed *ivi* indicazioni dottrinali.

Dirimente appare comunque il diritto interno, come si è visto, sin dall'art. 1 del d. legisl. luog. 28 febbraio 1945 n. 73; disposizione rispetto alla quale le più recenti leggi non sono che conferme o applicazioni, ed hanno un semplice carattere *dichiarativo* e non un effetto *costitutivo* retroattivo.

Quanto ai concreti poteri esercitati, essi vanno rapportati alla particolarità della situazione, ed interpretati con particolare elasticità, anche attraverso un uso spinto del criterio dell'analogia⁶⁴. Sicché, in conclusione, risolta in senso affermativo ogni questione di legittimità circa i poteri esercitati nella fattispecie dal comando partigiano, escluso altresì ogni sviamento o uso a profitto privato, ne derivava l'incompetenza dell'autorità giudiziaria a valutare il merito dei provvedimenti, cioè l'opportunità e la misura degli stessi, rientrandosi con ciò nella discrezionalità amministrativa.

Fortemente critico rispetto all'ampiezza di questi poteri interpretativi, seppure nell'ambito del diritto di guerra, è il Sandulli⁶⁵. Tale autore ritiene, proprio con riguardo alla sentenza del Tribunale di Torino⁶⁶, che essa rischi di condurre alla legalizzazione di ogni arbitrio. Il legislatore patrio, sulle orme dei principi di diritto internazionale, nella legge di guerra (R.D. 8 luglio 1938 n. 1415) ha sì contemplato lo stato di necessità, ma ne ha rigorosamente regolato le conseguenze. Per cui, a fronte della disciplina legislativa, che deroga ai principi generali, secondo Sandulli non è possibile applicare il procedimento analogico di cui all'art. 14 delle preleggi. Il legislatore, quando ha voluto derogare ai principi della legislazione generale di guerra, lo ha fatto espressamente.

Sui margini di flessibilità di questo potere interpretativo avremo comunque modo di tornare, in quanto, come vedremo, sono stati al centro di una accesa disputa in tema di potere di confisca, che ha ancora visto come protagonista Sandulli.

6.3. Rimanendo ancora per un momento sul potere di imporre contribuzioni, possiamo segnalare una sentenza della Cassazione che, ormai nel 1957⁶⁷, conferma la precedente giurisprudenza, e, con un'interessante periodizzazione dei tre momenti fondamentali di rilevanza giuridica dei poteri dei C.L.N.A.I., ritiene che nel periodo intercorrente tra il 25 aprile ed il primo giugno 1945 (data d'insediamento del Governo Militare Alleato) questi avevano il potere, quali *organi* della pubblica amministrazione, di imporre a persone facoltose (specialmente se note per trascorsi fascisti) contribuzioni in danaro, motivate dal fine di soccorrere le famiglie più duramente colpite dalle persecuzioni del nazi-fascismo.

Se i membri dei Comitati, abusando del loro potere amministrativo, avessero commesso estorsioni in danno di privati, gli stessi sarebbero incorsi in responsabilità penale e civile. D'altra parte la prova di un tale abuso doveva essere fornita dall'interessato; in caso contrario doveva ritenersi legittima l'imposizione del contributo pecuniario, data la presunzione di legittimità dell'atto amministrativo, principio ancora saldissimo all'epoca. Al contrario, la Corte di merito non portò la sua indagine su risultanze della prova testimoniale, secondo le quali il partigiano Doppiaggi, nel riscuotere il danaro dai resistenti, agì quale semplice esecutore materiale di una deliberazione presa a loro carico, in assenza dello stesso Doppiaggi dal locale C.L.N.

La Cassazione, infine, smentendo la Corte d'appello, esclude pure in questo caso che possano essere oggetto del suo sindacato questioni attinenti al merito dell'atto amministrativo (valutazione della pratica opportunità o necessità del provvedimento impositivo ai fini del mantenimento dell'ordine pubblico), sottratto al sindacato della magistratura ordinaria.

6.4. Molto interessante, come si accennava in precedenza, è l'accesso scontro tra Dante Livio Bianco ed Aldo Mazzini Sandulli su due sentenze, del Tribunale di Cuneo, 19 febbraio 1947⁶⁸, e della Corte

⁶⁴ Su tale profilo v. anche la nota adesiva di C. GALANTE GARRONE, *Sui poteri del comandante partigiano in zona di operazioni*, cit., 525.

⁶⁵ A.M. SANDULLI, *Postilla*, in *Foro it.*, 1947, I, 1018-1020.

⁶⁶ Si richiama criticamente, inoltre, Corte d'appello Bologna, 29 marzo 1947, in *Mon. trib.*, 1947, 305, con nota adesiva di MIGLIAZZA, nella quale si riteneva legittimo il prelevamento di un radiofono incisore operato dai partigiani presso un privato.

⁶⁷ Cass., sez. I, 8 luglio 1957 n. 2696, in *Giust. civ.*, 1958, 309 ss., con nota adesiva di E. DI SALVO, *Ancora sulla natura giuridica dei Comitati di liberazione nazionale e sui poteri da essi esercitati*, cit.

⁶⁸ In *Foro it.*, 1947, I, 1016 ss.

d'Appello di Torino, 5 gennaio 1948⁶⁹, in tema di confisca ordinata da un comandante partigiano d'un apparecchio radioricevente, usato da un cittadino italiano per la propaganda nazifascista, e dopo la guerra destinato al locale circolo dell'A.N.P.I.

Le due corti ritengono: che i partigiani del C.V.L. organizzato dal C.L.N.A.I. sono equiparati alle unità dell'esercito regolare; che, conseguentemente, deve ritenersi legittima la confisca; che, infine, l'autorità giudiziaria ordinaria non può sindacare la destinazione data alla cosa confiscata.

Si noti, prima di tutto, per quanto riguarda l'oggetto diretto del nostro studio, ovvero la funzione pubblicistica del partigiano, che lo stesso Sandulli non avanza dubbi sull'equiparazione delle forze impegnate nella lotta partigiana alle forze armate italiane o a quelle di polizia, a seconda dell'attività esplicata⁷⁰.

Dove l'annotatore si fa molto severo, arrivando a scrivere che <<Il feticismo politico è il prodromo del decadimento della libertà>>, è nella parte relativa all'interpretazione che i giudici danno del diritto bellico. Questo limita la confisca ai mezzi bellici del nemico; quando consente di mettere mano su beni del nemico che non sono mezzi bellici lo fa solo in quanto si tratti di beni necessari al belligerante, e soltanto attraverso l'istituto meno invasivo della requisizione.

Sandulli rileva, inoltre, che mezzo bellico è la radiotrasmittente, non già la radioricevente, sicché la confisca non può considerarsi legittima. Né tale potere poteva essere espressione della qualità di ufficiale di polizia in capo al comandante partigiano, in quanto gli appartenenti al C.V.L. non potevano avere che funzioni esecutive, dunque il provvedimento avrebbe dovuto esser preso dal C.L.N. Ancora: il territorio in cui avvenivano i fatti era soggetto al governo fascista, e le varie norme in materia non prevedevano la confisca nel caso di specie. Infine, l'autorevole giurista si spinge a criticare (parlando di <<benevola acquiescenza all'illegalità>>) anche l'assegnazione dell'oggetto della confisca ad un costituendo <<circolo privato>> (l'A.N.P.I.).

La replica di Dante Livio Bianco, sempre sulle colonne del *Foro italiano*, non si fa attendere: l'occasione è il commento alla sentenza confermativa della Corte d'Appello di Torino⁷¹.

Bianco, con forte *vis polemica*, imputa alla nota di Sandulli non già la mancanza di serenità di giudizio, ma un'imperfetta <<conoscenza e ponderazione dei fatti: quei fatti di cui è impastato il "diritto vivente", e in particolar modo il diritto più d'ogni altro "vivente", ossia il diritto di guerra>>⁷².

A parlare, a questo punto, più che il giurista e l'avvocato è il partigiano. D'altra parte la replica, seppure animata da forte carica etica, non sembra scadere nel metagiuridico e nel "politico", come invece riterrà sempre il Sandulli.

Quest'ultimo sbaglia, secondo Bianco, nel non considerare come mezzo bellico, soggetto a confisca, la radio del propagandista nemico, sol perché invece che una radiotrasmittente era una radioricevente. Chiunque abbia esperienza di guerra partigiana sa benissimo quale vitale importanza avesse per le forze partigiane la disponibilità di un apparecchio radioricevente, specie se il fatto avviene in un piccolo paese, su di una linea di comunicazione battuta dall'aviazione alleata, e dove non certo tutti i giorni arrivavano giornali, notizie, etc.

Sicché la vicenda di cui è causa può ben rientrare nella fattispecie di cui all'art. 292 della legge di guerra, che parla di oggetti <<direttamente utilizzabili per fini bellici>>; il diritto vivente, così deprecato da Sandulli, serve invece ad illuminare circa le peculiarità della lotta partigiana.

Infine, si osserva come la scelta di destinare l'apparecchio radioricevente all'A.N.P.I. non fosse illegittima: l'A.M.G. in Piemonte, nell'ordinare la smobilitazione delle forze partigiane, dispose che si dovessero consegnare i soli mezzi di trasporto e l'armamento propriamente detto; inoltre, l'A.N.P.I. non è una semplice associazione privata, ma è stata eretta (con decreto luogotenenziale 5 aprile 1945 n. 224) in ente morale, con finalità statutarie d'interesse generale.

Nella breve postilla di controreplica Sandulli⁷³, sottolineando come la polemica si fosse allontanata dal campo puramente scientifico, insiste nel manifestare le sue riserve sulla nozione di "diritto vivente"

⁶⁹ In *Foro it.*, 1948, I, 321 ss. Tale sentenza rigetta l'appello proposto avverso la sentenza del Tribunale di Cuneo.

⁷⁰ Cfr. A.M. SANDULLI, *In tema di confische operate dai partigiani*, in *Foro it.*, 1947, I, 1016 ss.

⁷¹ D.L. BIANCO, *Guerra partigiana e potere di confisca*, in *Foro it.*, 1948, I, 322 ss.

⁷² D.L. BIANCO, *Guerra partigiana e potere di confisca*, cit., 322.

⁷³ A.M. SANDULLI, *Postilla*, in *Foro it.*, 1948, I, 324.

enunciata dal Bianco, e ribadisce quelle che a suo avviso sono le insuperabili difficoltà opposte dal diritto positivo, che non può essere sovvertito dal malsicuro riferimento al “fatto”⁷⁴.

6.5. L'affermazione della rilevanza giuridica dei poteri dei C.L.N.A.I., sia prima sia dopo la liberazione, in virtù dei poteri delegati dal legittimo Governo centrale, anche se spesso ha condotto a posizioni giurisprudenziali che, come si è visto, hanno tenuto in debito conto le peculiarità della guerriglia partigiana, portando ad attenuare i vincoli dello *strictum ius*, in altri casi non ha escluso posizioni più rigide, ed in un certo senso più garantistiche.

E' il caso, molto spinoso, dei provvedimenti epurativi del C.L.N. e del trattamento degli “indesiderabili”. Si tratta di questioni giurisprudenziali in genere originate da licenziamenti disposti dal datore di lavoro nei confronti di dipendenti diffidati dai C.L.N. aziendali dal prestare servizio, in quanto considerati “indesiderabili” a causa di legami, più o meno diretti, con la repubblica sociale o con i tedeschi.

Anche in questa giurisprudenza, peraltro, la premessa argomentativa è che i C.L.N.A.I. agirono in virtù di poteri delegati, da parte del Governo legittimo centrale, per l'esercizio di quelle funzioni rappresentative che esso non era in grado di esplicare, compresa quella della emanazione di norme giuridiche. Si è parlato, in tal senso, di <<C.L.N. legislatore>>⁷⁵.

Dato questo presupposto, però, si va poi ad analizzare nello specifico se i provvedimenti epurativi possano considerarsi legittimi e se essi possano costituire la base per il licenziamento del lavoratore.

Si tratta di una giurisprudenza molto attenta alle garanzie nei confronti di quest'ultimo, spesso impegnata in complesse questioni giuslavoristiche, come quella – molto dibattuta – circa l'applicabilità in questi casi dell'art. 2087 c.c., secondo cui l'imprenditore è tenuto ad adottare le misure necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità dei prestatori di lavoro.

Lungi dal soffermarci su tali aspetti, che esulano dal tema specifico del nostro contributo⁷⁶, può essere interessante menzionare due esempi in cui, appunto, il giudice ha giudicato nullo e/o inefficace il licenziamento disposto sulla base di un atto di epurazione a sua volta illegittimo.

Nel primo caso⁷⁷ il C.L.N. aziendale aveva diffidato taluni dipendenti dal prestare servizio, in quanto “indesiderabili”, nel maggio 1945. La società continuò a liquidare lo stipendio fino al 31 ottobre 1945, data in cui, protraendosi l'assenza, provvide alla risoluzione del rapporto. Secondo il Tribunale di Torino, che richiama l'art. 2087 c.c., la qualifica di indesiderabile non è giuridicamente rilevante e la

⁷⁴ Si noti che il Sandulli ritornerà sul tema pochi anni dopo, commentando una sentenza del Tribunale di Verona, del 30 gennaio 1951 (in *Foro it.*, 1951, I, 809, con nota di A.M. SANDULLI, *Fatti dannosi dei C.L.N. e responsabilità della pubblica Amministrazione*, cit.), secondo la quale i membri di un C.L.N. erano direttamente responsabili per l'ablazione di bestiame che, effettuata senza il rispetto delle forme della confisca o della requisizione, non fosse stata successivamente convalidata dai competenti organi amministrativi. Secondo il giudice, peraltro, l'attività dei C.L.N. è riferibile alla pubblica amministrazione solo quando esercitata in conformità con le leggi ed appaia necessitata dall'urgente bisogno di soddisfare un pubblico interesse. Si tratta di una sentenza che assume un atteggiamento contrario rispetto alla giurisprudenza maggioritaria, negando che possano venir riferiti all'ordinamento legittimo atti di agenti i quali non siano stati da questo investiti del potere, e non siano stati espressamente riconosciuti, soprattutto poi se si tratti di atti non legittimi e non necessitati da un urgente bisogno di soddisfare un pubblico interesse. L'autore, pur sembrando condividere questa premessa, critica la sentenza nella parte in cui non ha correttamente qualificato il fatto. Inoltre, si poneva un problema di riferibilità dell'atto all'amministrazione, prospettabile solo nel caso in cui la sottrazione del bestiame fosse stata effettuata in funzione di un interesse pubblico essenziale ed indifferibile; nonché un problema di competenza, e sul punto Sandulli dubita della competenza comunale (e non statale), ritenendo quindi erroneamente chiamato in causa il Comune. Infine, anche in questo caso l'autore ritiene che tutto dipende dal corretto inquadramento dell'atto: se confisca, sarebbe illegittimo, in quanto mancante dei necessari presupposti; se invece fosse una requisizione (ipotesi da non escludere, visto che i convenuti adducevano di aver voluto provvedere alla macellazione a beneficio della popolazione civile) l'atto ben avrebbe potuto essere legittimo (ricadendo sotto la disciplina della legge n. 1741/1940 sulle requisizioni di guerra), senza esimere l'amministrazione dall'obbligo di un indennizzo.

⁷⁵ D.L. BIANCO, *In tema di legislazione del C.L.N. e di trattamento degli <<indesiderabili>>*, in *Foro it.*, 1948, I, 1042.

⁷⁶ V. sul punto D.L. BIANCO, *In tema di legislazione del C.L.N. e di trattamento degli <<indesiderabili>>*, cit., 1043-1044. Sul tema, in generale, v. la relazione al presente Convegno di A. CASSATELLA, *Profili giuridici e garantistici dei procedimenti di epurazione*.

⁷⁷ Deciso dal Tribunale di Torino, 22 maggio 1946, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1946, II, 2, 354.

sospensione di conseguenza è illegittima, così come nullo è il conseguente licenziamento, peraltro contrastante col blocco dei licenziamenti all'epoca vigente.

Secondo un commentatore⁷⁸ bene ha fatto il giudice a considerare l'atto illegittimo, in quanto il C.L.N. aziendale ha emesso un atto esorbitante dai propri poteri, che erano divenuti meramente consultivi una volta entrato in funzione il Governo militare alleato. Sennonché nel caso di specie la diffida del C.L.N. aziendale era del maggio 1945, mentre il Governo militare alleato entra in funzione dal giugno 1945, come si desume anche dal già richiamato ordine generale n. 1 del 1° giugno 1945, col quale vengono fatti salvi <<decreti, ordinanze o nomine fatte dai Comitati prima della data della presente ordinanza>>.

Più evidente appare l'illegittimità, per incompetenza, dell'atto di epurazione adottato da un C.L.N. aziendale, là dove l'art. 7 del decreto 26 aprile 1945 del C.L.N. regionale della Lombardia (a proposito di C.L.N. "legislatore"), costituito in Giunta regionale di governo, attribuiva la competenza ad emettere provvedimenti epurativi ad una Commissione istituita presso detta Giunta⁷⁹.

6.6. Infine, è utile ripercorrere, seppure per larghi tratti, la nota vicenda giudiziaria riguardante l'attentato dei G.A.P.⁸⁰ a Via Rasella e l'eccidio delle Fosse Ardeatine⁸¹.

Questa va scissa, a sua volta, in due fondamentali filoni: da un lato le decisioni dei tribunali militari, dall'altro quelle civili in tema di responsabilità extracontrattuale dei partigiani per i danni subiti dalle vittime delle Fosse Ardeatine.

Il Tribunale Militare Territoriale di Roma, nella sentenza del 20 luglio 1948⁸², assolvendo tutti gli altri esecutori per essere stati assoggettati ad un ordine superiore e negando all'attacco di via Rasella la qualifica di legittimo atto di guerra, condannò Kappler all'ergastolo ed a quattro anni di isolamento per omicidio continuato e aggravato, compiuto con premeditazione e vendetta; e ciò perché mise soprattutto in rilievo la circostanza dei cinque ostaggi in più sulla lista sfuggiti al controllo del gerarca.

Si noti come il Tribunale qualificò l'attentato di via Rasella come illegittimo, in quanto compiuto da un corpo volontario che non rispondeva ai prescritti requisiti dal diritto internazionale (persone responsabili, segno distintivo, etc.); d'altra parte, riconoscendo la legittimazione almeno "di fatto" dei G.A.P., riteneva lecito il ricorso alla rappresaglia, riconducendo la violazione del diritto internazionale alla volontà dello Stato italiano occupato militarmente. Mancando tuttavia il requisito della proporzione, sia in relazione al numero delle vittime, sia in relazione al danno determinato, la rappresaglia veniva quindi qualificata come illegittima.

Al di là delle criticità rappresentate da tale decisione, là dove da un lato nega all'attentato di via Rasella la qualifica di legittimo atto di guerra, e dall'altro riconduce comunque "di fatto" allo Stato italiano la relativa responsabilità, così ammettendo la liceità della rappresaglia nel caso di specie⁸³, qui importa sottolineare come tale pronuncia sia stata in seguito confermata dal Tribunale Supremo Militare (sentenza 25 ottobre 1952 n. 1714)⁸⁴ e, infine, dalla Sezioni Unite Penali della Cassazione (19

⁷⁸ L.R. LEVI, *Alcune osservazioni sulla natura giuridica dei C.L.N.*, cit., 358.

⁷⁹ Cass., sez. II, 17 giugno 1948 n. 957, in *Foro it.*, 1948, I, 1040 ss.

⁸⁰ Sulla guerriglia urbana e i G.A.P., nell'ambito di una letteratura resistenziale che spesso dedica poca attenzione al tema, restano fondamentali le pagine di C. PAVONE, *Una guerra civile. Saggio storico sulla moralità nella Resistenza*, II, cit., 493-505; v. anche S. PELI, *La Resistenza in Italia. Storia e critica*, cit., 249 ss.

⁸¹ Sul tema v. G. TUCCI, *La diffamazione dei partigiani: il caso Bentivegna*, in *Riparare risarcire ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, cit.; G. RESTA – STA ENO-ZENCOVICH, *Judicial "Truth" and Historical "Truth": The Case of the Ardeatine Caves Massacre*, in *Law & History Rev.*, n. 31/2013; F. CIPRIANI, *Piero e Franco Calamandrei. Tra via Rasella e le Fosse Ardeatine*, in *Clio*, 2009, 65 ss.

⁸² In *Rass. dir. pubbl.*, 1949, 170 ss., e in *Foro it.*, 1949, II, 160 ss.

⁸³ Cfr. i rilievi critici sul punto espressi da F. CAPOTORTI, *Qualificazione giuridica dell'eccidio delle Fosse Ardeatine*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, 170 ss. In generale, cfr. G. PAU, *Rappresaglia (dir. intern.)*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 413-414, il quale ritiene fuori dal concetto di rappresaglia la categoria di atti che rientra nel comportamento di uno Stato in veste di occupante bellico del territorio di un altro Stato, sempreché i fatti da cui le sanzioni sono determinate non rivestano la natura di fatti internazionali illeciti imputabili allo Stato medesimo (ma in tal modo si torna al problema di partenza, relativo all'imputabilità allo Stato del fatto, e, soprattutto, all'illiceità di quest'ultimo).

⁸⁴ In www.difesa.it/GiustiziaMilitare/.. /Kappler.

dicembre 1953 n. 26)⁸⁵, le quali dichiararono inammissibile il ricorso presentato dai legali di Kappler. In queste pronunce si continua a negare all'attacco di via Rasella la qualifica di legittimo atto di guerra, perché commesso da persone alle quali non doveva riconoscersi la qualifica di legittimi belligeranti.

Nel 1949 cinque familiari di caduti delle Fosse Ardeatine tentarono una causa civile contro la Giunta militare del CLN romano e i membri dei G.A.P. romani, difesi da Arturo Carlo Jemolo e Dante Livio Bianco.

Il Tribunale civile di Roma, con sentenza del 9 giugno 1950⁸⁶ rigettò la richiesta di risarcimento riconoscendo questa volta la piena legittimità dell'attentato di via Rasella, riscontrando il carattere statale dell'attività partigiana nel diritto interno vigente all'epoca dei fatti, nonché in quello successivo⁸⁷, consideranti prevalenti sui requisiti richiesti dal diritto internazionale (Convenzione dell'Aja del 1907), e negando che l'attentato venne compiuto per un interesse particolare di un partito politico.

Da qui, infine, la riconduzione nella sfera della legalità dell'azione di guerra, risalente allo Stato ed alla valutazione di necessità che l'ha determinata, e la conseguente insindacabilità di tale scelta altamente discrezionale dell'amministrazione: il principio del *neminem laedere* cede il passo di fronte alla *suprema lex* imposta dalla *salus publica*.

La sentenza della Corte d'Appello di Roma (5 maggio 1954 n. 11057) e la sentenza delle Sezioni Unite Civili della Cassazione (19 luglio 1957 n. 3953)⁸⁸, confermarono la decisione del Tribunale di primo grado, arricchendone la relativa motivazione, con riferimento, ad esempio, alla irrilevanza della dichiarazione del 31 luglio 1943 di "Roma città aperta", atto unilaterale del governo italiano, mai accettato dagli anglo-americani e mai rinnovato nei confronti dei tedeschi.

Emergeva ormai chiaramente dalle diverse sentenze che l'attentato di via Rasella doveva e deve considerarsi vero e proprio atto di guerra, come tale pienamente legittimo ed anzi meritevole di particolare menzione. Per tale sua natura, quindi, gli esecutori dell'attentato non possono qualificarsi rei, ma legittimi combattenti, così come i trucidati delle cave Ardeatine sono da considerare non semplici danneggiati, ma martiri caduti per la Patria⁸⁹.

Sicché, anche l'analisi giurisprudenziale di questa pagina, tanto centrale quanto drammatica, della Resistenza italiana conferma quanto sinora rilevato, e può a giusta ragione porsi, data la sua rilevanza di carattere non semplicemente giuridico, al termine della rassegna sinora svolta.

7. In conclusione siano consentite due brevi considerazioni, di merito e di metodo.

Dalla ricerca effettuata si può evincere la piena giuridicità, e rilevanza, della funzione pubblicistica del partigiano.

⁸⁵ In www.difesa.it/GiustiziaMilitare/.../Kappler.

⁸⁶ In *Giur. it.*, 1950, I, 2, 577 ss., con nota di D.R. PERETTI-GRIVA, *L'attentato di via Rasella e la responsabilità per l'eccidio delle Fosse Ardeatine*.

⁸⁷ Es.: D.L.Lt. 5 aprile 1945, che ha riconosciuto la qualità di patrioti combattenti ai componenti delle formazioni volontarie che avevano partecipato alle operazioni belliche; D.L.Lt. 12 aprile 1945 n. 194, che ha equiparato alle azioni di guerra quelle di sabotaggio; D.L.Lt. 21 agosto 1945 n. 518, che ha autorizzato la concessione di ricompense al valore militare ai partigiani, agli appartenenti ai G.A.P. ed alle squadre cittadine indipendenti, ed ha attribuito a quelli tra essi che caddero o riportarono mutilazioni o infermità le qualifiche di caduti di guerra, di mutilati o invalidi di guerra, con tutti i benefici relativi; D.L.Lt. 6 settembre 1946 n. 226, che ha considerato fatti di guerra, ai fini del risarcimento dei danni conseguenti, i fatti coordinati alla preparazione e alla esecuzione di operazioni belliche, oppure semplicemente occasionati da queste, con assoluta equiparazione delle formazioni volontarie alle forze regolari.

⁸⁸ In *Giur. it.*, 1957, I, 1, 1122 ss., con nota di D.R. PERETTI-GRIVA, *Ancora sull'attentato di via Rasella*, caratterizzata, più sul piano etico che su quello giuridico, dalla stigmatizzazione del giudizio intrapreso contro la Resistenza. Ivi anche un riferimento alla tesi degli attori, diffusa per molto tempo nella *vulgata* antiresistenziale, ma smentita dall'indagine storica e dalla stessa giurisprudenza (sul punto v. G. TUCCI, *La diffamazione dei partigiani: il caso Bentivegna*, in *Riparare risarcire ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, cit., 323), secondo cui la mancata autodenuncia degli attentatori fosse stata la causa decisiva, sopravvenuta dopo l'attentato, della preavvisata rappresaglia.

⁸⁹ G. TUCCI, *La diffamazione dei partigiani: il caso Bentivegna*, in *Riparare risarcire ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, cit., 328.

Lo conferma l'ampia normativa italiana sul punto che abbiamo considerato, che di fatto anticipa l'estensione della figura del "legittimo combattente" poi operata con la Convenzione di Ginevra del 1949, nonché l'interessante giurisprudenza⁹⁰ di cui si è detto.

Al di là di lievi distinzioni, per lo più di dettaglio e di ordine terminologico, la prevalente dottrina dell'epoca ha commentato favorevolmente tali pronunce. E, a ben guardare, anche l'autore che ha invece assunto toni maggiormente critici, ovvero Sandulli, non ha mai avanzato dubbi sull'equiparazione delle forze impegnate nella lotta partigiana alle forze armate italiane o a quelle di polizia, a seconda dell'attività esplicata.

Dopo quanto sinora rilevato, cercandosi di evidenziare quante e quali implicazioni di ordine strettamente teorico-giuridico la questione della "funzione pubblicistica del partigiano" svela, chiamando in causa svariate categorie ed istituti del diritto pubblico, spesso neglette o comunque poco considerate, e costringendo (proficuamente) il giurista ad un'analisi che si discosti dai percorsi battuti dalla ricerca "ortodossa", possiamo concludere aggiungendo un altro carattere sotteso all'attuale processo di giuridificazione della storia.

Come si è detto⁹¹, questo esprime oggi varie *policies*, in larga misura variabili da Stato a Stato, in quanto: a) *la storia costruisce l'identità*; b) *predice (e previene) il futuro*; c) *opera come riparatrice, in prima battuta attraverso il ripristino (per quanto possibile) della verità*⁹².

Ebbene, a nostro avviso, questa sempre più stretta interazione fra lo storico ed il giurista è estremamente feconda per entrambi.

L'analisi delle fonti, come della giurisprudenza, appare sempre più utile allo storico, la cui *expertise* peraltro viene sempre più attratta all'interno dei meccanismi di risoluzione giudiziaria dei conflitti.

Per quanto riguarda, invece, il giurista l'indagine "genealogica" di un istituto sembra, almeno a chi scrive, particolarmente rilevante, specie in determinati settori e per taluni temi. Questo non significa certo rinnegare completamente le specificità del metodo giuridico, posto che lo studio dell'evoluzione dell'istituto non può essere sganciato dall'analisi del dato normativo vigente. Piuttosto, si vuol dire che talune tematiche del diritto pubblico, oggi particolarmente attuali, non possono essere adeguatamente comprese se non all'interno di un quadro più ampio, in grado di fornire meccanismi di comprensione più raffinati rispetto alla mera esegesi (il gianniniano "raccontino"), che va invece sempre più diffondendosi⁹³.

Il discorso di metodo si farebbe qui troppo lungo e complesso, anche perché quando si parla di "esegesi" ci si deve pure intendere: una cosa è l'involuzione della dogmatica giuridica in Italia, che da anni ha tendenzialmente abdicato al proprio ruolo critico-sistematico (seppure con importanti eccezioni), altra è la, ben più strutturata teoricamente, incidenza della scuola analitica (specie di stampo anglosassone) sul pensiero di molti giuristi contemporanei⁹⁴.

La cui rilevanza teorica e metodologica non sarà certo qui messa in dubbio, a patto che si dia pari peso alle ricerche della filosofia "continentale", che l'impostazione c.d. "genealogica" tanto hanno privilegiato (basti sul punto il riferimento a Foucault, figura centrale per ogni giurista che tuttora si trovi a riflettere sulle dinamiche del potere contemporaneo).

⁹⁰ Invero non solo italiana. Si v., a titolo d'esempio, l'ampio stralcio di un sentenza dei giudici francesi (Tribunale di Sarlat, 9 maggio 1947, in *Gazette du Palais*, 16-18 luglio 1947) in tema di contribuzioni in denaro imposte da formazioni partigiane, contenuto nella nota di C. GALANTE GARRONE, *Sui poteri del comandante partigiano in zona di operazioni*, cit., 526.

⁹¹ Cfr. G. RESTA – STA ENO ZENCOVICH, *La storia "giuridificata"*, in AA.VV., *Riparare risarcire ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, cit., 39-40.

⁹² Sul tema v. S. RODOTÀ, *Il diritto alla verità*, in AA.VV., *Riparare risarcire ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, cit., 497 ss.

⁹³ Chi scrive ha sommessamente tentato di seguire tale approccio metodologico critico nella trattazione di varie tematiche: la "tutela" processuale del migrante, i rapporti fra sicurezza e sussidiarietà, l'atto politico e, da ultimo, la controversa figura dell'abuso del diritto, in un saggio di prossima pubblicazione sull'abuso del processo amministrativo. Fra i costituzionalisti, per una lucida consapevolezza sulla necessità di un approccio di tal genere, che trova terreno fertile nello studio di alcuni filosofi italiani contemporanei (es. Agamben, Esposito), cfr. G. BASCHERINI, *Italian Theories. Spunti attorno all'esperienza giuridica a partire da un recente saggio di Roberto Esposito*, in www.costituzionalismo.it; si veda anche, se si vuole, G. TROPEA, *Recensione a G. AGAMBEN, Il Regno e la Gloria. Per una genealogia teologica dell'economia e del governo. Homo sacer, II, 2*, in *Dir. e proc. amm.*, 2012, 1119 ss.

⁹⁴ Per quanto riguarda i giuspubblicisti, amministrativisti in particolare, cfr. L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002.

Tra i non pochi meriti di questo Convegno, mi pare, vi è anche quello di portare al centro della scena tali questioni di metodo, senza per questo isterilire la trattazione di un tema, come quello della Resistenza al nazi-fascismo, che continua ad attingere la sua linfa vitale nel sangue e nelle lacrime dei nostri martiri della libertà, che qui nel nostro piccolo onoriamo, e rispetto al quale, peraltro, le intere biblioteche ad esso dedicate non valgono, probabilmente, una sola riga di opere come le “Lettere dei condannati a morte della Resistenza”.