SALVATORE SATTA

QUADERNI DEL DIRITTO E DEL PROCESSO CIVILE IV-VI

XXXV·II

COLLANA
LA MEMORIA DEL DIRITTO

Roma TrE-Press
2026

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

Nella stessa Collana

1. P. Calamandrei, *Opere giuridiche (I). Problemi generali del diritto e del processo* (a cura di M. Cappelletti), 2019
2. P. Calamandrei, *Opere giuridiche (II). Magistratura, Avvocatura, studio e insegnamento del diritto* (a cura di M. Cappelletti), 2019
3. P. Calamandrei, *Opere giuridiche (III). Diritto e processo costituzionale* (a cura di M. Cappelletti), 2019
4. P. Calamandrei, *Opere giuridiche (IV). Istituzioni di diritto processuale civile. In Appendice: Delle buone relazioni fra i giudici e gli avvocati nel nuovo processo civile (due dialoghi)* (a cura di M. Cappelletti), 2019
5. P. Calamandrei, *Opere giuridiche (V). La chiamata in garantia e altri studi sul processo di cognizione e sulle prove* (a cura di M. Cappelletti), 2019
6. P. Calamandrei, *Opere giuridiche (VI). La Cassazione civile, Primo volume* (a cura di M. Cappelletti), 2019
7. P. Calamandrei, *Opere giuridiche (VII). La Cassazione civile, Secondo volume* (a cura di M. Cappelletti), 2019
8. P. Calamandrei, *Opere giuridiche (VIII). Altri studi sulla Cassazione civile, sui vizi della sentenza e sulle impugnazioni* (a cura di M. Cappelletti), 2019
9. P. Calamandrei, *Opere giuridiche (IX). Esecuzione forzata e procedimenti speciali. Diritto comparato e ordinamenti storici e stranieri* (a cura di M. Cappelletti), 2019
10. P. Calamandrei, *Opere giuridiche (X). Problemi vari e ricordi di giuristi. Arringhe e discorsi di politica legislativa. In Appendice: Bibliografia degli scritti giuridici, politici e letterari di Piero Calamandrei (1906-1958)* (a cura di M. Cappelletti), 2019
11. L. Caiani, *La filosofia dei giuristi italiani* (a cura di G. Pino), 2021
12. G. Gorla, *Il contratto. Corso di diritto privato svolto secondo il metodo comparativo e casistico* (vol I) e *Il contratto. Corso di diritto privato svolto secondo il metodo comparativo e casistico* (vol II) (Introduzione di M. Lupoi), 2023
13. S. Chiarloni, *Introduzione allo studio del Diritto Processuale Civile* (Introduzione di A. Proto Pisani, Premessa di A. Carratta), 2023
14. G. Tarello, *Il realismo giuridico americano* (Presentazione di P. Chiassoni), 2023
15. A.E. Cammarata, *Scritti sul formalismo giuridico* (Raccolti e curati da F. Modugno e L. Pace), 2023
16. V. Frosini, *Cibernetica, diritto e società* (Introduzione di G. Sartor), 2023
17. G. Tarello, *La disciplina costituzionale della proprietà. Lezioni introduttive, corso di diritto civile 1972-73* (Introduzioni di P. Chiassoni e M. Grondona), 2023
18. M. Taruffo, *Studi sulla rilevanza della prova* (Introduzione di A. Dondi, Premessa di A. Carratta), 2023

19. C. Cardia, *Ateismo e libertà religiosa* (Presentazione di R. Benigni), 2023
20. S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto* (Presentazione di G. Alpa), 2024
21. F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale* (Introduzione di G. Insolera), 2024
22. G. Amato, *Rapporti tra norme primarie e secondarie. Aspetti problematici* (Introduzione di G. Tarli Barbieri), 2024
23. L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale* (Introduzione di C. Luzzati), 2024
24. S. Cassese, *I beni pubblici. Circolazione e tutela* (Introduzione di B. Tonoletti), 2024
25. A.M. Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati* (Prefazione di G. Greco), 2024
26. M. Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato* (Prefazione di T.E. Frosini), 2024
27. G. Pugliese, *Property. Diritto Comparato* (Introduzione di L. Vacca e V. Zeno-Zencovich), 2024
28. P. De Francisci, *Primordia Civitatis* (Introduzione di E. Stolfi), 2025
29. M. Nobili, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti* (Introduzione di M. Busetto), 2025
30. G. Gorla, *El contrato. Problemas fundamentales tratados segun el método comparativo y casuistico* (tomo I) e *El contrato. Problemas fundamentales tratados segun el método comparativo y casuistico* (tomo II) (Prológo de M. Lupoi), 2025
31. G. Lazzaro, *Argomenti di giudici* (Introduzione di E. Diciotti), 2025
32. G. Fabbrini, *Diritto processuale del lavoro* (Introduzione di F.P. Luiso), 2025
33. M. Taruffo, *La motivazione della sentenza civile* (a cura di A. Carratta) (Introduzione di L. Passanante), 2026
34. T. Ascarelli, *La moneta. Considerazioni di diritto privato* (a cura di T. dalla Massara, M. Stella Richter), 2026

IL PROGETTO ROMA TRE-PRESS

Il progetto della Roma TrE-Press nasce nel 2013 ed inizia la sua attività all'interno del Sistema Bibliotecario di Ateneo.

Vengono avviate le prime Collane e Riviste di Ateneo. Fin dall'inizio il progetto ha scelto la strada dell'open access: opere scientifiche realizzate in formato digitale ed accessibili a chiunque, dovunque, sempre.

Le ragioni sono le stesse che spingono altre università europee: la ricerca accademica è finanziata da risorse pubbliche; occorre che i suoi risultati siano accessibili a tutti, senza onerose intermediazioni; ciò è reso possibile dalle tecnologie digitali; rientra nella "terza missione" delle università diffondere al pubblico più largo i suoi prodotti sia didattici che scientifici; ma è anche un'esigenza di contenimento dei costi dettata dalle crescenti ristrettezze di bilancio.

Nel primo quinquennio (2013/2017) la Roma TrE-Press pubblica quasi 100 volumi. La crescente richiesta dei ricercatori dell'Ateneo e il successo dell'iniziativa (oltre 150.000 downloads) suggeriscono agli organi di Ateneo di affidare, a partire dall'autunno 2018, l'attività di e-press alla Fondazione Roma Tre Education.

Le linee guida della Roma TrE-Press sono:

- La piena autonomia scientifica dei Dipartimenti e dei Centri di Ateneo nella scelta di che cosa pubblicare, con un forte incoraggiamento verso procedure di assicurazione della qualità secondo le migliori prassi recepite dalle comunità scientifiche di riferimento.
- L'apertura verso autori e istituzioni non appartenenti all'Università Roma Tre, secondo logiche di aggregazione e di promozione della ricerca di qualità.
- Il plurilinguismo, non solo come esigenza culturale ma anche come strumento di coesione e collaborazione internazionale.
- La cura – affidata alla responsabilità della Roma TrE-Press – della linea grafica (copertine e impaginazione), secondo la secolare tradizione del libro come prodotto anche estetico ed artistico.
- La promozione del movimento verso una generale politica di open access che coinvolga anche altre istituzioni accademiche italiane e straniere in coerenza con il dettato dell'art. 9 della nostra Costituzione: "*La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica*".

La squadra della Roma Tre-Press è così composta

prof. Vincenzo Zeno-Zencovich (*Delegato di Ateneo per l'e-press*)

prof.ssa Nazarena Patrizi (*Responsabile editoriale*)

prof. Sirio Zolea (*Delegato per i rapporti internazionali*)

dott. Ivan Guiducci (*Webmaster*)

Alessandro Riboldi (*Collaboratore informatico*)

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

SALVATORE SATTA

QUADERNI DEL DIRITTO E DEL PROCESSO CIVILE IV-VI

Introduzioni di
ITALO BIROCCHI
ROMANO VACCARELLA

XXXV·II

COLLANA
LA MEMORIA DEL DIRITTO

RomaTrE-Press
2026

Direttori della Collana La Memoria del Diritto
Luca Loschiavo, *Università di Teramo*
Giorgio Pino, *Università Roma Tre*
Vincenzo Zeno-Zencovich, *olim Università Roma Tre*

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

Coordinamento editoriale:
Gruppo di Lavoro *RomaTrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: MOSQUITO. mosquitoroma.it

Caratteri tipografici utilizzati:
Brandon Grotesque, Cocogoose, Courier (copertina e frontespizio)
Adobe Garamond Pro (testo)

Impaginazione e cura editoriale: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: *RomaTrE-Press* ©
Roma, aprile 2026
ISBN: 979-12-5977-609-9
http://romatrepress.uniroma3.it

La presente riedizione riproduce anastaticamente le opere pubblicate dal 1969 al 1973 dalla Casa Editrice C.E.D.A.M. che si ringrazia sentitamente per la autorizzazione alla riproduzione.

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.

L'attività della *RomaTrE-Press* è svolta nell'ambito della
Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

Collana *"La Memoria del Diritto"*

Il diritto e la cultura giuridica, come tutte le discipline e le arti, si nutrono del loro passato segnando continuità, evoluzioni, cesure. E questo è particolarmente vero per gli studi giuridici che, in Italia, godono dello straordinario privilegio di poggiare su una tradizione bimillenaria.

Questa posizione impone anche una responsabilità: quella di osservare con occhi attenti la realtà presente, ben consapevoli però che *nihil sub sole novi*.

La collana "*La Memoria del Diritto*" intende contribuire alla conservazione, viva, di questa tradizione mettendo a disposizione degli studiosi – ed in particolare di quelli più giovani – testi classici della cultura giuridica italiana del Novecento, non più disponibili in commercio e reperibili solo, con difficoltà, nelle biblioteche.

La *Collana* è stata aperta, significativamente, dalla ripubblicazione, in accesso libero, dei dieci volumi delle "*Opere Giuridiche*" di Piero Calamandrei che in poco tempo sono stati "scaricati" decine di migliaia di volte in tutto il mondo.

La *Collana* intende proseguire su questa strada, non limitandosi alla semplice 'riedizione', ma mettendo a disposizione in forma digitale, accessibile *gratuitamente*, *sempre* e *ovunque*, opere di rilievo che pensiamo continuino a costituire un fondamento per gli studi giuridici, orientandoli nella consapevolezza di quanto siamo debitori di chi ci ha preceduto.

Promossa dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi Roma Tre nel quadro delle sue iniziative quale Dipartimento di Eccellenza la *Collana* intende essere un punto di riferimento per tutta l'accademia italiana, stimolando e raccogliendo le proposte che da quest'ultima perverranno, dando a questa iniziativa uno spirito ed una sostanza corali.

Luca Loschiavo
Giorgio Pino
Vincenzo Zeno-Zencovich

SALVATORE SATTA

QUADERNI
DEL DIRITTO E DEL PROCESSO CIVILE

PADOVA
CEDAM - CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI

Indice

VOLUME II

Quaderno IV

Il quarto Quaderno 559

DOTTRINA

La delibazione delle sentenze straniere nell'unità dell'ordinamento 563
Il giudice e la legge 568
Il diario di Tullio Ascarelli 585
I. - Processo 587
II. - Diritto in generale 589
III. - Religione 594
IV. - America 600
V. - Varie 606
Dopo le sentenze della Corte costituzionale sugli artt. 15 e 147 della legge fallimentare 610

VOCI ED ECHI

Osservazioni sul metodo dell'indagine giuridica nel diritto sindacale 625
Ancora del metodo 631

GIURISPRUDENZA

Critica del giudizio costituzionale 635
I. - Filosofia della Corte costituzionale 635
II. - Mandato di cattura e diritto di sciopero 644
Critica del giudizio di Cassazione 648
Stile delle sentenze (Il problema dei rapporti giuridici preesistenti nel fallimento) 648
La vendetta del giudice 653

LETTURE

Pubblico Ministero (Vellani, *Il pubblico ministero*) 661
Consiglio Superiore della Magistratura (*Relazione annuale*) 669
Politica del diritto (*Rivista bimestrale*) 673
Concordato e divorzio (Pugliese, *L'art. 34 del Concordato*) 675

Diritto soggettivo e interesse legittimo (La Valle, *Teoria dinamica del diritto soggettivo*) 679

RILETTURE

Filosofia del diritto (Esposito, *Dottrina del diritto*) 687
Arbitrato e politica (Satta e Colorni) 691

CRONACHE

Il vilipendio dei giudici 697
Magistrati e contestazione 699
Il caso Calamari e il Consiglio superiore della Magistratura 704
Nixon *versus* Manson ovvero il tramonto della libertà 707

Quaderno V

DOTTRINA

Giuseppe Capograssi quindici anni dopo 717
Sintesi della teoria dell'azione 722
Credito e credere di Bernardo Albanese 729
L'indipendenza dal giudice 745
La riforma dell'università 763

VOCI ED ECHI

L'indipendenza dal giudice 783
Concordato e divorzio 785

GIURISPRUDENZA

Critica del giudizio costituzionale 791
Critica del giudizio di Cassazione 804
1. Nascita di un contratto 804
2. Il fisco e le anime morte 806
3. Le corna e il pretore 808

LETTURE

Contratto (Santoro Passarelli, *Variazioni sul contratto)* 817

Storia giuridica (Cassandro, *Considerazioni sulla storia giuridica*) 821
Diritto privato (Romano, *Ordinamento sistematico del diritto privato*) 825
Magistratura (Pera, *Tredici anni di indipendenza della magistratura*) 827
Norma giuridica (Cortese, *La norma giuridica*) 829
Compiti dello Stato (Tessitore, *Crisi e trasformazione dello Stato*) 832
Ideologia e violenza (Labruna, *Vim fieri veto*) 834
Sciopero (Neppi Modona, *Sciopero, potere politico e magistratura*) 838
Fascismo (Abrate *e altri*, *Il problema storico del fascismo*) 844
Diritto penale politico (*Vergès e Schminck*) 848

RILETTURE

La pregiudiziale (Menestrina, *La pregiudiziale nel processo civile*) 855
In memoriam (Rubino, *Studi giuridici*) 857

CRONACHE

Rivoluzione all'italiana 863
Il lavoro carcerario 864
Interpretazione evolutiva di ritorsione 866
Il presidente ricusato 870
Il bumerang del diritto 872
Il goal del presidente 874

Quaderno VI

Premessa 879

DOTTRINA

Giuseppe Chiovenda nel centenario della nascita 883
La giustizia tra mito e realtà (*Giuseppe Lavaggi*) 895
Valore scientifico della giurisprudenza 903
Riflessioni sull'interpretazione 910
Saluto a Raselli 916

VOCI ED ECHI

A proposito di una recensione 923
A proposito di una lettera aperta (*Riccardo Orestano*) 924
Replica 925

GIURISPRUDENZA

Critica del giudizio costituzionale 931
I. - Rassegna delle più recenti sentenze 931
II. - Incostituzionalità dell'art. 28 c.p.p. 938
Critica del giudizio di Cassazione 943
I. - I giudici di Berlino e di Roma 943
II. - Il pretore e il limite del diritto di sciopero 944

LETTURE

Jhering, Lo scopo nel diritto 949
Tarzia, Il litisconsorzio facoltativo 952
Oppenheim, Etica e filosofia politica 954
Taruffo, Studi sulla rilevanza della prova 957
Tarello, Orientamenti della magistratura 960

RILETTURE

Vacca, Il diritto sperimentale 965
Calasso, Storicità del diritto 967

CRONACHE

Gli articoli del "Gazzettino":

Il giudice e la legge 971
Politica e diritto 974
I sofismi dei divorzisti 977
Sentimento del diritto 980
Il divorzio e la sua legge 984
La tragedia della scuola 987
Burgos e Leningrado 990
Le dimissioni del presidente 993
Riti giudiziari 996
La riforma universitaria 999
Il caso Bonora 1002
Giustizia e amministrazione 1006
Salvare la libertà 1009
Costituzione e concordato 1012
Il Ministro e le imposte 1015
L'Università in carcere 1018
La politica nella scuola 1021

La revisione del concordato 1024
Fine di un magistrato 1027
Sindacati e poesia 1030
Stato di polizia e polizia dello Stato 1033
Tutti professori 1036
Il presidente ricusato 1040
Il colore della violenza 1043
Dossier Vietnam 1046
La rivolta dei giudici 1049
Referendum e divorzio 1052
Difficile democrazia 1055
L'istinto della felicità 1058
La nuova Università 1061
Il salumaio in pretura 1065
Uno strano duello giudiziario 1068
Il fisco e le anime morte 1070
Il pretore di Venezia 1072
La lezione del cardinale 1075
I libri della scuola 1078
Tempesta nel nulla 1081
Uscite di sicurezza 1084
Dietro il referendum 1087
Divorzio numero due 1090
l compiti del presidente 1093
L'uomo giusto al posto giusto 1096
Punti fermi 1099
I delitti in aumento 1102
Qualcosa di nuovo 1105
La sentenza sul referendum 1108
Il terrore dello Stato 1111
Il contratto di non lavoro 1114
I reati d'opinione 1117
25 Aprile 1120
Nel chiuso della cabina 1123
Il governo forte 1126
Il segreto istruttorio 1129
Il nuovo Consiglio Superiore della Magistratura 1132
Il caso Valpreda 1135
Metafisica della pornografia 1138

Per mantenere i richiami interni originarî e quelli fatti da altri Autori, in testa di ciascuna pagina è stato riportato il numero della pagina del singolo quaderno.

SALVATORE SATTA

QUADERNI

DEL DIRITTO E DEL PROCESSO CIVILE

Non in legendo sed in intelligendo leges consistunt.

Sir EDWARD COKE

IV

PADOVA
CEDAM - CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI
1970

Con insperata regolarità, vede la luce questo Quaderno, il quarto in poco più di due anni. Più che mio merito, è merito o demerito del tempo che viviamo, certamente il più interessante per l'osservazione del giurista. Debbo anzi dire che la maggiore difficoltà di questa opera è quella di resistere all'incalzare degli eventi, che richiedono sempre nuove registrazioni e meditazioni. Viviamo sotto il segno dell'imprevedibile, e ogni giorno reca una nuova realtà, o una nuova pretesa, che minacciano l'attualità dello scritto.

Bisogna a un certo punto spezzare questo filo della realtà, e rimandarla a domani, all'ignoto domani. Penso con una certa ansia al quinto Quaderno, a quello che dovrà contenere, e vorrei che uno spirito di assoluta serenità lo animasse. Quello che oggi licenzio registra cose tristi e tristissime, che hanno messo la serenità che un giurista deve sempre mantenere a durissima prova. Tuttavia non vorrei che il lettore pensasse che io sia senza speranza, o peggio che voglia togliere a lui la speranza. La speranza muore solo quando si perde la forza e la volontà di combattere.

Debbo far presente che nella parte giurisprudenziale, che mantiene il titolo di Critica del giudizio di cassazione, sono contenute alcune sentenze di giudici di merito. Ciò è dovuto in parte alla nota rovina del Palazzo di Giustizia di Roma, in parte al fatto che veramente penso che non si possa trascurare, nella critica, l'apporto dei giudici di merito, che del resto saranno i futuri giudici della Cassazione, specie se i progetti di legge oggi in discussione saranno approvati.

Roma, 12 dicembre 1970.

DOTTRINA

[003]

LA DELIBAZIONE DELLE SENTENZE STRANIERE NELL'UNITÀ DELL'ORDINAMENTO

Gli studi che abbiamo condotto nei precedenti *Quaderni* sull'ordinamento non sarebbero completi se non tenessimo conto di quell'importante istituto che è la delibazione delle sentenze straniere. Che in esso sia in questione proprio l'ordinamento è provato dal fatto che, nel vecchio codice, tra le disposizioni sulla legge in generale ce n'era una, l'art. 10, la quale stabiliva quasi programmaticamente che « le sentenze pronunziate da autorità straniere nelle materie civili avranno esecuzione nel regno quando siano dichiarate esecutive nelle forme stabilite dal codice di procedura civile ». Questa norma è stata oggi incorporata nell'art. 796 c. p. c., ed è stato male, perché non c'è dubbio che il riconoscimento delle sentenze straniere si pone accanto alla determinazione delle leggi applicabili a un dato rapporto. Determinando — si potrebbe dire — il valore che l'atto giurisdizionale ha nel nostro ordinamento, in definitiva l'ordinamento definisce se stesso. Ciò era stato già intuito da Chiovenda quando nei suoi *Principi* (pag. 305) scriveva: « poiché l'attività giurisdizionale degli altri Stati non è che la specificazione dell'attività legislativa nel caso concreto — *lex specialis* —, la nostra legge con rigore logico la tratta e la riconosce come la legislativa ».

Si tratta di stabilire quale sia la portata della norma, praticamente il rapporto tra la sentenza straniera e la sentenza italiana, o meglio ancora l'ordinamento italiano: problema che, a nostro avviso, è stato inutilmente complicato, cioè riflette nelle sue impostazioni e soluzioni le inutili complicazioni della dottrina.

È opportuno prendere le mosse proprio da quello che è stato il pensiero dei nostri massimi processualisti, Mortara e Chiovenda, poiché in sostanza si ritrova in essi la costante imposta-

zione del problema. Mortara (*Commentario,* vol. II, pag. 7 e specialmente nota 1) con una profonda intuizione riconduceva a un unico fenomeno i lodi arbitrali e le sentenze dei giudici stranieri. Partendo dal principio che l'ufficio giurisdizionale è ufficio di sovranità, Mortara osservava che agli arbitri e ai giudici stranieri mancava la sovranità, che è riservata esclusivamente ai giudici italiani: il legislatore si limitava a consentire che gli arbitri e i giudici stranieri potessero sostituirsi per la dichiarazione del diritto controverso ai magistrati dello Stato. Lo Stato poi, con un atto particolare di giurisdizione emanato dai suoi organi giurisdizionali, *adottava* quella dichiarazione che diventava come una frazione o parte della funzione giurisdizionale, senza tuttavia il requisito essenziale per essere un atto giurisdizionale completo. Mortara adoperava per caratterizzare, sotto questo profilo, gli arbitri e i giudici stranieri il termine di « organi impropri della giurisdizione ordinaria ».

Con una più o meno apparente differenza, Chiovenda, in polemica con Ottolenghi (1901), affermava che lo Stato italiano riconosceva certamente la sentenza straniera come avente piena efficacia nello Stato straniero: ma nessuna efficacia poteva riconoscersi ad essa nello Stato italiano fino a quando un giudice italiano non l'avesse riconosciuta, appunto attraverso la delibazione, non avesse cioè dato vita nel nostro Stato a una volontà attuale, avente per contenuto il contenuto della sentenza straniera, onde il carattere costitutivo della sentenza di delibazione. Prima di questa, la sentenza straniera esisterebbe come mero fatto avvenuto in territorio straniero. Ma soggiunge subito Chiovenda che esisterebbe sempre prima della delibazione una volontà del nostro Stato che ha per condizione quel fatto e che impone al giudice di esaminarlo per determinarsi eventualmente a riconoscerlo e dar vita a un'altra volontà attuale dello Stato di contenuto conforme alla sentenza straniera.

Le due concezioni ora riferite hanno in comune il punto di partenza: e cioè l'astratta concezione della sovranità dello Stato, per cui questa risiede esclusivamente negli organi (legislativi,

giurisdizionali, amministrativi) attraverso i quali esso manifesta la sua volontà. Non c'è dubbio che questa concezione sia esatta, ma non è assolutamente rilevante ai fini della soluzione del problema, perché quello che conta è la volontà manifestata, il modo cioè come lo Stato si è concretamente organizzato; in altre parole l'ordinamento che ne risulta. Ora, quando lo Stato pone il principio che abbiamo visto espresso esplicitamente nel vecchio art. 10 o implicitamente nell'art. 796 cod. proc. civ., è chiaro che ha inserito nell'ordinamento (è ordinamento) anche la sentenza straniera, allo stesso modo come è ordinamento l'arbitrato e il lodo arbitrale. Questo è così vero che tanto Mortara quanto Chiovenda sono costretti ad ammettere — a rischio di cadere in una sottile contraddizione — l'uno che non esiste la sovranità, nel giudice straniero e nell'arbitro, ma c'è una giurisdizione impropria; l'altro che la sentenza straniera è fatto, ma esiste una volontà nel nostro Stato che ha per condizione questo fatto. Ora, che cosa questo vuole dire se non che la sentenza straniera, il lodo, sono già per se stessi rilevanti nel nostro ordinamento, sono il nostro ordinamento, si capisce, ciascuno secondo la propria natura, o meglio ancora secondo la volontà (per usare la consueta metafora) dell'ordinamento stesso? Non importa, infatti, che per essere esecutivi, o efficaci che dir si voglia, debbano ricorrere certe condizioni, che il giudice accerta, in modo più o meno formale; questo riguarda l'esecutività o l'efficacia in concreto di quella determinata sentenza, di quel determinato lodo: ma è una assoluta metafora dire, come si dice, che con questo accertamento la sentenza straniera o il lodo vengono adottati o nazionalizzati (le due espressioni si equivalgono). L'adozione o la nazionalizzazione sono già interamente nella legge, e il giudice che deliba non fa di una sentenza straniera una sentenza italiana, né del lodo una sentenza (del giudice ordinario) perché questa sarebbe una impossibile trasformazione. Il giudice fa quel che la legge italiana gli impone di fare, cioè esercita un controllo più o meno penetrante: ma in nessun caso giudica, sia pure in conformità della sentenza straniera o del lodo, come pretende Chiovenda,

perché questo sarebbe un non senso, l'ammissibilità della delibazione essendo proprio l'esclusione del giudizio, che è già intervenuto.

Al lume di questi realistici concetti, appare oggi assai più vicina alla realtà la tesi dell'Ottolenghi contro la quale severamente reagiva Chiovenda, nel luogo citato. In sostanza, Ottolenghi obiettava a Chiovenda che con l'idea che il diritto straniero non possa applicarsi in Italia se non come nazionalizzato si fraintendeva tutta la funzione delle norme di applicazione, perché quando è ammessa la competenza della legge straniera, questa non viene altrimenti assunta che come fonte di diritto nel nostro Stato, alla stessa guisa della legge interna. Ora, a prescindere dalle formule e dalle etichette, a noi sembra che proprio questa sia la verità: e cioè che l'ordinamento italiano non può identificarsi con le leggi interne (sebbene ovviamente tutto abbia la sua radice in una legge interna, quella costitutiva dell'ordinamento), ma comprenda in sé tutte le leggi alle quali fa riferimento, così come comprende tutti gli atti concreti nei quali l'ordinamento si risolve, siano essi emanati dagli organi giurisdizionali statali, sia da altre riconosciute fonti come gli arbitri e i giudici stranieri.

Detto questo non c'è da dire assolutamente altro: e ci sembra inutile parlare di fatto, di organo improprio, di ricezione e via dicendo. Sono tutte cose che dimostrano una posizione aprioristica del concetto di ordinamento e del concetto stesso di Stato, quale nei precedenti *Quaderni* abbiamo cercato di combattere. Né sarà inutile notare che una intuizione della verità aveva avuto, a differenza degli altri processualisti, il Redenti quando riportava il procedimento di delibazione alla giurisdizione volontaria. Si può anche in base al concetto che abbiamo dato (*Quaderno* I, pag. 3 e sgg.) della giurisdizione volontaria giustificare questa attribuzione. Ma, classificazioni a parte, è certo che Redenti intuiva, col suo richiamo, la realtà della sentenza straniera nel nostro ordinamento, così come è reale qualunque atto che richiede l'intervento autorizzativo od omologativo del giudice, né si può

fondere o confondere quell'atto col provvedimento che l'autorizza o lo omologa.

Dalla impostazione che abbiamo dato al problema della natura della delibazione ricevono chiarimento i vari problemi che si sono sollevati nella dottrina e nella giurisprudenza, e che, per la verità, avevano trovato spesso per altre meno limpide vie una esatta soluzione. Così appare sicuro, in base a quanto abbiamo detto, che gli effetti della sentenza decorrono non dalla delibazione ma dalla data della sentenza straniera. È questa infatti che già concretava l'ordinamento, anche se per la sua operatività era necessario il controllo del giudice italiano. Situazione non dissimile, ci sembra, da quella del lodo arbitrale rispetto alla omologazione del pretore.

Ugualmente sicuro è che la c. d. azione di delibazione non ha nulla a che fare con l'azione che il richiedente avrebbe potuto proporre in Italia, se non avesse ricorso al giudice straniero. Se un paragone si volesse fare, si potrebbe se mai ricorrere alla richiesta di decreto ingiuntivo, qualificando la delibazione una normativa senza giudizio. Ma sono inutili e antiquati problemi che in una realistica visione del processo e del diritto non hanno più ragione d'essere; così come non ha ragione d'essere la questione se la sentenza di delibazione abbia carattere costitutivo o meno. Va ancora accennato che giustamente non si può opporre la prescrizione del rapporto originario successivamente alla sentenza straniera e naturalmente prima della delibazione: la prescrizione dopo la sentenza è regolata dalla legge del luogo in cui la sentenza stessa è stata emanata, come per analogia si può ricavare anche dal n. 4 dell'art. 796.

Naturalmente i problemi cui dà luogo la disciplina positiva della delibazione sono moltissimi: ma il fine sistematico di questa nota, in armonia con lo spirito dei *Quaderni*, ci dispensa dal trattarne. Ci consenta il lettore di rinviarlo alla diffusa esposizione del nostro *Commentario*, IV volume, parte II, di imminente pubblicazione.

[008]

IL GIUDICE E LA LEGGE *

Servi legum sumus ut liberi esse possimus.

È giusto che un discorso sul rapporto tra il giudice e la legge che si tiene sul colle Capitolino prenda l'avvio dalla grande e semplice formula di Cicerone che ha illuminato i nostri primi passi nella scuola. Altri Campidogli, altre Acropoli sono sorte nel mondo, perché, seguendo le vicende della storia, in altre mani è trascorsa la potenza di Roma. Ma ancora questa antica sede, aperta sul Foro, rimane simbolo del diritto, ancora a lei si volge chi cerchi l'idea di giustizia.

E la breve frase di Cicerone potrebbe non solo aprire ma concludere il nostro discorso, se gli uomini fossero veramente liberi nel loro cuore, e nella libertà avessero maturato le loro organizzazioni giuridiche e giudiziarie. Se dovessimo per un momento analizzare quella frase, io direi che l'accento sta essenzialmente in quel *sumus*, in quel presente nel quale, non come dover essere, ma come essere, si riconosce la legge, si esprime, quasi con orgoglio, la propria servitù alla legge, la servitù che rende padroni, e sola rendeva padroni i romani. Ma la libertà, disgrazia o fortuna che sia, non è gratuitamente data agli uomini, è una continua, rischiosa conquista. Per questo il problema della legge perpetuamente si rinnova, e ogni generazione se lo propone e se lo risolve, quando lo risolve, per conto suo.

Cicerone si riferisce a tutti i cittadini, indistinti di fronte alla legge. *Sumus* appunto. E in verità, nessuna distinzione nell'età repubblicana era possibile, perché vi era un'assoluta coincidenza,

* Discorso pronunciato in Campidoglio il 6 dicembre 1970.

almeno nell'organizzazione dello Stato, fra legge e libertà. Cicerone avrebbe potuto rovesciare la sua frase, e dire: siamo liberi affinché possiamo servire alle leggi, cioè vivere nell'ordine che noi stessi ci siamo creati. Il problema del rapporto fra legge e giudice, che implica la distinzione tra l'una e l'altro, non poteva quindi sorgere: come ha finemente intuito uno dei nostri più attenti romanisti, il Lavaggi, la giustizia romana è fatta di un perfetto equilibrio fra autorità e libertà, fra pubblico e privato, « sullo sfondo di un pragmatismo illuminato alieno da schematizzazioni teoriche e di principio ». Il pretore romano è uomo di governo, dai vastissimi poteri, i cui limiti sono nella costituzione e non nel processo, e l'ordinamento si riconosce in lui, riponendo in lui la più assoluta fiducia. Vogliamo dire che il problema del rapporto fra legge e giudice, che oggi nei suoi molti aspetti sta all'apice dei nostri preoccupati pensieri, sorgerà più tardi, quando lo Stato si ipostatizza, il diritto si obbiettivizza e diventa diritto di quello Stato, che, come oggi si usa dire da molti, ne fa il suo monopolio, il giudice diventa a sua volta un funzionario dello Stato, e su tutto prevale l'idea dell'autorità. Ancora il magistrato è giusdicente, ancora si parla di giurisdizione, ma i termini acquistano un altro valore e un altro significato. Non è questo, si badi bene, parlando in termini storici, un peggioramento: la storia non peggiora mai, o, ciò che è lo stesso, peggiora sempre. È una trasformazione nel cui sfondo sta la trasformazione della società, dell'uomo, del costume: e sarebbe ridicolo pensare che la *cognitio extra ordinem*, tutto quello che l'ha determinata e tutto quello che essa comporta sia una degenerazione rispetto al processo formulare. Il solo fatto che lo storico e il giurista devono rilevare è che il giudice dell'impero non è più il giudice della repubblica, o più propriamente che l'organizzazione burocratica e gerarchica dello Stato crea tra legge e giudice un dualismo che prima era quanto meno inavvertito, e forse inavvertibile.

Ora, questo dualismo può essere osservato — e lo osserveremo — da molti punti di vista. Ma preliminarmente si deve ammonire che le osservazioni non vanno fatte su un piano astrat-

to, o teorico, o filosofico, ma su un piano, ancora una volta storico e concreto. La legge e il giudice non sono due idee, o prima di essere due idee, sono due persone fisiche: il principe, che esprime o nel quale si esprime la volontà generale, il giudice che deve volere la volontà del principe, non può che volere quella volontà, e perciò è un suo funzionario. L'avvento del pensiero liberale e delle forme concrete in cui si realizza nello Stato rivelerà che il rapporto è infinitamente più complesso di quanto in questo schema non appaia: ma nella sostanza le cose non mutano. Sempre il giudice sarà servo del principe, o, per evitare equivoci, servo della legge, come dice anche la nostra Costituzione. Un giudice che non abbia o non voglia avere sopra di sé la legge, secondo certe ricorrenti aspirazioni, s'illude di essere un giudice libero: egli è soltanto un giudice disponibile.

La ragione profonda del rapporto tra la legge e il giudice è essenzialmente qui. Solitamente si legge che la dipendenza del giudice dalla legge è determinata dalla esigenza di certezza del diritto, e quindi degli umani rapporti. Questo può essere vero, ma è solo una ragione secondaria o una risultante. Più giusto è dire che il principe, lo Stato che si afferma, mai e poi mai potrebbe lasciare se stesso in balìa del giudice. Il giudice legislatore, se non è un modo di dire per mettere in risalto certe caratteristiche del pretore romano e oggi del giudice britannico, o più in generale se non è un sinonimo enfatico del diritto giudiziario, fenomeno più modesto e più serio, è una contraddizione nei termini. E questo è tanto vero che le più potenti affermazioni della legge in opposizione ai giudici sono state fatte nelle grandi rivoluzioni condotte in nome della libertà, come la rivoluzione francese, e ogni rivoluzione si crea rapidamente i suoi giudici: cosa pienamente logica, perché libertà, giustizia, al di fuori delle speculazioni filosofiche, non sono che la positività dell'ordinamento in cui viviamo, buono o cattivo che sia. Socrate ce l'ha insegnato, in tempi lontani. E si potrebbe aggiungere che quando, nella vita di uno Stato, i giudici contestano la legge, perciò stesso che è legge, cioè

al di là della normale dialettica del giudizio, è segno certo che la fine della libertà, la fine dell'ordinamento si approssima.

Ma è inutile indugiare su questo aspetto del problema, che in termini assoluti veramente non esiste. « Il sistema del diritto libero, scriveva Calamandrei, in realtà non merita questa sua denominazione se non per ironia: perché esso è negazione insieme di ogni diritto e di ogni libertà ». E Calamandrei citava a conforto il Fischer (*Storia di Europa*, I, 56) che considerava il principio di legalità come uno dei caratteri che distinguono la civiltà occidentale da quella cinese: nella quale manca assolutamente la nozione di diritto.

* * *

La verità è che sotto il nome fascinoso di diritto libero si è storicamente voluto indicare qualche cosa di diverso dalla irreale emancipazione del giudice dalla legge, ed è su questo che il giurista storico, se vuol fare qualche cosa di utile, deve porre la sua attenzione. Lo stesso termine di diritto libero è nato dalle aspirazioni romantiche, e romanticamente umanitarie che, sul finire dello scorso secolo, avevano trovato la loro popolare manifestazione nel giudice Magnaud. *Le bon juge*, come allora si diceva, non aveva nulla di eversivo o di sovversivo: egli era il fratello di Jean Valjean, il criminale onesto di Victor Hugo, ma era anche fratello di Javert, il cupo ispettore di polizia, figli tutti di un sentimento, oggi fuori di moda, che chiamerei simpatia. Sotto questo aspetto il diritto libero non faceva che denunciare la disumanità che, in casi marginali, hanno le cose astratte, e quindi anche l'astrazione della legge.

Ma al di fuori del sentimento o del sentimentalismo, la dualistica posizione del giudice e della legge si era risolta nell'unico modo possibile, perché conforme alla sua origine storica, e cioè nella vanificazione del giudice, nel suo assorbimento in quella sola obbiettiva realtà che è la legge. Tutta la scienza del processo è nata si può dire da questa soluzione, in funzione di questa ha elaborato i suoi dogmi, e primo fra tutti quello del carattere di-

chiarativo della sentenza. Bisogna riconoscere che vi era in queste gelide costruzioni un altissimo senso civico, e prima ancora un grande valore morale: tanto che Calamandrei (e richiamo lui perché i nuovissimi riformatori amano evocarlo dalla grande ombra per sostenere le loro idee) fu il mio più severo critico, quando, trent'anni fa, diedi timidamente inizio a quella revisione delle posizioni dominanti che molto tempo dopo avrebbe portato alla negazione del tradizionale dualismo, e quindi alla rivalutazione del giudice in una visione unitaria dell'ordinamento.

Il fatto è che la storia procede su cavalli di fuoco, e non sono i dogmi che creano la storia, ma la storia che crea i dogmi. La figura del giudice, quale oggi si viene delineando, non è nata dalle elucubrazioni solitarie del giurista, ma dal travaglio delle rivoluzioni che hanno scosso il mondo, e che hanno messo in luce che se il giudice dipende dalla legge anche la legge dipende dal giudice, onde è necessario trovare il punto di incontro tra questi due ineliminabili elementi. Naturalmente questo punto di incontro non può essere che l'interpretazione: ma appunto qui sta il *novum*, che il giudice nell'interpretazione non si inserisce come un momento del tutto passivo, rispetto a una norma esterna ed estranea ad esso, ma è la norma stessa che si rifà nel concreto, e nel concreto si fa quello che con termine antico ed eterno chiamiamo giustizia. L'ordinamento, si badi bene, ha avuto sempre contezza di questo, e appunto per questo, per conservarsi, ha dettato le norme che tutti conosciamo sull'interpretazione delle leggi. Ma per quanto queste costringano il giudice a rigar dritto, cioè a non andare al di là della legge e farsi legislatore, mai riusciranno a renderlo un automa, mai impediranno che in un certo e non piccolo margine la legge dipenda da lui. E attraverso il giudice la vita penetra nella legge col suo bene e col suo male, il bene e il male si fanno vita. Quando i nuovissimi giuristi, cattedratici o giudici che siano, parlano di società, di contesto sociale, in aperta o larvata opposizione alla legge, dicono male, e ignorantemente, quello che ora abbiamo detto.

Che, ovviamente, non è una scoperta, ma una cosa vecchia

come il mondo. Allorché Cicerone diceva « Vere magistratum dicimus legem esse loquentem » non diceva altro che questo, e poteva senza contraddirsi rovesciare la sua posizione: « Vere legem dicimus magistratum esse loquentem ». E del resto si è sempre osservato che per determinati settori è la legge stessa che si affida al giudice per il suo concretamento. Ma l'eliminazione del dualismo, la risoluzione della legge nel giudizio, la chiarificazione insomma di questo rapporto tra il giudice e la legge, ha immense conseguenze sul piano teorico e sul piano pratico. Sul piano teorico esso elimina automaticamente tutte le sovrastrutture alle quali la scienza era ridotta per colmare l'incolmabile vuoto tra i due termini del dualismo (le ingegnose e tediose teorie sull'azione, ad es. si volatilizzano); sul piano pratico, che più importa, restituisce al giudice la coscienza della propria funzione e della propria responsabilità, gli ridà il senso della legge come cosa viva, e non come un fossile da analizzare col microscopio, sopra tutto gli restituisce il senso del concreto, lo avvia verso quella che si è chiamata, in opposizione a un preteso formalismo essenziale della legge, giustizia sostanziale, e io chiamerei semplicemente giustizia. Il frutto non è poco, o non sarebbe poco se...

* * *

È infatti evidente che la restituzione ad unità, all'unità dell'ordinamento, della legge e del giudice, è una cosa semplice e chiara finché si rimane nel mondo dello spirito, ma è di difficilissima realizzazione quando si scende sul terreno della vita concreta. Tanto difficile che essa richiede addirittura un miracolo, e cioè la rigenerazione del giudice, la sua presa di coscienza della legge e di se stesso di fronte alla legge. È un'opera certa ma lenta: certa, perché a questo si dovrà arrivare, se non si vuole che periscano il mondo e la giustizia insieme, lenta perché richiede sul piano intellettuale liberazione dagli impedimenti di una falsa cultura, sul piano morale umiltà e rinuncia.

Ora, alla stregua di quel che si è detto, bisogna considerare

i nuovi atteggiamenti che il problema del giudice e della legge assume nel momento in cui ci troviamo a vivere. Mi riferisco, come è facile intendere, a quelle posizioni che una parte della magistratura, raccolta in associazioni estremistiche, o correnti estremistiche di certe associazioni, ha assunto e predica nei giornali e addirittura in moti di piazza: posizioni tanto più interessanti in quanto si presentano come un naturale sbocco della concezione monistica che abbiamo accolto, e credono di trovare in essa la loro teorica copertura.

Diciamo subito che questi estremismi — ricorrenti del resto in ogni istituzione — hanno un sottofondo chiaramente politico: ma questo a noi non interessa minimamente, anzi non dimentichiamo mai che spesso la salvezza viene dai nemici. Ciò che importa è quello che, nei confini del problema che ne occupa, si sostiene, e valutare obbiettivamente l'errore, se errore sussiste.

La polemica si articola su due filoni: il primo è quello della riforma della magistratura, il secondo è quello dello svincolo del giudice dalla legge. Sono apparentemente due. In realtà si vuole una organizzazione o un tipo di magistratura che consenta lo svincolo dalla legge. Quindi entrambi i profili dovremo prendere in considerazione.

Per quel che riguarda il primo, è noto che l'attacco si dirige contro il sistema piramidale, e in definitiva contro la Cassazione. Lasciando da parte le ragioni deteriori di carattere corporativo, e del pari l'aggancio ormai dimostrato invalido alla Costituzione, si assume che la Cassazione cristallizza il diritto, è chiusa a ogni esigenza sociale, al mutare dei costumi e via dicendo, difetto che si estende a tutto il sistema e alla gerarchia insita nel sistema. Si potrebbe dimostrare *per tabulas* che questo non è vero, o è vero in quella misura in cui può essere vero per qualunque giudice di qualunque grado. Ma non è necessario. Quel che i contestatori del sistema e della Cassazione non sanno o non vogliono sapere è che l'ordinamento giudiziario nel suo complesso riflette la società e la sua struttura, e sarebbe assurdo oggi, in una società essenzialmente legalistica, e che alla legalità ha provveduto con la

sua stessa organizzazione, inserire un giudice che sia arbitro della legge, e possa abrogarla quando ha cessato di rispondere alla comune coscienza, come poteva fare il pretore romano, anzi come doveva, se è vera l'imputazione che si faceva a Verre di aver osservato una legge che non era per anco revocata, ma che aveva cessato dopo un secolo e in tanto rapida e profonda mutazione di costumi di corrispondere a ciò che alla comune dei cittadini pareva ragionevole e giusto (Costa, *Cicerone giureconsulto*, cap. I). Io non dico che questo non potrebbe oggi avvenire, e mi auguro che avvenga. Ma condizione di questo avvento è, non che si distrugga la piramide, ma che il giudice sia degno, ed esprima una degna società. Finché questo non sia, e non sarà certo per leggi o decreti o per l'amministrazione della giustizia che fa il Consiglio Superiore, la struttura piramidale esprime una esigenza assolutamente ineliminabile, perché disgraziatamente solo attraverso sucessivi faticosi controlli, fatti ovviamente da giudici sempre più qualificati, si può sperare in una certa giustizia, e se vogliamo condividere le preoccupazioni dei contestatori, che prevalgano le istanze sociali, non le istanze particolari di questo o quel giudice. Del resto non sarà male che giudici che si ritengono rivoluzionari ricordino che la Cassazione e il sistema che regge ancor oggi tutti gli Stati continentali sono nati da una rivoluzione sul serio, quale fu la rivoluzione francese. E su questo non c'è bisogno di aggiungere altro.

* * *

Più complesso, severo, e obbiettivamente preoccupante è il problema del rapporto tra giudice e legge nella impostazione che si vuol dare dalle frange estremistiche di cui abbiamo detto. È obbiettivamente preoccupante perché è il nostro stesso problema, non essendo possibile nascondersi che, una volta ammessa l'interpretazione e restaurata la presenza del giudice nella determinazione del concreto, una volta risolto l'ordinamento nel giudizio, per usare una formula ormai familiare, si pone il dubbio del momento ineffabile in cui dalla interpretazione si passa alla crea-

zione, o ciò che è lo stesso, abrogazione della legge. In un recente ordine del giorno nel congresso dei magistrati, diciamo così, ortodossi è stato testualmente dichiarato che il congresso « *riafferma* l'assoluta fedeltà della magistratura italiana al principio costituzionale che proclama la soggezione del giudice alla legge che egli è chiamato a interpretare e applicare in piena autonomia e indipendenza; *respinge* ogni tentativo di allargare il concetto di interpretazione fino ad attribuire al giudice compiti che in una democrazia spettano soltanto alle camere elettive, espressione diretta della sovranità popolare ». Va bene. Ma, si chiede il giurista, ed è domanda inesorabile alla quale non può sfuggire, perché è la domanda che gli pongono quelli che per lui, sostenendo il contrario, non sono giuristi, dov'è che finisce l'interpretazione e si passa alla legiferazione (arbitraria) nell'opera del giudice? È del resto il problema che in termini falsi enunciava la vecchia dottrina quando si preoccupava della sentenza ingiusta, e paradossalmente attribuiva a questa un carattere costitutivo.

Ma il giurista di oggi vien messo in assai peggiori condizioni dei suoi predecessori, perché tra la legge e il giudice viene frapposta la Costituzione, e su questa si fonda la pretesa dei poteri del giudice fino alla negazione della norma. Le vie per le quali si giunge all'attribuzione di questo magico potere alla Costituzione sono le più diverse: ma l'idea comune è che il principio generale per cui il giudice è soggetto soltanto alla legge deve essere inteso nel senso che è soggetto anzitutto alla legge costituzionale e poi alle leggi ordinarie in quanto compatibili con la Costituzione; onde sul piano della interpretazione il giudice deve colmare il contrasto tra norma costituzionale e norma, come suol dirsi, secondaria, ed espungere quest'ultima se incompatibile con la prima. Che questo sia il pensiero dei contestatori è indubitabile: e bisogna dire che purtroppo è un pensiero avallato spesso involontariamente da costituzionalisti teorici, anche di chiara fama, che parlano di costituzione strumentale, o di costituzione aperta, nel senso che essa non si troverebbe soltanto negli articoli della carta, ma nel contesto sociale e via dicendo. Si arriva persino a

dire, combattendo la mia ovvia osservazione, che la Costituzione ha legalizzato sostanzialmente l'ordinamento precedente, salva l'eccezione di incostituzionalità, che essa ha totalmente contestato quell'ordinamento, imponendo ai giudici di verificare tutte le leggi che essi debbono applicare e di controllare la loro conformità alla carta dello Stato repubblicano, e riducendo di altrettanto la posizione e le funzioni della Corte costituzionale.

Come si vede, la Costituzione non basta, a questa gente che non accetta la giuridica, e giuridicamente severa, realtà della vita. Ed è naturale che sia così: quando non si accetta di essere servi delle leggi, nessuna legge, nessuna carta, nessun principio può porre ostacolo al libito che si fa licito, cioè in definitiva al proprio orgoglio. La verità è che la Costituzione è una legge come tutte le altre, perché esiste un concetto solo di legge, e come tale essa ubbidisce al sistema nel quale è inserita. Dal punto di vista formale è la Corte costituzionale, essa ed essa soltanto, che verifica le leggi al lume dei principi posti dalla stessa costituzione (i giudici collaborano nel modo ben noto); ma anche la Corte è inserita nel sistema, ubbidisce e deve ubbidire al sistema. Se non lo fa, se esce dal sistema, usurpa le funzioni del legislatore, che è purtroppo la tentazione comune alla Corte (e ai giudici di merito), alla quale, un po' per la naturale insofferenza che ciascuno ha dei propri limiti, un po' per la carenza del legislatore e dello Stato, non si sa resistere. Dal punto di vista materiale, la Costituzione poi è quello che è, le sue norme hanno il valore che hanno, e spesso sono vuote norme che attendono il loro concretamento dall'esperienza, nell'orbita del sistema. Quando l'art. 3 stabilisce il famoso principio di uguaglianza — quell'articolo sul quale soprattutto puntano i giudici della *nouvelle vague* — non agita una bandiera con su scritto *liberté, fraternité, égalité*, in nome della quale sia lecito distruggere a capriccio l'ordinamento, ma pone una norma che nell'ordinamento trova la sua realtà. Quando l'art. 40 dice che il diritto di sciopero si esercita nell'ambito delle leggi che lo regolano, fa, ancor più chiaramente, la stessa cosa, e cioè non crea un astratto diritto di sciopero, ma

inserisce lo sciopero nell'ordinamento, ne fa quello che l'ordinamento, cioè le leggi regolatrici, vuole che sia. Che questa sia la verità, lo dimostra la riluttanza delle organizzazioni sindacali ad attuare, come si dice, la Costituzione, mantenendo astratto e irregolato lo sciopero. Se la Corte costituzionale, non che i giudici del merito, questo avesse inteso o riconosciuto, non avrebbe emanato molte delle sentenze deplorevoli che tutti conosciamo. Sola difesa della Corte è che essa si considera un organo politico, non giurisdizionale: e naturalmente a questo non c'è possibilità di risposta.

* * *

Eliminato questo equivoco della interferenza della Costituzione tra la legge e il giudice, il problema si presenta nella sua perenne chiarezza, ma con questo non è detto che sia reso più facile. Vi sono ancora molte storture da eliminare.

La prima di queste è la intrusione della politica nel giudizio. Da qualche tempo è venuto di moda combattere l'estraneità del giudice alla politica, anzi si pone come un postulato che il giudice sia un politico. È stata persino fondata una rivista con questo programmatico titolo. Per la verità questa tesi ha molte facce. La più innocente è quella della reazione al concettualismo dei giudici, e sotto questo profilo non è pericolosa, è più che altro un modo di dire. Ma col richiamo alla politica (che si estende anche al giurista teorico) si vuol dire ben altro: e cioè da un lato, che il giudice deve fare della politica per adattare la norma alla c. d. realtà vivente; dall'altro che esso fa della politica perché tutela la realtà passata, cioè semplicemente applica la norma, che è per definizione sempre superata. Due aspetti, come si vede, contradittori, ma solo apparentemente, perché in effetti la realtà di cui si vuole rendere connivente il giudice non è la realtà passata o la realtà presente, è la realtà futura, cioè l'irrealtà, il sogno vagheggiato dai contestatori.

Credo di aver già altra volta dimostrato il vizio di questa posizione concettuale, che purtroppo è anche atteggiamento pratico.

Politica e diritto stanno su due diversi piani. Non sono in rapporto di contraddizione, perché il diritto, nel suo contenuto normativo, è quel tanto di politica che è riuscito a giuridicizzarsi. Ma se così è la politica del giudice e del giurista è il diritto stesso: politica dello Stato, mi è venuto fatto di chiamarla; e credo che il termine sia espressivo di una realtà generale, e non soltanto della giustizia, perché lo Stato, per il solo fatto di essere, informa di sé tutte le componenti della vita, in quanto vita dello stesso Stato, imprime ad esse un marchio che è difficile qualificare. Penso particolarmente alla scuola. Non c'è dubbio che la scuola può essere fatta in cento modi, non c'è dubbio che anche l'insegnamento ha un suo impegno politico. Ma anche questa della scuola è una politica dello Stato, è ciò che lo Stato filtra, per così dire, nella sua imparzialità e obbiettività. Se dovessi fare un paragone o usare una immagine, direi che lo Stato ha uno spirito classico che trasfonde in ogni sua manifestazione: e in questa austera classicità sta il suo essere e la sua ragione d'essere al di sopra dello spirito di parte che pure a ogni momento lo assale, e vuole farsene strumento.

Ma, al di là di queste astratte posizioni, la pretesa « politica » del giudice assume un'altra formulazione, tanto più pericolosa in quanto parte da dati oggettivi, della cui esistenza e consistenza non si è mai dubitato, e coincidono in fondo con la restaurazione del giudice, e cioè dall'analisi della interpretazione.

Era stato da moltissimo tempo notato che vi sono norme che ricevono la loro determinazione dal calarsi nel concreto, se così è lecito dire, per opera del giudice. Sono le norme che al tempo della nostra scuola si chiamavano in bianco (*Blanketten*, alla tedesca), e comprendevano quelle in cui entravano come componenti idee generali come il dolo, la buona fede, il buon costume, la moralità, l'ordine pubblico e via dicendo. Rispetto a queste il prudente giurista dell'ottocento aveva parlato di creazione del diritto da parte del giudice, e intendeva riferirsi in sostanza ai giudizi di valore che il giudice compie incessantemente e costituiscono il tessuto stesso del diritto. È attraverso questi giudizi

che la vita filtra nel diritto, meglio diventa essa stessa diritto, lo rende partecipe della storia. Era, in realtà, una modesta osservazione, poiché non c'è dubbio che quest'opera creativa del giudice ci sia sempre, che l'interpretazione sia sempre creativa, e tutti gli istituti ricevono dalla giurisprudenza il loro mutevole volto.

Ora avviene che non pochi giuristi della nuova generazione, e anche fra i più temperati, appoggiandosi a esotiche filosofie, traggano pretesto da questo giusto rilievo per negare la norma. Un esempio che si fa è quello dell'art. 144 cod. civ., della norma che stabilisce che il marito è capo della famiglia. Ecco, si dice, una norma che non esiste, e non esiste per opera del giudice che oggi condanna il marito che schiaffeggia la moglie, o apre le lettere della moglie e via dicendo. Nulla è più ingenuo di questo: prima del giudice che condanna c'è il marito che non fa più tali cose, il che significa che la potestà maritale si offre, alla pari di qualunque altra norma, alla vita e alla storia come un vaso vuoto che la vita e la storia hanno cura di riempire, ora con uno *jus vitae necisque*, ora con un più blando e umano rapporto. Di qui il giudice ricava il suo giudizio, che del resto non è detto che debba essere assolutamente aderente al costume, essendo lo stesso giudice un cittadino che concorre a formare il costume, e a parte il fatto che il costume può essere anche *contra legem*: ma quel che il giudice non può fare, dove la sua interpretazione si arresta, è negare la famiglia, e quindi la struttura che l'ordinamento le ha dato, col marito sovrano, e sia pure costituzionale. Con questa osservazione mi pare che ci andiamo rapidamente avvicinando alla soluzione del nostro vitale problema, quello della identificazione dei limiti della interpretazione.

* * *

Ho davanti a me due sentenze, una del pretore di Milano, l'altra del pretore di Alessandria, e mi pare buon metodo muo-

vere da questi casi concreti per individuare il nodo della questione.

Il primo caso, quello del pretore milanese, è stato da me scherzosamente commentato nel terzo *Quaderno*, ma oggi devo prenderlo sul serio. Si trattava della solita occupazione studentesca di una facoltà con impedimento degli esami: il pretore ha assolto perché a suo dire le università appartengono agli studenti e quindi le occupazioni non possono dirsi arbitrarie; né d'altra parte sussiste il reato di interruzione di pubblico servizio perché l'azione studentesca aveva lo scopo di far sì che gli esami si svolgessero regolari etc. etc.

Il secondo caso, più sottile, riguarda una incriminazione per una c. d. processione civile non autorizzata dalla pubblica sicurezza. Sul fatto o sui fatti corrispondenti alle fattispecie tipiche del reato la sentenza stessa non solleva alcun dubbio. Ma il pretore di Alessandria, volendo assolvere, ha detto che si trattava di una riunione spontanea di massa, per cui era impossibile dare il prescritto preavviso di tre giorni. Irrilevante l'utilizzazione di cartelli da tempo predisposti e la presenza di autovetture munite di altoparlanti, perché queste cose avevano una destinazione generica, erano pronte nei magazzini in attesa della buona occasione, e via dicendo su questo metro.

Queste sentenze sono ovviamente opera di giudici come si usa dire (e non si dovrebbe mai dire dei giudici) impegnati: ma questo non ha per noi importanza, e noi dobbiamo considerarle con la più assoluta obbiettività, per vedere in che cosa esse hanno peccato contro il diritto, che è come peccare contro lo spirito.

A mio avviso, la prima sentenza ci offre una agevole diagnosi. Il pretore di Milano, quando ha escluso il reato di occupazione nei confronti degli studenti, ha apparentemente compiuto un'opera di interpretazione di una norma. Ma in realtà che cosa ha fatto? Esso non ha tenuto conto della organizzazione dell'Università, della persona giuridica, con tutte le sue articolazioni, nelle quali ognuno svolge il suo officio, rettore, presidi, professori, studenti e via dicendo. L'attribuzione agli studenti di un ruolo

che implica la negazione della organizzazione non è più interpretare la legge, è semplicemente abrogare una legge e crearne una nuova. Questo a me pare il punto centrale della distinzione tra interpretazione e legiferazione da parte del giudice, il punto in cui l'errore diventa rifiuto della legge. Interpretare la legge in modo che essa sia posta fuori del sistema, e quindi negare il sistema, significa uscire dai limiti dell'interpretazione. Se questo è il criterio che consente di stabilire dove l'interpretazione finisce per dar luogo alla arbitraria proliferazione di norme dobbiamo essere grati al futurista pretore milanese di avercelo fornito.

La seconda sentenza conferma in definitiva l'insegnamento che indirettamente ci viene dal pretore milanese. Come si è visto, il pretore alessandrino ha immaginato una riunione improvvisa, nata dagli animi giustamente concitati, per escludere l'obbligo del preavviso e le altre conseguenze. Non c'è il minimo dubbio che una riunione di questo genere legislativamente non esista. Ma quel che conta ai nostri fini, è che la norma non poteva essere creata per via di interpretazione, perché col divieto di riunione è stata creata una certa organizzazione, un certo sistema che la Costituzione con l'art. 17 terzo comma ha sancito, e che esclude perché contraddittoria la pretesa riunione non premeditata. Le limitazioni poste alla riunione in luogo pubblico fanno parte del sistema della vita associata, e perciò non ammettono, anzi escludono, le concitazioni improvvise. Anche in questo caso ci sembra di aver trovato la chiave del non facile problema. Ma la sentenza del pretore alessandrino ci dice qualche cosa di più. Egli ha infatti negato la rilevanza dei cartelli e delle vetture munite di altoparlanti parlando di una generica e generale predisposizione: e anche questo ridicolo espediente fa parte dell'illecita creazione della norma. Esso però ci induce a una triste considerazione, e cioè a configurare l'ipotesi, purtroppo non irreale, che il giudice, per faziosità o conformismo, neghi i fatti, giudichi in fatto, raggirando la creazione della norma. Contro questo pericolo non c'è nulla da fare. L'ordinamento provvede come può, usando i vari gradi di giudizio, compresa la detestata Cassazione. Noi non

possiamo che ricordare Capograssi (vol. V, pag. 65), al quale va da questa sede il nostro riverente e sempre dolente pensiero, e il commento che egli fa al celebre testo dell'imperatore: « ex sententia animi tui judicare potes ».

* * *

Non resta ormai che concludere. Se noi siamo arrivati a individuare il punto preciso in cui il giudice diventa arbitrario legislatore il discorso in sede teorica non sarà stato vano. Ma non saremmo tranquilli se non considerassimo il problema del rapporto tra il giudice e la legge nelle sue attuali determinanti. Già lo abbiamo del resto accennato. L'usurpazione della legge da parte del giudice è un atto di orgoglio, di satanica disubbidienza. La legge, anche la più ingiusta, è l'espressione di una volontà storica, ottenuta attraverso mille sacrifici, e in primo luogo il sacrificio della nostra individualità, l'offerta, diciamo meglio, della nostra individualità al bene, o alla speranza del bene comune. Il giudice che si fa legislatore rinnega il proprio sacrificio, si oppone alla storia, commette, nel più profondo dei sensi, un esercizio arbitrario delle proprie ragioni. Gli esempi che abbiamo sotto gli occhi, positivi e negativi (perché c'è anche un modo, e il più subdolo, di creare le leggi non applicandole) sono eloquenti, e sono il segno premonitore di un triste futuro.

Tuttavia non bisogna nascondersi che, a parte l'inattualità di certe leggi, alle quali provvede il legislatore e, nei limiti strettissimi delle sue funzioni, la Corte costituzionale, la legge non è intesa dai giudici nel suo pieno valore. Secoli di schiavitù, impreparazione giuridica e morale, inesperienza della vita, hanno portato i giudici a considerare la legge come qualcosa di estraneo al concreto, e il concreto, cioè la sofferenza degli uomini nelle loro piccole e tuttavia grandi vicende, come indifferente al loro compito. Di qui una tendenza all'astrattismo, al formalismo, di qui una imputazione generica alla legge diventata esterno e assurdo comando. Bisogna che i giudici, che tutti noi ci rieduchiamo

alla legge. Nulla è più vivo e presente della legge. Nella sua apparente uniformità comprende e abbraccia tutto il diverso. Basta penetrare questo « diverso » perché la legge nasca spontaneamente, e non ci sarà bisogno di creare leggi nuove, perché quella legge si ritroverà immancabilmente nel testo di oggi, di ieri, di sempre.

[025]

IL DIARIO DI TULLIO ASCARELLI

Mi è capitata tra le mani la copia di un manoscritto che Tullio Ascarelli ha lasciato sul suo tavolo quando la morte prematuramente lo ha colto. La copia è stata fatta con la macchina da persona certamente inesperta. Vi sono frasi smozzicate, parole di cui non si riesce a cogliere il senso: ignoro dove il manoscritto si trovi, per tentare a mia volta l'interpretazione della non facile scrittura del compianto amico. Mi vengono in mente le varie « lezioni » degli antichi testi che si sono accumulate nei secoli, e sulle quali si sono costruite molte fame e molte carriere universitarie, ma non si sono ricostruiti gli originali. Questo fatto purtroppo mi impedisce di riprodurre il diario nei miei fedeli Quaderni, *come ho fatto per le straordinarie pagine autobiografiche di Lodovico Mortara (I, pag. 34): troppe sono le lacune e il giudizio ingiustamente ne risentirebbe. Penso perciò di darne un piccolo saggio, o addirittura un riassunto, perché mi sembra che queste pagine aggiungano qualche cosa alla potente personalità di Ascarelli, e si prestino a considerazioni generali di grande importanza.*

Ho parlato di diario, ma la parola non è forse propria. Il diario, anche i grandi diari sul tipo di quelli di Amiel o di Gide sono sempre delle introspezioni, hanno lo scrittore come soggetto e come oggetto. Anche quando descrivono cose esterne, o raccolgono dati o fatti in apparenza obbiettivi, si tratta sempre di riverberi nel proprio io, che rimane sempre il più o meno tedioso protagonista. A meno che non si tratti, come nei diari di Ciano, di una documentazione per il temuto giudizio degli uomini o della storia, o di una ricerca ansiosa di se stessi, come nei diari ottocenteschi delle fanciulle di buona famiglia. Questi di Ascarelli potrebbero chiamarsi meglio appunti di viaggio: dei lunghi viaggi

volontari o coatti, che egli ha compiuto, specialmente nelle Americhe, del non lungo ma intenso viaggio della sua vita. Probabilmente sono appunti anche di un libro che avrebbe scritto: e in questo caso è difficile sapere perché non l'abbia fatto, il manoscritto essendo datato, sia pure con grandi distacchi, tra il 1948 e il 1952.

Una osservazione preliminare vorrei fare, e non è forse questa l'ultima ragione dell'inserzione di questi appunti nei Quaderni*: ed è che a una valutazione formale, direi accademica, le notazioni di Ascarelli solo in minima parte riguardano il diritto, anzi sembrano totalmente estranee ad esso. Ma Ascarelli aveva il dono, veramente ancestrale, di una vastissima cultura, e sapeva che il diritto non può essere compreso se non nella globalità della vita, e nella concretezza della vita, di cui è una delle ineliminabili componenti, se non addirittura l'esponente. La persecuzione razziale si risolse forse provvidenzialmente in un bene per lui, perché, tra le umane sofferenze (che sono poi il lasciare « ogni cosa diletta più caramente », cioè il passare dalla felicità della statica all'infelicità, ma anche alla realtà, della dinamica), ebbe modo di vivere la grande esperienza americana, e guardare ad essa come solo un giurista sa guardare. Ma forse per una ragione assai più profonda e più alta: ed è che essa aprì il suo spirito al senso del mistero, alla visione di un mondo in cui è rovesciata la relazione giuridica di causa ed effetto, di colpa e responsabilità, infine a un superamento della religione dei padri, che è apparsa ad Auletta, nella commemorazione che fece di lui nel decennale della morte, un'apertura verso la fede cristiana. Io non so se questo sia esatto, e per molti ricordi personali che ho, ne dubito fortemente. Del resto a me questi incasellamenti religiosi piacciono poco, come piacciono poco gli incasellamenti giuridici. Quel che è certo è che la sua vastissima produzione di giurista dopo la guerra reca i segni di questa critica spirituale, e la sua nuova tematica (come il suo avvicinamento al processo e al giudizio) ne è fortemente influenzata.*

Attraverso questa universalità di pensiero gli appunti di viag-

gio di Ascarelli sono diritto. Più l'arco della vita piega, più sento che a formare il giurista occorrono due cose che, nella dovuta misura, raramente si possono raggiungere nel breve tempo che ci è concesso: cultura ed esperienza. Senza l'una e senza l'altra, si potrà essere professori, ma non giuristi. Se non si è letto Dante, ad es., se non si è ricreato il proprio spirito in Dante, non si può chiamarsi giuristi. Questo finirà con l'inimicarmi molti colleghi, ma è così. Se uno studente mi chiedesse che cosa deve fare per diventare giurista, lo rimanderei alla lettera che Gargantua scrisse al figlio Pantagruele quando si avviò agli studi nella città di Parigi: c'è, a mio modo d'intendere, in quella lettera tutta l'essenza di quello che con perfetta parola si è chiamato umanesimo. Il giurista è (o sarebbe!) il vero umanista del nostro tempo, assai più del filosofo e del letterato. Ora Ascarelli, se non aveva realizzato questo ideale o incarnato questa utopia, era andato molto avanti su questa strada. E per dimostrarlo non mi riferisco soltanto agli scritti dove il suo umanesimo è più palese, ma agli studi che si sogliono chiamare tecnici, dove si parla di società o di titoli di credito o altro, e che con Dante o con Sofocle sembra non abbiano a che fare. Questo diario, questi appunti di viaggio, segnano a mio avviso una tappa nel percorso di questa strada, e perciò io mi accingo a trascriverli parzialmente, e così come posso, nei miei Quaderni, *senza, ovviamente, alcun commento, e raggruppando i singoli pensieri secondo un mio personale criterio, estraneo al testo.*

I. Processo

1. All'occhio dei primitivi la questione giuridica è tutta di fatti e di prove. Il giudizio salomonico di Sancho Panza, e l'aneddoto di S. Ivo raccontano tutto degli artifici per scoprire il fatto; accertato il fatto non restano dubbi sul diritto.

2. La tecnica del processo parte in sostanza dal giusto concetto che la verità nasce più facilmente dall'accentuazione di fronte

a un giudice neutro delle tesi estreme, che non da un esame diretto da parte del neutro: il grigio nasce più facilmente dalla contrapposizione di nero e bianco che direttamente.

3. Elementi di gioco nel processo. Senza andare alla *legis actio sacramento* vedere il processo americano: una specie di giudizio di Dio a colpi di abili interrogatori testimoniali con tutto il senso sportivo della *boxe*.

4. Esperienza di contatto con avvocati americani su questioni fiscali. Maggiore arbitrarietà delle autorità amministrative. Più che della certezza del diritto il sistema americano è preoccupato della certezza di un giudice onesto, di un *vir bonus* che poi giudichi.

5. Carnelutti nelle sue conferenze (potenti di oratoria in quest'uomo che riscopre la tesi della pena espiazione e che rifà *ad literam* il discorso del giudice istruttore in *Delitto e Castigo*) si domanda come mai il processo che è regolato dal diritto precede il diritto. Forse in principio era il mediatore. Lo vediamo adesso in Palestina con la mediazione di Bernadotte. Alla disputa si cerca un pacificatore; il pacificatore diviene l'arbitro; l'arbitro il giudice; l'argomento moralistico invocato per prima giustificazione si trasforma nel sistema del precedente vincolante!

6. Processo orale e concentrato quello americano. Ma estremamente lungo e dispendioso. Forse oggi gli Stati Uniti ove i processi durano di più, data l'estrema lentezza di un processo basato tutto sui testimoni e tutto imperniato sulla udienza.

7. Singolarità americana. Estrema tutela della libertà individuale, ma istruttoria penale condotta senza l'intervento del giudice col procuratore statale che è poi in udienza un avvocato (però realmente parificato a un avvocato) che eventualmente nasconde gli elementi favorevoli all'imputato emersi in istruttoria. Vedendo il giurì nelle cause civili chiarisci il rapporto col vecchio villaggio ove tutti si conoscevano, perciò naturali giudici dei fatti di ciascuno.

8. Ricordo la mia professione catanese, professione di tipo avvocato secolo XIX con i clienti che ti stanno attorno, ti vivono addosso con timorosa deferenza, ti accompagnano: il quadro sempre un po' del processo di Kafka. Successore del prete, l'avvocato del sec. XIX è stato il prete laico, l'intermediario (non la mera divinità della opinione pubblica [si pensi ai giurati]), il potente protettore del « cliente » perciò insieme politico, gangster, politico e prete che è un po' lo stesso carattere con diverse premesse morali. Oggi questo avvocato è morto, siamo nell'epoca dell'avvocato ingegnere, esperto tecnico legale e nulla più. Ma chi prende nella nostra società il posto del prete e cioè del necessario interprete della fede dei consociati, dell'interprete con quella divinità che è poi il mondo dei valori su cui riposa la vita consociata?

II. Diritto in generale

9. La pena espiazione e il dolore che redime è la tesi sviluppata da Carnelutti per il processo penale. È questo l'anello eterno. Basterebbe rileggere Dostojewskj. Ma è questa la pena del diritto penale? E con questa ipermoralizzazione del diritto non torniamo ai roghi della inquisizione indubbiamente mossa da amore (ed è qui il temibile) per salvare l'anima dell'altro, nel vantaggio dell'eretico? Il valore del diritto positivo contro le moralizzazioni eccessive è un valore di libertà: il troppo amore per il tirannico.

10. Unità del diritto. Pensando alle multe fiscali della . . . . . si arriva a un istituto così negletto come la specificazione (cui mi sembra si colleghi tutta la differenza tra lavoro autonomo e lavoro subordinato: la *locatio operarum* ha ancora in sé il relitto delle vecchie regole sulla schiavitù; il prodotto del lavoro dello schiavo è del padrone; il prodotto del lavoro dell'operaio è considerato come fatto dall'imprenditore con una *longa manus*).

11. L'elemento consenso volontario è insito in qualunque or-

ganizzazione sociale. È la verità del contrattualismo. Alla fine la vita consociata riposa sempre sul consenso del consociato. Ciascuno può andare a vivere solitario nelle Isole Galapagos, nuovo Robinson, ciascuno alla fine può suicidarsi. C'è dunque un elemento di accettazione volontaria e perciò di responsabilità.

12. Nazione = sempre un sentirsi nazione, nelle tradizioni (Europa) o nelle speranze (America).

13. Con un sistema di due partiti si vota anche in un sistema parlamentare per un partito e perciò attraverso il capo partito per un presidente del consiglio praticamente stabile fino alle nuove elezioni. È in sostanza un sistema presidenzialista pur combinato col parlamentare. È il sistema inglese. Moltiplicati i partiti il governo è sempre il risultato di un compromesso continuamente mutevole onde i continui cambiamenti di gabinetti in Italia o in Francia. Ché se ciò non avviene ciò è sempre frutto di una prevalenza di gruppo o personalità che ha sempre un po' del dittatoriale e d'altra parte se ciò avviene c'è il caleidoscopio dei cambiamenti continui di ministri.

14. Gli americani nel fare la Costituzione credevano imitare quella inglese con un presidente al posto del re e ovviamente erravano. Ma in fondo coglievano una analogia che lo sviluppo storico della politica inglese ha rivelato perché c'è una analogia tra il votare in elezioni per un presidente e votare per un primo ministro. Una delle cose singolari sarebbe l'esame degli errori di interpretazione politica riusciti fecondi come quello di Montesquieu sulla divisione dei poteri in Inghilterra che in Inghilterra non c'è, pur essendoci quell'equilibrio e garanzia di libertà che la divisione dei poteri vuole assicurare (e forse dato il gioco delle elezioni che sono alla fine un processo di scelta del primo ministro c'è un governo responsabile davanti al parlamento ma non scelto dal parlamento e cioè una distinzione tra esecutore e legislatore); come quello dei *founding fathers* degli Stati Uniti circa la Costituzione inglese.

15. I partiti anglosassoni sono un po' il gioco del foot-ball. L'aggruppamento non è ideologico, è di tradizioni, di simpatie, un po' di problemi concreti e innanzi tutto anche la necessità di due partiti (e perciò di due o non più di due) per fare il gioco della politica, per introdurre un elemento dinamico su un fondo che trova tutti d'accordo. Logica cortesia perciò della lotta. Tra i latini i partiti sono ideologici; puzzano sempre di guerra civile; non sono « partiti » ma aspiranti « totali » che idealmente si escludono, mentre nel mondo anglosassone i partiti si presuppongono vicendevolmente. Il capo dell'opposizione di S. M. britannica è logicamente perciò stipendiato da S. M. britannica.

16. Febbre costituzionale nei vari paesi e mancanza di spirito istituzionale. Le costituzioni recenti sono un po' dei compromessi e un po' dei regolamenti; pochissimo l'espressione di una serie di principi fondamentali generalmente ammessi.

17. Febbre di costituzione in Europa e scarsezza di esame dei relativi problemi. Pensare alla fioritura dottrinale della rivoluzione americana o nella Francia della restaurazione...

18. Il latino risente di più la differenziazione sociale; l'anglosassone è sensibilissimo alla differenza giuridica, mentre risente poco quella sociale, che ritiene alla fine un affare privato.

19. Per l'americano « we are the government »: pel latino il Governo sono « loro ». L'americano non vuole imbrogliare il proprio governo perché non ci si imbroglia tra soci: il latino si sente giustificato nello imbrogliarlo, come ci si sente giustificati nel farla in barba al dominatore. Perciò trovo nei paesi latini una regola giuridica imposta laddove negli Stati Uniti trovo una regola sociale; trovo la reazione e la lotta tra Stati e cittadini laddove negli Stati Uniti trovo la spontanea osservanza della legge che « noi » abbiamo posta e che perciò logicamente rispettiamo.

20. Il *trust* è alla fine la testa di legno, ma legalizzata e pubblica. E difatti praticamente negli Stati Uniti non ci sono teste di legno.

21. Il *lobbying* presso parlamento e autorità c'è dovunque funzionante e clandestino. In America è riconosciuto e legalizzato come elemento della macchina democratica; è lecito ma deve essere registrato. Ciò che è appunto la soluzione della saggezza.

22. Il *dispachante* brasiliano come una specie di prete intermediario tra la pochezza del suddito e la divinità dello Stato.

23. C'è del vero nel detto inglese che il progresso è realizzato in genere da conservatori progressisti (sebbene il detto risenta della peculiarità inglese di una politica sociale avanzata fatta dal partito conservatore perché rappresentando interessi terrieri in contrasto con gli interessi industriali si trovò, per questi contrasti, accanto alle esigenze delle classi proletarie). Ma il vero sta nel fatto che le classi conservatrici danno a un loro governo una possibilità di manovra che spesso non hanno governi opposti. E ciò può essere specialmente vero nell'America latina ove i partiti di sinistra, puramente sovversivi, hanno scarse capacità di governo e anche andandoci sono bloccati da una struttura che non possono mutare mentre il conservatore aperto finisce per poter, sia pure moderatamente, operare delle riforme a volte col tempo di grande portata.

24. Tutte le linee di legittimità si riportano al passato e cioè alla durata. La durata diviene nella incertezza delle umane opinioni l'indizio e il criterio della ragionevolezza. Perciò le crisi di legittimità come quelle della rivoluzione francese sono crisi contro la tradizione e cioè negazione del valore della durata cui tuttavia rendono poi indirettamente omaggio giustificando le proprie pretese con uno stato anteriore a quello combattuto onde tornare a fondare la legittimità sul passato. Carattere perciò in definitiva storico del concetto di legittimità. (Rovescerei l'idea corrente della prescrizione: non è già che l'ingiusto divenga giusto col tempo: gli è piuttosto che tendiamo ad identificare il giusto con un passato o con una durata, ciò che poi è il rapporto tra idea di giustizia e idea di ordine): la idea di legit-

timità (ed è forse interessante il senso di « legittimo » nell'Italia meridionale e nelle lingue iberiche) è alla confluenza dell'idea di ordine (pace sociale) e di giustizia.

25. La premessa della democrazia è costituita dalla possibilità di una discussione razionale dei problemi; la stessa discussione d'un problema presuppone la sua razionalità (onde la comunicabilità delle idee). Perciò la democrazia riposa sulla credenza in valori universali, vuoi etici, vuoi, se così vuolsi, economici.

26. Carnelutti parla di patria. Patria grande (esempio Europa) e piccola (Italia) come cerchi concentrici di amore (così come patria e famiglia). E cioè pensando in fondo [?] pluralità di amore, pluralità di lealtà, pluralità di doveri. Ciò che però è l'inizio e non la conclusione del problema, che nasce appunto dalla necessità di conciliare questa pluralità quando sorge il conflitto. È il problema della classe in rapporto alla nazione, della umanità in rapporto alla patria.

27. Concetto di impiegato. In fondo riposa su un elemento di dignità (e minore dignità). Tende ad ampliarsi perciò nella civiltà quanto più progressista e liberale, comprendendo anche categorie che in periodi anteriori non vi erano ivi compresi e ciò non per un mutamento nella situazione di queste categorie, ma per un mutamento nel concetto che in fondo parte dalla vecchia contrapposizione tra schiavo e uomo libero e sempre più abbandona la primitiva concezione. E così la subordinazione si attenua e si tenderà a considerare impiegato anche l'avvocato a stipendio mensile che in precedente periodo invece si esclude con razionalizzazione varia, ma in realtà pel senso della « dignità » professionale.

28. L'idea di Stato in Europa continentale e le sue origini ideologiche. La lotta tra papato e Impero era una lotta tra due teocrazie e lo stato europeo è nelle sue origini teocratico: il sovrano è l'unto del Signore. Permane in ciò un'impronta bizantina e orientale. In che misura del resto i sistemi romanistici non sono

realmente bizantini? Necessità nel momento attuale di riesaminare le idee fondamentali (legittimità è uguale Stati, ecc.) che tutti usano, ma di cui ormai si è perso il senso. Chi non osserva l'attuale confusione delle lingue...

III. Religione

29. Valore razionale della teologia cristiana — la discendenza di Abramo e la uguaglianza; la dottrina dell'anima e la libertà.

30. Abbiamo perso la facoltà di intendere le parabole. Non era la stagione dei fichi eppure Gesù maledisse il fico che non dava frutti. Ma quante volte nella vita dobbiamo essere vigliacchi o eroi?

31. Agli ebrei manca il senso della grazia, e perciò del gratuito, del regalato. E perciò sono realmente ciechi: spaventosa forza di vita, di capacità eppure mancanza e deficienza e incomprensione, incomprensione appunto di tutto l'immenso mondo del gratuito.

32. Scritti di Freud su Mosè. Effettivamente: mancanza nell'ebraismo del senso della grazia, e cioè peccato da espiare e non espiato; senso di una colpevolezza che attende riscatto; Freud dice colpa dell'uccisione del padre di Mosè.

33. L'uccisione del padre riscattata dal sacrificio del Figlio che prende sopra di sé il peccato, e perciò « libera ». Mistero della Passione.

34. Tragedia. Cioè in fondo punizione incomprensibile; punizione dell'incolpevole. E insieme ebraismo; la rivelazione cristiana è la grazia; l'ebraismo non conosce la grazia e perciò rimane sempre aspettando ma senza speranza: è sempre il processo di Kafka la cui soluzione logica è poi solamente la grazia, che è l'assurdo che risolve il problema assurdo, ma forse la parola che risolve una assurdità pure esistente. Perché l'assurdità

della situazione della tragedia è poi anche l'assurdità reale della vita dell'uomo libero e legato, incolpevole e colpevole, punito eppure irresponsabile . . . . . La soluzione è nella garzia: soluzione rivoluzionaria e assurda se reale di una reale assurdità. E anche trasposizione in sede interna del problema sociale e con ciò accettazione che può non escludere volontà di modificazione [*seguono due righe rese purtroppo incomprensibili dalla trascrizione*]. La grazia non si sa perché è un po' la risposta alla colpa, non si sa perché: l'altro termine del peccato originale. L'ebraismo accetta l'uno senza accettare l'altro: poiché il Cristo è venuto a compiere la legge: realmente a completarla, nell'altro termine senza il quale rimane l'assurdità senza soluzione altrimenti rimane solo la « colonia penitenziaria » di Kafka.

35. Rinascita della tragedia. Antigone, les mouches ecc. Tragedia e non dramma. Per secoli si erano avuti solo drammi e cioè sviluppi di contrasti psicologici; torna ora la tragedia e cioè la ineluttabilità ove tutto è predeterminato sì che non c'è svolgimento; ove tutto è perciò extratemporale; ove tutto è il problema della colpevolezza di quanto è tuttavia ineluttabile; dell'uomo punito e responsabile per un atto che tuttavia doveva compiere. Edipo innocente e punito; colpevole e non colpevole. Si torna ai grandi problemi: il peccato originale e la grazia: necessità e libertà; fato e responsabilità; due grandi antinomie. Si ascende per dirla goethianamente al regno delle madri.

36. Si torna sul problema di Edipo: problemi di Dio e uomo. L'unione alla madre come simbolo di un sovversivismo che rivoltandosi contro il passato si lega al passato nel modo più empio. Forse anche più profondamente problemi del libero arbitrio della fatalità e della grazia.

37. Il problema della divinità del Cristo — vero Dio e vero Uomo — è il problema della dignità dell'uomo. Polemica costante tra l'estremismo dell'essenismo che ritrovi (simpatico dato il suo aspetto di libero pensiero) un po' sempre e del monofisismo.

L'esclusiva umanità nega la dignità dell'uomo e finisce per preparare le statolatrie ché se Cristo è umano e umana la Chiesa finisce per cadere o poter cadere sotto le deità. Negare l'umanità del Cristo è però pur sempre la stessa cosa all'estremo opposto: è pur sempre ammettere una dignità; ma negarla all'uomo. Saggezza della soluzione cattolica e del Concilio di Nicea: il compromesso risponde alla realtà dell'uomo.

38. Ma il problema è sempre lo stesso, sempre risolto e sempre non risolto perché è il problema di ogni uomo. E non è l'umanità che viene da un donde e va a un dove, ma è ogni uomo che percorre la sua via. E perciò non c'è e non ci può essere quel progresso spirituale la cui mancanza tutti lamentano, ma solo e necessariamente progresso materiale e se vuoi di usi e costumi, ché se ci fosse progresso « spirituale » ci sarebbe progresso dell'uomo e cioè fine dell'uomo, immaginata come giudizio universale e come scontri di stelle. Il Messia del Kafka verrà il giorno dopo della sua venuta! Forse nello spazio curvo einsteiniano stiamo sempre camminando in una sfera, camminando sempre innanzi progredendo eppure non progredendo. Ed è logico che sorga sempre perciò l'idea di principio e fine... [*Frammento di un pensiero non decifrabile*].

39. Vecchio tema sull'anima degli animali. L'uomo è libero perché può agire in contrasto con le sue reazioni fisiche; ho paura del fuoco, ma posso passare attraverso il fuoco vincendo la paura; posso scegliere, scelta naturalmente tra cose che hanno tutte un costo, ma scelta e cioè libertà. La mia gamba invece non può non avere dolore, non può non reagire a una certa pressione. L'animale (sembra) a sua volta reagisce meccanicamente. Anima e corpo. Posso farne due entità: è la tesi dell'anima e poiché il corpo è mortale se soggettivizza nell'anima la libertà sarò tratto a dire che l'anima è immortale. Ma posso non soggettivizzare e mantenere il « vero » della dottrina dell'anima che è la libertà. E posso intenderla come una qualità che pur è propria anche della materia e andare su un terreno minato; la ma-

teria che ha conoscenza e estensione (Spinoza); l'economia che crea l'ideologia di Marx.

40. L'uomo è cosciente di morire. Senso della morte e senso della storia. Senso della morte e senso della storia e civiltà occidentale, panteismo e negazione della morte. Differenza tra morte e annegamento nel tutto per definizione immobile senza storia. Idea della moralità legata all'idea della storia. Ma per ciò stesso morte come morte individuale e in un certo senso (perché storia) non come morte di « civiltà » e simili. E cioè idea di morte centra sull'individuo perché l'individuo...

41. Concetto di storia — origine giudaica — legato al messianesimo (che equivale all'ideologia del progresso) mentre nel cristianesimo l'accento individualistico importa una svalutazione della storia (concezione critica di questa come nei greci; come campo di prova per esperienze individuali).

42. Il protestantesimo rimane una unità essenziale di credenze e credenti, nel cattolicesimo c'è innanzi tutto una unità di pratiche e perciò c'è con l'unità di credenze una unità politica, ciò che è poi l'idea della Chiesa. L'unità di pratiche porta al valore della tradizione perché si tratta alla fine della stessa cosa: pratica è tradizione e viceversa; unità di pratica importa riconoscimento della tradizione.

43. Umanità e divinità del Cristo. Ma il Cristo è l'uomo. La rivoluzione cristiana libera l'uomo dalla tirannide del fato greco.

44. Vecchie discussioni teologiche. Il vero uomo e il vero Dio riaffermato contro le eresie è l'altra faccia dell'essenza dell'uomo. Il . . . . . nega la mediazione tra Dio e il mondo; l'essenismo a sua volta lascia il mondo senza Dio. Grazia e opere: amore e legge; necessità ma insufficienza della legge.

45. Viviamo di miti: sono il ponte tra il mondo del sogno e della realtà; tra il misticismo e il razionalismo. Questi miti sono tutta la forza di penetrazione del messaggio cristiano: l'ebraismo

può dare il misticismo dello chassidismo e il razionalismo della dottrina ma è povero di miti. Il mito degenera in favola (come nell'Aggada) o vive solo in forme ermetiche (come nello Zohar).

46. Stato d'Israele — Trasformazione del giudeo in ebreo. Si apre forse il capitolo più doloroso per i giudei della diaspora ché non sarà forse possibile essere giudei. Nonostante l'estremo liberalismo del nuovo stato che sarà dei palestinesi, ebrei, mussulmani, cattolici ed eviterà il *cuius regio eius religio*, quale sarà la posizione dei giudei della diaspora impegnati tutti oggi (e chi potrebbe rifiutare) nel sostenere il nuovo stato, ma in cui poi domani la stessa esistenza del nuovo stato porrà implicitamente nella forma più acuta il dilemma della loro duplice lealtà? E non reagirà questo checché si soglia, in una divisione di coscienza tra cittadinanza e credi religiosi e cioè in senso opposto al concetto stesso — liberale e giuridico — di cittadinanza?

47. Einstein ricorda come tipici dell'ebraismo il motto di Rathenau che un ebreo non caccia volentieri, non uccide nemmeno in caccia. Popolo del libro e del comandamento morale con la sete di assoluto forse con la ossessione dell'assoluto. Formazione dello stato ebraico e rapida assimilazione degli ebrei con emersione di gruppi fascistoidi e terroristici e militari. Formazione dello Stato. Salverà lo Stato ebraico l'anima di questo comandamento morale che è sempre e soprattutto di giustizia? D'altra parte non dà questo stato a tutti gli ebrei un vero senso di dignità e di coraggio?

48. Popolo dalla dura cervice l'ebreo. L'attaccamento all'ebraismo è ormai, in tutti o quasi, frutto di una negazione anziché di una affermazione.

L'ebraismo è rimasto come una tradizione: non come una religione. Religiosamente si è esaurito nel cristianesimo e difatti è venuto meno il proselitismo: non è riuscito a superare la connessione con un elemento nazionale e cioè antireligioso e in questa identità si è isterilito. Non ha (e lo stesso è avvenuto con

l'islamismo ed è poi causa della decadenza di questo) conquistata l'umanità e l'universalità della religione ed è così rimasto in uno sterile e orgoglioso miscuglio. Con la costituzione dello Stato di Israele sarà ridotta in un vicolo: o costituire uno stato che prescinda dalla base religiosa ed allora inevitabilmente ci sarà la piena assimilazione dei giudei della diaspora e la trasformazione (e ce ne sono segni premonitori come questo terrificante assassinio di Bernadotte che è spaventoso perché è l'assassinio del « giusto », dell'uomo della pace e ricorda il deicidio) dello Stato di Israele in un feroce stato nazionalista senza Dio, senza afflato religioso (che potrà salvarsi solo ritrovando un legame religioso o universale e cioè un legame con gli uomini) e invece insistere sulla base religiosa trasformandosi in una teocrazia che il nazionalismo renderà assurda. A meno che non sorga un nuovo Isaia che scuota l'ebraismo dalle fondamenta o lo cristianizzi.

49. Ci sarebbe un solo mezzo di lavare l'ebraismo dall'assassinio di Bernadotte: che Weizman o Einstein i due uomini più eminenti tra gli ebrei assumessero personalmente la colpa e il castigo riscattando così il delitto.

50. *Let me have a chance* è il motto dell'ottimismo americano: ecco perché i films americani devono tutti finire bene. Ed è forse la contropartita del pessimismo calvinista. Se redenti o salvati sono stati imperscrutabilmente predestinati perché non può essere salvato anche chi agli occhi umani sembra più perduto? E perché allora non dare a chiunque — qualunque sia la sua situazione —, una possibilità e sempre una nuova possibilità? *Let me have my chance!*

> Du beschämst wie Morgenröte
> Jener Gipfel ernste Wand
> Und noch einmal fühlet Hatem
> Frühlingshauch und Sommerbrand.

È chiaro che invece di « Hatem » si deve leggere « Goethe »: c'è del toupé, ma un nobile e degno toupé nell'auto pa-

ragone della montagna che l'amore della giovane illumina come l'aurora del mattino.

E ancora Goethe (bisogna lo rilegga tutto) (trovato a caso)

Amerika, du hastes besser
Als unser Kontinent, das alte,
Hast keine verfallen Schlösser
Und keine Basalte
. . . . . .

IV. America

51. Unità del continente americano o almeno della parte che potrebbe dirsi bianca (Canadà, Stati Uniti, Brasile del Sud, Argentina, Uruguai) e che può contrapporsi a quella ove è più alta la percentuale della popolazione nera e più ancora quella ove la popolazione è india (Messico, Perù, Bolivia). Un comune fondo di emigrazione; egualitarismo sociale; democrazia di criteri di distinzione fondata sulla ricchezza e cioè quantitativi (e che perciò non importano differenza di qualità di caste); senso della frontiera; sconto di aumento futuro (compera a rate; è un affare essere debitori); standardizzazione; desiderio di uniformizzazione (necessità di uno stampo identico su provenienze diverse) anziché di differenziazione; sostanziale conservatorismo e tradizionalismo, pur con forte egualitarismo; importanza dell'elemento religioso. Accentuazione di questi caratteri negli Stati Uniti. La classe media è il proletariato e una fortissima percentuale della popolazione oscilla sullo stesso reddito; relativamente alto e che dà tutto purché non si esca dalle rotaie; dignità e alto livello del lavoratore; logica uniformità di queste abitudini e tendenze dovute alla sostanziale uniformità del reddito (egualizzato quando alto con la forte pressione fiscale); insofferenza del fondo feudale europeo. La signora europea sogna sempre un cappellino diverso e tutto suo; la donna americana sogna solo il cappello di tutte.

52. New York, Manhattan, città surrealiste e futuristiche, tutto gioco di bottoni; estrema lontananza dell'uomo dalla cosa, sosti-

tuendosi al contatto diretto una estrema complicazione meccanica per cui si astrattizza la materia. Logico amore newyorkese per la pittura astratta e non obbiettiva. Necessità dell'uomo americano di un hobby onde risentire il contatto diretto con la cosa, con la possibilità di costruire un tavolo e non di mettere un chiodo in una linea di produzione.

53. New York spaventosamente e spietatamente umana; città tutta umana e tutta di pietra e perciò disumana e senza Dio.

54. Sao Paulo cocktail di New York e Avellino, uomo di affari yankee e contadino salernitano.

55. L'alcool *prima e dopo* e non durante i pasti negli Stati Uniti, per eccitarsi e *liberarsi* e non per rallegrarsi; fuga dal complesso puritano e più ancora della vita meccanizzata e non rallegramento di una mensa di cui si è invece perso il senso.

56. Libertà politica americana e pressione sociale. La seconda modera la prima e la prima è resa possibile dalla seconda. Estrema pressione sociale; estrema forza del gruppo e divisione in compartimenti stagni; estrema pressione di una tendenza alla coesione, all'unità, all'uniformità dell'individuo dentro il suo gruppo e di tutti gli individui. Reazione alle diverse provenienze e alla grandezza del paese e cioè alle tendenze centrifughe dell'una e dell'altra.

57. Importanza nella vita americana dei vari gruppi e tendenza di ogni individuo di vivere un suo gruppo dal quale non può e non vuole uscire. Desiderio di villaggio come reazione contro l'immensità della natura.

58. Spontanea osservanza di regole sociali: spesso il latino detta una regola giuridica dove l'anglosassone osserva una regola sociale. Forza anglosassone nella spontanea organizzazione sociale e correlativa libertà politica. Spontanea osservanza della legge che l'americano sente come « nostra » mentre il latino sente, subisce e viola come « loro », di una autorità estranea.

59. Sostanziale socialismo e egualitarismo della civiltà nordamericana; relativa eguaglianza di reddito. Forse è un paese egualitario e socialista che difende il capitalismo contro un paese a forti differenze tra le categorie sociali che difende il comunismo. Pericolo russo di sostituire a una società di classi una ben più rigida società di caste.

60. Stati Uniti, paese di una opinione pubblica. Necessità che ogni sezione mira a manovrare le altre e perciò sempre manovrante, lenta, ma coscienziosissima. Commovente desiderio di informazione, di sapere, di giudicare bene.

61. L'uomo dell'ascensore nell'ora del suo riposo mi prende sotto braccio per fare una fumata e una chiacchierata; questa è la civiltà dell'America.

62. Delizioso perbenismo americano e anglosassone. Non si dicono bugie; non si froda; si è reputati galantuomini fino a prova contraria invece di essere reputati bugiardi fino a prova contraria. Tutta la vita americana è basata sul fatto che è una società di uomini per bene che dicono la verità. Nei paesi latini tutta la vita è basata sul presupposto che tutti dicono di andare a Costantinopoli quando vanno a Smirne.

63. Il dominato non ha la religione del dominatore. Il proletariato latino americano tende a convertirsi al protestantismo; negli Stati Uniti il cattolicesimo si oppone alla signoria industriale protestante (ma da qualche empo si viene franchificando).

64. Rivoluzioni immense e lente: il matriarcato americano. Col gioco dei divorzi la ricchezza si concentra nelle mani delle donne, le giovani vedove dell'uomo maturo; l'uomo stanco torna a casa, si mette le pantofole e beve; è la donna che decide del successo di un libro. Diminuzione dell'importanza dei libri « fondamentali »; maggiore isterismo culturale; segreto desiderio del maschio da parte della donna americana; forse maggior bellicismo di una civiltà matriarcale.

65. Paradiso per chi voglia lavorare, sia lieto di vivere nella comunità, abiti a un'ora di treno da N. Y., vada in gita il sabato, si lavi i piatti e veda uno spettacolo di teatro dopo sei mesi, decidendosi con due di anticipo. Paradiso perché avrà allora assai più in dignità libertà e felicità e conforto materiale, di quanto avrebbe in altri paesi. Ma se vuoi uscire dalle rotaie non abitare a una ora di distanza, andare a teatro decidendolo un'ora prima, avere un orario di lavoro elastico, il cappello diverso dagli altri e quel tanto di bohème e feudalesimo che è la vita europea; allora o scendi fino a Bowery e China Town, o devi salire tra i grandissimi redditieri di Park Avenue e pagare tutto il doppio e dopo aver dato cinquanta o settanta per cento dei tuoi redditi in imposte. L'americano è già condizionato e la donna americana non vuole il cappello diverso ma il cappello della vicina; l'europeo (uomo) si adatta ed è felice; la donna meno. Gli elementi antidemocratici sono forti sul piano estetico e più forti nella donna che nell'uomo e forse perciò in un paese retto a matriarcato le donne si lamentano più degli uomini della loro condizione. Per soddisfare il desiderio di bohème, lusso, avventura, la bellezza dell'irregolarità non c'è che... il cinematografo!

66. Ufficialità feudale degli eserciti europei con la quasi costante corrispondenza della distinzione, ufficialità e soldati, alla distinzione, borghesia e proletariato. Struttura democratica dell'esercito americano data la mancanza di corrispondenza tra la posizione militare e la posizione civile o di classe del soggetto.

67. *Civis romanus sum.* Il modesto funzionario o impiegato americano quando all'estero specie se ufficiale è sempre un po' investito di poteri proconsolari che ne fanno un personaggio! Tornato in patria è un povero Cristo e diventa magari uno scontento.

68. Antisemitismo americano e suo carattere sociale fondato alla fine sul principio che si invita a pranzo chi si vuole. Suo carattere endemico e perciò un po' scontato.

69. Forte struttura egualitaria del sistema fiscale americano. La progressività dell'imposta sul reddito si accoppia alla discriminazione minuziosa dell'imposta sugli scambi. Chi vuole l'oggetto di lusso non solo vuole un oggetto più caro ma di un reddito a sua volta progressivamente più tassato sì che una cosa che pel suo lusso vale il doppio può in realtà essere acquistata solo da chi guadagna cinque o sei volte di più della media.

Nei paesi primitivi è economico il lusso e cara la vita normale (o è decente il solo oggetto di lusso); nei paesi progrediti è carissimo il lusso, ma economica e decente la vita normale.

Ricordo anche le ferrovie italiane con una terza relativamente cara e scomoda, e quelle svizzere con una terza equivalente alla prima italiana e una prima praticamente inabbordabile.

70. Il fenomeno forse più impressionante negli Stati Uniti è la mancanza di prostituzione. Fondo puritano e trattenuto; rispetto della donna, ma anche matrimonio precoce e infelice; insolubilità di alcuni problemi; pederastia nei collegi. Indubbiamente però la mancanza della prostituzione è un fenomeno di altissima civiltà e grandioso. Reagisce su tutta la vita: timidità dell'uomo; rafforzamento del matriarcato; ma anche di fronte a tanta timidità segreto desiderio del maschio nella donna.

71. Strana morale sessuale nordamericana: libertà piena prima e rigore puritano dopo il matrimonio, età matrimoniale. Anche il divorzio: frequente ma è giudicato. Anche la vedova non ha libertà di relazioni. Che i giovani facciano le loro esperienze; ma poi si deve essere persone serie.

72. Un ebreo a New York non entra nella banca e un gentile non entra nel commercio dei vestiti fatti. Compartimenti stagni di gruppi nazionali, abitudini. Il genitore italiano finirà per andare a prendere la figliola al ballo col risultato che questa non sarà più invitata.

73. I senatori americani un po' come i romani e un po' ambasciatori del loro stato, con uffici, segretari, economisti contrattati

assorbiti praticamente dal loro lavoro. La politica è un mestiere specializzato.

74. La professione dell'avvocato negli Stati Uniti non è una professione: è un business, concepito e organizzato come tale.

75. Tutto in America è organizzato. Proibito in automobile baciarsi sull'autostrada, ma ci sono campi laterali ove vanno solo automobili con coppie che si baciano.

76. Complicazioni tradizionali nel diritto americano. I reati federali comprendono l'invio per posta di cose non ammesse a quel trasporto ma non reati gravi che potranno di fatto essere perseguiti solo indirettamente scoprendo violazioni di una legge federale.

77. Vedendo questa società socialista di impiegati si capisce il timore della disoccupazione.

78. Funzione di élite e di élite politica nazionale (contro le tendenze centrifughe) delle classi militari nell'America latina. Ma perché mai cambia il grado militare politicamente importante (soldato-Panama; sergente-Cuba; tenente-Brasile; colonnello-Argentina) con un aumento del grado rilevante in relazione alla distanza dall'Equatore. Mi sembra solo faccia eccezione la Bolivia (ove contano i maggiori) forse perché la vicinanza all'equatore è compensata dall'altitudine?

79. Il caudillo sudamericano è il boss nordamericano; fenomeno di dittature di fatto, radicalmente diverso dalle mistiche fasciste.

80. L'America continentale senza infanzia (senza infanzia ancor più senza tradizione) senza miti e senza dei, senza favole; continente tutto umano e perciò senza Dio; tutto fatto e costruito da una volontà tenace e ottimista, ma disperata. Forse perciò così religioso; forse perciò sempre così disperato: tango argentino e ubriachezza nordamericana; pensioni di Rio e atmosfera alla « Machado do Assis » e spietatezza di New York; città tutte

troppo umane e vita troppo astratta e costruita eppure così commovente e attirante in questa sua umanità piena, confessata, subita e in fondo accettata nonostante il continuo senso di fuga che pur permane. L'emigrato per cui ogni anno è l'ultimo prima del suo ritorno in Europa e che però rimane fino alla morte. Ed è astrattezza appunto questa ossessione americana del criterio quantitativo; estremamente egualitario e astratto.

81. Rapporti tra i sessi negli Stati Uniti: l'inizio piuttosto in una esperienza sentimentale che va fino alla fine che non nella visita alle prostitute, matrimonio precoce e spesso infelice, elemento puritano del divorzio che riposa sull'idea di una monogamia fedele.

82. Il mondo amico di Willkie è in fondo l'affermazione della identità tecnica tra America e Stati Uniti. E l'analogia è sotto vari aspetti profonda. Ma il problema russo è quello della casta. Praticamente il capitalismo di stato russo può portare alla abolizione della proprietà privata degli strumenti di produzione intendendola come « proprietà » ma c'è pur sempre un potere di direzione concentrato nella classe burocratica e lotte interne feroci di questa (ché alla fine gli espurghi devono un po' essere questo) e perciò profonda scissione tra classe dirigente e diretta dovendo forse proprio la mancanza di proprietà privata provocare una scissione più profonda e perciò un dominio più duro e tirannico e violento. C'è sempre un po' l'occidentalizzazione alla Pietro il Grande; industrializzazione, entrata di masse nella storia [*segue periodo monco*].

V. Varie

83. Fesso si traduce gentleman e l'Italia sarà salva il giorno che sarà paese di fessi.

84. In Italia ciascuno vota e agisce contro il proprio convincimento giocando al furbo; tutti credono di essere furbissimi e

tutti sperano di fare il doppio gioco; tutti invocano quanto non vogliono sperando poi individualmente e collettivamente di fregare russi, americani, inglesi e tedeschi. Spaventosa ingenuità della furbizia.

85. In Italia votano comunisti i conservatori perché da un lato ritengono che comunque i comunisti non vinceranno e dall'altro si preparano una polizza di assicurazione in caso di vittoria sperando poi di far fessi i vincitori.

86. Boria italiana. Ora rafforzata perché non essendoci più la boria ufficiale degli otto milioni di baionette, la gente dà pieno sfogo alla boria naturale e trova in questa il compenso fisiologico della sconfitta con un segreto « ma siamo più bravi e siamo solo sfortunati », col che si perde tutto il valore maschio e educativo della sconfitta che è feconda in quanto riconosciuta come colpa, colpa superabile ma colpa e cioè nel caso come conseguenza di un fenomeno politico quale il fascismo non riducibile alla violenza di dieci persone, ma di carattere collettivo, sviluppo di effettivi difetti generali, storia e via dicendo; storicamente spiegabile, ma che deve essere superato e non carezzato, ché la storia la facciamo noi. Mi sembra negli italiani che vengono qui, ravvisare molte delle premesse psicologiche del fascismo: tutti furbissimi e boriosi, pieni di notizie segrete dalle quali poi risulta solo una storia volta a dimostrare la loro eccellenza.

87. Maggior effetto nervoso (anziché estetico) della musica rispetto alle altre arti. I soldati stanchi marciano al suono della marcia. Penetrazione della musicalità in tutta l'arte contemporanea: trionfo del vago e dell'indistinto; dell'atmosfera al posto del concetto preciso. Influenza perciò in un aumento del subbiettivismo; nella difficoltà di un linguaggio preciso comune: di dare la stessa portata alle parole e ai concetti che passano ad essere semplici bottoni per dar luogo a correnti emozionali e direzioni naturalmente diverse nei vari individui.

88. Morte della conversazione. La sostituzione del bridge al salotto è solo un simbolo. Difficoltà della conversazione che è gioco logico di idee di fronte alla mancanza di un linguaggio comune.

89. Arte astratta e cioè non evocativa dell'immagine nota. L'arte è sempre un linguaggio e non è mai una fotografia. Ma a volte questo linguaggio ricorre ad immagini conosciute, a volte (e sempre del resto nella misura in cui mancano appunto gli elementi illustrativi) ne prescinde; ne prescinde sempre nella musica (tranne per i rari suoni imitativi del canto degli uccelli o simili), nella architettura, nei disegni di macchine (ma pur sempre le automobili di 40 anni fa imitavano la forma delle carrozze a cavalli), così tutto in cui la rappresentazione artistica può dirsi pienamente autonoma. Perciò funzionalismo e cioè aderenza del linguaggio al proprio fine indipendentemente da richiami ad altre immagini. Perciò anche rapporto tra arte moderna (e astratta) e disegni industriali.

90. Carattere oggettivo della tradizione degli scrittori diciamo moralisti francesi. Descrivono oggettivamente. Eccesso di « ricetta » nella corrispondente (e del resto assai minore) tradizione italiana. (Penso ai ricordi di Guicciardini). Superiorità del pensiero oggettivo. La ricetta, l'esame in relazione a una propria azione ha sempre del meschino e la constatazione del male e delle passioni è assai superiore alla duplicità guicciardiana dei consigli per servirsene. Guicciardini è alla fine il capostipite di tutti gli iscritti nel fascismo; di tutte le « per necessità familiari » degli iscritti per convenienza; gerarca del dominio pontificio che lascia scritto che solo desidererebbe l'Italia libera « dalla tirannia dei preti ».

91. Tradizione sociale, moralista della letteratura francese. Dipinge sempre l'uomo in società. Frutto del centralismo parigino, dello stato concentrato, della posizione anche demograficamente prevalente della Francia nel sec. XVII. Arcadismo della lettera-

tura italiana, frutto della perdita dell'indipendenza politica. Mancanza di centro o di società e perciò mancanza di romanzo. Un certo provincialismo che spiega la scarsa ripercussione internazionale della letteratura italiana in confronto della francese ove scopri sempre quel mettere le cose *sub specie aeternitatis*, in senso oggettivo, il *gesta Dei* per francesi delle crociate.

92. Tradizione religiosa del romanzo francese specie adesso. Da Pascal a Gide. Una metà del romanzo francese è a sfondo religioso. Mancanza di romanzo religioso italiano. Anche i Promessi Sposi non sono il romanzo del problema religioso ma il romanzo di dopo la soluzione.

DOPO LE SENTENZE DELLA CORTE COSTITUZIONALE SUGLI ARTT. 15 E 147 DELLA LEGGE FALLIMENTARE *

La lunga battaglia che io avevo iniziato già da alcuni anni per contestare la legittimità costituzionale della norma sulla estensione del fallimento al c. d. socio occulto si è conclusa malinconicamente con la sentenza n. 142/1970 della Corte costituzionale. Per essere più precisi sono due le sentenze, emanate nello stesso giorno, e sia pure con diversi relatori: perché la n. 141 riguarda specificamente l'art. 15, cioè la necessità dell'audizione del fallendo, ma è strettamente complementare alla 142, o, se si vuole, questa è complementare a quella. Dagli sforzi combinati di queste due decisioni, la questione dovrebbe uscire finalmente risolta, e invece ne esce irresoluta e malconcia.

Vediamo di esporre con ordine le cose.

Come è noto l'art. 15 della legge fallimentare stabilisce la facoltà del tribunale di sentire il debitore, e cioè dispone che il tribunale, prima di dichiarare il fallimento, possa ordinare la comparizione del debitore in camera di consiglio e sentirlo anche in confronto dei creditori istanti. Questa norma è apparsa a numerosi giudici di merito sospetta di incostituzionalità, come quella che viola il diritto di difesa consacrato dall'art. 24: non facoltà, ma obbligo ci deve essere, perché questo diritto sia rispettato, di sentire il debitore, cioè la difesa deve essere garantita anche nella prima fase della procedura fallimentare, quella cioè diretta all'accertamento della sussistenza o meno delle condizioni per la dichiarazione di fallimento.

Conviene dire subito che gran parte delle ordinanze di ri-

* Discorso tenuto nel Palazzo di giustizia di Napoli il 29 ottobre 1970.

messione sono state emanate dal giudice penale, nel processo per bancarotta. Basta questo a renderle fieramente sospette: e si deve riconoscere che la Corte costituzionale non ha abboccato all'amo della pseudo-legalità, affermando l'esatto principio che le questioni sulla dichiarazione di fallimento sono di esclusiva competenza del giudice civile, e quindi anche quella sulla legittimità costituzionale delle norme applicate. Poiché per altro in sede di opposizione a sentenza dichiarativa due giudici avevano ritualmente sollevato la questione, la Corte ha potuto occuparsene e ha ritenuto senz'altro la illegittimità costituzionale della norma.

Se la sentenza si fosse fermata a questa dichiarazione, non avremmo avuto ovviamente nulla da eccepire. La tesi astratta della necessità del contraddittorio in ossequio all'art. 24 può essere spinta fino al punto da tracciare un grande frego su tutta l'esperienza giuridica, su tutto l'ordinamento considerato nella connessione e interdipendenza delle norme, più semplicemente sulle più elementari e concrete necessità della vita. Tutto si può ridurre a gioco, anche il diritto. Sennonché la Corte costituzionale si è guardata bene, come è naturale, dallo spingere le cose fino a tal segno, e ha proseguito il suo discorso dicendo: « ovviamente tale disposizione, con l'eventuale successiva audizione del debitore e con la possibilità di sue deduzioni e difese, anche in confronto di creditori istanti, non senza assistenza tecnica, deve essere inquadrata e contenuta nella vigente normativa circa il procedimento di cognizione sommaria, nell'ambito della finalità e delle speciali ragioni di urgenza e tempestività, anche allo scopo della conservazione del patrimonio del debitore, cui è informata la disciplina della dichiarazione di fallimento. A questo conseguentemente si attaglia il carattere della speditezza dei provvedimenti, svincolati da speciali forme procedurali e dal rispetto di termini non espressamente stabiliti dalla legge; il tutto rimesso al prudente apprezzamento degli organi giudiziari competenti ». Non basta: precisa la Corte che « sarebbe in contrasto con le finalità di giustizia cui lo stesso diritto di difesa è essenzialmente

coordinato, il consentire che arrechino pregiudizio all'interesse pubblico connesso all'esecuzione concorsuale, la fuga, la latitanza o comunque la condotta dilatoria negligente, o, talvolta, fraudolenta del debitore medesimo ».

Giunti a questo punto, non solo il giurista di mestiere, ma il giudice pratico si domanda quale sia la portata di questa sentenza, cioè in che cosa consista l'incostituzionalità dell'art. 15 reperita dalla Corte. *Clausura*, finché s'apre, *silentium* finché parli, come nella parodia del convento d'annunziano. Che differenza ci sia tra il dire, come oggi dice la norma, che il giudice può disporre l'audizione del debitore, e il dire, come vorrebbe la Corte, che il giudice deve disporre l'audizione del debitore, salvo che ciò non pregiudichi, secondo il suo prudente apprezzamento, gli interessi del fallimento, francamente non si riesce a capire, e temo non ci sia assolutamente nulla da capire.

La verità è che la Corte costituzionale non si è resa conto di quel grandioso fenomeno che è la normativa senza giudizio, che costituisce la caratteristica dei procedimenti e dei provvedimenti sommari. Questi procedimenti, che hanno un intrinseco contenuto condannatorio, sia mediato sia immediato, non sono il frutto di una capricciosa o autoritaria deroga al principio inderogabile del contraddittorio: essi rispondono a precise esigenze di economia e di giustizia, sia che si concretino in un ordine di pagamento, emanato *inaudita altera parte*, sulla base di determinate condizioni, sia che mirino alla assicurazione di una azione da svolgersi o in via di svolgimento, come nei provvedimenti cautelari di qualunque genere, nominati o innominati, sia al ripristino di situazioni di fatto, che hanno in se stesse la loro esigenza di tutela, come nel campo del possesso. La dichiarazione di fallimento rientra sicuramente nell'orbita di questi procedimenti, anche se il suo raggio d'azione è infinitamente più vasto, perché trascende il singolo credito o la singola posizione giuridica, incide sempre nella economia generale e in essa affonda le sue radici. Comunque la si voglia concepire, la sentenza dichiarativa non è che il riconoscimento di uno stato di insolvenza, e come tale non può

essere staccata, se si vuole intenderne la natura, dagli immediati effetti che essa produce, dallo spossessamento dell'imprenditore, che è quello che conta, nel particolare e nel generale interesse. Ma se così è, si deve anche ammettere che la sommarietà è assolutamente fisiologica, connaturale al procedimento, e fisiologico è che il contraddittorio non sia normale, e comunque essenziale. La taccia di incostituzionalità dell'art. 15 è pertanto un autentico equivoco.

La pratica quotidiana ci mostra del resto che, nella sua applicazione, il debitore viene fin troppo sentito prima della dichiarazione del fallimento e solo in casi clamorosi o pericolosi non ci si vale della facoltà di audizione e di confronto. Onde è che la dichiarazione di incostituzionalità cade nel vuoto, o favorisce, se vogliamo essere teneri, quei falliti che, dopo aver raggiunto un accordo coi creditori, vogliono rifarsi una verginità imprenditoriale con la revoca del fallimento. Cosa questa però che non dovrebbe riguardare il giudizio di costituzionalità.

* * *

Quanto ora abbiamo detto sarebbe addirittura superfluo se esso non servisse di prologo alla questione assai più seria e importante, che è quella della estensione del fallimento al socio c. d. occulto.

La norma incriminata, come è ben noto, è quella contenuta nel secondo comma dell'art. 147 della legge fallimentare, il quale dispone che se, dopo la dichiarazione di fallimento di una società con soci a responsabilità illimitata, risulta l'esistenza di altri soci illimitatamente responsabili, il tribunale, su domanda del curatore o d'ufficio, dichiara il fallimento dei medesimi, dopo averli sentiti in camera di consiglio. È questa una norma, che attraverso una discutibilissima quanto fortunata interpretazione, sulla quale torneremo, ha seminato lutti e sventure, ma soprattutto, per quel che ci riguarda, favorito ingiustizie senza nome, e purtroppo dopo le sentenze della Corte costituzionale continuerà a favorirle.

Come ho accennato in principio, il grido di dolore contro

questa norma, e il sospetto di incostituzionalità, è uscito forse dai miei poveri libri, sulla base di gravissime esperienze professionali. Facendosi eco di questo grido, due giudici di merito hanno ritenuto non infondato il dubbio sulla incostituzionalità della norma; e hanno rimesso gli atti alla Corte assumendo la violazione dell'art. 24 per la estrema sommarietà del procedimento di estensione, incompatibile con l'accertamento del rapporto sociale, che non può avvenire, come se si trattasse dell'insolvenza del debitore, in camera di consiglio. Uno dei giudici ha anche riferito l'incostituzionalità al fatto che è stata negata al creditore la legittimazione a chiedere l'estensione, mentre un altro, richiamando l'art. 25, ha profilata anche l'incostituzionalità per l'attribuzione del giudizio di estensione al giudice fallimentare, con sottrazione del preteso socio al suo giudice naturale.

Orbene, con la sentenza 142, la Corte costituzionale ha sostanzialmente continuato e ripetuto il discorso della sentenza 141, relativa all'art. 15, dicendo in linea generale che la sommarietà del procedimento di estensione di fallimento non pregiudica per se stessa il diritto di difesa dell'insolvente o del suo socio, perché nella dichiarazione di fallimento preme l'esigenza di accertamenti rapidi e di pronta attuazione; lo può pregiudicare solo se il diritto di difesa è eliminato, e pertanto, se « non è dato alla difesa il più ampio spazio compatibile con il carattere sommario ed urgente della pronuncia che il giudice è chiamato ad emettere, salva la più penetrante difesa che potrà esperirsi nella fase di impugnazione di tale pronuncia ». Ciò vale tanto per il debitore quanto per il socio occulto, poiché non si può escludere l'indagine sommaria anche relativamente a fattispecie di sostanza complessa, quale quella della più ampia base soggettiva del rapporto sociale. Vorrà dire che in questi casi « sorgerà l'esigenza di caute decisioni, date le gravi conseguenze cui un'inconsulta pronuncia può dar causa ». Conseguenza: l'art. 147 è illegittimo costituzionalmente, e tale vien dichiarato, « nella parte in cui non consente ai soci illimitatamente responsabili di una società fallita di esercitare il diritto di difesa nei limiti compatibili con la

natura del procedimento in camera di consiglio previsto per la dichiarazione di fallimento ». Ulteriore e logica conseguenza la dichiarazione di infondatezza della pretesa violazione dell'art. 25, cioè la giustificazione del foro fallimentare rispetto alla estensione del fallimento sulla base della connessione.

L'impressione che si ricava dalla lettura di questa sentenza è che la Corte costituzionale non abbia capito niente del problema del fallimento del socio c. d. occulto. Lo dico senza preoccupazione di irrispettosa critica, e anzi con profonda simpatia: perché l'errore di un giudice che per la sua sovrana posizione tende a creare un mito, il proprio mito, gli restituisce l'umanità, meglio lo restituisce alla nostra povera umanità, che è la prima condizione della democrazia. Dal punto di vista pratico, si deve ripetere quel che abbiamo detto per il caso dell'art. 15: non si intende in che cosa la conclamata incostituzionalità consista. Più che una dichiarazione di incostituzionalità è una lezione paterna o paternalistica ai giudici, che stiano ben attenti a quello che fanno, che l'estensione del fallimento può essere un sopruso, e siano quindi prudenti. Ma l'interprete si chiede stupito che cosa ha a che fare questo con la costituzionalità, e che cosa faranno d'ora in poi i giudici, che dovranno continuare ad applicare una norma incostituzionale!

La verità è che la Corte non si è resa conto, sebbene la dottrina l'avesse posto ormai chiaramente in luce, che altra cosa è la dichiarazione di fallimento del debitore (individuale o sociale che sia), altra cosa è l'estensione del fallimento al c. d. socio occulto. Seguendo la costruzione che di questo dolente personaggio è stata fatta (e più giusto sarebbe dire la creazione), l'estensione del fallimento si articola in due momenti fondamentali, che non trovano rispondenza nella dichiarazione dell'imprenditore originario. Il primo momento è quello della postulazione, da parte del curatore, della esistenza di una società. Questa è la complessità che anche la Corte ha avvertito, sebbene non abbia inteso che è una complessità giuridica a priori, non una complessità di fatto. Postulare l'esistenza di una società (come di un qualunque rapporto) signi-

fica esercitare un'azione, perché niente altro è l'azione che postulazione di giudizio. Il secondo momento è quello della affermazione della società, alla quale segue il fallimento. Ora questa postulazione e questa affermazione non sono altro che lo schema essenziale del processo contradittorio, quello per il quale soltanto si realizza il precetto costituzionale del diritto di difesa. Pensare che si possa dire realizzato nella specie il precetto costituzionale con l'audizione del preteso socio di cui parla l'art. 147 è impossibile: e la ragione è perentoria. Il procedimento dell'art. 147 è da ricondursi, come è pacifico, ai procedimenti sommari: ma la sommarietà, di cui abbiamo profilato poc'anzi la importantissima funzione pratica, non si addice all'accertamento, anzi è in assoluta contraddizione con esso; e non c'è dubbio che la dichiarazione di esistenza di un rapporto sociale sia un accertamento. Una norma la quale organizzi l'estensione del fallimento sulla base della sommarietà è pertanto sicuramente incostituzionale.

Per la verità, la sentenza n. 142 si è sommariamente dato carico di una possibile differenza sul piano della sommarietà della dichiarazione di fallimento dell'imprenditore da quella del socio, e ha ritenuto, sia pure con le molteplici riserve di cui abbiamo detto, di doverla escludere, onde la possibilità di valutare la sussistenza della qualità di socio in via di una mera e provvisoria delibazione. Ma la Corte non ha tenuto presente questo fatto fondamentale: ed è che mentre l'imprenditore è indiscutibilmente il soggetto di un rapporto obbligatorio (non diversamente da quello che sussiste o si pretende sussista quando si chiede un decreto ingiuntivo), mentre l'imprenditore è o si pretende che sia insolvente (non diversamente da quel che avviene, sia pure in più limitata misura, quando si chiede un sequestro), il terzo non è soggetto di nulla, e si pretende che sia soggetto soltanto in quanto si afferma che egli è socio. Questa affermazione è dunque fatta al di fuori del fallimento, è l'affermazione di un rapporto col debitore, e solo essenzialmente coi creditori di lui. E tanto basta per concludere che nessun parallelo può essere fatto tra il fallimento dell'imprenditore e quello del socio occulto, e la qualità di socio,

pregiudiziale e principale, non può essere ritenuta sommariamente.

La confutazione dell'errore della Corte comporta anche che malamente essa ha ritenuto non violato l'art. 25 per effetto della connessione. I due problemi sono identici e devono avere la stessa sorte. L'azione per la dichiarazione della società è esterna al fallimento, e deve essere proposta davanti ai giudici naturali.

* * *

Giunti a questo punto bisogna però formulare un dubbio che, se fosse fondato, potrebbe capovolgere tutto il discorso, e non solo porterebbe a dar ragione all'operato della Corte, ma renderebbe la sentenza n. 142 la più importante forse che la Corte medesima abbia emanato nel dominio del diritto privato. Voglio con ciò dire che la soluzione accolta potrebbe trovare la sua giustificazione nel ripudio della dottrina dominante sul socio occulto, e cioè essere partita e avere come più che implicito presupposto che alla qualificazione di socio sia necessaria la spendita del nome. Un indice di questa ottimistica possibilità potrebbe essere data dall'altra dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 147 sotto il profilo che esso esclude la legittimazione del creditore a chiedere l'estensione del fallimento. Questo capo della sentenza è infatti così aberrante, e aggrava talmente la posizione del disgraziato che incappa nella rete degli organi fallimentari, che solo con l'accennato ripudio della dottrina dominante, e con la limitazione che ne deriva, potrebbe comprendersi. È infatti chiaro che la spendita del nome praticamente riduce a imprenditore, e debitore diretto, il terzo, e gli ostacoli all'applicazione del procedimento sommario vengono a cessare.

Ha avuto la Corte costituzionale la consapevolezza del problema del socio occulto, quale si è venuto delineando e fissando anche nella giurisprudenza soprattutto per opera del Bigiavi, del morto amico che ne ha fatto si può dire l'impegno della sua troppo breve vita? Si può essa intendere come un monito agli sbriga-

tivi giudici di merito a desistere dalle posizioni astratte, con tanta leggerezza assunte, ed è questo il senso e il valore dell'altrimenti inspiegabile dichiarazione di incostituzionalità? Qualche frase della motivazione potrebbe farlo pensare: ad es. là dove si dice che « nell'indagine sommaria, il giudizio conclusivo non può essere basato su supposizioni o su congetture che non potrebbero poi resistere all'impugnazione ». E che altro è il giudizio che prescinde dalla spendita del nome se non una congettura?

Non so che cosa ne penseranno, che cosa sopra tutto faranno i giudici di merito. Nella speranza che essi traggano occasione e incentivo a rimeditare il grave problema, e quindi a dare un valore concreto alla sentenza della Corte, penso sia opportuno riprendere il discorso in sede teorica, per vedere in che cosa esso non quadri con la realtà. È un discorso che possiamo fare anche se Bigiavi non è più tra noi a sostenere con la nota forza polemica le sue idee, sia in omaggio alla verità che egli amò con tanta violenza, sia perché io stesso ho, sia pure sotto diverso angolo visuale, accolto l'idea dell'imprenditore e del socio occulto.

Ricordiamo brevemente che l'opera del Bigiavi si basa (ed era del resto una tendenza dominante) su una disposizione di carattere penale del codice di commercio, che puniva coloro che, senza complicità in bancarotta, si erano resi colpevoli di certi fatti « esercitando il commercio sotto nome altrui o sotto nome simulato ». Di qui si deduceva che il vecchio legislatore richiedeva, per l'acquisto della qualità di imprenditore, la spendita del nome. Il nuovo legislatore sopprimendo questa norma, e aggiungendo alla norma dell'art. 847 che disponeva il fallimento dei soci a responsabilità illimitata il capoverso intorno al quale è sorta la questione di incostituzionalità, e cioè l'estensione del fallimento ai soci scoperti successivamente alla dichiarazione di fallimento della società, avrebbe capovolto il sistema, e ammesso che la spendita del nome non è più necessaria per acquistare la qualità di imprenditore o di socio. Troppo fragili ci appaiono oggi queste basi legislative per fondare una così grave conseguenza, e torna alla mente il monito di buon senso dell'Ascarelli, il quale avvertiva

che il contrasto tra le due posizioni era o si risolveva in un contrasto tra creditori, del debitore aperto e rispettivamente dell'occulto, e non c'era ragione di gravare il patrimonio di quest'ultimo del peso di creditori che su di esso, proprio perché occulto, non avevano mai fatto affidamento. Ma, a parte ciò, a noi sembra oggi che nella impostazione del problema vi sia essenzialmente un vizio di metodo, un contrasto vorremmo dire, su un piano elevato di discorso, tra diritto sostanziale e processo, tra il momento statico e il momento dinamico della vita giuridica. Quando Bigiavi prende le mosse dall'imprenditore occulto, dal c. d. prestanome, ha davanti a sé l'astratta figura di un soggetto che ha voluto esercitare il commercio col nome di un altro; e lo stesso avviene quando profila l'ipotesi dell'accomandante che compie atti di gestione interna, o dell'istitore segreto, o del trasferimento della ditta, o anche dell'unico azionista. È facile per il sostanzialista, commercialista o civilista che sia, prescindere in queste ipotesi dalla spendita del nome, perché è chiaro che essi prefigurano, quasi per necessità di mestiere, una situazione oggettivamente esistente, determinata e denominata dalla volontà di operare attraverso un prestanome, o di ingerirsi nell'amministrazione dell'accomandita, e via dicendo. Ma per il processualista la realtà delle cose è ben diversa. Nella normalità dei casi l'imprenditore occulto, l'accomandante amministratore etc. sono dei terzi contro i quali si pretende di affermare quelle rispettive qualità la cui volontà è non solo estranea al rapporto, ma totalmente negativa di quelle qualità. Il processo, cioè la vita concreta, ci presenta dei terzi che hanno finanziato l'imprenditore, o hanno curato i loro interessi come associati, e la cui sicura volontà è di escludere un rapporto imprenditoriale o sociale, il che significa rapporto coi crediti dell'imprenditore. La spendita del nome, sul piano del processo, significa essenzialmente che la volontà negativa non si è realizzata, che il terzo è entrato in rapporto coi creditori, che è diventato imprenditore o socio: e dico essenzialmente perché la spendita del nome è la sola prova possibile (prova: siamo sempre nel campo del processo) del rapporto coi cre-

ditori, dato che rapporto senza spendita è una contraddizione nei termini. Certo possono darsi rapporti interni (chiamiamoli così genericamente per non ricorrere a una delle solite caselle giuridiche) che siano rilevanti per il diritto, e lo siano proprio nel fallimento dell'imprenditore: chi ha dato a costui danaro a tutto rischio non può evidentemente presentarsi come creditore nel fallimento, e noto di volata che proprio la configurazione di questa ipotesi mi aveva indotto in passato ad attribuire a costui la qualità di socio (occulto), non trovando altra alternativa rispetto al creditore. Ma era un evidente errore, perchè i rapporti interni possono essere infiniti, e comunque non hanno bisogno di essere a priori determinati. Ugualmente può essere rilevante sotto il profilo penalistico, come appunto avveniva con l'art. 865, n. 3 del codice passato per colui che esercitava il commercio sotto altrui nome, perché al legislatore può non garbare per mille ragioni chi scaglia la pietra e nasconde la mano; ma la sanzione penale non può essere assunta ad alternativa rispetto alla attribuzione della qualità di socio o di imprenditore a chi non ha speso il suo nome.

Ed è per queste stesse ragioni che non si può considerare altrimenti che come arbitraria l'attribuzione di una radicale modifica del sistema alla nuova legge fallimentare, sul fondamento legislativo, del comma aggiunto alla disposizione riprodotta dal vecchio art. 847. È difficile accettare la considerazione di questo secondo comma una norma innovativa (Bigiavi, *Imprenditore occulto*, pag. 94, nota 72) per il solo fatto che ha previsto l'estensione del fallimento a un socio che risulta dopo il fallimento della società. Nulla qui è detto da cui possa ricavarsi che questo socio debba essere il socio occulto, e anzi sarebbe più legittimo pensare che l'aver organizzato un procedimento sommario interno al fallimento, per la dichiarazione, implichi che il socio debba essere palese. Comunque, le innovazioni così integrali, così gravide di conseguenze devono essere espresse nella legge, non congetturate dall'interprete, se questi non vuole fare quello che non gli compete, e cioè aggiungere alla legge.

Questa è, a nostro avviso, la critica che si deve fare alla teoria dell'imprenditore o del socio occulto. Ma la cosa più impressionante è che il primo a rendersi conto della diversità dei due piani sostanziale e processuale è stato in fondo lo stesso Bigiavi. Egli non poteva non rendersi conto, se non della irrazionalità di distinguere tra criterio economico sostanziale e criterio giuridico formale per l'individuazione dell'imprenditore (sebbene anche a questo sarebbe potuto arrivare pur che avesse tenuto fede al suo proposito di essere solo e in tutto giurista, non potendo il giurista accogliere altro criterio, per qualunque valutazione, che non sia il giuridico-formale), della pericolosità insita nella sua costruzione. E così — fatto che ritengo assai raro per un sostanzialista — ha dedicato l'ultima parte della sua opera al processo. Nessuno ha guardato con maggior pessimismo di lui alla sua teoria, nessuno ha fatto una prognosi più infausta sulla sorte del procedimento sommario stabilito dall'art. 147, sulla riduzione a mera formalità dell'audizione del terzo, sulla esclusione della nullità, sulla estensione arbitraria della legittimazione ai creditori, quella estensione che oggi, come abbiamo visto, la Corte costituzionale ha definitivamente consacrato. La dinamica dell'estensione è in contraddizione con la statica della sua dottrina. Se fosse sopravvissuto, e avesse visto l'aggravarsi del fenomeno, e come ormai, con la rinuncia all'unico elemento determinante che è la spendita del nome, la testa di chiunque può essere offerta dagli organi fallimentari alla sollecitata cupidigia di creditori, questi sì veramente occulti, io credo che avrebbe quanto meno sospettato l'incostituzionalità della norma sotto il profilo della violazione del diritto di difesa.

La sentenza n. 142 ha oggi dichiarato la incostituzionalità, ma col paradossale risultato, se si segue la teoria dell'imprenditore occulto, di rendere costituzionalmente legittima la norma, e aggravarne la portata. La sola speranza che ci rimane è, come abbiamo accennato, che la Corte abbia rifiutato quella teoria, e sia tornata, come si deve, all'esigenza della spendita del nome.

[062]

Io mi auguro di aver contribuito con queste osservazioni ad avvalorare questa speranza, e quanto meno indurre ancora qualche giudice di buona volontà a riportare nuovamente la questione alla Corte, perché dica esplicitamente quello che il desiderio di rimediare a questa grave stortura della nostra prassi ci fa intravvedere.

VOCI ED ECHI

[065]

OSSERVAZIONI SUL METODO DELL'INDAGINE GIURIDICA NEL DIRITTO SINDACALE

Le rudi ma sincere critiche che nel primo *Quaderno* (p. 139) ho rivolto al Ghezzi (di cui ora apprendo che è professore all'Università di Bologna) per quanto egli ha scritto nel suo articolo « Diritto di sciopero e attività creatrice dei suoi interpreti » hanno dato il loro frutto, perché nel nuovo articolo, di cui riproduco in epigrafe il titolo (*Rivista trimestrale dir. e proc. civile*, 1970, pagg. 407 e sgg.), mi sembra che egli sia stato indotto in meditazione: ed è quello che, al di fuori del non necessario e del resto impossibile consenso, solo interessa per il giurista. In più di una nota egli infatti riprende, in polemica con se stesso, prima che con me, alcuni miei concetti: così che io mi sento a mia volta interessato a chiarire il mio discorso, e se possibile portarlo un po' avanti.

Ritengo, per non mettermi alla ribalta, di liberarmi delle faccende personali in poche righe, e solo per valutare la cortese replica. In sostanza alle correnti e ricorrenti tendenze di dare un fondamento ideologico alla scienza del diritto io avevo opposto, oppongo e opporrò che per un giurista degno di questo nome la sola ideologia possibile è il diritto stesso. A questa affermazione il Ghezzi oppone riconvenzionalmente che anche essa ha « una nascosta metafisica, perchè nel mio discorso si iscrive una vistosa ipoteca ideologica ». Infatti io trarrei dal fatto che « lo sciopero è un fenomeno essenzialmente collettivo » la conseguenza che esso deve essere studiato nella sua prospettiva sostanzialmente pubblicistica, se questa parola ha un senso, tenendo presente che l'utilità dei lavoratori si realizza nel contemperamento dell'interesse particolare con l'interesse generale, nel

quale ultimo è necessariamente ricompreso l'interesse dei lavoratori.

Orbene il Ghezzi garbatamente mi obbietta che queste parole (parallelamente alle sue) sono prese di posizione su pretesi fini dell'ordinamento giuridico, e più concretamente che esse fanno di me un « puro tecnico del diritto » il quale assumerebbe la funzione di servire la volontà politica che nel diritto vigente si celebra, cioè di dare un giudizio comunque positivo su un assetto stabile della società, a condizione che esso riposi sugli ideali d'ordine, certezza, pace e via dicendo.

Dico la verità, io non riesco a capire anzitutto cosa sia il puro tecnico del diritto, se non un fantasma che si cerca per poter lanciare degli strali, cioè per giustificare le proprie idee qualunque esse siano: io non conosco tecnici del diritto, né puri né impuri, conosco solo dei giuristi; e se questi sono veramente tali non esprimono alcun giudizio sull'ordinamento vigente (o se lo esprimono, lo fanno in separata sede), ma cercano di intenderlo nella sua obbiettiva realtà. E se questa è una posizione politica, essa è la sola possibile posizione del giurista, che conosce il diritto in quanto politica giuridicizzata, non aspirazione soggettiva, più o meno eversiva, e falsamente eversiva, verso un qualsiasi futuro. Né ciò operando il giurista si isola dalla società, ma vive nella società che nel diritto si esprime. E beato lui se riesce a farlo, cioè a realizzare (poiché per lui come per i giudici di vera realizzazione si tratta) il diritto. Purtroppo non è cosa facile, perché, come tante volte ho detto e scritto, il rapporto che si è stabilito tra norma (testo, direbbe Ascarelli) e giurista o giudice è, per nostra immane colpa, del tutto formalistico, e questo è quello che bisogna superare, per scoprire l'infinita ricchezza che è nella norma, in qualunque norma.

Raggiunto questo traguardo, non occorre al giurista farsi politico, nel senso deteriore di questa parola, perché politico lo è già, fa la politica del diritto. Lascino da parte il Ghezzi e tutti gli altri consorti che egli nomina il « divorzio con la vita spiri-

tuale del paese »: queste sono espressioni di tipo fascistico, che non vogliono dire assolutamente nulla.

Alla fine del suo articolo (tralascio osservazioni particolari e di minor conto) il Ghezzi insiste nel dire che « compito del giurista è anche quello di saper serenamente riconoscere (qui forse sta la morale della favola) quanto dall'esterno insinua nuove contraddizioni all'interno dell'ordinamento, anche se ciò pone in forse il potere esistente, e insieme tutto ciò che razionalmente gli serve egemonicamente di copertura ideologica ». E in nota aggiunge che anche queste parranno a me « parole in libertà (*Quaderni*, I, 196). Ma gli (mi) resterà da dimostrare anche e perché opera del giurista non sia pure quella di porre in evidenza, anche al limite della loro esasperazione, le contraddizioni del sistema, magari utilizzando gli stessi strumenti da questo forniti, nell'attuale momento storico, valendosi di certe norme costituzionali nei confronti di altre gerarchicamente inferiori ».

Mi dispiace per il Ghezzi, che è certamente, come fin dal primo scritto avevo intuito, persona dotata, ma devo dire che siamo sempre sul piano delle parole in libertà. Quelle che egli chiama le contraddizioni del sistema, cioè i suoi rapporti tra l'interno e l'esterno, sono state sempre rilevate dal giurista, in tutti i tempi e in tutti i luoghi. *Dura lex sed lex* non vuol dire altro che questo, in fondo. Ciò facendo non è mai uscito dal suo compito di giurista. In un certo senso si può profondamente dire che la contraddizione fa parte del sistema, è l'immanente critica che la norma, come l'uomo, porta con sé, e fa parte della sua insensibile evoluzione. Tutto si riduce all'incontro della norma col fatto, e questo dimenticato incontro è il vero problema del diritto (v. la mia voce *Giurisdizione*, nell'*Enciclopedia del diritto*), come noi oggi lo sentiamo e pensiamo. Ma l'esterno di cui parlano Ghezzi e gli altri amici della scuola più o meno bolognese non ha nulla a che fare con questa semplice verità: esso è senza maschera l'istanza politica, anzi una determinata istanza politica che scopre ideologie ed egemonie là dove non si trovano né ci possono essere perché il diritto è la negazione dell'ideolo-

gia. Istanza politica, si badi bene, assolutamente legittima, che si svolge in modi tipici e legittimi, e ormai anche atipici e illegittimi: cioè con un'azione alla quale i giuristi non sono legittimati, se vogliono restare tali. Se vogliono fare gli attivisti restando giuristi si espongono a una dotta e brutta figura, che nessun serio politico potrà mai riconoscere. Questo è tanto vero che essi sono costretti a invocare perennemente (e così fa il Ghezzi) il talismano della Costituzione, della quale i politici non sanno assolutamente che farsi. Basti dire, tanto per restare nel tema, che essa non ammette propriamente il diritto di sciopero, ma dice che lo sciopero è regolato dalla legge. E nessun politico, come sappiamo, si sogna di volere questa legge, proprio perché teme... l'ideologia del diritto.

* * *

Ma, lasciando da parte ogni elemento soggettivo, vediamo un po' da vicino in che cosa consiste questo nuovo metodo dell'indagine giuridica, che si pone come critica di un preteso perento metodo, che poi sarebbe quello seguito dai comuni e mortali giuristi. E dico subito che prescindo dalla frase iniziale dell'articolo di Ghezzi secondo la quale « la scienza del diritto dei giuristi trova la sua funzione sociale nell'essere politica giuridica *de lege ferenda* », è in crisi « l'asserita mentalità conoscitiva della scienza del diritto » per via di orientamenti filosofici analitici o di cinquant'anni di teoria critica della società. Queste sono parole e niente altro che parole, delle quali non voglio più assolutamente occuparmi, anche se su queste vanità si ergono cattedre e scuole. Veniamo ai fatti.

Se io non vado errato (ed è possibile, perché questi giuristi del *novus ordo* non scrivono facile) l'idea madre sarebbe questa: che il riconoscimento del diritto di sciopero, da un lato, dall'altro « il declinare della stagione delle clausole di tregua » mette in crisi il concetto tradizionale di contratto come realizzazione di una composizione durevole del conflitto, e ciò con tutte le conseguenze che questo comporta, specie in ordine alla interpreta-

zione. Dico subito che del concetto tradizionale del contratto a me non importa nulla, e non escludo che questo possa essere modificato restando nell'orbita della scienza del diritto. Allo stesso modo il giurista autentico può ritenere che il mondo dei rapporti di lavoro esula dalle categorie dei rapporti contrattuali, mettendo in luce questo o quell'altro elemento: e del resto io da povero processualista suggerirei al Ghezzi un dato tanto vano praticamente quanto importante teoricamente, ed è l'intervento obbligatorio del p. m. nelle cause di lavoro in appello. Dove comincio a fiutare odor di bruciato è in questa faccenda delle clausole di tregua. Certo si può pensare che la eliminazione di queste clausole sia istituzionalizzata, ma se non lo è temo che il giurista non possa considerare il fatto *sub specie juris*, cioè istituzionalizzarlo lui. Si tratta di atti di forza, di momenti di tecnica del conflitto, analoghi a quelle posizioni che si assumono talvolta in conflitti internazionali, e qualcosa di simile se non erro dice il Giugni, in un passo citato dal Ghezzi a nota 17. Se questo fosse, il giurista, se non vuole fare il politico, prende nota del fenomeno nel suo taccuino, a futura memoria, o anche per descrivere quel che succede in questo travagliato mondo dei rapporti di lavoro, ma niente di più. Di nuovo non c'è nulla.

Sennonché queste schermaglie teoriche non sono il vero scopo dell'argomentare, così come l'astruseria del linguaggio non riesce a nascondere la chiarezza delle intenzioni. Il c. d. metodo dei nuovi giuristi si risolve nel proporre criteri o canoni di interpretazione che politicizzino il giudizio e più in generale il diritto, s'intende secondo una loro tensione politica e secondo un loro preteso diritto. Una prova di quanto affermo si può vedere nel discorso che Ghezzi e altri fa sul rifiuto della giurisprudenza dei collegi arbitrali e delle costanti di comportamento, quali si rilevano nella prassi sindacale, intesi come dati di esperienza e di conoscenza, cioè messi su un piano di degenerazione storicistica. Il pensiero non si presta ad equivoci, perché si dice che ciò può condurre a operazioni interpretative « che possono essere istituzionalmente conservatrici » (sic!) mentre invece le dette costanti

devono essere considerate *ex novo* e politicamente. Se questo è il metodo che si propone per un giurista, bisogna dire che siamo proprio sulla buona strada. Peccato che non ci si dica in che cosa consista il nuovo o il politico: o forse ce lo si dice anche troppo.

A questo tipo di ragionamento mi pare infatti si ricolleghi tutto il lungo *excursus* sulla evoluzione (in verità coatta) dei sindacati, attraverso il prendere piede delle così dette assemblee e dei delegati, cioè di quelle forze centrifughe nelle quali si dissolve l'organizzazione sindacale e quindi l'organizzazione dell'impresa. È a proposito di questi fenomeni che Ghezzi parla di contraddizioni all'ordinamento che il giurista deve fare sue. È chiaro che io non intendo negare, come Don Ferrante, che queste cose avvengano: dico che esse appartengono al mondo dell'azione, a un mondo al quale il giurista è per definizione estraneo. Se egli si mescola a quel mondo, cessa di essere un giurista, e diventa un politico, un modesto politico quale solo può essere un giurista. Se se ne vuole una conferma si leggano le cose gratuitamente audaci che il Ghezzi dice (ma si tratta di idee generali in un certo ambiente) sulla struttura organizzativa del lavoro. Par di sentire gli allegri (ma non troppo) vaniloqui degli studenti che occupavano le scuole, dall'Università alle elementari, e continueranno a occuparle.

[071]

ANCORA DEL METODO

Nell'ultimo fascicolo della *Rivista di diritto processuale* il prof. E. T. Liebman pubblica una lunga recensione del libro di LANFRANCHI, *Contributo allo studio dell'azione di mero accertamento*. Non entro nel merito del giudizio, perché non è davvero il caso di fare una recensione della recensione, né ho voglia, in questo momento, di occuparmi dell'importantissimo tema, sul quale ho del resto manifestato in molti luoghi il mio pensiero. Noto però che il recensore esprime il suo rammarico perché « le attitudini non comuni per la ricerca paziente ed acuta, l'ampiezza della prospettiva, lo sforzo costante di andare al fondo delle cose, la penetrante analisi delle dottrine... non siano state impiegate in una direzione meglio ispirata, volta ad arricchire e non a impoverire il nostro ordine giuridico ».

Ecco, io non so quale sia la direzione meglio ispirata, e può darsi che ci sia: ma che l'arricchimento e l'impoverimento nell'ordine giuridico abbia un significato io non riesco assolutamente a capire. Mi dispiace perché sembra che io ce l'abbia col Liebman, al quale ho già contestato che esista una dignità del giurista (v. *Soliloqui e colloqui di un giurista*, pag. 310) e che si diano limiti alla critica dei c. d. concetti fondamentali della scienza (v. *Quaderni*, III, pag. 78): ma non posso non richiamarlo alla semplice verità che l'ordine giuridico non è né ricco né povero, è quello che è, e la sua unica qualificazione è la realtà. Chi lavora a scoprire questa realtà non aggiunge né toglie nulla all'ordine giuridico: può dire cose giuste o sbagliate, e nella misura in cui sono giuste o sbagliate contribuisce, o non contribuisce, alla conoscenza dell'ordine.

Il fatto è che l'ordine giuridico per il Liebman, come per

tanti altri professori, è un determinato sistema, e precisamente il sistema che è stato da lui o da essi ricevuto, come erano e sono padroni di fare. Certo, dalla ricerca paziente etc etc. questo sistema può uscire impoverito e addirittura annichilito. Ma questo non solo è fisiologico, ma rispetto all'ordine giuridico o più semplicemente al diritto, è un arricchimento.

Sono cose ovvie, che non avrei nemmeno dette, se da un lato questo ristretto e vincolato angolo visuale non impedisse di veder chiaro nei libri che si leggono, e di intenderne il contributo positivo di critica e di costruzione (come mi sembra sia avvenuto proprio per il libro in questione), dall'altro se, avendo il Liebman e gli altri cura d'anime, le riferite parole non comportassero una risonanza assai più vasta e pericolosa di quella che può avere una semplice rivista.

GIURISPRUDENZA

[075]

CRITICA DEL GIUDIZIO COSTITUZIONALE

I. - FILOSOFIA DELLA CORTE COSTITUZIONALE.

Il presidente Branca mi ha benevolmente mandato una copia di tutte le sentenze finora pubblicate nel 1970, ed io tutte le ho lette, non solo e non tanto per esprimere su di esse il mio giudizio, ma per rendermi conto del modo di operare di questo singolare istituto che è la Corte costituzionale. Si è scritto molto su di essa, naturalmente, ma non sono le teorizzazioni accademiche che mi attirano: è la sua concreta realtà, quale bene o male si è venuta formando, sotto mille impulsi, primo dei quali una rivoluzione mancata, come sono destinate a mancare tutte le rivoluzioni italiane. Il nostro Risorgimento è in fondo la storia di una rivoluzione mancata, con la spettacolare figura di Garibaldi alla testa: e forse l'insegnamento che se ne trae è che il modo migliore di fare le rivoluzioni è quello di non farle. Affacciati sulla soglia dell'abisso, venticinque anni fa, gli italiani hanno fedelmente trasferito la rivoluzione in formule e istituzioni giuridiche, la Costituzione, la Corte costituzionale, le Regioni, cioè hanno affidato ai professori e ai giudici il compito di fare la rivoluzione. E questi venerandi signori — tanto più venerandi quanto più sono giovani e giovanissimi — hanno assolto e assolvono mirabilmente al loro compito mettendo un po' di *thrilling* nelle loro teorie e nelle loro sentenze. Ne traggono un grande vantaggio loro, perché si atteggiano a rappresentanti di un futuro che sanno che non verrà mai; ne trae un vantaggio la comunità, perché col disordine presente si assicura il disordine futuro; e se ne avvantaggiano anche i *laudatores temporis acti*, perché governano a posteriori un passato nel quale non hanno contato mai nulla.

Che cosa ha da fare il giurista italiano, di fronte a questo variopinto spettacolo? Secondo me non ha che da fare il giurista, se ne ha la vocazione, e cioè osservarlo con assoluta serenità, e cogliere nel concreto il formarsi o il trasformarsi degli istituti. In altre e più culte parole: storicizzare il momento che passa. L'esperimento più singolare si è fatto e si va facendo con la Costituzione. In fondo, cos'è la Costituzione, che cosa sono queste magne carte che di quando in quando sfornano i popoli quasi a testimonianza di se stessi? Nient'altro, se vogliamo essere sinceri, che l'enunciazione di una serie di principi coi quali si tende ad assicurare i diritti dei cittadini di fronte al Governo, inteso questo nel senso più lato di potere esecutivo e legislativo, poiché anche quest'ultimo può certamente travalicare sotto la spinta delle forze o delle violenze politiche. Una palla di piombo, insomma, legata al piede del c. d. progresso. Ne proviene che i due termini dell'ipotetico conflitto sono i cittadini e il potere pubblico, non mai i cittadini (come privati) tra loro. Orbene, che cosa è avvenuto? Che proprio in nome del progresso, la Costituzione è stata assunta come criterio di revisione dei rapporti privatistici, del regolamento di istituti nei quali il potere non ha direttamente nulla a che fare. Non parlo degli sfruttamenti politici della Costituzione, a fini pacificamente eversivi, come quelli che si appuntano contro la magistratura, che viene sollecitata in nome della Costituzione a eludere il fondamentale precetto costituzionale della soggezione alla legge: queste sono cose prive di sostanziale serietà, e fanno parte della copertura rivoluzionaria della tranquillità borghese. Mi riferisco invece a quelle applicazioni di norme generali, e come tali innocenti, al diritto costituito, e tra queste quella più generalmente invocata che è il principio di uguaglianza consacrato dall'art. 3. Credo che nessuno possa onestamente disconoscere che la formula « tutti i cittadini... sono uguali di fronte alla legge » non è altro che la dilatazione verbale di quella santa idea che la rivoluzione francese aveva espresso con una sola parola: *égalité*. Ebbene, in nome di questa *égalité* tutti si sono messi a ro-

vistare nei rapporti interprivati così come la tradizione li aveva foggiati e il legislatore rispecchiati per vedere se nell'interno di essi fosse rispettata l'uguaglianza. Le più plateali applicazioni si sono avute, come è noto, nel regime matrimoniale, e in questi *Quaderni* si è avuto occasione di sottolinearle. Anche in questa annata del 1970 c'è una sentenza (la n. 128) che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 156 ultimo comma cod. civ. là dove « esclude la pretesa della moglie a non usare il cognome del marito, in regime di separazione per colpa di quest'ultimo, nel caso che da quell'uso possa derivarle un pregiudizio ». A prescindere dal fatto che l'art. 156 non contiene questa esclusione, ma la Corte la ritrae dal fatto che esso prevede il possibile divieto da parte del Tribunale alla moglie dell'uso del cognome del marito; a prescindere dall'altro fatto, discutibilissimo, che l'aggiunta del cognome del marito si debba configurare come un obbligo della moglie; quel che preme rilevare è l'assurdità di ricondurre queste manipolazioni al principio di uguaglianza, ovvero, ciò che fa lo stesso, di ritenere che, dopo la Costituzione, il rapporto coniugale, in ogni sua manifestazione, debba essere fondato sull'uguaglianza. Questo rapporto, come ogni rapporto, è quello che è, quale lo ha espresso la società in un determinato momento storico, attraverso i soli suoi organi qualificati, che sono esclusivamente gli organi legislativi: ed è quello che è nella più vasta disciplina della famiglia, la quale ha la stessa identica ed esclusiva origine. Pretendere che il principio di uguaglianza abbia inciso nella famiglia e nel matrimonio è giuridicamente un farneticare: e per questo è assolutamente ingiustificabile *sub specie juris* anche la sentenza n. 37, che ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 145 cod. civ. in quanto impone al marito l'obbligo di somministrare alla moglie ciò che è necessario ai bisogni della vita in proporzione delle sue sostanze, mentre la moglie deve contribuire al mantenimento del marito, se questi non ha mezzi sufficienti. Sembra incredibile che giudici tanto esperti della vita non abbiano sentito l'assurdità, per non dire il grottesco, di una simile parificazione,

oltre tutto lesiva dell'onore di un marito che si rispetti: ma quel che mi interessa è sottolineare l'assoluta arbitrarietà di aver dedotto anche questa parificazione dell'art. 3, dalla famosa *égalité* che col matrimonio non c'entra per nulla. Eppure queste cose sono state fatte e continueranno a farsi. E allora che cosa il povero giurista deve dedurne? Che un altro organo legislativo si è introdotto di soppiatto nel nostro ordinamento, e questo incostituzionale organo legislativo si è assunto di modificare i rapporti privati, nei settori più vitali della vita collettiva, al di fuori di ogni responsabilità politica. A tanto ormai siamo ridotti, poiché non vi è speranza di riportare la Corte alle sue autentiche e altissime funzioni. Il giurista registrerà questo dato di fatto, e diventerà un giurista, come troppo e purtroppo suol dirsi, all'italiana.

Che la mia critica rassegnata alla nuovissima interpretazione dell'*égalité* sia vera è dimostrato, al di là di quel che si è detto, dall'atteggiamento che hanno assunto i giudici di merito nel proporre alla Corte le questioni di incostituzionalità. Non suoni offesa, ma sia considerato come legittima difesa del giurista se dico che noi siamo di fronte a una specie di frenesia. Già ne abbiamo trattato in altri *Quaderni*: ma dalla esperienza del 1970 si apprende che ci sono stati dei giudici i quali non hanno esitato a sostenere l'incostituzionalità della legge fallimentare perché introdurrebbe una disuguaglianza tra imprenditori commerciali e non imprenditori, o addirittura tra grandi e piccoli imprenditori, sulla base del censo (sentenza n. 94) o l'incostituzionalità della legge elettorale in quanto esclude l'elettorato attivo del fallito (sentenza n. 43) o quella delle norme fiscali che dispongono la cancellazione dall'albo del debitore moroso e il fallimento per debito d'imposta (art. 114). Le pretese sono state respinte dalla Corte costituzionale, ma ciò non toglie che siano state avanzate.

La interpretazione dell'art. 3 che qui sosteniamo, e che ci sembra la sola giuridicamente ammissibile, non esclude ovviamente che in determinate norme, che solo apparentemente sono

interprivate, si insinui la disuguaglianza, come tale censurabile della Corte. Troppo spesso invero, nel nostro ordinamento, e vorrei dire nel nostro poco libero sentimento, si introducono trattamenti privilegiati a favore dello Stato o di enti pubblici o assimilati, specie nel campo delle difese processuali: tipico il caso delle limitazioni all'esercizio delle revocatorie fallimentari, di cui si ha un esempio nell'ultimo comma dell'art. 67 o nella legge speciale per gli istituti di credito a medio termine. Qui l'incostituzionalità ci sembra sicura, ma, a ben vedere, siamo fuori dei rapporti privati, siamo di fronte a norme di carattere generale che senza alcun motivo vengono derogate a favore di determinati enti o individui. La violazione dell'art. 3 non è mai disgiunta in questi casi da violazione di altre norme costituzionali, come quelle sul diritto alla difesa o sul carattere pubblico dei concorsi etc. Una esatta applicazione sembra essere quella della sentenza n. 78 sulla partecipazione al consorzio fiammiferi. In questa sentenza la Corte ha espresso il concetto, che appare di grande valore generale, che le limitazioni o esclusioni devono essere giustificate dai fini interni del consorzio, cioè dall'utilità per cui questo è stato istituito.

* * *

La difficoltà della Corte costituzionale di inserirsi nelle linee dell'ordinamento, e l'esigenza nella quale essa si trova di darsi una sua fisionomia, al di là di ogni teorizzazione e anche di ogni vincolo di legge positiva, dipende da molti fattori e non soltanto dalla sua equivoca origine storica. Uno di questi fattori, collegato certo al precedente, è l'inerzia degli organi legislativi, ed è cosa che è stata già osservata. La Corte costituzionale, in poche parole, esercita all'ombra della grande carta, invocando ora l'una ora l'altra delle sue norme, un'opera di correzione della legge, cioè sostituisce a norme meno giuste norme più giuste. Che questo sia legittimo io credo si possa escludere senz'altro: costituzionalità e giustizia sono due cose

assolutamente incomunicanti, e non può ammettersi istituzionalmente una funzione vicariante della legislazione. Ma di fatto questo avviene, e bisogna accettare il fatto, con tutto quello che di bene e di male comporta. L'altro fattore, meno osservato, è l'inerzia degli organi giurisdizionali. Non si tratta dei famigerati adeguamenti che postulano i borghesi di sinistra. È una cosa molto più seria, e cioè gli organi giurisdizionali non assolvono alla loro profonda funzione di interpretare la legge come deve essere interpretata, e si trincerano dietro assurdi canoni formalistici grazie ai quali affonda la giustizia. Vogliamo dire più apertamente che se gli organi giurisdizionali assolvessero al loro compito, non ci sarebbe bisogno di disturbare la Costituzione e la Corte costituzionale. Poiché purtroppo questo non avviene, o non avviene integralmente, ecco che la Corte assume anche qui funzioni vicarie, che non sono certo nell'intenzione dell'autore. E bisogna accettare anche questo fatto. Del resto è quel che in parte è avvenuto per la Cassazione di fronte alla progressiva decadenza dei giudici di merito.

L'annata del 1970 offre sempre nuove prove di questa progressiva configurazione della Corte. Vediamone alcune.

Già la sentenza n. 1 del 22 gennaio 1970 lascia straordinariamente perplessi. Si trattava di un caso di assoluzione dall'accusa di lesioni colpose per insufficienza di prove. L'art. 195 cod. proc. pen. esclude, come si sa, l'impugnazione della parte civile non condannata nei danni e nelle spese. Dice la Corte che questa norma è contraria all'art. 111, e quindi si deve ammettere il ricorso per cassazione, sempre però nei limiti che concernono gli interessi civili. A nessuno può sfuggire l'estrema pericolosità di questa affermazione che, se intesa alla lettera, e cioè se vuol dire che la parte civile può contestare l'assoluzione, sconvolge tutto il sistema dei rapporti fra giudizio civile e giudizio penale, quali sono consacrati dagli artt. 22 e sgg. cod. proc. pen. Un simile terremoto giuridico non può evidentemente essere realizzato da una Corte sia pure costituzionale. Ma probabilmente gli altissimi giudici sono stati colpiti dal fatto

che la parte civile è certamente in una posizione deteriore, che meriterebbe di essere rivista del legislatore. Nell'indifferenza di questo, la Corte si è pronunciata, trasformando il processo penale in un processo privato!

Ancora: l'art. 168 cod. proc. pen. stabilisce che le notifiche all'imputato si eseguono mediante consegna di copia nella persona anche quando dagli atti del processo risulta che l'imputato è detenuto per causa diversa dal procedimento per il quale deve eseguirsi la notificazione. Se non risulta dagli atti del processo, si notifica nel modo stabilito per gli irreperibili. La sentenza n. 25 ha trovato contraria a ragionevolezza e giustizia l'assimilazione dell'irreperibile al detenuto, e ha dichiarato l'illegittimità della norma. Ma non è chi non veda che se anche fosse irragionevole e ingiusta la norma non sarebbe perciò incostituzionale, bensì richiederebbe per la sua modifica l'intervento di un legislatore (che potrebbe del resto essere di parer contrario, sia perché i *computers* non sono ancora in uso nelle carceri, sia per la più profonda ragione che lo stato di detenzione non comporta affatto un domicilio o una residenza).

Ancora: gli artt. 164 e 168 cod. pen. regolano la sospensione condizionale della pena quando vi sia un secondo reato, successivo alla condanna sospesa. Dice la sentenza n. 86 che le dette norme sono incostituzionali perché non tengono conto del vincolo di continuità. Ora a prescindere che esplicitamente non dicono nulla, e quindi la Corte attribuisce al legislatore una volontà certamente non espressa, ci si domanda se davvero si vuol togliere al legislatore il diritto di valutare il peso della continuità del reato come crede più opportuno: e se, nel caso che opti per la irrilevanza della continuità successiva, possa davvero configurarsi violazione di qualche canone costituzionale. La verità è che alla Corte garbava di più la rilevanza, e così si è fatta una legge per conto suo. Prendiamone atto, o meglio ne prendano atto i costituzionalisti. Ma eviti la Corte di scrivere che « l'inopportunità non può spiegarsi nemmeno con il rilievo che l'imputato non rese noto al giudice di aver commesso i nuovi

reati, perché, se così potesse ragionarsi, dalla norma si farebbe derivare una inconcepibile sanzione alla reticenza dell'imputato, al quale invece l'ordinamento garantisce piena libertà di comportamento processuale, al riparo della presunzione della sua non colpevolezza »! Queste sono cose di fronte alle quali al giurista non resta che farsi il segno della croce, non per fede, ma per abitudine.

Accanto a queste sentenze (e altre se ne potrebbero indicare, ma lo riteniamo superfluo) in cui la Corte sostituisce il legislatore, ve ne sono moltissime in cui essa sostituisce il giudice di merito, e non sono le meno interessanti. Sono in genere sentenze che affermano o negano la costituzionalità di una norma sulla base di una interpretazione che la Corte stessa ne dà. Non si tratta delle famose sentenze interpretative di cui tutti conosciamo le vicende: qui la Corte fa in sostanza quel che il giudice di merito dovrebbe fare, invece di stare a sollevare eccezioni di incostituzionalità che non hanno ragione d'essere. Eccone le prove.

Un primo esempio potrebbe essere quello della sentenza n. 13, relativa all'art. 198 del t. u. 29 gennaio 1958, n. 645 sulle imposte dirette. Questo articolo si riferisce allo sgravio delle imposte non dovute, e dice che in esso sono compresi anche gli aggi di riscossione. La Cassazione ha rimesso alla Corte costituzionale la questione sulla legittimità della norma, in quanto esclusiva della indennità di mora, e la Corte l'ha seguita su questa strada. Ora l'art. 198 non parla affatto dell'indennità di mora: onde è chiaro che alla esclusione si può arrivare solo in via di interpretazione, e questa interpretazione era la Cassazione che doveva compierla, non la Corte costituzionale. Si è di fronte a un tipico atto di timidezza della Cassazione, che, senza tanti rinvii, si doveva assumere la responsabilità di dire (poiché di questo si trattava) che la legge *minus dixit quam voluit*. Che se avesse ritenuto l'esclusione dello sgravio, per motivi che qui è inutile ricercare, la Corte costituzionale non ci sarebbe ugualmente entrata per nulla, perché la parità di trattamento non è,

come abbiamo detto, da confondersi con l' ingiustizia della norma.

Altri esempi (e dobbiamo limitarci, perché si potrebbero cogliere a decine): quello della sentenza n. 17 che nega la incostituzionalità dell'art. 1 del D. L. 804 del 1947, il quale stabilisce il divieto per agenzie private e singoli procaccianti di esplicare opera di mediazione per l'assistenza ai lavoratori. Era sembrato a un pretore penale che la norma fosse in contrasto con la libertà sindacale, e aveva rimesso la questione alla Corte; la quale ha detto che non vi era nessun contrasto perché la norma incriminata vietava non la libera assistenza ai lavoratori, ma la mediazione, che è cosa ben diversa. O non poteva dir questo il pretore, leggendo attentamente l'articolo? Si direbbe che i giudici di merito abbiano di fronte alla Corte costituzionale il complesso del pupillo.

Altro esempio ancora: quello della pretesa incostituzionalità dell'art. 1751 cod. civ. il quale dispone che l'indennità per lo scioglimento del contratto di agenzia è dovuta solo se il contratto si sciolga per fatto non imputabile all'agente. Una serie di giudici ha investito la Corte della questione di illegittimità della norma, per la disparità di trattamento col lavoratore subordinato. E la Corte, con la sentenza n. 75, ha risposto che si tratta di due rapporti diversi! Poiché non è pensabile tanta ignoranza da parte di tanti giudici, saremmo tentati di credere che costoro abbiano sperato che la Corte facesse violenza alla norma, per dare una interpretazione a loro impossibile. Sarebbe già qualche cosa. Potremmo ancora richiamare la sentenza n. 28 sulle targhe pubblicitarie delle compagnie di assicurazioni; quella n. 59 sulla determinazione del valore nelle vendite coattive; quella n. 8 sugli obbiettori di coscienza: ma poiché si tratta di evidenti tentativi di surrogare la Corte costituzionale al giudice di merito, riteniamo di potercene dispensare, anche per la già eccessiva lunghezza del discorso.

Dal quale dunque si desume, come nella morale della favola, che la Corte costituzionale è un istituto la cui realtà vanamente

si cerca nei libri. Esso è nato con una certa o incerta intenzione, e da questa intenzione è già lontano. Che cosa essa diventerà lo dirà il futuro, cioè la storia, lo diranno queste sentenze che ogni anno aumentano di numero, e anche questo è assai significativo. Quello che fin d'ora possiamo dire è che essa non sarà quella bandiera della rivoluzione più o meno permanente che certi spensierati giuristi, e giudici, e magari certi stessi giudici costituzionali, vorrebbero agitare. Non lo sarà, perché non potrà *istituzionalmente* esserlo.

Ciò non significa naturalmente che di quando in quando non venga dalla Corte qualche scossone politico, che rivela come il magma ribolla ancora sotto la crosta sottile che si va formando. Niente di male. Anche un afflato politico può animare la vita giuridica, e contribuire al suo svolgimento: solo che la politica deve essere un serio e severo impegno di tutto un popolo, non l'ipocrita aspirazione di pochi addottrinati. Una condizione di questo genere purtroppo in Italia non esiste, e per questo le sentenze « politiche » della Corte costituzionale sono le meno felici.

II. - Mandato di cattura e diritto di sciopero.

Tra queste varie sentenze a sfondo (o sospetto sfondo) politico, voglio fermare l'attenzione su due (la 64 e la 119) che hanno fatto molto chiasso sui giornali, e delle quali una, la prima, ha prodotto deleterie conseguenze pratiche. Si tratta dei limiti di detenzione dell'imputato colpito da mandato di cattura, e della aggravante del reato di danneggiamento prodotto in occasione di sciopero.

a) La legge del rito penale, nell'art. 272, stabilisce che l'imputato deve essere scarcerato quando siano decorsi certi termini se non è stata depositata la sentenza di rinvio in giudizio. La decisione della Corte è di più ampia portata, ma la sua dichiarazione di incostituzionalità della citata norma, e di altre

correlative, è praticamente dominante, onde ci limiteremo alla considerazione di essa. Nella sostanza, la sentenza n. 64 dice che l'ultimo comma dell'art. 13 della Costituzione, disponendo che « la legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva » ha inteso evitare che il sacrificio della libertà sia interamente subordinato alle vicende del procedimento, e pertanto l'art. 272, in quanto non prevede un limite certo per il periodo successivo alla fase istruttoria, viola l'art. 13.

A prescindere da ragioni di opportunità (che sopra tutto in materia penale non dovrebbero essere mai trascurate) la decisione è sul piano giuridico totalmente da disapprovare. Secondo le ben note disposizioni di legge, in seguito alla sentenza di rinvio a giudizio si svolge una rapida procedura per la fissazione del dibattimento, che è stabilita per assicurare la sollecita conclusione del giudizio. Dice ad es. l'art. 405 che la sentenza di rinvio è presentata al primo presidente della Corte d'appello appena pervenuta al cancelliere; il primo presidente emette immediatamente decreto di convocazione della Corte d'assise; il presidente della Corte d'assise emette, subito dopo, il decreto di citazione. Se questa procedura non implica una sostanziale prefissione di termini anche se essi non sono indicati a giorni o a mesi (ed è impossibile indicarli in questo modo, evidentemente), e se questi termini non si riflettono sulla durata della carcerazione preventiva, così che è più che assolto il precetto costituzionale, io non so davvero che cosa si debba pensare. La stessa sentenza ammette che il legislatore potrà (anzi dovrà) regolare i termini anche per il periodo successivo alla fase istruttoria: ma allora, che cosa vuole la Corte? Che sia stabilita a priori la durata del dibattimento? Limitando il diritto di difesa, forse? No certo, ma questa è la logica della sentenza. A meno che gli altissimi giudici non abbiano negato fiducia ai presidenti delle Corti d'appello o d'assise, e abbia pensato che essi si divertano a non fissare mai i processi, nel qual caso ci sarebbe poco da sperare per tutti.

La verità, andando a fondo, e non so se i processualpena-

listi l'abbiano fatto, è che il carcere preventivo è strettamente connesso alla istruttoria penale, e l'art. 13 della Costituzione va inteso con riferimento a questo concetto. Una volta emanato il provvedimento di rinvio, certo l'imputato può restare in carcere, se c'è già, o vi può essere messo, se non c'è: ma la custodia cambia in un certo senso natura, non è più preventiva al dibattimento, ma è una custodia dibattimentale, strettamente connessa con questo, tanto è vero che da un lato con lo stesso provvedimento di rinvio si possono e si debbono dare disposizioni in ordine alla libertà personale (ex art. 375), cosa che dimostra l'indipendenza delle due situazioni, mentre le competenze successivamente si spostano e passano al magistrato giudicante. Sotto questo profilo è stato un grave fraintendimento quello della sentenza in esame, là dove ha dichiarato anche l'incostituzionalità parziale dell'art. 375.

Resta naturalmente da chiedersi perché l'imputato debba (in determinati casi) presentarsi in stato di detenzione davanti al suo giudice. Ma la risposta a questa domanda tocca e varca i limiti della filosofia, e i giuristi o i giudici non sono tenuti a essere filosofi. Più triste è la domanda perché nel nostro povero paese il problema della libertà sia visto quasi esclusivamente in termini di procedura penale, con innegabile vantaggio dei concittadini birbanti. È probabile, anzi è certo che anche la magistratura ha qui le sue immense responsabilità: ma questo non è che il rovescio di una medaglia, che non spiega e non giustifica il suo diritto. O forse in questo tipo di poco onorifiche medaglie non c'è né dritto né rovescio.

b) L'art. 635 cpv. n. 2 cod. pen. prevede come aggravante del reato di danneggiamento la circostanza che il fatto sia commesso da lavoratori in occasione di sciopero. La sentenza n. 119 della Corte ritiene incostituzionale questa aggravante perché lo sciopero è costituzionalmente un diritto, e l'aggravante mira alla repressione dello sciopero, cioè di un diritto costituzionalmente garantito.

La questione era stata risolta in senso opposto dalla sentenza 110 del 1957. Come si sia arrivati a questo ripensamento bisogna chiederlo alla storia, a quell'adeguamento della norma al tessuto sociale di cui parlano i miei amici sociologi. Personalmente credo che questi ripensamenti non siano compatibili col modello ideale di giudice costituzionale che descriviamo nei nostri libri, e facciano parte di quella incerta fisionomia che va assumendo la Corte, secondo quanto ho espresso in questo stesso scritto. Comunque, quel che importa è che il ragionamento della Corte non è giuridicamente accettabile, perché lo sciopero, anche se è un diritto, ha una sua tipicità che col dettato costituzionale non ha nulla a che fare. L'art. 40 riceve lo sciopero dalla legge che lo regola o lo regolerà: lo dice espressamente. E nell'attesa che lo regoli non si può far rientrare nella tipicità la distruzione dei telefoni o l'incendio dei beni dell'impresa, come era avvenuto nelle specie che hanno dato occasione all'intervento della Corte. Dal giusto riconoscimento del diritto di sciopero, cioè proprio dal fatto che lo sciopero è un diritto, deriva un rafforzamento dell'aggravante, non una sua contraddizione. Né vale obbiettare che nelle intenzioni del legislatore l'aggravante era in funzione dell'illiceità dello sciopero: non è stato insegnato che le leggi vivono di vita propria? Purtroppo nell'applicazione le leggi spesso non vivono di vita propria, ma di vita altrui.

Del resto, senza tante complicazioni, io vorrei chiedere alla Corte costituzionale se riterrebbe illegittima una circostanza aggravante o un reato in genere che stabilisse l'attesa legge sullo sciopero, relativamente a un determinato comportamento dei lavoratori e degli abusivi che approfittano dello sciopero. Non dubito che la risposta non potrebbe essere che negativa. Il guaio è che la legge sullo sciopero *non est de hoc mundo*, e l'art. 40 è una illusione costituzionale.

CRITICA DEL GIUDIZIO DI CASSAZIONE

Stile delle sentenze (Il problema dei rapporti giuridici preesistenti nel fallimento).

Ricordate, nel misterioso Rabelais, il processo tra i signori di Baysecul e di Humevesne? Nonostante la scurrilità dei nomi, vale la pena di rileggerlo perché esso è come una anticipazione delle moderne polemiche sul processo orale. Racconta Rabelais nel primo libro di Pantagruele che in quel tempo era pendente davanti alla Corte un processo fra i due nominati signori, e la controversia era sì alta e sì difficile in diritto, che la Corte del Parlamento non vi intendeva un'acca. Tutti i magistrati, i rettori delle università di Francia e del mondo, i più grandi giureconsulti e togati, riuniti per lo spazio di sei settimane « non avevano saputo né masticare né chiarire il caso per applicarvi il diritto in qualsiasi modo, e ne erano sì indispettiti che se la facevano addosso dalla vergogna ». Allora uno di essi ebbe l'idea luminosa di affidare la decisione a mastro Pantagruele, e tutti consentirono. Lo mandarono a cercare, lo pregarono di voler rivedere e studiare a fondo il processo, e « affidarono alle sue mani sacchi e incartamenti di che si potevano caricare quattro grossi asini con tanto di c... ». Lasciamo la parola a Rabelais: « Ma Pantagruele disse loro: — I due signori che hanno promosso questo processo sono ancor vivi? — Gli fu risposto che sì. — A che diavolo dunque servono, disse, tutti questi mucchi di atti e di copie consegnatimi? Non è meglio udire dalla loro viva voce il dibattimento piuttosto che leggere queste babbuinerie etc. etc.? ».

Come si vede, il prof. Cappelletti ha avuto un illustre antecessore, ed è peccato che egli, da buon comparatista, non l'abbia

conosciuto. Ma non è il processo orale che mi interessa in questo momento, è il modo come il processo tra Baysecul e Humevesne si svolse. Dopo le perorazioni dei due litiganti, formate da proposizioni che non avevano altro senso che quello di non averne alcuno, Pantagruele disse che non trovava il caso così difficile; e ciò detto « fece per la sala un giro o due immerso, a quanto si poteva stimare, nella più profonda meditazione, talché gemeva come un asino frustato troppo forte, pensando che si doveva far diritto a ciascuno, senza deviare né eccettuare alcuno ». Poi si espresse in questa guisa: « Vista, intesa e ben ponderata la controversia tra i signori etc etc., la Corte dice loro: che considerata l'orripilazione del pipistrello che declina bravamente dal solstizio estivo per mughettare le bolle gonfie di vento che hanno avuto il matto del bevitore per la maschie vessazioni dei lucifugi, che sono al clima attraverso Roma di un crocifisso a cavallo che tende una balestra alle reni, il requirente ebbe giusta ragione di ristoppare il galeone etc. etc. », e così via per due pagine.

Racconta Rabelais che le due parti si partirono soddisfatte entrambe del giudizio, e quanto ai consiglieri e agli altri dottori presenti restarono svenuti in estasi per ben tre ore.

Io non so se l'Ecc.ma Corte milanese, prima di rendere la sentenza n. 1263 tra la S.F.I. e la Banca popolare di Lecco, che ho davanti agli occhi, abbia fatto un giro o due nella camera di consiglio; certo il risultato è molto simile a quello della sentenza di Pantagruele. Sentite questi pochi estratti: « L'apparato normativo che regola (nel fallimento) la sorte dei contratti pendenti risente di una forte esigenza liquidatoria in funzione concorsuale, esigenza che si traduce in una liquidazione delle pendenze in una con la estinzione della dinamica esistenziale dei rapporti, secondo un tecnicismo improntato ad una pressante richiesta di risultanza sommaria. Se oltre a ciò si vuol ricercare, secondo la tipica esigenza culturale del mondo giuridico latino talvolta fine a se stessa per la sua postulazione speculativa, l'esatta configurazione giuridica di tale fenomeno

difficilmente si giustifica il ricorso alla categoria della risoluzione etc. etc. ». « Non sembra alla Corte che siffatta ricerca presenti una qualche utilità se non sul piano della prospettazione di chi, in modo più o meno artificioso, voglia ricavarne significati ontologici, quale quello di una costitutività della sentenza di fallimento rispetto alla produzione degli effetti residuali ». E poi: « In forza della dichiarazione di fallimento si provoca una paralisi della dinamica del contratto, un congelamento delle sue capacità di sopravvivere, e una trasformazione liquidatoria delle reciproche posizioni economico giuridiche delle parti. Non ha grande utilità la ricerca del momento cronologico di tale conversione, ma ne ha invece molta il coglierne l'aspetto esistenziale, che si ricollega, senza fattori intermedi causali, alla immutazione generale che si provoca sul patrimonio del fallito, e finanche sulla persona stessa del fallito, talché si parla dell'insorgere di uno status ». « Il contratto si atteggia e si presenta come un fenomeno che ha cessato di sussistere nella sua carica vitale sinallagmatica funzionale che rappresenta la risultante liquidatoria dell'estinzione ». Insomma (faccio grazia di tutto il resto) « il legislatore fallimentare ha trovato una tecnica sinallagmatica terminale che ha agevolato la sua pressante esigenza liquidatoria ».

Offro queste preziose frasi all'amico Gino Gorla, che ha fatto dello stile delle sentenze il suo hobby, ed esprimo per mio conto la desolazione che provo nel pensare che in quelle frasi si è niente di meno che risolto un giudizio. Perché di un giudizio si trattava, e precisamente di sapere se la sorte di un contratto (nella specie, di riporto) in caso di fallimento comportava l'ammissibilità o meno della compensazione a norma dell'art. 56 della legge. Mi dispiace che l'indole di questi *Quaderni* non consenta di trattare a fondo la particolare questione, che è nuova e piena di interesse. Se ne avrò voglia lo farò altrove. Ma quel che si può e si deve dire, poiché tocca veramente il fondo del pensiero concreto, è che dietro questa particolare questione c'era niente di meno che tutto il problema

dei rapporti giuridici sui quali si abbatte il fallimento, il più suggestivo dei problemi che questo mal compreso istituto presenta; perché in esso non si trovano di fronte un debitore e un creditore, che in fondo sono i banali protagonisti di una liquidazione, ma è coinvolta l'impresa, come tale, che è fatta appunto di rapporti pendenti, cioè di situazioni vive che si svolgono, e sulle quali piomba d'improvviso il fallimento. Rapporto vuol dire nient'altro che vincolo a operare nel futuro in un certo modo, e la questione è di vedere come il fallimento incide su questo vincolo (poiché è inevitabile che incida) adattandolo alle esigenze non solo dei creditori, ma della stessa impresa, e dell'economia in generale. Se si riesce, raccogliendo tutte le proprie forze, a trarre un senso dalla rabelesiana sentenza della Corte milanese, si può dir questo: che essa ha ricondotto tutto l'istituto dei rapporti preesistenti all'art. 59, cioè a quello che stabilisce che tutti i creditori devono essere determinati ai fini del fallimento, e tutti in una somma di danaro, anche se l'oggetto del loro credito è diverso dal denaro; ha cioè riunito la liquidazione dei crediti e il regolamento dei rapporti pendenti sotto quell'unica fatidica qualifica di « cristallizzazione ». Ma perché i giuristi non lasciano ai chimici e ai fisici le loro esperienze, e invece di parlare per immagini non fanno le proprie? Se ci sono due cose diametralmente opposte sono la liquidazione o determinazione dei crediti e dei creditori e i rapporti pendenti: c'è la stessa differenza che passa tra una cosa morta e una cosa viva. Il credito è veramente una cosa residuale, e appunto perché residuale si può anche immaginare un « sistema » della riduzione di tutti i crediti concorsuali a una identità di determinazione (l'art. 51 non è sotto questo aspetto la chiave di un sistema, è il risultato di un sistema, se si vuol adoperare questa abusatissima parola). Ma il rapporto pendente non ha nulla di residuale, per definizione: quindi è una follia immaginare che esista « un sistema » di regolamento di tutti i rapporti. Ogni rapporto ha la sua natura e la sua struttura, è regolato secondo opportunità e giustizia di fronte al fatto del sopraggiunto

fallimento. Ci sono rapporti che si sciolgono e rapporti che non si sciolgono, rapporti che si trasformano: il legislatore muove alla ricerca di un punto di equilibrio fra i vari confliggenti interessi. E così nella vendita organizza un'opzione fra l'esecuzione e lo scioglimento del rapporto; lo stesso noi crediamo che faccia, anche se la legge non lo dice, nel riporto e nei contratti a termine; lo stesso su per giù nell'appalto, mentre il conto corrente finisce col fallimento, e altri contratti permangono immutati. Il che comporta tra l'altro che queste trasformazioni, questi scioglimenti, questi accomodamenti hanno come soggetto necessario il curatore, perché, tra l'altro, il giorno della dichiarazione del fallimento, nel quale quegli effetti si producono, il debitore non c'è più.

La Corte milanese può invocare a suo discarico un « parere » conforme alla sua tesi che Bigiavi aveva avuto il torto di rendere pubblico (*Banca, Borsa, Titoli di credito*, 1966, I, pag. 270). Ma era la Corte che, obbedendo al suo officio, doveva dare il parere a Bigiavi e a noi, e l'avrebbe agevolmente fatto se non si fosse messa a costruire concetti, ma avesse lasciato scaturire la sua parola dalla viva esperienza, la semplice, la facile parola che solo una indigesta e indigeribile cultura rende complicata.

[093]

LA VENDETTA DEL GIUDICE

Uno dei lettori di questi *Quaderni* (uno dei famosi venticinque) ha fatto pervenire sul mio tavolo una sentenza della Corte d'appello dell'Aquila che deve essere segnalata a coloro che si occupano di problemi della giustizia, di conflitti ideologici, di certezze del diritto, di associazioni e contrassociazioni, di rapporti tra il giudice e la legge. Ci si potrebbe scrivere sopra un libro, un altro libro: ma forse è meglio che essa entri senza commento nell'animo di chi avrà occasione di leggerla. Ho detto sentenza, ma è stato un *lapsus*: in realtà si tratta di una ordinanza, uno di quei provvedimenti che, secondo l'ottimistico art. 279 cod. proc. civ., il collegio dà quando decide soltanto su questioni relative all'istruzione della causa senza definire il giudizio. State a sentire.

Nel 1956 un certo Gasbarri chiamava in giudizio davanti al Tribunale dell'Aquila un non meno certo Micarelli chiedendo il pagamento di Lire 183.380, corrispettivo di lavori e forniture eseguite. Il convenuto contestava il fondamento della pretesa, assumendo che ogni rapporto con l'attore era stato chiuso e liquidato. Quest'ultimo produceva vari documenti, e il convenuto, insistendo nella sua tesi, deduceva un interrogatorio formale all'attore, con esito ovviamente negativo. Siamo al 1958. Nel 1960 il giudice disponeva interrogatorio libero delle parti, che fu regolarmente espletato, restando le parti, non meno ovviamente, in posizione di stallo. Nel 1964 il Tribunale accoglieva la domanda attrice, condannando il Micarelli a pagare Lire 183.380 con gli interessi, e le spese che liquidava in L. 156.345. È un vero peccato che io non possa, per ragioni di spazio e di tempo, riportare la sentenza del Tribunale, quale risulta dalla

trascrizione nell'ordinanza. Si tratta di un autentico capolavoro di analisi delle prove e di computisteria, che giustifica appieno i quattro anni decorsi dall'interrogatorio libero. Appello del triste soccombente: il quale appello è a sua volta un capolavoro, articolato in una serie di posizioni in diritto e in fatto che occupano cinque pagine dell'ordinanza. Nel corso del giudizio un piccolo colpo di scena. Pare che in primo grado fossero stati prodotti i frammenti di una certa scrittura e pare che in secondo grado si fossero reperiti certi documenti registrati che rendevano possibile la ricostruzione della scrittura medesima. Il consigliere istruttore ordinava l'acquisizione, dall'ufficio del registro, di quei documenti, e quindi disponeva una consulenza tecnica a mezzo di un perito calligrafo con una serie di incarichi, ai fini dell'autenticità e della ricostruzione. Con sadica voluttà, l'ordinanza riporta tutta la consulenza (terzo capolavoro), ed è un peccato che non possiamo riportarla anche noi. Siamo intanto al 1968, e il consigliere decide di far luogo a un nuovo interrogatorio libero, dopo di che la causa veniva rimessa al collegio, il quale ha nel 1970 emanato l'ordinanza di cui testualmente trascriviamo, nella parte che interessa, il c. d. diritto.

« Questa causa, iniziata nel lontano 1956 e che ha per oggetto una ben modesta somma (L. 183.360), oltre agli interessi, che secondo l'attore avrebbe dovuto essere pagata nel 1954, costituisce un esempio della crisi che travaglia la giustizia italiana. Accanimento delle parti, lungaggini istruttorie prive di qualsiasi giustificazione, presentazione di documenti a distanza di otto anni dall'inizio del giudizio ed altre vicende che è meglio sottacere, hanno fatto di una vertenza, che si sarebbe potuta definire in poche battute, un groviglio di esercitazioni dialettiche che sarà bene districare con una netta e precisa impostazione giuridica. Per questo si è voluto dettagliatamente rifare tutta la storia del procedimento, ad edificazione di quanti vorranno studiare il fenomeno della distorsione che si è fatta di un tipo di procedimento che nelle intenzioni del legislatore avrebbe dovuto essere informato a celerità e colloquio onesto e non superficiale

fra parti e giudici, e terminare con una decisione basata su una approfondita e completa istruzione. Si è in narrativa esposto con quanta fatica si sia potuto ricostruire la scrittura di vendita dell'autocarro Isotta Fraschini (c'è voluta una consulenza redatta da un perito calligrafico). Ebbene nella comparsa 15 novembre 1966 redatta in favore del Gasbarri si legge questa, per lo meno strana, argomentazione... « I Micarelli hanno tentato una grossolana prova di pagamento cercando di fare confusione ad istruttoria chiusa con documenti inconferenti ai fini del pagamento di un loro debito sorto dopo l'obbligazione cui quei documenti si riferivano. I Micarelli fallito il tentativo, letta la sentenza del Tribunale, hanno buttato alle ortiche tutta quella documentazione, ed hanno esibito un documento, che avremmo volentieri esibito noi (evitando una inutile ricostruzione), perché riconferma l' autonomia della contrattazione per l' autocarro Isotta Fraschini, autonomia sia rispetto alle riparazioni dello stesso, sia, conseguentemente, alle riparazioni su altro autocarro ».

« Dunque il Gasbarri, attraverso il suo difensore ammette che avrebbe potuto senz'altro esibire un importantissimo documento in suo possesso, costituente il doppio originale di quello per la cui ricostruzione si è dovuto ricorrere ad un perito calligrafico e prolungare di un anno la già interminabile fase istruttoria protrattasi senza costrutto durante circa un decennio. E che dire sul fatto che per poter pervenire in appello all'interrogatorio libero del Gasbarri e del Micarelli Remigio siano occorsi altri due anni e mezzo circa? La conclusione che se ne può trarre è che sarebbe inutile qualsiasi riforma di codici di procedura se prima non si muta anche in parte il costume e il modo di pensare dei cittadini e degli operatori della giustizia. Dunque, venendo più da vicino a parlare dell'attuale controversia, va notato che il cardine della sua risoluzione poggia sull'onere probatorio che incombe a ciascuna delle parti in causa e precisamente sull'art. 2697, che trascrivo per comodità di trattazione: « Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali

fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui la eccezione si fonda ».

Giunti a questo punto, si direbbe che la coscienza universale sia finalmente appagata. La Giustizia si è ricordata di avere la spada, e la spada è quella di Alessandro che scioglie con un taglio deciso il nodo gordiano. Ma, ahimè, la Giustizia, incarnata *pro tempore* nel giudice aquilano, ha commesso un grave errore, dopo i colpi di spada, e cioè ha richiamato l'art. 2697 e l'onere della prova. Questo ha fatalmente riportato in primo piano la bilancia, e la vendicativa bilancia ha costretto il giudice a ragionare, cioè a fare quel che in sostanza egli con la sua spada deprecava. E sapete dove il ragionamento lungo e sottile ha portato la Corte d'Appello dell'Aquila? A dubitare se sulle 183 mila e 360 lire fossero dovuti o meno gli interessi, e in quale misura. Conseguenza ammissione di una consulenza tecnica. Ecco le testuali parole dell'ordinanza: « Si tratta di calcoli quasi infinitesimali ma complicati che devono essere affidati ad un consulente tecnico esperto in materia contabile onde stabilire se il Micarelli, in base alle risultanze di cui sopra e conteggiati gli interessi dovuti del 5 % e tenuto conto della data dei vari pagamenti, abbia tacitato il Gasbarri dell'intero suo credito. Sarebbe stato forse il caso di troncare questa annosa vertenza con calcoli approssimativi, ma se le parti vogliono, come suol dirsi, spaccare il capello in quattro è necessario seguirle in questo indirizzo e purtroppo prolungare ancora una vertenza giudiziaria che non avrebbe dovuto avere inizio, potendo le parti in un chiaro e leale confronto delle loro posizioni facilmente stabilire il reciproco loro dare ed avere, sia pure in modo approssimativo, tanto più che gli iniziali loro rapporti erano stati improntati alla massima, reciproca fiducia, venuta poi improvvisamente meno, non si comprende per quale speciale ragione ».

Ci riserviamo di dar notizia dell'esito della causa fra altri dodici anni, se essa sarà finita, e se, coi debiti scongiuri, non saremo finiti noi.

Ho detto in principio che è bene lasciare senza commento

questo caso giudiziario, e veramente non saprei neppure quale commento fare. All'alta fantasia qui mancò possa. L'ironia è evidentemente facile, ma difficile, per non dire impossibile, è stabilire perché non si dovesse fare nel concreto quel che si è fatto, cioè semplicemente non si dovesse giudicare. La nota più patetica, e anche la più comica, è infatti data da questo giudice che si infuria contro il giudizio e poi si trova invischiato nel giudizio, come un pulcino nella stoppa, e contribuisce a perpetuare una controversia che, a suo stesso dire, non avrebbe dovuto mai aver inizio. C'è come un'aria di vendetta nella sua decisione di disporre una ulteriore consulenza tecnica per le poche lire in discussione: ma è ovviamente una vendetta contro se stesso, o magari contro gli astronauti che dal 1956 al 1970 sono andati parecchie volte sulla luna, mentre a lui è stato negato di stabilire se il sig. Micarelli dovesse o non dovesse pagare 183.360 lire. A lui, a noi, al diritto, al processo, e, perché no?, alla nostra astratta, e nella sua astrattezza divina, Giustizia.

LETTURE

PUBBLICO MINISTERO

VELLANI: *Il pubblico ministero*, vol. I e II.

Ripenso alle pagine che ho scritto, che altri hanno scritto, sul pubblico ministero: in genere alla posizione che la scienza giuridica ha assunto su questo istituto, ondeggiando tra la qualificazione di organo amministrativo, di parte, e di organo giurisdizionale. Rileggo quel libro che non è propriamente parlando né vecchio né nuovo, perché non mi risulta sia stato effettivamente pubblicato (ed è male per tante ovvie ragioni, nella specie anche perché è un libro utile), voglio dire il ponderoso libro di Vellani sul pubblico ministero, sopra tutto nella parte che è dedicata con minuzia di particolari alla storia. E alla fine faccio quel che dovevo fare al principio, cioè ricerco la legge sull'ordinamento giudiziario, che, come si sa, definisce le funzioni del pubblico ministero, cosa per la verità insolita, perché se si trattasse di cosa o di persona *naturaliter data*, non ci sarebbe ovviamente bisogno di definizioni. Chi penserebbe mai di definire il giudice? La stessa cosa ha per vero fatto con la Cassazione (e l'osservavo fin dalla prima edizione del *Manuale*), ma anche la Cassazione, rispetto ai giudici, è una creazione artificiale, sebbene oggi non ce ne accorgiamo, per tante e troppe ragioni.

Questo art. 69 dice che « il pubblico ministero esercita, sotto la vigilanza del ministero per la grazia e giustizia, le funzioni che la legge gli attribuisce », e sappiamo quali sono, quale è soprattutto la più importante: promuovere la repressione dei reati (art. 73). Dice così, l'art. 69, ma non diceva così lo stesso articolo nel suo vecchio testo, perché *in ipso et per ipsum* il pubblico ministero era sottoposto alla direzione del ministro di

grazia e giustizia. Ci voleva tutto il bizantinismo italiano per creare queste sottigliezze di formulazioni: ma non bisogna dimenticare che la modifica da cui il testo attuale risulta è il frutto di una resipiscenza democratica, il riscatto in termini giuridici di un ventennio di umiliazioni.

Per la verità la vecchia formula, ereditata dall'ordinamento giudiziario del 1923, non faceva che mantenere l'antica tradizione per cui il pubblico ministero è il rappresentante o l'agente del potere esecutivo. Si è discusso a lungo attraverso i secoli e le vicende della storia della esattezza o della opportunità di questa definizione: quanto poco essa abbia a che fare, contro le apparenze, con la democrazia, lo dimostra, a tacer d'altro il Pescatore, al quale i nostri romantici padri riservavano il titolo di sommo: nella *Sposizione compendiosa* (I, 2, 14 e sgg.) infatti egli non esitava ad ammettere che l'azione penale appartiene al potere esecutivo, e che l'esercizio diretto della stessa è da lui delegato a un magistrato a tal uopo istituito.

Il guaio è che gli italiani vivono in arretrato rispetto a se stessi (e questo forse si vuol dire quando si lamentano i guasti lasciati nel nostro spirito dalle dominazioni borboniche o papaline, vero o non vero che sia), e perciò si sono dati le forme democratiche dei loro reggimenti senza esserne intimamente partecipi. A ciò si deve se si mantiene e si perpetua nella dottrina la questione della indipendenza del pubblico ministero dal ministro, quando è fin troppo ovvio che se il ministro è espresso dal governo, e il governo dal popolo, non vi può essere opposizione tra il re o la repubblica e il suo procuratore, tra il ministro e il pubblico ministero. Una « direzione » o « una rappresentanza » del potere esecutivo, mai e poi mai si potrà intendere nel senso che il ministro di grazia e giustizia possa dire al pubblico ministero di esercitare o non esercitare l'azione in un determinato caso, o che quindi, come pure è stato sostenuto da qualcuno, il rapporto tra ministro e pubblico ministero sia quello di una delega di funzioni. È anzi interessante notare (sulla scorta del Vellani) che la prima inamovibilità non si è stabilita

storicamente per i giudici, ma per il pubblico ministero, *sub specie* di una nomina a vita. La distinzione che fanno gli autori francesi tra pubblico ministero rappresentante della società e pubblico ministero rappresentante della legge è una povera cosa, e praticamente irrilevante.

Se dunque questi bizantinismi si perpetuano, se si creano organi travagliati ed incerti per rimediare a più o meno immaginari pericoli (e penso naturalmente al Consiglio superiore della magistratura) ciò dipende dal fatto che la democrazia non esiste, nel nostro paese, e credo ci vorrà molta storia, prima che si formi. In Inghilterra problemi di questo genere non si pongono nemmeno, e il ministro della giustizia svolge altissime funzioni giurisdizionali, come è ben noto. Nessuno in verità può dire che sia più democratico un pubblico ministero indipendente di quel che lo sia un pubblico ministero « diretto » dal ministro.

Il problema del pubblico ministero è certo assai grave, perché è il problema dell'esercizio dell'accusa. Che ci voglia una persona, una persona fisica che eserciti l'accusa, o se si vuole quell'azione penale che i testi definiscono pubblica, è indiscutibile, e non per le ragioni melodrammatiche a suo tempo esposte da Carnelutti (è ingiusto che l'accusatore sia anche giudice, ed è altissimo principio di civiltà la separazione dei due momenti dell'accusa e del giudizio: basterebbe a smentirlo la duplice figura del pretore, e il fatto che anche il giudice accusa nel corso del processo), ma perché la norma che pone il delitto pone nello stesso tempo l'esigenza di un individuo che lo persegua. Sotto questo profilo, mi fanno oggi veramente sorridere le disquisizioni dei giuristi, di noi giuristi, sulla figura del pubblico ministero alle quali ho in principio accennato, se sia parte o non parte, organo amministrativo o giudiziario. Quando la smetteremo di scrivere libri su questo stampo? È fin troppo evidente che il pubblico ministero o è nulla di tutto questo, o è tutte queste cose insieme, perché nel momento dell'accusa (come in quello del giudizio) è lo Stato nella sua unità che si celebra, e

il pubblico ministero è veramente lo Stato, niente altro che lo Stato. Il problema grosso, come dicevo, è che questo Stato diventa, nell'accusa e per l'accusa, una persona fisica, con tutti i perigli che la persona fisica comporta.

Ora, bisogna dire subito che questo problema non esiste, o esiste in un modo tutto particolare, quando lo Stato è ispirato a una autentica ideologia, non a quelle ideologie da strapazzo di cui si legge nei nostri scrittori di seconda mano. Alludo, tanto perché non ci siano equivoci, a quegli Stati « etici » di tipo comunistico, come la Russia e i paesi satelliti. Qui il pubblico ministero, il procuratore generale, è veramente il custode dell'ideologia di fronte a tutti, privati e amministrazione, e infatti risponde solo davanti alle camere legislative, che poi sono un trasparente eufemismo. Il problema è specifico, e in certo senso immanente, negli Stati che non hanno una tipica ideologia, nel senso che ammettono tutte le ideologie, o hanno la sola ideologia possibile, che è quella della legge. In questi Stati, ai quali appartiene statutariamente il nostro, veramente può accadere che la persona fisica, per insipienza o per pravo animo, traligni, e abusi del suo veramente immenso potere. A questo inconveniente l'ordinamento rimedia nell'unico modo possibile, che è lo stesso in fondo del rimedio al prepotere del giudice: cioè organizzando il processo, processualizzando la funzione. La dipendenza dal ministro, o da altro organo qualunque sia, l'organizzazione del pubblico ministero ad ufficio, eventualmente la costituzione di una vera e propria gerarchia (tutte cose sostenute e volta a volta accolte o deprecate) fanno parte di questa organizzazione.

E fin qui, tutto va bene. O meglio va bene fino a quando lo Stato è una realtà, voglio dire questo Stato che ho indicato come a-ideologico, lo Stato liberale, se si vuol usare questa parola nel suo vero significato. Il guaio è che lo Stato liberale, come lo si descrive nei nostri manuali, è come una scacchiera, nella quale i vari pezzi si muovono secondo i piani prestabiliti, adempiono con le loro mosse obbligate e libere nello stesso

tempo, come sono tutti gli atti compiuti *secundum jus*, alla loro funzione. Se questo avviene, non c'è questione: anzi il gioco dello Stato è più fortunato di quello degli scacchisti, perché non ci sono né vittoriosi né perdenti, è sempre alla fine lo Stato stesso che vince, cioè si realizza nelle alterne vicende della politica. Sennonché, lo Stato liberale è soggetto a un male oscuro, cioè semplicemente a impazzire. Niente paura, è la Storia, con l'S maiuscola. Le ideologie che esso tutte indistintamente ammette si rivoltano contro di lui, gli « contestano » la sua realtà, si mettono al suo posto: i cavalli anziché procedere obliqui vanno diritti, il re salta allegramente le caselle, la regina si confonde col suo alfiere, e le pedine, soprattutto le pedine, ne fanno di tutti i colori. In questo caos, c'è colui che, a norma dell'art. 73 dell'ordinamento giudiziario, « veglia alla osservanza delle leggi »: il pubblico ministero.

Il dramma, la tragedia, la tragica farsa del pubblico ministero sorge a questo punto. Avete mai visto che cosa succede di un millepiedi quando viene irrorato di un insetticida? La povera bestiolina si torce due tre volte intorno a se stessa, poi perde i piedi. I piedi, mille o cento che siano, corrono divincolandosi in mezzo alla stanza, in preda a una vita autonoma ed effimera. Nulla rende meglio l'idea dello Stato che si dissolve. E in questa dissoluzione il pubblico ministero si trova a un terribile bivio: o diventa uno di quei piedi, partecipando alla dissoluzione, cioè si rifiuta di vegliare all'osservanza delle leggi, col pretesto (che può essere anche realtà, in qualche caso, ma questo non importa) che sono antiquate, o non sono le leggi future, cioè le sue leggi e di quella setta alla quale appartiene. È ciò che molti fanno, e più che fanno dicono, come si può constatare in certi famosi scritti di aderenti a una delle due associazioni di magistrati (v. *Quaderno* II, pag. 91). Ovvero veglia veramente all'osservanza delle leggi, che sarebbe la via più diritta. Sennonché quando lo Stato si dissolve ciò significa perseguire tutta intera la società in ogni manifestazione e in ogni istituzione e in ogni individuo che la incarna, e così contribuire potentemente

al dissolvimento. Non sono due alternative, del resto, perché spesso il vegliare o il non vegliare all'osservanza delle leggi *vertunt ad unum*, nell'intenzione dell'autore.

Come si può ben immaginare, i risultati sono in tutti i casi penosi, e gettano quei vecchi credenti che ancora rimangono nella costernazione. È semplicemente ridicolo pensare che la magistratura, inquirente o giudicante, possa salvare la società con le sue forze. Ciò che solo può conseguire è il precipitare del diritto nella più totale incertezza. E infatti abbiamo visto venir fuori fattispecie di reato le più inusitate, estensioni oltre ogni limite di vecchie e rare fattispecie, tipico il peculato per distrazione, ed entrar dentro, cioè in carcere, persone insospettate, talora in tardissima età, quando l'azione non si è rivolta addirittura contro gli organi della polizia, mentre le strade pullulano di impuniti ladri e di lenoni, e la corruzione dilaga in ogni campo. E il peggio è che in una società declinante è estremamente difficile raggiungere la prova: onde gli accusati vengono dopo un tempo più o meno lungo prosciolti senza nèmmeno un rinvio a giudizio, e diventano accusatori.

Quanto ciò contribuisca al discredito dell'istituzione non è il caso di dire. Liberato dalla schiavitù del ministro, il pubblico ministero deve affrontare la ben più temibile schiavitù dei liberatori. Li abbiamo seguiti, perché spesso li abbiamo incontrati, in questi *Quaderni*, nella loro opera di lenta erosione dell'istituto. Sono i poteri che vengono conferiti dalla legge, le strutture tradizionali del processo che vengono presi di mira, e svuotati o fatti svuotare dalla Corte costituzionale, nelle ormai numerose e ben note sentenze. Il colpo di grazia è stato dato dalla recente famigerata legge di amnistia, con la quale si sono ipocritamente messi in circolazione ventimila delinquenti al solo fine di impedire al pubblico ministero di « vegliare all'osservanza delle leggi » in un determinato settore. Altro che direzione del ministro, altro che rappresentanza dell'esecutivo.

Tutte queste non sono ovviamente querimonie, perché le querimonie non si addicono al giurista. A lui interessano solo

le diagnosi, le quali non sono poi altro che l'esperienza. Ora, se si deve trarre una esperienza da quanto abbiamo visto e vediamo accadere sotto i nostri occhi dobbiamo anzitutto riconoscere che la formula « veglia all'osservanza delle leggi » è assolutamente appropriata, ed ha un contenuto profondo che vieta, come taluno, e lo stesso Vellani (vol. II, pag. 50) ritiene, di considerarla come una espressione generica, che non indichi alcuna funzione effettiva e concreta (vedi anche *infra*, pag. 146). Per questa via il pubblico ministero partecipa della giurisdizione, sebbene, come ho detto poc'anzi, si tratti di qualificazioni prive di ogni valore. La più dimostrativa, stavo per dire l'autentica, incarnazione del pubblico ministero è quella che si ha negli Stati « ideologici » nel senso sopra spiegato. Qui la legalità diventa legalità socialista, e basta questo per intendere il significato della formula legislativa, con tutte le implicazioni che quella legalità aggettivata comporta. Negli Stati liberali la funzione del pubblico ministero non è teoricamente diversa. In pratica però il suo svolgimento è enormemente più difficile, anzi è impossibile se non è sorretta da una efficiente organizzazione dello Stato, se non vi è in tutti quella coscienza dello Stato che è il surrogato dell'ideologia. In termini più semplici, un pubblico ministero non funziona se non funzionano gli organi legislativi; se entra in crisi la società, il primo a entrare in crisi o a riflettere la crisi è il pubblico ministero, ed è assolutamente inutile prendersela con lui perché fa o perché non fa. Il non fare del pubblico ministero (cioè il non svolgere l'azione in determinati casi) non è meno importante del suo fare. La crisi della società si manifesta più apertamente nella sua inerzia che non nella sua azione: ma questo è argomento generale che comprende anche l'inerzia dei giudici, e deve essere attentamente meditato.

Da questi rapidi scorci si intende quanto sia complessa e ardua la figura del pubblico ministero in uno stato liberale, e si capisce come e perché i falsi paladini della libertà dopo averlo reso indipendente dal ministro, vogliano asservirlo in tutti i modi, e specialmente ridurlo a parte, tra il consenso inconsa-

pevole di molti giuristi, che non vogliono intendere che parte egli può essere solo in una dialettica del giudizio. *Viva vox legis* non meno che il giudice, egli ha (e deve avere) a differenza del giudice l'immensa responsabilità dell'azione, e non c'è dubbio che questa debba essere organizzata, cioè non debba gravare soltanto sulle povere spalle di un uomo. Quali possano essere i modi di questa organizzazione per ora non vogliamo considerare, e così se egli debba essere organizzato ad officio, e quale posizione il singolo deve avere nell'officio. Una cosa però è certa, e la ribadiamo: che nessuna organizzazione vale se non vale l'intera organizzazione dello Stato, se non torna a illuminare le nostre menti la certezza che uno Stato per essere privo di ideologie, non ha rinunciato ad essere un'idea. Se questo dovesse avvenire, il pubblico ministero non potrà avere il suo modello che nel procuratore di uno Stato che in una ideologia, di qualunque genere, ha trovato la sua ragione di esistere. È un'alternativa terribile, ma io credo che il prezzo per ritrovare nella storia e nei secoli l'idea dello Stato, cioè se stessi, non sarà mai abbastanza caro.

CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA

Consiglio Superiore della Magistratura: *Realtà sociale e amministrazione della giustizia*, Relazione annuale sullo stato della giustizia, 1970.

Il Consiglio Superiore della Magistratura ha pubblicato (si tratta di due grossi volumi ciclostilati, ma largamente diffusi, tanto che anche a me è pervenuta una copia inviatami dal mio lontano e memore allievo Beria di Argentine) una relazione sullo stato della giustizia, che dovrebbe essere la prima, poiché viene qualificata come annuale. Il titolo ricorda la relazione del presidente degli Stati Uniti sullo stato dell'unione, e penso che per questo bisognerà trovarne nell'avvenire uno più proporzionato alla nostra modesta realtà. Non credo d'altra parte che le future relazioni possano essere così vaste e complesse: non ogni anno evidentemente ci sarà da porsi il problema, che costituisce il tema della presente relazione, sulla realtà sociale e amministrazione della giustizia.

Vero è che la realtà sociale, essendo una parola e una cosa vaga, può mutare ogni anno, e anche ogni semestre e quindi essere oggetto di sempre rinnovata considerazione. Questo è anzi il dubbio che mi è venuto nel leggere le pagine sociologicamente dotte della relazione, sulle quali si mettono in luce tanti aspetti più o meno disarticolati della vita contemporanea. Sono cose di moda, che si ritrovano nei libri, più o meno oscuramente espresse, e specialmente nei libri di aspirazione scolastica o pseudo-politica; ma se in siffatto genere di letteratura sono indifferenti, trasportate in una relazione ufficiale e responsabile cessano di esserlo, e tanto più quando siano collegate al problema concreto della giustizia. Che cosa è la realtà sociale? Il Consiglio Supe-

riore si appunta sulle « mutazioni sociali », come le chiama, che certo sono imponenti, in tutti i sensi: ma chi potrà coglierle nelle loro dimensioni quantitative e qualitative? Chi potrà stabilirne il valore, positivo o negativo, la durata, cioè la effettività, se sono realtà, anche a brevissima scadenza? E prima ancora in quale rapporto stanno le mutazioni sociali con le individuali, ed entro che limiti le prime fanno da paravento alle seconde? Nella realtà sociale c'è ad es. anche il mio illustre amico Vezio Crisafulli, il quale ha di recente concluso la prefazione alla nuova edizione delle sue preziose *Lezioni di diritto costituzionale* parlando « di un mondo che mi appare sempre più estraneo »? O non c'è? E io ci sono? E c'è il Consiglio Superiore stesso?

Voglio con questo dire che nella realtà sociale uno ci mette quel che gli pare, e se ha l'occhio del *crocheteur borgne* del racconto di Voltaire, che vedeva tutto in rosa, ci mette l'evoluzione, il progresso, il benessere etc. etc., se ha un occhio meno ottimistico ci mette la dilagante criminalità, la gioventù drogata, la prostituzione istituzionalizzata, e poi, e poi... le scandalose assoluzioni nell'amministrazione della giustizia, con tutti i guai che esse determinano, per non parlare che delle cose più appariscenti. A quest'occhio malinconico, una relazione sulla realtà sociale che non tenga conto di questi fatti, apparirà certamente monca, mentre l'occhio del facchino Volteriano espungerà istintivamente quei fatti dalla realtà. E bisogna dire che tutti gli organi pubblici, Consiglio Superiore compreso, tendono a guardare con quest'occhio, anche per spirito di difesa.

Il guaio succede quando questa realtà dal doppio volto la si mette in connessione con l'amministrazione della giustizia, perché la visione di questa, e dei problemi di questa, esce per un verso o per l'altro deformata. Il risultato è che le relazioni finiscono col disperdersi in *verba generalia*, cioè col non mettere il dito sulla piaga o sulle piaghe. Così ad es. si veda quel che nella presente relazione si scrive sulla « funzione del giudice nella realtà sociale » (pag. 281 e sgg.). A parte le solite storie sull'interpretazione e sull'adeguamento della norma etc. etc., pro-

blemi ormai esauriti e, ci si perdoni la parola, in gran parte artificiosi, e comunque di minimo rilievo nel complesso dell'attività giurisdizionale, si legge che devono essere eliminati dal corpo della magistratura gli eventuali inetti, i pigri, gli ammalati, i disonesti. Lo credo bene: ma non fanno parte anche costoro della realtà sociale?

Non vorrei che il lettore ricevesse una cattiva impressione sul libro, da queste mie poche parole. Chi lo ha scritto è certamente persona dotta e di buona fede. Il punto è che, nella mia esperienza, io non credo che il problema della giustizia sia in sé e per sé tanto complicato. È un problema fatto di casi concreti, di frammenti di vita, che esigono quella che si chiama una giustizia sostanziale, la quale non è in fondo che la retta applicazione delle norme. Ma questa giustizia, per altro, molte persone sono interessate a non volere, o non sono capaci di rendere. La ragione di quello che la relazione chiama con termine originale « flusso dei procedimenti » è tutta qui. E forse, se davvero si volesse riconoscere la realtà sociale, guardare in faccia alla vita che potentemente e prepotentemente si svolge creando ad ogni istante materiale e spirituale ricchezza, si dovrebbe concludere che l'organizzazione della giustizia statale è assolutamente inadeguata a comprendere i rapporti che si intrecciano tra gli uomini. Tra l'azione e il giudizio mai l'abisso è stato più grande, e bisogna dire incolmabile, perché è fisiologico, non patologico. Non c'è quindi riforma, istituzione, Consiglio Superiore che valga.

Il discorso si riferisce naturalmente sopra tutto alla giustizia civile. Ma varrebbe anche per la giustizia penale, se qui non si dovesse tener conto davvero, ma in un senso diverso da quello che ispira la relazione, della realtà sociale, che opera o tende a operare a senso unico, cioè nel senso contestativo del giudizio, a tutti i livelli. Anche questo fenomeno però concreta la realtà sociale. Almeno quella di oggi. Domani le cose potrebbero evolversi o involversi, e allora la realtà sociale sarebbe diversa, e il

Consiglio Superiore sarebbe costretto a preparare una meno sociologica ma più realistica relazione.

Tutto sommato, io credo che, nell'attesa di questo domani, le relazioni delle nostre massime e nuove istituzioni dovrebbero dar conto del loro concreto agire, degli atteggiamenti che affiorano nel loro seno (v. *Quaderno* III, pag. 65, e in questo *Quaderno*, più avanti, pag. 144) in ordine alle varie situazioni che si presentano. Tra l'altro questo renderebbe concreta la teorizzante sociologia.

[113]

POLITICA DEL DIRITTO

Politica del diritto, Rivista bimestrale, anno I, n. 1, luglio 1970, ed. Il Mulino, Bologna.

Si è annunciata ed è pervenuta sul mio tavolo una nuova rivista, che ha per titolo la « Politica del diritto ». È una rivista di giovani, e quindi *maxima debetur reverentia*, ma io devo insistere nel chiedere che cosa significhi questa formula di « politica del diritto », sulla cui essenziale contraddittorietà ho espresso la mia opinione nei precedenti *Quaderni.*

Con la speranza di trovare una risposta leggo la prefazione, che dovrebbe contenere il programma, e quindi dare la chiave del connubio contro natura, ma il risulato è deludente. Dopo aver respinto la vecchia posizione del giurista servo del politico, chiamato cioè a giustificare *a posteriori* le malefatte del politico, o a legalizzarle in anticipo, con una passiva collaborazione, col che si sfonda una porta aperta, la rivista enuncia queste parole che dovrebbero essere decisive:

« Ben più articolata è oggi la serie dei possibili interlocutori, ben più ricca e responsabile deve essere la ricerca del giurista. L'articolazione dei poteri di decisione e l'instaurarsi di nuovi equilibri politici, nella realtà o nelle pressanti richieste, è il dato di cui si deve tener conto. Ciò vuol dire che vengono meno gli interlocutori privilegiati, ed il giurista si vede restituita la possibilità di riannodare il proprio discorso alle esigenze vere dell'organizzazione sociale. Questa è oggi la vera responsabilità di una scienza giuridica non timorosa di incontro con le altre scienze sociali, e che si ponga essa stessa come un luogo in cui non solo si apprestano strumenti tecnici che pretendono alla neutralità, ma si operano pure coraggiose scelte politiche, capaci di resti-

tuire a quegli strumenti la funzione di attuare i valori che soli possono condurre a trasformazioni profonde della società ».

L'avete capito voi? Io non ho capito nulla. O meglio ho capito che il solo interlocutore che può avere il giurista, cioè la legge, deve essere messo da parte, e al suo posto si devono fare scelte coraggiose, e trasformare la società. A prescindere dal coraggio, che non è il caso di scomodare, non essendoci alcun nemico in vista, vorrei sapere non in che senso, ma in che modo il giurista vuol trasformare la società. Scavalcando l'opera dei politici, cioè degli organi politici che hanno svolto la loro funzione traducendo in leggi le loro istanze, e improvvisandosi legislatore; o interpretando le leggi al di là e al di fuori di ogni canone di interpretazione? Altre strade non vedo. Ma se così è la politica di diritto non è altro che una palese rinuncia al diritto, che è diritto appunto perché non consente di questi scherzetti. Senza contare che, risolvendosi essa in una specie di antidiritto, le coraggiose scelte etc. etc. il giurista non le può fare che in obbedienza a determinate forze politiche, e cioè egli si restituisce a quella posizione di servitù che aveva fatto professione di rifiutare. Un principe per questi giuristi c'è sempre.

La verità è che i politici del diritto vogliono semplicemente fiancheggiare certe forze politiche che si chiamano di sinistra, Dio sa perché. Basta leggere gli articoletti inseriti nel fascicolo, e i reiterati inviti a non applicare la legge in nome della Costituzione. Par di leggere i cartelli che agitano i giudici democratici. Io non ci trovo nulla di male: il male sta nel non dichiararsi tranquillamente politici, nel voler mescolare a queste istanze il diritto. Non è meglio esser sinceri? Tra l'altro è anche più prudente, perché ci potrebbe essere chi intenda la politica del diritto in senso opposto a quello conclamato dagli inventori di questo *novus ordo*, e così ad es. sostenere che la politica del diritto è quella di rispettare e far rispettare le leggi. Vero è che costoro non dovrebbero essere politici del diritto, ma semplicemente giuristi, e disprezzati giuristi.

[115]

CONCORDATO E DIVORZIO

GIOVANNI PUGLIESE: *L'interpretazione dell'art. 34 del Concordato*, in *Giur. it.*, 1970, IV, 129.

Un articolo dell'amico Giovanni Pugliese si legge da capo a fondo anche quando tratta del divorzio, argomento che lo sfacelo delle nostre istituzioni ha fatto scendere dall'empireo dove ha la sua naturale sede nella palude del cattivo gusto, rendendolo indifferente a chi non accetta il vivere del proprio tempo. E la lettura di questo articolo, fruttuosissima sotto tanti punti di vista, mi ha immerso in varie meditazioni, che forse ho il torto di affidare allo scritto. Sono pensieri estranei alla materia trattata, estranei alla mia competenza, e riguardano più che altro il *mos italicus jura docendi*, come pomposamente, e un poco ipocritamente, si usa dire.

La prima riflessione mi è nata dalla genesi dell'articolo. Avverte Pugliese che esso gli è stato commissionato, come parere, dal sen. avv. Alessandro Galante Garrone, evidentemente a uso esterno, cioè della lotta formalmente parlamentare intorno al divorzio. Il fatto è interessantissimo, e ritengo nuovo, onde bisogna prenderne nota. Sulla sua liceità non ci può essere il minimo dubbio: ma non posso fare a meno di pensare che un altro senatore di opposta fazione avrebbe potuto o potrebbe chiedere a me un gemello parere, nel quale con lucidità e dottrina minore di Pugliese, ma con la stessa convinzione, avrei sostenuto o sosterrei idee diametralmente opposte. Questo sembra dar ragione ieri al Barbarossa oggi ai fedeli della politica del diritto: come a dire che ogni giurista che svicoli dal diritto ha il suo principe. E mi par di averlo detto in questo stesso *Quaderno*.

La seconda riflessione è meno esteriore, e riguarda la sostanza dell'argomentare giuridico. Se io ho ben compreso, la questione del divorzio, per quel che concerne l'art. 34 del Concordato, si impianta in questo modo. Quel famosissimo articolo dispone (è bene riprodurre le intere parole, cioè *perspicere totam legem*, secondo l'antico ed eterno precetto) che « lo Stato italiano, volendo ridonare all'istituto del matrimonio, che è base della famiglia, dignità conforme alle tradizioni cattoliche del suo popolo, riconosce al sacramento del matrimonio disciplinato dal diritto canonico, gli effetti civili ». All'articolo fa eco l'art. 5 della legge 847 del 1929 che ripete più concisamente che « il matrimonio celebrato davanti a un ministro del culto cattolico produce gli stessi effetti del matrimonio civile, quando sia trascritto etc. ».

Orbene, si dice, questo riconoscimento che lo Stato fa degli effetti civili del matrimonio è il riconoscimento dell'atto o negozio matrimoniale regolato dal diritto canonico quale fonte degli stessi effetti del matrimonio civile. Col che si introduce la distinzione tra atto e vincolo, volendosi dire che l'atto è regolato dalla legge canonica, mentre il vincolo (cioè gli effetti, tra i quali la indissolubilità o meno) è regolato dalla legge civile, e quindi soggetto al più o meno capriccioso mutamento di questa.

La distinzione tra atto e vincolo si pone come una tesi intermedia fra l'adozione del matrimonio ecclesiastico come pura forma, e l'adozione globale, cioè praticamente l'integrale rinvio al diritto canonico. Insisto a dire che il merito non mi interessa, dò per scontato il divorzio: ma il ragionamento che ha dato luogo alla tesi intermedia è veramente degno di osservazione, come tipo di autentico ragionamento giuridico. Io non riesco a ricordare se esistano esempi nel mondo del diritto di una scissione fra la regola dell'atto e la regola degli effetti dell'atto: intrinsecamente ne dubito, comunque escludo che con un unico atto di volontà si possa stabilire che l'atto sia regolato da una data legge e gli effetti da un'altra; e qui è indiscutibile che un atto di volontà (il Concordato) sia alla radice della regola del

rapporto. Siamo così non nel campo del concordato, ma dell'astratto, poiché solo nell'astratto, in quel mondo che si è convenuto chiamare bizantino, si può filare caligo, come usava dire venezianamente Carnelutti. È una cosa, lo dico senza ironia, che mi riempie di ammirazione, come ammiro i giochi d'artificio: e l'ammirazione va non solo all'autore dell'invenzione, ma al diritto in generale, che consente, se bene lo si sa adoperare, questa raffinatezza di pensiero. Ed è, si badi, un pensiero prudente, perché Pugliese, nella sua lucidità, previene l'obbiezione che gli si può fare, e cioè che la Santa Sede non si sarebbe disturbata a pretendere soltanto l'adozione delle forme religiose per il nostro matrimonio, e dice che non si tratta di mera forma dell'atto, ma delle regole e delle condizioni proprie di questo. Di modo che tutto si ridurrebbe al famoso *error, condicio, votum, cognatio, crimen,* con i versetti che seguono. Troppo poco, forse, per gli appetiti di una chiesa, e anzi per gli appetiti inversi di una chiesa e di uno Stato che si porgono la mano in un concordato.

Il fatto è che un fiero inquisitore potrebbe osservare che l'isolamento della formula « produce gli effetti civili » dal resto dell'art. 34 può essere una *agudez* giuridica, ma non è leale. Perché uno Stato che riconosce al sacramento del matrimonio gli effetti civili volendo « ridonare all'istituto del matrimonio che è base della famiglia, dignità conforme alle tradizioni cattoliche del suo popolo » evidentemente non vuole la regola dell'atto, ma soprattutto la regola del vincolo: altrimenti la volontà così pomposamente espressa si riduce a una burletta. E da parte avversa, cioè della chiesa, specialista in inquisizioni, si potrebbe controsservare non tanto che, se essa ha stipulato un concordato lo ha fatto perché voleva la regola del vincolo (questa potrebbe essere questione di interpretazione), quanto che ha stipulato un concordato perché il matrimonio italiano era indissolubile, altrimenti non ci sarebbe stata ragione di farlo. Si avrebbe cioè una ricezione inversa in fatto di indissolubilità. Come si vede una *agudez* tira l'altra, ed è sempre il diritto che ci fa bella figura.

Debbo però riconoscere che tutte queste sottigliezze giuri-

diche hanno un augusto precedente, e Pugliese non manca di richiamarlo a suo appoggio, e precisamente in quel grande dottore dello Stato che fu Mussolini, il quale proprio di questo argomentare si valse quando cominciò a recalcitrare di fronte alla cambiale che bene o male aveva firmato. La concordanza degli opposti non è senza una venatura di comico. Naturalmente Mussolini non fu solo, come tutti sanno, e laici di grandissimo rilievo e insospettabili, come Jemolo e Ravà, sono anch'essi chiamati al soccorso. C'è un'obbiezione da fare, e cioè che questi illustri giuristi scrivevano imperante Mussolini, e quindi non è dato sapere quanto dello spirito del tempo fosse insensibilmente penetrato nelle loro idee. Tutto di quel tempo è sospetto. Quel che non è sospetto è che caduto il Duce, i successori a titolo originario accolsero nell'ampio seno della Costituzione il concordato (per non parlare dell'art. 29, su cui vedi il *Quaderno* III, pag. 40). Il che dimostra — questa è la conclusione del mio colloquio antelucano con Pugliese — che il problema dell'art. 34 è messo volutamente sul piano politico e sul piano politico legittimamente operava Mussolini, come legittimamente operava Togliatti con l'art. 7 della Costituzione. Meglio, operavano come operavano, né legittimamente né illegittimamente, con un'azione politica, non diversamente da come opera oggi il senatore Galante Garrone. Che questi abbia chiesto l'ausilio al giurista, è anch'esso un atto politico, ma di fronte alla politica la risposta dei giuristi, se non vogliono andare a braccetto con Mussolini e con Togliatti, è che essi, come le stelle, stanno a guardare.

DIRITTO SOGGETTIVO E INTERESSE LEGITTIMO

FRANCESCO LA VALLE: *Sui rapporti tra teoria dinamica del diritto soggettivo, Gestalttheorie, e strutturalismo*, in *Giur. it.*, 1970, I, 1, 1395.

La Cassazione in una recente sentenza ha deciso in modo vecchissimo e stereotipato, la solita questione di giurisdizione che si presenta quando sono in ballo pretese di cittadini verso la pubblica amministrazione. Si trattava di una concessione che era stata revocata *ante tempus*: il concessionario aveva avanzato pretese di risarcimento, fondate su un diritto soggettivo di cui sarebbe stato titolare in forza della concessione e di particolari circostanze ad essa inerenti; la Cassazione ha risposto negando l'esistenza del diritto, in quanto l'amministrazione concedente non è mai vincolata a mantenere in vita la concessione, e può revocarla se ciò rendono necessarie esigenze pubbliche sopravvenute. Il concessionario è quindi titolare di un interesse legittimo, che può far valere soltanto davanti ai giudici amministrativi etc. etc.

Non sarebbe evidentemente il caso di occuparsi ancora di queste tediose faccende, se la sentenza non fosse seguita nella *Giurisprudenza Italiana*, dove è pubblicata, da una nota col titolo sopra intestato. Debbo anzi confessare che è stato questo titolo a indurmi alla lettura, vuoi della sentenza, vuoi della nota, per capire la relazione tra l'uno e l'altra. Ho potuto così rilevare, e con compiacimento, che l'annotatore si pone su un piano critico della distinzione ontologica tra diritto soggettivo e interesse legittimo, e lamenta che da questa distinzione derivi una faticosa ricerca del giudice competente da parte del cittadino che si ritiene leso dall'atto amministrativo. Che sia agevole

rimediare a questa faticosa ricerca non crede neppure l'annotatore, se è vero che riconosce che bisognerebbe rifare *ab imis* tutto il sistema della nostra giustizia amministrativa: per quel che qui ad ogni modo interessa sembra che il cardine di questa riforma sarebbe la eliminazione della opposizione diritto soggettivo-interesse legittimo, i quali non sarebbero che « due aspetti, rispettivamente statico e dinamico, della medesima situazione soggettiva tra loro essenzialmente correlati ».

Fin qui, direi, tutto bene, salvo il colore oscuro di quest'ultima frase, che dovrebbe essere risolutiva. Ma l'oscurità è dissipata dal sèguito del discorso, nel quale si dice che il concetto di interesse legittimo ora enunciato « è il portato di una teoria strutturale dinamica dell'ordinamento giuridico..., di una teoria cioè che ravvisa nell'ordinamento giuridico una specie di struttura la quale in generale è un sistema di trasformazioni, che comporta delle leggi, di posizione nel seno della struttura e di trasformazione, in quanto sistema (in opposizione alla proprietà degli elementi) e che si conserva e si arricchisce grazie al gioco stesso delle trasformazioni, e comprende così questi tre caratteri: totalità, trasformazioni e autoregolazione ». Forse, dopo questa frase (che in parte è dell'autore, in parte di esotica provenienza, ma non ha importanza, perché il paiolo è sempre uno), residuerà qualche zona d'ombra: ma ciò deriva dal fatto che la nota in esame deve essere ricollegata a un precedente studio dell'annotatore, che purtroppo non conosco, nel quale si spiega che « nella teoria dinamica del diritto soggettivo hanno rilievo centrale le nozioni di sincronia, e diacronia, di relazione e di proposizione di relazione, di trasformazione e di retroazione », oltre al « costante riferimento a un gestaltismo di un certo tipo, in cui la considerazione dei processi di trasformazione delle strutture non solo non manca, ma è addirittura preminente ». Ora la faccenda dovrebbe essere proprio limpida, anche per la Cassazione. Ma nel dubbio l'annotatore, fedele alle buone regole, propone « alcuni esempi elementari », e così dice: « In virtù della norma, attributiva di un potere giuridico, il soggetto o l'organo ti-

tolare del potere può conformare un dato diritto soggettivo del singolo in tante possibili fogge diverse, quanti sono i comportamenti normativi o precettivi rientranti nella previsione della norma (di grado superiore) attributiva al potere. Ciò si può esprimere simbolicamente mediante la formula seguente: (*Cx*, *Cy*, *Cz*. *C*...) *f* δ (*S*), che vuol dire: I comportamenti normativi contingenti *x*, *y*, *z*, ..., sono una funzione deontica del soggetto ad organo *S*, titolare del potere di tenere quei comportamenti. Il che non è che la formulazione più semplice e più generale, in termini di logica deontica, della proposizione normativa giuridica, in cui si esprime l'attribuzione del potere ad *S*. La formula si riferisce a comportamenti contingenti, dacché la contingenza futura del comportamento è implicata necessariamente da qualsiasi proposizione il cui connettivo sia un funtore deontico. Pertanto (*Cx*, *Cy*, *Cz*, *C*...) implica che il comportamento *x* è " possibile e possibile che non " venga tenuto in ogni istante futuro, e similmente ciascuno dei comportamenti *y*, *z*, ecc. Tali comportamenti hanno tra loro una relazione tale, per cui ognuno di essi esclude tutti gli altri, nel senso che se *S*, nell'istante *t*, decide di tenere e tiene il comportamento *x*, omette necessariamente tutti gli altri comportamenti *y*, *z*, ecc. È possibile e si dà invece la *successione* dei comportamenti, secondo una possibilità combinatoria di successioni diverse che dipende e dal numero dei comportamenti normativi contemplati dalla norma attributiva del potere, e dal periodo di tempo durante il quale tale norma rimane in vigore: e così, poniamo, la successione (*Cy* in t', *Cz* in t'', *Cx* in t''', *C*... in t^n); oppure la successione (*Cz* in t', *Cx* in t'', *Cy* in t''', *C*... in t^n) e così via.

Ad ogni comportamento normativo, corrisponde la determinazione di un diritto soggettivo secondo una data foggia. E così al comportamento *x* corrisponderà il diritto *a*, al comportamento *y* il diritto *b*, e così via. In simboli: *Da f* (*Cx*), *Db f* (*Cy*), *Dc f* (*Cz*). Supponendo concretamente realizzata la successione (*Cxt'*, *Cyt''*, *Czt'''*), tale successione implica che il diritto sogget-

tivo assuma le nuove fogge *Da*, *Db*, *Dc* negli istanti t', t'', t'''. In simboli:

$$(Cxt', Cyt'', Czt''') \supset (Dat', Dbt'', Dct''')».$$

Qui ci dobbiamo fermare, per non trascrivere tutta la nota del prof. La Valle, che è libero docente nell'Università di Padova, ed è una buona cosa, ma non vorrei, almeno per quel che riguarda questo scritto, che lo fosse di qualche diritto. E mi fermo anche per raffigurarmi quei vecchi studi di provincia nei quali dai tempi di Lodovico Mortara, se non del cav. Filippo Bettini, entra fiduciosamente la *Giurisprudenza Italiana*: l'avvocato se ne sta tranquillo attendendo ai casi suoi, o meglio degli altri, e pensoso di un prossimo ricorso in Cassazione o al Consiglio di Stato corre a ricevere lumi dalla nota a sentenza, come sempre ha fatto. Impossibile prevedere le reazioni: ma le alternative non possono essere che due, l'infarto o la disdetta dell'abbonamento alla rivista. Scherzi a parte io mi chiedo, e purtroppo continuo il discorso aperto negli altri *Quaderni*, quale virus si sia infiltrato nella scienza del diritto perché i giovani debbano parlare in questo modo: ci possono essere spiegazioni tristemente sociologiche, ci può essere una vocazione materialistica, che in Italia è sempre più o meno allegramente ricorrente. Non sembra che il La Valle sia su questo piano: anzi mi è sembrato, se sono riuscito a capire, che egli ponga in prima linea « l'uomo vivente dalla cui libertà e creatività scaturisce l'insieme dei comportamenti che costituiscono gli elementi fondamentali dell'ordinamento giuridico come sistema di trasformazione dei diritti soggettivi e della libertà garantite dei singoli », tanto che accoglie l'idea di « ominizzazione ». Ma se questo è vero, se io sono riuscito a penetrare sotto il velame de li versi strani, allora io gli dirò in termini molto semplici e senza formule il mio pensiero. Ed è che quando egli parla di un potere giuridico o di un soggetto titolare di esso che può conformare un dato diritto soggettivo del singolo in tante possibili fogge diverse quanti sono i comportamenti normativi o precettivi rien-

tranti nella previsione della norma attributiva del potere, dice una cosa non rispondente a realtà, e anzi si contraddice perché presuppone un diritto soggettivo a priori, sebbene trasformabile. La distinzione (che non ha, e in questo concordo pienamente, alcuna obbiettività) sta più a monte, e precisamente nella struttura dell'organizzazione statale, nella c. d. divisione dei poteri. Poiché l'amministrazione opera istituzionalmente secondo una sua discrezionalità è fatale che le posizioni giuridiche dei singoli si atteggino in un certo modo che noi abbiamo convenuto di chiamare interessi legittimi, in contrapposto ad altre posizioni che non sono essenzialmente diverse, poiché tutte sono estranee alla discrezionalità, e quindi all'amministrazione come tale, e che qualifichiamo come diritti. La rilevanza della distinzione (e addirittura la sua origine) è processuale, perché con riferimento alla prima delle accennate posizioni è stato ritenuto di creare — ma sotto tanti aspetti era una creazione obbligatoria — una giurisdizione speciale.

Questo è il modesto arcano della distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, e io l'avevo svelato fin dal 1959 nel primo volume del mio *Commentario* (altri svolgimenti, anche con riguardo ad analoghe situazioni nel diritto privato, si possono vedere nella relazione sul risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi, ora in *Soliloqui e colloqui*, pag. 382). Ma è una distinzione che, anche chiarita, si trascina con sé la catena del problema della competenza giurisdizionale: della quale sarebbe una grazia liberarsi, ma non credo sia tanto facile, nemmeno con l'istituzione della giurisdizione amministrativa unica.

RILETTURE

[127]

FILOSOFIA DEL DIRITTO

CARLO ESPOSITO, *Lineamenti di una dottrina del diritto*, Fabriano, 1930.

Non avrei mai pensato, quarant'anni fa, quando nella piccola e libera università di Camerino, ammirato ma anche un po' compatito, Carlo Esposito scriveva questo libro così diverso dai nostri, che sarebbe venuto un giorno, un'alba come questa, in cui l'avrei letto, più che riletto, e una grande pace sarebbe scesa nel mio animo. Sono numericamente 194 pagine, ma io credo che, tolte le note, non si riducano a più di 50: vero è che non si sa se il libro sia nel testo o nelle note, le quali non sono per la massima parte che file e filze di nomi. Ma sono i nomi di Platone e Pseudo-Platone, Aristotele e Pseudo-Aristotele, i Fragmenta degli Stoici Antichi, Cicerone, Seneca, S. Agostino, San Tommaso, Alessandro di Hales, Guglielmo di Parigi, Lutero, Suarez, Alfonso De Castro, e poi via via nella corsa dei secoli Kant, Schopenhauer, Schleiermacher, Genovesi, Romagnosi, fino ai c. d. contemporanei, Zeller, Eucken, Windelband, Husserl, Simmel, Croce, Gentile, Ravà, Kelsen... C'è di che togliere il respiro.

Io non so quanti dei giovani e pseudo-giovani di oggi, intesi alla proposizione di nuovi metodi (cioè all'introduzione esente da dazio di metodi altrove vecchissimi e perenti) abbiano inteso nominare questo libro, stampato alla macchia. Per quel che ricordo, non l'ho mai visto citato. Del resto, non posso far loro una colpa, perché il libro e l'autore furono semplicemente rifiutati nel concorso universitario di filosofia del diritto al quale lo presentò; a tal segno che, per l'amorevole consiglio e sostegno di Santi Romano, Esposito dirottò verso il diritto costituzionale,

nel quale eccelse ugualmente, perché era lui, ma anche perché acquistò dimensioni scolasticamente umane. E ricordo che quando il giovine amico si recò, come era d'obbligo, a deporre il libro ai piedi di Carnelutti, questi che con la pronta intuizione aveva colto la singolarità dell'uomo e del libro, gli fece una strizzatina d'occhio e gli disse: non mi vorrai far credere che hai letto Sant'Agostino. Me lo raccontava Esposito, ingenuamente smarrito; e il vate dell'italica era segnò infatti nelle famose recensioni (*Riv. dir. proc.*, 1930, pag. 200): « probità e cultura di prim'ordine; la seconda forse messa un po' troppo in mostra, nell'apparato di note spesso soverchiante, secondo una moda che dovrebbe essere superata ».

E invece Esposito in quel tempo (aveva poco più di venticinque anni) viveva in una biblioteca conventuale di Napoli, dove un frate gli aveva concesso anche un lettuccio, e conversava proprio con Sant'Agostino e gli altri spiriti magni che poi doveva chiamare testimoni nel libro. Aveva, un poco anche nel fisico, qualcosa del vicino Leopardi, senza l'infelicità della poesia: e conventuale rimase il suo spirito anche quando accolse gli affetti profondi della vita, e nello svolgersi della vita andò rivelando, a chi credeva di conoscerlo, e gli attribuiva una certa astrattezza, quanta umanità celasse nel cuore. La pomposa e non claustrale università di Roma diventò la sua dimora, la dimora di quello che più tardi si sarebbe chiamato non senza scherno docente a tempo pieno; quivi trascorse le sue giornate e spesso le sue notti, sempre inseguendo la verità, e affrontando con virile coraggio i segni della dissoluzione della scuola e di tutto il resto, che già si profilavano. E quivi si può dire che morì, poiché sotto la minaccia di un insulto cardiaco volle un giorno recarsi ugualmente al suo istituto, per consultare alcuni libri. Nella notte, la grande visitatrice spalancò le porte della modesta casa, e pose fine a una inimitabile vita.

Perché egli sia tornato stamane da me, con questo libro, non so. Queste mie riletture ubbidiscono sempre a misteriosi richiami. Ma leggendo le frasi scarne, quasi epigrafiche, con le quali

egli dimostra (attraverso i mille argomenti che offre la totale meravigliosa penetrazione, più che della scienza giuridica e della filosofia, di quella che vorrei chiamare, se non temessi la confusione di certi attuali linguaggi, struttura umana) l'impossibilità di una concezione normativa del diritto, io mi sento trasportato in un'atmosfera religiosa, e sempre più mi convinco della essenza metafisica del diritto, intendendo con ciò che esso è l'uomo nella sua totalità, e nulla intende chi non sia capace di sollevarsi a questa integrale visione. Quanta povertà, e non di spirito, in quel suo augusto recensore, che, completando con altre due righe il giudizio che ho trascritto poc'anzi, diceva che la tesi fondamentale, contraria al carattere normativo del diritto (cioè che il diritto sia comando) è dimostrata piuttosto con ampiezza che con profondità di visione.

A tanti anni di distanza, la teoria normativa trova ancora credito nei ripetitori di formule, o nei costruttori di concetti: chi sceglie la via del pensiero non si diletta più di questi giochi di parole, che in definitiva negano il diritto come valore. Cosa mirabile è che quarant'anni fa un giovane sia giunto a questa verità con le sue sole forze; e sulla base di pure deduzioni logiche sia pervenuto alla conoscenza metalogica del diritto. I tecnici del diritto, processualisti o sostanzialisti che siano, dovrebbero rileggere le pagine che Esposito dedica alla critica della statalità del diritto, e così ad es. quelle nelle quali riconduce l'azione a potere di coercizione del singolo, potere originario e indipendente dallo Stato, a quelle in cui si identifica la posizione nell'ordinamento dell'autonomia privata, o si determina il significato della giuridicità di ordinamenti diversi da quelli dello Stato, che non può essere stabilita da un punto di vista estrinseco agli ordinamenti stessi, e così dall'ordinamento statale.

È di qui, e a questo punto, che il pensiero di Esposito sul diritto e meglio ancora sulla vita si innalza e raggiunge il vertice della contemplazione. L'idea fondamentale è che il diritto non deve essere considerato dal punto di vista di chi è sottoposto ad esso (la concezione normativa, appunto, che lo priva di

ogni unitarietà), ma dal punto di vista di chi sottopone altri al diritto, cioè giudica secondo un criterio estrinseco all'attività valutata, ponendo la distinzione tra realtà conforme alla legge e realtà difforme dalla legge.

Il diritto, da questo punto di vista, è « una speciale attività del nostro spirito, che applicando valori presenti ad atti passati, valutazioni ed esigenze nostre ad atti da altri compiuti, ci fa considerare la realtà nel suo significato per la nostra attività presente, e ci fa distinguere gli atti nostri già compiuti, l'attività degli altri uomini, e, a volte, gli stessi accadimenti del mondo esterno in conformi e difformi alla legge che guida la nostra attività presente ». Il diritto non è quindi un fatto empirico prodotto dal fine di organizzare la società, che anzi preesiste al diritto: è una valutazione che sorge dalla limitazione del soggetto che valuta, e come tale costituisce il presupposto necessario e inevitabile della sua attività, né può essere eliminata dalla vita dello spirito reale e concreto.

Questo elemento della valutazione che è essenziale alla vita, all'azione che costituisce l'intima essenza della limitata, incompiuta vita, ma sempre ansiosa di superare, appunto con l'azione, la sua limitatezza, a me sembra che, espressa in termini oggettivi, corrisponda al riconoscimento del diritto come essere del rapporto umano (v. *Quaderno* I, pag. 14 e sgg.) di contro alle facilonerie dei moderni materialisti. Il giovanissimo Esposito ci ha offerto questa meravigliosa visione, rivelatrice del « significato universale e profondo » del diritto, del suo carattere unitario, e non ha trovato, quarant'anni fa, interlocutori. La colpa è forse di Sant'Agostino, di Spinoza, di Plotino, di tutti quei morti che alimentarono il suo spirito, e ai quali egli si è immaturamente ricongiunto. Ma in quest'alba invernale tanto simile a quella in cui lo vidi immoto e come lanciato nell'infinito, il mio animo accoglie la sua deserta e rasserenante parola.

[131]

ARBITRATO E POLITICA

SALVATORE SATTA: *Contributo alla dottrina dell'arbitrato* - Ristampa della prima edizione con presentazione di Carlo Furno - Milano, 1969.

VITTORE COLORNI: *Legge ebraica e leggi locali*, Milano 1945.

Il volumetto sull'arbitrato col quale si è iniziata in tempi ormai remotissimi la mia singolare vita di studioso ha avuto l'onore di una ristampa a cura della Fondazione Piero Calamandrei. Non ne avrei certo tenuto parola in questi *Quaderni* se la ristampa non fosse stata voluta da Carlo Furno, e se egli non avesse dettato per me alcune pagine di presentazione. Non doveva trascorrere un anno, e Furno moriva. Credo che quelle pagine siano state le ultime che egli abbia scritto.

Sono pagine estremamente importanti, che io rileggo con profonda commozione, perché vi è in esse la freschezza della improvvisa scoperta dell'arbitrato. Che questa scoperta il mio buon compagno di studi e di vita l'abbia fatta rileggendo il vecchio e per molti versi perento libretto non ha la minima importanza: tutto può essere una *bona occasio* a chi ha la vocazione innata del pensiero. Quel che conta è che Furno abbia sentito attraverso le vie scolasticamente obbligate per le quali io mi movevo nei giovani anni il lievito di libertà che animava la ricerca, e portava l'autore inesperto a fare il primo dei grandi rifiuti: quello di un istituto arbitrale ricalcato sulla giurisdizione, cioè praticamente tollerato più che concesso da uno Stato artificiosamente concepito come un soggetto monopolizzatore del diritto, un diritto quindi in certo senso artificiale anch'esso, perché reso esterno ed estraneo all' esperienza umana. Furno ha

messo in luce le determinanti politiche ambientali di questo rifiuto: non c'è dubbio che abbia colto nel segno, per il ricordo che io ho di me stesso, e la sofferenza che provocava in me istintivamente la statolatria dominante. Se penso che, sopraggiunta la libertà politica, vi è stato chi ha sollevato l'eccezione di incostituzionalità dell'intero istituto arbitrale, devo dire che i tempi tristi si confanno più dei lieti all' intelligenza del giurista. Vero è che allora non si parlava di politica del diritto o di ideologie nel diritto, come fanno i giovani-vecchi di oggi, o meglio ne parlavano pseudopolitici e pseudogiuristi dei quali in regime di gratuita libertà quei giovani sono gli autentici continuatori.

Non c'è il minimo dubbio che l'arbitrato è una delle più alte manifestazioni della libertà nel mondo del diritto, e in termini di libertà si riducono le sottili schermaglie intorno alla contrattualità — giurisdizionalità dell'arbitrato. Oggi questo tradizionale contrasto appare superato, ma non sono superate le perenni esigenze storiche che hanno dato vita all'istituto, il fatto spirituale, vorrei dire, che esso rappresenta. L'affermazione è del resto estensibile a tutta l'indagine giuridica, in qualunque campo, e per questo (mi scuso di parlare di me stesso) al primo mio giovanile rifiuto altri se ne sono aggiunti nel corso della mia non breve esistenza, come Furno mette generosamente in luce, perché tutta la nostra scienza processualistica aveva finito, per colpa degli epigoni, se di colpa si può parlare, a estraniarsi dalla esperienza e più semplicemente dalla vita. Ma nell'arbitrato il fattore spirituale è più palese, perché esso è il frutto di una generazione spontanea, non di una elucubrazione più o meno dotta.

E questo è quello che ha mirabilmente messo in luce un giurista, anzi uno storico del diritto, di raro acume, il Colorni, in un libro che ho avuto occasione di scoprire, purtroppo tardivamente rispetto allo scritto sull'arbitrato apparso nel precedente *Quaderno*. Nelle pagg. 305 e sgg. del suo studio sulla legge ebraica e le leggi locali, egli ci dà preziose notizie sull'arbitrato

come strumento per l'applicazione del diritto ebraico nelle controversie tra ebrei, e soprattutto ci dipinge l'alternarsi del favore e del disfavore per l' arbitrato ebraico parallelamente all'esasperarsi o all'attenuarsi del senso dell'autorità dello Stato. Il fenomeno è certamente molto complesso perché gli arbitrati ebraici, a quel che appare, tendevano ad atteggiarsi a vere e proprie giurisdizioni personali (arbitrati coattivi); ma io credo che questo non abbia una grande importanza, perché sempre l'elemento arbitrale è quello che viene in primo piano, e al permanere dell'arbitrato è legato il permanere dello stesso diritto ebraico, e il destino della stessa lingua ebraica, che dalla vita giuridica, dice il Colorni, traeva il suo principale alimento. Vi è qualche cosa di augusto e di tragico in questo polarizzarsi intorno all'arbitrato della lotta per la sopravvivenza di un popolo: ma è, in radice, la stessa lotta che si combatte per l'individualità e la libertà nel diritto. Gli studiosi dovrebbero rendersi conto di questo prima di ridurre l'indagine sull'arbitrato a una mera esercitazione scolastica.

CRONACHE

[137]

IL VILIPENDIO DEI GIUDICI

I giornali portano di quando in quanto formidabili levate di scudi da parte di alcuni giudici che, in riunioni o sulla piazza, accusano la magistratura di essere serva dei padroni perché applica un diritto parziale quale è quello vigente negli stati capitalisti. È di ieri il caso di un certo dott. Marrone, sostituto procuratore della Repubblica a Roma, è di oggi il caso di un certo dott. Petrella giudice a Firenze che difendendo l'operato del Marrone, ha rincarato la dose, parlando di mortificanti mistificazioni che operano tutte nel senso di conservare la struttura classista dello Stato etc. etc.

Il codice penale vigente contempla (come dicono i giuristi, con una parola che sembra rispecchiare la intrinseca pace del diritto) un reato che si chiama di vilipendio dell'ordine giudiziario, e di altri ordini che qui non interessano. Contro questi reati i borghesi di una certa tendenza si sono scagliati, promuovendo tavole rotonde o addirittura congressi: e direi che non c'è nulla da obbiettare sulla legittimità della loro contestazione, perché in sede politica si può dire tutto quello che si vuole. Le parole sono sempre generali, e quindi assolutamente inutili. Se dovessi esprimere il mio pensiero o il mio sentimento direi che il reato di vilipendio è connaturale alla organizzazione dello Stato, qualunque essa sia, e naturalmente tanto più in quanto lo Stato si erga su basi ideologiche, e queste rifletta nella sua struttura: esso costituisce una forma di tutela della repubblica parallela a quella della persona, che è anch'essa soggetta, sotto altro nome, a vilipendio. Forse in uno stato ideale, assolutamente liberale, il vilipendio potrebbe non essere codificato, ma per la semplice ragione che i cittadini avrebbero raggiunto un tale grado di educazione da rendere addirittura inimmaginabile la mancanza di rispetto verso le istituzioni. Cosa ovviamente utopistica, almeno nel nostro paese. Ma, per la cronaca, il fatto è un altro, ed è che i soggetti attivi del vilipendio dell'ordine giudiziario e nello stesso tempo i contestatori del reato di vilipendio non sono dei politici, se non dietro le quinte; sono essi

stessi dei giudici. Ora questo sposta, ci sembra, i termini della questione, che si pone nel seguente modo: è possibile, giuridicamente, ma prima ancora moralmente, che un giudice vilipenda l'ordine al quale appartiene, e nello stesso tempo contesti il reato di vilipendio, cioè processualmente il diritto di punire il suo reato? Io credo che a questa domanda si debba rispondere di no, ed è per una ragione che mi sembra evidente: non si può essere nel sistema e contraddire il sistema. La sapienza popolare questo concetto lo ha sempre espresso in forma semplice e brutale, dicendo che non si sputa nel piatto dove si mangia. Non penso naturalmente di venir meno al rispetto dei su nominati giudici: ma le cose, se ci pensiamo un poco, stanno proprio così. Il sistema al quale essi appartengono li protegge materialmente e moralmente, ed essi accettano questa protezione: non è ammissibile sotto qualunque punto di vista che lo neghino restando nell'interno di esso. Come cittadini sono liberi di scendere nell'agone politico e di mettere a giorno... i difetti della giurisprudenza del compianto Muratori: ma se optano per questa via devono lasciare la toga. La storia è piena di esempi che confermano questa verità: e basta pensare ai famosi e agli oscuri nomi dei profeti della rivoluzione sovietica, molti dei quali erano servitori dello Stato, come si usava dire, ma hanno rinunciato ad esserlo quando hanno scelto la vita dell'eroismo. Non si può essere eroi, insomma, e aspettare il simbolico ventisette, che non è fatto solo di stipendio.

Fino a poco tempo fa, gli uomini di chiesa davano l'esempio, gettando la tonaca alle ortiche, quando diventavano ribelli: e la loro situazione era peggiore di quella di qualunque altro gregario, perché il prete *défroqué* aveva una tragica nostalgia del gregge che aveva abbandonato. Comunque, fuori della chiesa, essi operavano e soffrivano per la chiesa, eroicamente, cioè senza decime né congrue. Mi si obbietterà che anche i preti oggi scelgono la comoda via dell'eroismo nel sistema, e si farebbero spellare piuttosto che lasciare l'istituzione che li protegge e si lascia contestare. È un'obbiezione senza risposta, e forse è nata una nuova morale o un nuovo eroismo che io non sono in grado di intendere.

MAGISTRATI E CONTESTAZIONE

Gli italiani che ancora si occupano dei problemi della giustizia hanno letto con curiosità i resoconti della recente assemblea dell'Associazione Nazionale Magistrati, che si è conclusa con una specie di scissiparazione. L'assemblea cioè ne ha prodotto due, che si sono messe a deliberare l'una contro l'altra, affermando ciascuna contro l'altra la propria (esclusiva) legittimità. Ho parlato di curiosità: e questo è ormai il solo sentimento che destano queste vicende in un popolo al quale è costituzionalmente estranea l'idea della democrazia. Non varrebbe quindi la pena di occuparsene se dal gruppo dissidente autocostituitosi in assemblea non fosse stato emanato un comunicato che offre all'indifferente giurista l'occasione di meditare, cioè di esercitare il suo difficile mestiere.

Dunque, il gruppo dissidente, richiamandosi al triste caso Pinelli, e alla relativa richiesta di archiviazione da parte del pubblico ministero, ha preso questa deliberazione che è opportuno trascrivere.

« Riguardo alla richiesta di archiviazione del caso Pinelli — diceva testualmente questo documento — il comitato esecutivo di " Magistratura democratica " e il comitato di coordinamento del " Movimento unitario dei magistrati democratici ", *segnalano* la necessità che le indagini relative a casi così profondamente sentiti dall'opinione pubblica siano svolte col massimo possibile delle garanzie processuali per ogni parte interessata e cioè con l'istruttoria formale; *esprimono* la convinzione che le apprensioni dell'opinione pubblica siano determinate anche dalla persistenza del segreto istruttorio (istituto tipico di regimi non democratici ed antiquato strumento di autoritarismo) contro il quale deve impegnarsi dunque l'azione politica di ogni forza democratica; *richiamano* in particolare l'attenzione dei magistrati sul danno che il segreto istruttorio stesso provoca alla credibilità dell'indipendenza della giustizia, in quanto sottrae l'esercizio di questa ad ogni possibile, fondata valutazione critica, aprendo invece il campo al sospetto, data l'assoluta preclusione di ogni forma di controllo sullo svolgimento dei fatti non solo prima, ma anche dopo la fase processuale dell'indagine ».

Si tratta, come è ovvio, di una manifestazione pseudopolitica, ana-

loga a quella del caso Tolin, e sotto questo aspetto è assolutamente priva di interesse. In politica, la sola cosa che conta è l'azione responsabile, e in questi atteggiamenti come in quelli di tanti miei illustri colleghi non vi è né azione né responsabilità: sono atteggiamenti da precursori, e non clamanti nel deserto, ma tra le comodità che offre questa contestata società. Lasciamoli fare, cioè affidiamoli al futuro che vaticinano, e speriamo per essi che non si debba dire: *Deus tribuit petitiones eorum*. L'interesse del fatto deriva da ciò: che si tratta di magistrati in attività di servizio che fanno riferimento all'operato di un giudice in un caso concreto, e da questo caso concreto traggono argomento per una critica del sistema, nelle sue varie articolazioni, e, nella specie, nel segreto istruttorio.

Il problema, come è facile intendere, presenta aspetti assai delicati per il giurista. Il giudice, come si sa, è soggetto soltanto alla legge, ma la legge non è soltanto sua. La legge è di tutti, e quindi di tutti è la dichiarazione che il giudice ne fa nel caso concreto. La pubblicazione della sentenza ha anche questo significato: e su questo si fonda il diritto di critica che la dottrina esercita sulle sentenze dei giudici. Recentemente il presidente della Corte costituzionale ha scritto un lungo articolo di protesta contro gli annotatori delle « sue » sentenze (*Foro it.*, 1970, V, 18): e bisogna dire che questo sfogo di un uomo che ha fama di essere progressista ed è, come studioso, particolarmente competente in materia di regolamento di confini, ha qualche cosa di patetico. Ma, a parte ovviamente ogni questione di merito, non c'è dubbio che egli sia nel torto: del legislatore che detta la legge, e del giudice che detta la sentenza si può dire quel che il filosofo diceva di Dio e del mondo da lui creato: *et tradidit disputationibus eorum*. Uno dei segni della defunta democrazia è anzi proprio la perdita del gusto delle « note a sentenza », che, ci informa Branca, ed è triste che sia così, i giudici dei concorsi non leggono e perciò i candidati ai concorsi non scrivono.

Ora, la domanda è questa. Possono, debbono i giudici partecipare a quest'opera di critica della giurisprudenza che essi stessi concorrono a formare? La domanda presenta due aspetti, profondamente diversi e addirittura opposti. Il primo è se i giudici possono fare quello che facciamo noi giuristi più o meno professionali, e cioè discettare sui testi giurisprudenziali, sui principî e sulle soluzioni. È un aspetto secondario, e riguarda più che altro la divisione del lavoro. Personal-

mente sarei propenso a che i giudici lascino a noi la critica come ai più adatti per vocazione e per temperamento, e anche, perché no?, per il più diretto contatto con la realtà. Il secondo aspetto è quello più attinente all'argomento, e più periglioso. Possono i giudici criticare e censurare l'opera dei loro colleghi, e più che l'opera l'operato, nell'esercizio delle loro specifiche funzioni?

Bisogna andar cauti nella risposta negativa, che sembrerebbe quasi naturale. Noi abbiamo esempi grandiosi di levate di scudi di giudici contro giudici, e il più famoso di tutti, anche se oggi dimenticato, è quello di MORTARA, relativo all'apposizione dei sigilli ai beni mobili di Francesco Crispi, in pretesa applicazione di quello che è oggi l'art. 754 n. 3 cod. proc. civ. Sarà bene lasciare la parola al vecchio maestro (*Commentario*, V, pag. 614, nel testo e in nota):

« Non delittuosa, ma veramente iniqua a me appunto sembrò la pretesa, sostenuta e fatta prevalere in una celebre controversia relativa alla presente questione, che gli eredi neppure avessero il diritto di concorrere alla verificazione delle carte che i funzionari o delegati del governo ritenessero di rivendicare nell'interesse dello Stato.

Alludo alla lite sorta dopo la morte di Francesco Crispi, avvenuta nel 1901, cioè quando da oltre cinque anni egli era ritirato dal potere e stavano al governo uomini a lui notoriamente non amici. Il procuratore generale della Corte d'appello di Napoli, con zelo degno di causa migliore, si affrettò a chiedere l'apposizione dei sigilli a tutta la sostanza mobiliare, per l'ipotesi che fra le carte del defunto si trovassero documenti politici di proprietà dello Stato, il che a tutt'oggi, dopo sei anni, non risultò accertato. Il provvedimento fu eseguito; suscitò opposizione e conseguente litigio giudiziario non tanto il fatto del suggellamento ormai compiuto, quanto la pretesa del governo di estrarre a proprio talento, cioè a giudizio di un proprio delegato, e senza verun controllo degli eredi, tutto quanto dell'archivio privato di Crispi si riscontrasse opportuno di sottrarre alla pubblicità per ragioni di convenienza politica. Come si vede, non erano neppure osservati i confini dell'allora vigente art. 16 del regolamento sugli archivi di Stato, che contemplava e difendeva solo *la proprietà* dello Stato. Il tribunale di Napoli con sentenza 16 aprile 1902 sanzionò tutte le pretese del governo, non dando affatto prova di serena indipendenza di giudizio. La Corte d'appello, con sentenza 19 giugno 1903, mitigò alquanto il cieco ossequio del tribunale alla tirannica ragione di Stato,

ammettendo gli eredi a un controllo estrinseco e superficiale, col diritto di promuovere istanze specifiche, caso per caso, se la scelta operata dal rappresentante del governo fosse per ledere i loro diritti. Era questa una garanzia aerea e insufficiente e tuttavia parve il massimo della tutela che il diritto del privato potesse ottenere dall'autorità giudiziaria, soggiogata e, quasi direi, ipnotizzata, più che dal sacro terrore della ragione di Stato, dalla voce insistentemente posta in giro che dalle carte dell'uomo politico morto fossero per uscire notizie moleste a uomini politici vivi e potenti. La magistratura italiana non si fece troppo onore in quella occasione ».

Mortara, quando scriveva queste cose era presidente della Cassazione, ... ed era Mortara. E dalle sue parole di giudice si trae la morale che non è accettabile *a priori* e in astratto l'assorbimento e l'annullamento del cittadino nel giudice. Sarebbe ben triste quello Stato in cui non fosse concesso al giudice, quasi per spirito di corpo, stigmatizzare le deviazioni dal giudizio, denunciare la violazione del principio che il giudice è soggetto soltanto alla legge.

Sennonché, proprio questo innegabile diritto impone il problema della sua individuazione e delimitazione, al fine di evitare che si instauri uno spirito di corpo a rovescio, invertendo i rapporti tra giudice e legge. Il conformismo politico del giudice (come di qualunque funzionario) può essere a doppia faccia: servilismo verso lo Stato, ma anche servilismo contro lo Stato, in direzione di forze eversive che si teme possano prevalere. Può accadere quindi che il conformismo sia da parte del giudice contestato, oppure da parte del giudice contestatore contro il collega che non ha fatto quello che garbava a lui. E allora?

Allora a me sembra che il confronto tra il caso Crispi, quale lo riferisce Mortara, e il caso Pinelli indichi la via che si deve percorrere per giungere a una *giuridica* soluzione. Non c'è dubbio che nel caso Crispi noi ci troviamo anzitutto di fronte a un episodio concreto e obbiettivamente valutabile: c'erano tutti gli elementi storici della vicenda, la pretesa dello Stato, la posizione degli eredi (i diritti dell'uno e degli altri), e c'erano gli elementi giuridici, sui quali o in base ai quali il procuratore napoletano e i successivi giudici avevano operato. Ben si poteva affermare che nel giudizio si era insinuata la politica, con un volto facilmente riconoscibile, e comunque, proprio per la concretezza dell'episodio, controllabile. Mortara scriveva *post fata*,

ma se fosse insorto subito dopo il giudizio avrebbe legittimamente operato, né avrebbe potuto essere accusato di vilipendio.

Nel caso Pinelli le cose appaiono ben diverse. Qui (prescindo ovviamente da ogni considerazione nel merito, del resto non in questione) c'era solo un triste episodio che tutti hanno appreso dai giornali, e c'erano le solite mormorazioni di parte o se si vuole accuse di parte. Il procuratore investito della questione ha, a un certo punto, deciso di archiviare o richiedere l'archiviazione della pratica. Il problema è uno solo: aveva o non aveva questo magistrato il potere di farlo? Unico problema, si badi bene, che escludeva tutti gli altri possibili e pensabili, per una semplice ragione, che era un problema di competenza.

Su questi modesti concetti giuridico-processuali non si ragiona abbastanza: di solito si riducono ad astratte e generiche definizioni, senza cioè considerare che dietro la faccia esterna della competenza c'è il fatto concreto del potere, di questo terribile potere che, per quanto si faccia, a un dato momento a qualcuno bisogna pur attribuire, nelle piccole e nelle grandi avventure della vita. La competenza (e il potere) ha un aspetto negativo non meno importante, ed è l'esclusione di ogni altra competenza e di ogni altro potere. Su questo in fondo, su questi piccoli mattoni, riposa la libertà, e credo che in ciò, nella varietà delle istanze, siano concordi tutti i discordi magistrati.

Ma se così è, ne viene che è assolutamente vietato a qualunque magistrato inserirsi nella competenza del suo collega. Lo può fare solo ad un patto: che denunci fatti concreti di violazione della legge, di abuso, di deviazione, e via dicendo. Ma fatti devono essere, altrimenti si commette un reato che solo la debolezza dello Stato non riesce a punire, e a parte il reato si sconvolge gratuitamente l'ordine costituito.

È appena il caso di dire che la mozione sulla critica astratta del segreto istruttorio non ha nulla a che fare con il problema che qui trattiamo. Sulla struttura del processo si possono avere mille e una idee, e la sede per stabilire quale è la buona, legislativamente, è il parlamento. Se i firmatari della mozione si fossero limitati a esprimere sul segreto istruttorio il loro pensiero e il loro voto, nessuno avrebbe contestato il loro diritto. Ma essi l'hanno fatto con « riguardo alla richiesta di archiviazione del caso Pinelli ». Questo era in fondo quello che solo ad essi importava, per le ragioni anzidette, ma questo era quello che non potevano fare giuridicamente, né come singoli, né,

tanto meno, come associati. Che l'abbiano fatto impunemente poco interessa al giurista. L'importante è, per il giurista, avere la certezza, e dare agli altri la certezza, che non lo potevano fare.

IL CASO CALAMARI E IL CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA

La cronaca giudiziaria italiana si va riempiendo di casi. Pessimo segno. Quando un fatto umano diventa un caso è segno che esso è stato distolto dalla sua logica, e artificiosamente ricreato per fini diversi. Nei *Quaderni* abbiamo incontrato il caso Braibanti, oggi dobbiamo registrare — e si tratta della stessa cosa, perché il sacro e il profano sono assolutamente indifferenti nell'artificio della creazione — il caso Calamari. Non metterebbe conto parlarne se il nuovo caso non si prestasse a considerazioni giuridiche di altissimo livello, e non ci offrisse il destro di controllare alcuni principi esposti in questo stesso *Quaderno.* Ci hanno appreso i quotidiani che il dott. Calamari, procuratore generale presso la Corte d'Appello di Firenze, in seguito all'assoluzione dei vigili urbani dall'accusa di abbandono di pubblico servizio per aver partecipato a uno sciopero, ha indirizzato al comando dei vigili una circolare nella quale si fa presente che l'assoluzione è stata determinata dalla mancanza di dolo, e pertanto lo sciopero dei vigili deve continuare a ritenersi contrario alla legge. Con un'altra circolare il dott. Calamari ha invitato la polizia ad accertare se fossero conformi alle disposizioni per la stampa certi volantini diffusi davanti alle scuole medie e superiori di Firenze.

Il dott. Calamari è quello stesso procuratore generale del quale ho parlato nel III *Quaderno*, pag. 169, a proposito della relazione da lui fatta nell'inaugurazione dell'anno giudiziario della Corte fiorentina: e nulla abbiamo pertanto da aggiungere a quel che allora dicemmo. Il suo « caso » è nato da ciò, che il Consiglio Superiore della Magistratura, non so da chi e come investito, si è messo a discutere se nell'audacia del procuratore si ravvisassero gli estremi per sottoporlo a procedimento disciplinare. La discussione deve essere stata aspra, in sede di commissione, e si è conclusa con parità di voti

(tre contro tre). Non si sa quindi quale sarà la sorte del procuratore infedele. Sorte del resto indifferente, come è facile comprendere, perché ormai lo scopo di chi lo ha accusato è stato raggiunto, lo scopo appunto di creare il « caso », cioè di allargare le crepe del simbolico Palazzaccio, e più a monte di riportare gli italiani alla meditazione dei Promessi Sposi.

Sennonché a questo punto (sono sempre i giornali che parlano) è venuto fuori un altro guastamestieri, e precisamente il dott. Trotta, il quale, nella sua veste di presidente dell'Unione magistrati, ha ufficialmente fatto sapere che, secondo diritto, al Consiglio Superiore della Magistratura non è lecito impiantare la discussione che ha impiantato, e tanto meno procedere a votazioni, perché l'iniziativa di promuovere i procedimenti disciplinari spetta al ministro o al procuratore generale della Cassazione: il Consiglio è investito del procedimento disciplinare e della applicazione delle sanzioni, cioè in una parola del giudizio; tanto più quindi non può discutere e votare sulla iniziativa, perché ciò costituirebbe un autentico giudizio preventivo. « Provenendo dal giudice dell'eventuale provvedimento, un tale invito, un tale incoraggiamento, una tale assunzione di potere, ma anche di una responsabilità che ad altri spetta e che su altri deve esclusivamente gravare, sembrano del tutto inconcepibili in uno Stato di diritto ».

Abbiamo guardato l'art. 10 della legge 24 marzo 1958, n. 195 sulla costituzione e sul funzionamento del Consiglio Superiore, e abbiamo riscontrato l'assoluta esattezza del rilievo del Dott. Trotta: abbiamo anzi ammirato la sapienza del legislatore (e vorremmo meglio dire astrattamente del diritto) che ha distribuito le parti, limitando il pericolosissimo autogoverno dei giudici. Sempre più mi convinco che c'è una profonda filosofia nelle strutture giuridiche, e così il funzionario, col suo aborrito nome, assolve a un compito di libertà, a pari grado con le istituzioni che la libertà va più o meno capricciosamente creando nell'agitazione della storia. O forse il vero è che queste istituzioni, destinate fatalmente a trasformarsi o a perire, ignorano il diritto, e perciò camminano sul filo della incostituzionalità, e tanto più in quanto si qualificano costituzionali, come altra volta ho notato proprio per il Consiglio Superiore (v. *Quaderno* III, pag. 65 e sgg).

L'eccezione giuridico-formale sollevata dal dott. Trotta non deve

però far dimenticare il merito della vicenda: se pur non si deve dire che il merito ha assunto l'aspetto, come spesso capita, a onor della procedura, di una questione formale. Le accuse rivolte al dott. Calamari — questo è il merito — riguardano infatti due atti che egli ha compiuto nello svolgimento del proprio officio. Su questo non vi può esser il minimo dubbio. A norma dell'art. 73 dell'Ordinamento giudiziario il pubblico ministero vigila sull'osservanza delle leggi: e non è contestabile che questa vigilanza possa e debba esplicarsi anche con ammonimenti di carattere normativo, come è appunto quella di esplicare la portata di una certa sentenza e le conseguenze che ne derivano, o col richiamo agli organi competenti su fatti che possono costituire violazioni di una legge. Si tratta ovviamente di opinioni personali, perché il pubblico ministero non è giudice, ma personali nel senso dell'organo, che appunto per questo è creato, nella dialettica del giudizio. Orbene, se così è non ci può essere il minimo dubbio che quel che un organo compie nello svolgimento del suo officio non possa costituire materia di procedimento disciplinare. Per sostenere il contrario bisognerebbe che la persona preposta all'organo si fosse sovrapposta alla sua funzione, e l'avesse deviata verso fini particolari: ma allora non di questione disciplinare si tratta, ma di questione penale, essendo il diritto penale il criterio discriminatore dell'azione lecita o illecita dell'organo, o della persona fisica che è addetta all'organo. Il rapporto disciplinare è un rapporto esterno all'officio e allo svolgimento dell'officio: esso riguarda l'aspetto amministrativo, con i suoi diritti, i suoi doveri, che non interferiscono per definizione con l'officio.

Certo, una interferenza è possibile, ma allora bisogna voltare una pagina della storia, e non so se gli accusatori del dott. Calamari vogliano avventurarsi a tanto. Bisogna cioè che il pubblico ministero diventi, anche nella sua funzione, un organo amministrativo (ma è dubbio che questa parola avrebbe in tal caso un senso), agisca cioè per ubbidire e far ubbidire al volere e all'arbitrio di un principe, fuori del diritto. In definitiva è quello che mostrano oggi di volere gli strani accusatori del dott. Calamari, ma temo che lo vogliano proprio perché agiscono all'ombra e contano sulla protezione del dott. Calamari.

[147]

NIXON *versus* MANSON
OVVERO IL TRAMONTO DELLA LIBERTÀ

È passato come una banale notizia giornalistica, come tutto passa in un mondo che non si prende più sul serio, l'indiretto intervento del presidente Nixon nel processo che si conduce in quel di Los Angeles contro Charles Manson, l'autore o l'ispiratore della strage nella villa dell'attrice Sharon Tate. Di questa spaventevole vicenda a noi interessa in sé e per sé assai poco: interessa soltanto il fatto che sia spaventevole, perché con i suoi aspetti magici, o più semplicemente di plagio (il nostro Braibanti è al paragone un povero provinciale, e mi scuso di aver preso in considerazione lui e i suoi beatificatori: v. *Quaderno* II, pag. 186) porta agli estremi dell'assurdo la nostra assurda esistenza. Carnefici e vittime sono del resto qui confusi in un solo giudizio, o non giudizio, come opposti dannati in una bolgia dantesca.

Il processo che si svolge nell'aula 108 del Tribunale di Los Angeles non è diverso nello schema dagli infiniti processi che si svolgono in tutte le parti del mondo. Sempre sulla base di un efferato delitto si profilano orizzonti tenebrosi o radiosi, secondo i gusti, di contestazione, e sempre questa vaga contestazione si converte in concreta contestazione giudiziale, che coinvolge e travolge in un gioco più o meno d'azzardo avvocati e giudici. È di ieri la notizia, anch'essa subito dimenticata, che i subrostrani della Corte d'assise di Laon, in Francia, hanno freneticamente applaudito i difensori dei due delinquenti che avevano rapito, e restituito incassando un riscatto di 110.000.000, una bambina di tre anni; è ancora di ieri l'assoluzione di non so quanti banditi nella mia civilissima Sardegna, rei confessi di sequestri e ricatti, e salutanti col pugno chiuso i loro assolutori.

Il processo di Los Angeles ha però avuto questa singolarità: che ha fatto perdere la testa al presidente degli Stati Uniti Richard Nixon, cioè proprio all'uomo che professionalmente non può né deve perderla. Dopo aver seguito alla televisione lo spettacolo di questo processo, con tutto il clamore che giornalisti, pseudo scienziati, cineasti e invertiti gli hanno fatto intorno, Nixon in un pubblico discorso ha

espresso la sua indignazione contro Manson definendolo colpevole di otto assassinî. Mai lo avesse fatto: la valanga degli uomini liberi si è calata sopra di lui, accusandolo di non aver tenuto conto che secondo la Costituzione americana un imputato sotto processo è innocente fino al momento della sentenza. Inutile dire che Nixon, pensoso di tante cose, ha cercato di richiamare in qualche modo la voce dal sen fuggita, che tra l'altro, come dicono le cronache, ha dato un'altra carta ai difensori di Manson per impugnare la validità del processo.

Noi riteniamo, al di fuori di ogni personale valutazione, che il costituzionalista occidentale, se non vuol ridursi a un elencatore di principî che non hanno più alcuna rispondenza nella realtà, dovrebbe inserire il caso Nixon-Manson nei suoi manuali. Esso è di una importanza enorme, perché pone in termini nuovi e concreti il problema della libertà. È appena il caso di dire che la protesta del presidente della più democratica repubblica del mondo va ben oltre la persona di Charles Manson. Costui si qualifica o viene qualificato Satana, ma Satana è il mondo che lo ha espresso, così come esprime il *gay people* americano, la fiera pornografica di Copenaghen, il cinema e la letteratura « impegnati », i drogati più o meno capelluti, tanto per fermarsi alle manifestazioni plateali del sesso, che possono sembrare parziali, ma sono estremamente indicative e rivelatrici. Non pubblica proprio oggi il più « borghese » dei giornali d'Italia, a uso e consumo dei suoi lettori timorati di Dio, una réclame a caratteri di scatola di un libro edito dal Feltrinelli, col titolo: *Inversione sessuale. L'omosessualità è una malattia o un diverso modo di vivere?* Del resto è sul terreno del sesso, mascherato di teologia, che la Chiesa sta perdendo la battaglia per la sua sopravvivenza.

Il problema dell'osceno ha un posto fondamentale nella vita associata, e lo dimostra il fatto stesso del dilagare dell'oscenità. Che esso ci sia sempre stato, dietro le quinte di quella che gli ipocriti intellettuali qualificavano ipocrita civiltà è indubbio: basta pensare ai processi intentati contro opere destinate a diventare celebri, di Flaubert, di Oscar Wilde, tanto per dire. Ma questo ha una importanza meramente curiale, ed è anzi argomento che si ritorce contro chi lo adduce, perché prova l'assoluta impossibilità di comunicazione tra l'osceno e il diritto. Il giudice che perseguita l'osceno è destinato a coprirsi di ridicolo, sia che condanni sia che assolva, perché il rapporto tra arte e osceno sul piano giuridico è poco meno o poco più

che la quadratura del circolo, e non solo, ahimé, tra arte e osceno, ma quel che è peggio tra scienza e osceno, perché il versipelle e redditizio osceno ormai si disinteressa dell'arte, e nel secolo dei nuovissimi luni opta per la scienza, inventando la « sessuologia ». Secondo me, i giudici fanno benissimo ad assolvere, quando vengono disturbati per i reati di cui all'art. 528, e meglio farebbero i pubblici ministeri a disinteressarsi di questa assurda norma, la cui applicazione si traduce sempre in un involontario ma fruttuosissimo *battage* per i produttori e per gli editori.

Il problema dell'osceno, e di tutte le altre cose che gli fanno contorno, interessa il diritto sotto un altro e più profondo aspetto, o meglio proprio sotto l'aspetto della sua incapacità assoluta a definirlo e determinarlo. È, per essere più precisi, una delle tante cose che il diritto non riesce a determinare, anzi si può addirittura formulare il principio che quanto più i fenomeni umani implicano il riferimento a valori supremi, a concetti *a priori*, tanto più essi si sottraggono al diritto, che presupponendo necessariamente quei principî o concetti non può farne oggetto di valutazione o di giudizio. Le famose norme in bianco inventate dai giuristi sono delle autentiche fughe per la tangente.

Questa gravissima scoperta si traduce in quest'altra: che i concetti *a priori*, e tra questi in prima linea l'idea dell'osceno, non sono giuridici né giuridicizzabili, ma sono politici. Essi riguardano esclusivamente la libertà, sono un momento della libertà umana. È, più che una scoperta, una constatazione, del resto, perché quelli che Dante avrebbe chiamato ruffian baratti e simile lordura affermano oggi il diritto di essere quello che sono proprio in nome della libertà, e hanno ragione: perché in fondo essi sono veramente liberi e operano da uomini liberi. La libertà non si lascia ridurre in termini giuridici. L'art. 21 della Costituzione che ha fatto un pallido tentativo di giuridicizzarla, specialmente col suo ultimo comma, ha fatto un buco nell'acqua, nella sua stessa acqua.

Questo risultato, che potrebbe essere disperante, può anche essere esaltante, se lo si risolve nell'altro che la libertà è, e non può non essere, affidata agli individui come tali, è un fatto del loro spirito. Non vale dire *servi legum sumus ut liberi esse possimus*, se le leggi non riescono a circoscrivere la libertà. Le leggi, nelle cose su-

preme, siamo noi stessi, e siamo noi che poniamo a noi stessi, col riconoscere quelle cose supreme, la nostra legge.

Se si bada bene, in ogni settore della vita associata è e non può essere che così: e i giuristi più avanzati l'hanno avvertito quando hanno parlato, in un senso certo teoricamente inaccettabile, di formazione extra statale del diritto, ad es. per il diritto del lavoro, inteso in senso lato (cfr. *Quaderno* I, pag. 139 e II, pag. 62). Ora questa scoperta del carattere politico della libertà porta a una conseguenza assai grave, e cioè che essa è politicamente esposta, cioè è senza protezione giuridica. Per meglio dire la protezione giuridica è in funzione della protezione politica, si è liberi cioè in quella misura e fino a quel segno in cui la *polis* ci lascia liberi; e la *polis* ci lascia liberi fino a quando i suoi interessi coincidono coi nostri. Come a dire che il massimo di libertà coincide col massimo di servitù.

A questo punto si inserisce un pizzico di metafisica, ma è una metafisica con la quale l'individuo deve fare i conti, assai più che col diritto. Vogliamo dire che vi sono leggi di conservazione sociale (a prescindere dalle ridicole distinzioni di destra o di sinistra, che lo Spirito non conosce, come per un altro verso non le conosce la Specie) che non possono essere infrante. La libertà di cui abbiamo parlato contesta quelle leggi, così come queste leggi contestano quella libertà. È una gara del braccio di ferro che si combatte perennemente nella storia: ma la vittoria è da ritenere indubitabile, ed è delle leggi di conservazione, per la semplice ragione che il mondo non può perire.

Le manifestazioni di libertà che ci passano davanti agli occhi, e torniamo, per la opportunità del discorso, all'osceno, ci propongono il terribile dubbio se la libertà, vista *sub specie aeternitatis*, sia possibile, se cioè l'uomo possa essere libero. È qui che il discorso si riallaccia all'improvviso intervento di Nixon. Con la sua contestazione, il presidente, che tra l'altro è uomo di legge, si è fatto portavoce dello Spirito o della Specie, secondo che più piace. E ha negato che l'uomo possa essere libero. Ma lo ha fatto in un modo singolarmente interessante per noi (ed è per questo che abbiamo tenuto questo troppo lungo discorso), in quanto ha rinnegato il principio della Costituzione americana, e che la Costituzione americana ha passato alla nostra, della presunzione di innocenza. Questo principio, ha

detto in sostanza Nixon, senza accorgersene, non vale perché non vale la libertà, perché l'uomo non può essere libero. Non solo non vale il principio, ma non vale il processo, non vale nulla.

Per questa misteriosa via, Manson e Nixon cessano di essere avversari, e passano insieme a braccetto il grande varco della storia.

SALVATORE SATTA

QUADERNI

DEL DIRITTO E DEL PROCESSO CIVILE

Non in legendo sed in intelligendo leges consistunt.

Sir EDWARD COKE

V

PADOVA
CEDAM - CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI
1972

DOTTRINA

[003]

GIUSEPPE CAPOGRASSI QUINDICI ANNI DOPO

Sono passati quindici anni dalla morte di Giuseppe Capograssi. Quindici anni sono molti per il bilancio di una vita, sono nulla per il bilancio di una morte. Ogni volta, la pietas di Pietro Piovani, che si rende interprete dei discepoli rimasti, pubblica nel Corriere della Sera il necrologio del Maestro: sono dieci, quindicimila lire buttate nel gazofilacio dei Crespi, e il povero nome si perde tra i vistosi annunci mortuari dei commendatori milanesi, che muoiono almeno cinquanta volte, e i richiami della dominante pornografia scientifica. Si direbbe una cosa vana, dunque, ma vana non è. Almeno per un attimo ci sarà stato un ignaro operaio che avrà composto il suo nome, un correttore di bozze che l'avrà verificato, una rotativa che l'avrà stampato. Un atto interruttivo di prescrizione nel tempo che la morte ha reso infinito.

Capograssi, chi era costui?

Molte volte io ho commemorato la sua piccola e insignificante figura, e molte volte persone più competenti di me hanno fissato in scritti e libri il pensiero filosofico e religioso che animava la sua esistenza. Non mi sono però mai illuso sulla sua fortuna immediata: anzi ho sempre ritenuto e proclamato che egli sarebbe stato presto dimenticato e presto addirittura odiato. Doveva essere così. Nel momento in cui moriva il mondo mostrava i segni palesi della sua trionfale dissoluzione: non occorreva essere profeti per intendere che in un simile mondo non ci sarebbe stato posto per la sua spirituale filosofia, tra l'altro espressa — torto gravissimo — in termini comprensibili. Il cantore, il difensore, il salvatore dell'individuo come poteva resi-

stere a quello spaventoso trionfo del mondo che si esprime nella massa? Cantare, difendere, salvare l'individuo significa richiamarlo ad ogni momento e costringerlo a una vita militante. La massa è l'individuo che ha tradito la vita militante, e si è appunto alienato (che vuol dire, al di fuori di ogni sofisticheria, venduto) per darsi a una vita trionfante. Il dramma della Chiesa di oggi è lo stesso dramma dell'individuo: anche la Chiesa non può essere che militante finché opera nel finito. E neppure la Chiesa vuole più essere, e cerca in terra il suo trionfo. Per questo la Chiesa, che avrebbe dovuto farlo santo da un pezzo, non solo per le virtù eroiche, ma per gli infiniti quotidiani miracoli compiuti in vita, è pienamente d'accordo con la sparente università per respingerne la memoria.

Detto questo, dobbiamo però noi stessi, che gli siamo rimasti fedeli per la semplice ragione che egli ci ha ricreato, chiederci se veramente il mondo non abbia ragione, e se egli non sia davvero morto, nel corso di questo quindicennio. La sola commemorazione possibile oggi è questa, ed è la commemorazione di noi medesimi, perché il dubbio ci investe tutti. Non si tratta di uno scherzo. Tutte le filosofie, di qualunque contenuto, materialistiche o idealistiche, di qualunque tempo e di qualunque luogo, hanno avuto un identico e immutato presupposto: una realtà o la convenzione di una realtà alla quale far riferimento. Nel giro di questi quindici anni noi abbiamo assistito, e ci viviamo in mezzo, siamo noi stessi parte di questo fenomeno, alla radicale sparizione di quella realtà. Ha un senso oggi Capograssi, tutto ciò che in questo nome si incentra, di fronte alla sparita realtà?

Diciamo sparita, ovviamente, nel senso che nessun'altra realtà l'ha sostituita, né migliore né peggiore, perché di realtà non può parlarsi per l'avventura tecnologica nella quale, secondo la parola di moda, ci siamo cacciati. L'avventura tecnologica, con la sua fisica nucleare e con la scalata alla luna, appartiene alla sfera della potenza: l'uomo può tutto, questo è stato tanto dimostrato che non ci sarebbe bisogno che desse più prova di

se stesso. Ma il prodigioso risultato tecnologico è al livello dell'istinto delle api e delle formiche, con la meraviglia, e quindi la purezza, dell'istinto in meno. L'ingegno umano è al di sotto dell'istinto, perché gli manca la finalità, e quindi la capacità di fermarsi. Per questo la tecnologia è il veicolo della distruzione. E questo forse Capograssi voleva dire quando, una sera, in una delle nostre socratiche conversazioni, si chiuse la testa fra le mani esclamando: Hanno toccato l'atomo, hanno toccato l'atomo. Ed io allora non capii.

La finalità, che nell'uomo è scissa dall'ingegno, cioè dalla tecnologia, è propriamente ed esclusivamente la realtà che aveva fino a ieri costituito il fondamento o lo sfondo di ogni filosofia e di ogni teologia. San Paolo dice queste cose in un modo mirabile: omnia sunt vestra, et vos Christi. *L'*omnia sunt vestra *è l'autorizzazione amministrativa del dio tecnologico. Cristo è il fine che il Dio universale assegna al potere autorizzato. Ed è appena il caso di dire (ma i professori schifiltosi son tanti) che Cristo può essere la seconda persona della trinità, può essere un simbolo: il risultato non muta. Cristo, il fine, è la realtà, che si può chiamare in mille modi, fede, amore, carità, legge, ordine, come si vuole, purché si accetti l'idea del fine, cioè la nostra appartenenza ad altri. Questo è vero in estremo anche per la cieca volontà di vivere di Schopenhauer, perché anche il vivere, il cieco vivere, è un fine.*

*Ora, l'esperienza di questi quindici anni che egli non ha veduto è proprio la totale negazione del fine. La parola di San Paolo è stata scissa, e la seconda parte soppressa. L'uomo tecnologico si è fermato all'*omnia sunt vestra. *La conseguenza è quindi non di vita, ma di distruzione, perché la tecnologia abbandonata a se stessa non può vivere che di distruzione, materiale e morale. Basta volgersi intorno per avvedersene, forse basta guardare in se stessi. Come nell'ecologia l'inquinamento, così nella società il peculato per distrazione sono l'espressione e il simbolo della negazione del fine. Due parole che quando*

viveva e scriveva Capograssi addirittura non esistevano nel concreto.

Nessuno più del giurista è in grado di comprendere nella sua essenza la sparizione della realtà, perché egli la vede attraverso la dissoluzione degli organi sociali, senza i quali non è consentita la vita, se non come manifestazione ferina. E non c'è dubbio che gli organi si sono tutti disciolti, da quelli legislativi a quelli amministrativi, dalla giustizia in tutti i suoi gradi, compresa la Corte costituzionale alla cui soglia si fermò proprio Capograssi. L'anfanamento dei parlamentari per varare sempre nuove riforme, che non verranno mai a capo di nulla anche se saranno varate, o creeranno solo nuove occasioni per ideali peculati ne dà la conferma, allo stesso modo come ne dànno conferma la ribellione alla legge dei giudici, le loro improvvisazioni legislative. Non c'è oggi alcun libro giuridico che abbia rispondenza nel fatto, come non c'è autorità che regga di fronte alla libertà garantita dalla Costituzione. La Costituzione è anzi il solo tabù che rimane, e non c'è nulla di peggio di un tabù non sorretto dalla fede o dalla superstizione. Così la pornografia prezzolata tiene il campo nelle lettere e nelle arti, le strade si son fatte bordelli, la scuola è mutata in farsa, solo le prigioni sono vuote, ma per le allegre amnistie e per l'impotenza della polizia. E su tutte queste ruine prospera veramente una volontà che non è di vivere se non nelle apparenze, in realtà è di distruzione e di autodistruzione.

Si potrebbe continuare a dire cose che tutti sanno e vedono, e conviene invece tornare a Capograssi, alla domanda che ci angoscia. Ha un senso, ha avuto un senso la sua opera, il suo ammaestramento? Non è giusto che il mondo, dalla scuola alla chiesa, lo ignorino? Non ci ha egli mentito, sottraendosi all'esperienza, col miraggio di uno spirito che non esiste?

Per rispondere a queste domande mi rituffo nelle sue Opere (a proposito, mi dicono i Giuffrè che l'edizione di 3.000 copie si è esaurita, in questi quindici anni. Se fosse vero, sarebbe come la certezza del filo d'erba che spunta sul deserto della terra).

[007]

Apro a caso, ma l'occhio si ferma su quelle pagine che già mi apparvero sovrumane, sulla Introduzione alla vita etica, *e smarrito mi chiedo se esse siano state scritte tre anni prima della morte, o se egli sia qui presente e invisibile a scrivere la nostra vita, la vita di domani, di sempre. Rileggiamo insieme, prima di addentrarci nelle miserie di questo Quaderno: « La religione del progresso coincide con la religione del regresso. In questo fluttuare infinito dell'uomo che è informe e sterile come il mare, non si sa più quale è il progresso e quale il regresso; le ordinarie dimensioni del tempo spariscono. Per queste onde che si formano e si sformano e che non sono altro che questo formarsi e sformarsi, il passato può essere il futuro, il futuro può essere il passato. Questo perpetuo agire, che è un perpetuo non arrivare a nulla, può ritornare indefinitamente nelle forme, riprendere vecchi modi di vita, di guerra, di lavoro: può ritornare alla barbarie come alla civiltà; può ritornare dove vuole poiché effettivamente non ritorna mai a nulla »* (Opere, *Vol. III, 150*). *Sono le parole che ciascuno di noi, mentre è avvolto in questo progresso-regresso, vive dentro di sé, e Capograssi le ha pronunciate per noi, e da quindici anni le ripete nel libro chiuso. Il tempo che noi consumiamo egli lo ha vissuto, come un antico profeta. La sparita realtà non condizionava la sua filosofia, anzi egli è venuto fra noi per assicurarci, al di là del tempo, che la realtà non sparisce. Bisogna crederci, assurdamente crederci. E fare nostre le sue ultime così inattuali parole: « poiché è certo l'aumentare del dolore nel mondo, l'avvenire dell'individuo è sicuro ».*

SINTESI DELLA TEORIA DELL'AZIONE

1. - Il problema dell'azione è al centro stesso della esperienza giuridica, e tutta in sé la ricomprende e riassorbe. Ne consegue che esso non può essere studiato allo stesso modo di un qualunque particolare istituto (per es. la proprietà), né, correlativamente, può essere rivendicato da questa o quella branca della scienza del diritto, neppure da quel diritto processuale civile che ne ha fatto oggetto finora di quasi esclusiva cura, ma è comune a tutte le branche, più semplicemente è il presupposto di una seria indagine nel mondo del diritto. Si potrebbe attribuirlo alla filosofia del diritto se questa non si identificasse con il diritto stesso: e certo la sua trattazione richiede una profonda vocazione filosofica, tanto che ai filosofi o ai giuristi dotati di filosofica capacità speculativa si devono i più recenti progressi nella osservazione del problema. Recentemente è stato osservato, da uno studioso che ha ripreso a fondo l'indagine (Orestano) che l'interesse al problema dell'azione è prevalente, se non addirittura specifico, nella dottrina tedesca e in quella italiana, in collegamento con la tradizione pandettistica ottocentesca, mentre scarso o nullo è il rilievo che ad esso si dà nella dottrina francese e anglo-sassone. Riteniamo che l'osservazione debba essere rettificata. Non c'è dubbio che i francesi, almeno fino a poco tempo fa, hanno praticamente ignorato il problema, come lo si è ignorato in Italia da parte di quella scienza che da essi aveva preso ispirazione (la procedura civile, in senso antagonistico col diritto processuale civile): ma per quel che riguarda la dottrina anglo-sassone il disinteresse è solo apparente poiché in realtà l'indagine si è puntualizzata sul diritto, come dimostrano opere vecchie e nuove di quegli autori che costitui-

scono le correnti realistiche, e che nella sostanza trattano dell'azione in funzione critica del diritto. Sotto questo aspetto lo studio dell'azione in quei paesi è più « sentito » che nei paesi continentali, perché l'azione è vista nella sua concretezza, e non su un piano meramente concettualistico.

Comunque sia, quel che si deve riconoscere è che, nei paesi di influenza culturale germanica, come fino a ieri è stata l'Italia e in parte continua ad essere, quel grande movimento scientifico che ha condotto alla creazione dei sistemi giuridici, e quindi alla elaborazione e fissazione dei concetti e delle categorie tuttora dominanti, si è esteso quasi naturalmente al processo e attraverso il processo all'azione, che dalla pandettistica ha derivato la sua sistemazione e la sua qualificazione. Ciò significa in parole più semplici che i concetti elaborati per il diritto sostanziale (diritto, rapporto giuridico, ecc.) sono stati automaticamente trasferiti al processo, e come il processo è stato visto in chiave di rapporto giuridico (processuale), così in chiave di diritto è stata vista l'azione. Il fatto è storicamente importante perché è indicativo di un'epoca e di un modo di pensare e di sentire, che forse solo ora denuncia la sua vecchiaia, e soffre gli assalti di una critica che a sua volta è indicativa di un nuovo periodo storico.

Ovviamente, non si può fare qui la storia dettagliata di questi svolgimenti di pensiero, perché ciò significherebbe fare la storia di tutto il processo. Quel che importa è invece considerare nel suo spirito informatore l'atteggiamento, che possiamo dire tradizionale, della scienza di fronte all'azione, e che si può riassumere nella qualificazione dell'azione come un diritto, alla stessa stregua di tutti gli altri diritti enucleati dalla dottrina, come il diritto di proprietà, di obbligazione ecc. Non si tratta di una mera terminologia: l'idea del diritto di azione comporta una « astrazione » dell'azione stessa, la partecipazione della medesima all'astrazione che è propria di tutti i diritti.

Sulla base di questa comune premessa, la dottrina si è svolta alla ricerca e alla fissazione del contenuto specifico del « diritto

di azione ». La esigenza alla quale ogni costruzione doveva rispondere era evidentemente quella di inquadrare o meglio inserire nel « diritto » il giudice ed il giudizio; ma vi era, oltre a questo, e preliminare a questo, una condizione da rispettare, e che si poneva come assoluta, l'autonomia del diritto stesso.

2. - L'autonomia dell'azione veniva affermata (come viene tuttora dalla dottrina che si è mantenuta fedele alla tradizione) sopra tutto in polemica con l'idea, allora universalmente accettata, dell'azione come elemento del diritto soggettivo (Savigny), cioè come potere, inerente al diritto, di reagire contro la violazione, o come il diritto stesso in movimento, nella sua tendenza all'attuazione ecc. Si muovevano a questa in fondo elementare configurazione varie obbiezioni: ma il motivo principale di critica era dato dal fatto che essa lasciava in ombra il protagonista, o almeno ritenuto tale, del momento processuale del diritto, cioè il giudice.

Ora, giudice, non significava soltanto la persona fisica (la terza dell'*actus trium personarum*, secondo la definizione di Bulgaro), ma la legge, il diritto obbiettivo, in contrapposizione al diritto soggettivo delle vecchie concezioni. Il vero passaggio, la vera novità stava in questo: nel porre come fine pubblicistico nell'azione, una direzione verso lo Stato, rappresentato dal giudice, che distaccava radicalmente l'azione stessa dal diritto (soggettivo).

Si profilò su questo indirizzo una serie sterminata di definizioni, che per altro si possono ricondurre a due fondamentali: quella del diritto concreto di agire, e quella del diritto astratto di agire. Per diritto concreto si intende quel diritto soggettivo pubblico (azione) che spetta al cittadino che ha ragione affinché lo Stato gli accordi la tutela giuridica; per diritto astratto invece quel diritto soggettivo pubblico spettante a ognuno che in buona fede crede di aver ragione per essere sentito in giudizio e costringere l'avversario a entrarvi. È chiaro che, a parte gli aspetti cronologici che in fondo hanno poca importanza, le due conce-

zioni sorgono come critica l'una dell'altra, perché quel cittadino che ha ragione può concepirsi in astratto, ma nel concreto è solo un fantasma, poiché la ragione si ha solo quando viene riconosciuta, cioè quando l'azione si è favorevolmente esercitata e consumata. Nella concezione di diritto astratto affiora già il vero dramma dell'autonomia dell'azione, che è quello di dover procedere da un diritto (soggettivo od oggettivo poco importa) dato come esistente, per sboccare in un diritto che *a priori* esclude l'esistenza, poiché si tratta appunto di dimostrarla. Questo vizio originale accompagnerà tutta la teoria dell'azione nel suo svolgimento: e il disagio determinato dall'intima e insanabile contraddizione meglio non poteva essere espresso che da quella dottrina (altamente rappresentata da Bülow, Kohler, Degenkolb) che nega l'esistenza dell'azione come diritto soggettivo anteriore al giudizio, e lo fa nascere (con il mero contenuto del diritto ad avere una sentenza giusta) dalla proposizione della domanda.

Sono segni manifesti di un progressivo approccio alla soluzione del problema, che solo potrà essere trovata nella eliminazione del dualismo diritto-azione, cioè nel riconoscimento della essenziale unità dell'ordinamento, come appresso diremo. Prima però dobbiamo accennare per completezza che la direzione verso lo Stato, e quindi il carattere pubblico del diritto di azione, non è sempre accolto dalla dottrina. Chiovenda, costruendo l'azione come un diritto potestativo, cioè il diritto di porre in essere le condizioni per l'attuazione della legge, ha derivato la sua natura dalla natura del diritto (privata o pubblica) della cui tutela si tratta, e ha affermato come costante la direzione verso l'altra parte. Ciò può segnare un progresso rispetto alle dottrine elaborate in Germania, ma la teoria del diritto potestativo non sfugge alla contraddizione fondamentale insita nell'accennato dualismo diritto-azione.

Nella dottrina successiva a Chiovenda non si nota nulla di particolare. È degno di menzione, con riferimento a quanto detto, il tentativo di Redenti di sciogliere la contraddizione scin-

dendo l'azione in un duplice diritto: sostanziale (assistita dal diritto sostanziale) e formale (o processuale, indipendente dall'esistenza del diritto, e quindi comprendente anche l'azione infondata).

3. - Il problema dell'azione non è un mero dilettamento speculativo: dalla sua soluzione dipende tutta la impostazione della scienza e non solo di quella del processo, con conseguenze pratiche di grandissimo rilievo. Il dualismo diritto-azione, come è facile immaginare, comporta l'insorgere di una serie di astrazioni dipendenti dalla necessità di tener fede all'autonomia dell'azione, che degenerano in falsi problemi, e sono la causa prima del tanto deprecato formalismo. Si può dire perciò che la concezione dualistica recasse con sé i germi del suo dissolvimento. E i primi dubbi si appuntarono specialmente sulla esistenza del diritto sostanziale, presupposta acriticamente dalla concezione dualistica, quell'esistenza che, come si è detto, lo stesso processo rendeva problematica, se non addirittura fantomatica. Era fatale che il diritto facesse le spese della riduzione a unità del binomio diritto-azione: e fu quello che avvenne, sia pure con diversi atteggiamenti, in Germania per opera di Binder, in Italia per opera di Pekelis. In sostanza, si tendeva ad affermare « la priorità logica dell'azione sul diritto soggettivo, che esisterebbe solo mediante e come riflesso della tutela », o non era addirittura che « il frutto di un errore ottico storicamente spiegabile ».

Tutto questo avveniva (sebbene come si è visto avesse lontane radici) tra le due guerre. Ma, quasi a temperare l'esagerazione, è sopraggiunta dopo l'ultima guerra, e anche per effetto dei rivolgimenti da questa portati, una esigenza di ripensamento delle posizioni tradizionali (che sono tuttora dominanti, per il naturale istinto di difesa della scienza ufficiale), al lume delle esperienze del giudizio, che tutte le guerre e tutte le rivoluzioni offrono all'attenzione, e si può dire senza retorica, alla sofferenza dello speculatore. Non c'è dubbio che da una parte il giu-

dizio, con la sua scoperta o riscoperta creatività, e dall'altra il connesso momento della interpretazione della legge (si possono soggettivamente indicare i nomi di Capograssi, Ascarelli, Satta, e in parte lo stesso Carnelutti come gli osservatori più attenti della nuova o rinnovata esperienza) sono i fattori del nuovo movimento che è caratterizzato, non da una risoluzione del diritto nell'azione, ma dalla affermazione della unità dell'ordinamento, e dalla risoluzione di esso nel giudizio. Riassumiamo brevemente le idee fondamentali di questo movimento, che sono molto semplici, addirittura elementari, ma appunto perciò hanno in sé una carica si può dire rivoluzionaria. Il dato di partenza è, naturalmente, la norma. Che la norma esista nella sua materiale obbiettività (leggi, regolamenti ecc.) è indubitabile. Ma assai grave fraintendimento sarebbe (ed è l'atteggiamento universale, si può dire) quello di confondere l'obbiettività materiale (legge) con la spirituale. In più semplici parole, la norma non è un dato esterno, imposto da un più o meno mitico legislatore che sta fuori di noi, è essenzialmente un fatto interno, di cui le leggi formali e le altre fonti del diritto sono la esteriorizzazione, in determinate condizioni di tempo e di luogo. Ma anche così esteriorizzata, la norma non cambia la sua natura: anzi dalla esteriorizzazione la interiorità riceve la sua più sicura conferma, perché la legge, secondo l'insegnamento istituzionale, è astratta, cioè non è la realtà, anche se è un momento della realtà, cioè concorre a formarla. La legge trova la sua realtà nel concreto, cioè nell'azione (azione umana, in generale): legge e azione che sono assolutamente indissociabili, e insieme formano l'unico e indivisibile ordinamento. Quella che si chiama azione giudiziaria nasce da ciò che l'ordinamento non si è concretato (perché è mancata l'azione spontanea, l'adeguamento dell'azione alla norma): di qui l'esigenza che esso si concreti, esigenza assoluta perché è in funzione di essa la giuridicità dell'ordinamento; e il concretamento avviene nel solo modo possibile, attraverso il giudizio. L'azione è la postulazione del giudizio, e come tale essa non è configurabile propriamente come un di-

ritto, sia pure autonomo, né ha come punto di riferimento e come misura un diritto sostanziale qualsiasi: essa è né più né meno che il momento soggettivo del concretarsi dell'ordinamento attraverso il giudizio, poiché l'ordinamento, in ultima analisi, si risolve in giudizio, e nel giudizio trova la sua piena realtà. Nella dialettica del concreto, la parte, con l'azione, pone se stessa come ordinamento: e si pone sia di fronte all'altra parte (che postula anch'essa il giudizio) sia di fronte al giudice, che concluderà col giudizio il processo di « creazione » dell'ordinamento.

È agevole intendere che di fronte a questa concezione dinamica dell'ordinamento non ha più senso parlare di esistenza del diritto, o del diritto come un dato (nel senso esaustivo della realtà) prima del processo. Nell'unità dell'ordinamento non esiste né un prima né un dopo, che presuppongono una visione meramente statica, e quindi irreale. Vi è un incessante moto creativo, in cui ciascuno svolge la sua parte; per indicare i personaggi più importanti (ma non sono i soli) la svolge il legislatore ponendo la legge, la svolge il giudice con la sua sentenza, la svolge la parte postulando il giudizio, cioè esercitando quella che viene legittimamente qualificata, con una parola tolta dall'esperienza comune, come « azione ».

[015]

CREDITO E CREDERE

1. - Oggi, operando con il concetto di « credito », non sempre avvertiamo il grande travaglio di esperienza e di storia che ha generato quel concetto. Probabilmente, anche se ci fermiamo sull'idea d'un certo legame linguistico tra la nozione di credito ed il verbo credere, non ci attardiamo a tentar di precisarne la ragione, la natura e gli sviluppi. La connessione tra credere e credito oggi vien colta, semmai, più immediatamente nelle applicazioni extragiuridiche (grave errore sarebbe però, come si vedrà, chiamarle profane) del termine credito: allorquando, insomma, nel parlar comune, si dice che si dà credito a una persona o ad un'affermazione. Difficilmente, invece, si avverte ormai l'esistenza d'un rapporto strettissimo tra credere, verbo quasi estraneo alla lingua giuridica (il « quasi » è imposto da relitti linguistici, come quello, prezioso, della clausola dello « star del credere » dell'art. 1736 cod. civ., clausola riportata dal codice tra virgolette e risalente alla terminologia commerciale almeno a partire dal XVI secolo: dotte notizie, al riguardo, in SRAFFA, *Comment. al cod. di commercio*, IV, p. 203 e segg.) e fenomeni spesso lontani da un'autentica fede, quali sono (o sembrano) il lato attivo del rapporto obbligatorio, o la cambiale, o il meccanismo bancario (e non si sopravvaluti la terminologia « fede di credito »: in essa, fede non si riferisce al credito ma al valore del documento).

Il filologo conosce — o meglio: stabilisce con buon fondamento — un nesso, ma non etimologico, tra il latino *credere* ed il solennissimo sostantivo, pure latino e ricco di sfumature originarie tutt'altro che chiare, *fides*. Per altro, privo com'è in genere di conoscenza e di interessi specifici intorno alla storia del

diritto, neppure il filologo, per quel che ci risulta, intravede con precisione le radici storiche del nostro termine credito e del concetto corrispondente. Egli sa naturalmente che il nostro credito è parola derivata direttamente dal *creditum* latino; e sa benissimo che *creditum* non è altro che il participio perfetto (sostantivato) del *credere* latino. Ma generalmente il filologo si ferma qui.

Lo storico del diritto può sperare di giungere un po' più a fondo. Risalendo indietro nella storia lunga del credito, egli può fornire elementi di conoscenza interessanti, sia per fini culturali generali, sia per fini specificamente giuridici.

Cercheremo di sintetizzare nel modo più schematico e chiaro quel che, a seguito di nostre indagini recenti, ci sembra esser stato il tratto d'esperienza più importante nel complesso costituirsi del concetto attuale di credito.

2. - Come accade sempre, la questione più oscura riguarda le origini. È incerta infatti l'etimologia del verbo *credere*, nel quadro del latino. Per lo più, i glottologi negano una connessione di quel verbo con il verbo semplice *dare*, sebbene una tale connessione sembri a prima vista insistentemente suggerita dalle innegabili somiglianze tra *credere* e molti composti, notissimi e sicuri, di *dare*: come, ad esempio, *tradere, condere, perdere.* Poca fortuna sembra aver avuto un recente tentativo — compiuto, del resto, sulla traccia accennata già da un grammatico latino — di spiegare *credere* sulla scorta di un presunto *certum* (in una supposta forma arcaica: *cretum*) *dare.*

Forse, la cosa più saggia, allo stato delle attuali conoscenze, è non tentare di risalire troppo indietro; e rinunziare, perciò, ad affermazioni perentorie sull'etimologia del *credere.* Meglio è, piuttosto, indagare alquanto sulle applicazioni giuridiche del nostro verbo nell'esperienza dei Romani.

A questo proposito, appare certissimo un dato importante e da tutti ammesso: nel linguaggio giuridico romano, *credere* ricorre costantemente con un valore del tutto equivalente al

nostro « dare a mutuo ». Sussistono ragioni per ritenere che questa equivalenza tra *credere* e dare a mutuo non sia assolutamente originaria. Essa presuppone, a parte ogni altra riflessione, una precisissima configurazione, una « definizione » vera e propria del contratto di mutuo che, forse, non è stata raggiunta in età molto remota dai Romani. Per esempio, fattispecie come quella di un deposito irregolare o come quella di una locazione d'opera per cui il committente dà la materia prima all'artefice perché questi ne ricavi un oggetto finito (un vaso d'argento, supponiamo, da forgiare con l'altrui metallo) furono, in età risalente, certamente suscettibili d'esser considerate, a Roma, come ipotesi del *credere* giuridico. Possiamo dedurre questo con certezza da alcune antiche, e rare, testimonianze relative ai *genera rerum locatarum* ed al deposito, riflesse ancora in scritti della tarda giurisprudenza repubblicana. In ogni modo, non giova molto fermarsi sui valori che *credere* può avere avuto nel linguaggio giuridico romano prima che si affermasse l'equivalenza di *credere* e dare a mutuo, equivalenza che è comunque larghissimamente testimoniata nelle fonti d'ogni genere dagli ultimi secoli della Repubblica fino a Giustiniano.

Ai nostri fini attuali, giova assai più prender le mosse, invece, proprio dall'equivalenza affermata.

È importante, comunque, rilevare che tutto induce a pensare che il valore più antico di *credere* in latino sia stato un valore giuridico: in ciò sono d'accordo i maggiori filologi. L'altro valore — quello che solo è rimasto nelle lingue neolatine —, e cioè il valore di *credere* come equivalente a « ritenere », o « prestar fede », è secondo ogni verosimiglianza, un valore derivato, traslato.

Dunque, nell'ambito del *credere* come verbo corrispondente a dare a mutuo, il participio perfetto *creditum* dovette avere ovviamente, in principio, il valore specifico di « cosa data a mutuo ». *Creditum*, nell'ambito cui ci riferiamo, indica precisamente il *quantum* di cose fungibili di cui il mutuatario acquista la proprietà ed il cui *tantundem* egli deve restituire al mutuante.

Come si vede agevolmente, questo valore antico di *creditum* in senso giuridico si manifesta assai remoto dal valore della parola italiana corrispondente. Il *creditum* in antico è un « oggetto »; mentre oggi il credito è un « diritto soggettivo ». Il *creditum* in antico è, almeno a partire da un certo punto non esattamente precisabile, strettamente collegato con un solo contratto (il mutuo); mentre oggi il credito è collegato con ogni pensabile situazione obbligatoria. La distanza tra le due esperienze è estrema. Il problema, affascinante, che si pone allo storico del diritto è proprio quello di spiegare come e perché dal *creditum* inteso quale oggetto del mutuo si sia pervenuti al credito inteso quale generica pretesa obbligatoria.

3. - Le strade dell'evoluzione cui vogliamo accennare sono intricate e complesse. Molti punti sono oscuri, e forse sono destinati a rimanerlo a lungo per mancanza di testimonianze. Nulla è più difficile, in realtà, che riuscire a seguire nei minimi dettagli uno sviluppo semantico. La lingua è fenomeno vivo che non si lascia schematizzare se non con molta approssimazione, e a fatica. Per di più, in questa sede, il discorso deve essere necessariamente semplificato se non si vuol correre il rischio di renderlo inaccessibile a lettori non specialisti. Cerchiamo, ad ogni modo, di tracciare a grandissime linee le tappe che ci sembrano più sicure e più chiare dello sviluppo che ci interessa.

Un passo importantissimo, in questo sviluppo, dovette esser compiuto — pensiamo, nell'ultimo secolo della Repubblica — quando il Pretore romano sentì l'opportunità di ricomprendere nell'editto perpetuo, sotto un unico titolo *de rebus creditis*, le « formule » processuali che egli prometteva ai titolari di pretese nascenti non solo da mutuo, ma anche da commodato e da pegno, contro mutuatari, commodatari e creditori pignoratizi inadempienti in ordine all'obbligo di restituire o il *tantundem* (nel mutuo) o la cosa stessa (negli altri due negozi).

Non sappiamo con certezza quale intuizione teorica del *credere* abbia potuto far considerare suscettibili di considerazione

unitaria, sotto il profilo della *res credita*, da parte del Pretore che adottò per primo l'accennato schema edittale, mutuo, commodato e pegno. Si può congetturare, forse, un'eco di una fase remota, ancora precedente a quella cui s'accennò più su e per cui nel *credere* si ricomprendevano anche, oltre al mutuo, ipotesi speciali e in qualche modo anomale di deposito e di locazione? Due cose sono certe: in primo luogo, che lo schema edittale non influì sensibilmente sul valore tecnico-giuridico del verbo *credere*, che continuò ad avere l'esclusivo valore di dare a mutuo; in secondo luogo, ed è per noi la cosa più rilevante, che la giurisprudenza romana d'età matura si sforzò di spiegare in maniera persuasiva le affinità tra mutuo, commodato e pegno che potevano giustificare la ricomprensione di cose mutuate, cose date in commodato e cose date in pegno nell'unica categoria giuridica delle *res creditae*.

Ci resta, a quest'ultimo riguardo, una testimonianza assai importante di Celso figlio, il grande giureconsulto che visse tra il primo ed il secondo secolo dopo Cristo. Particolarmente interessante è il fatto che Celso ci fornisca una vera e propria definizione del *credere* giuridico nella sua accezione, per dir così, edittale — e cioè, nell'accezione che giustificava la collocazione di mutuo, commodato e pegno sotto il titolo edittale *de rebus creditis*. Celso, innanzi tutto, dichiara che *credere* (edittale) è *appellatio generalis*: e questo sembra a noi indicativo della consapevolezza che il nostro giurista aveva del valore più ristretto e costante di *credere* come equivalente a dare a mutuo. In altre parole, Celso avvertiva che, m a l g r a d o il significato usuale e costante di dare a mutuo, *credere* veniva assunto — nella locuzione edittale *res creditae* — con un valore più ampio, e tale da ricomprendere, appunto, anche gli altri due negozi considerati dal Pretore accanto al mutuo. In immediata connessione, Celso spiegava questo valore edittale, più generale, di *credere*. Ed il suo discorso, a questo proposito, è preziosissimo.

Il giurista dice press'a poco che — in questa accezione *generalis* — si ha *credere* tutte le volte che un soggetto, a d e -

rendo ad una proposta altrui dà vita ad un contratto in forza del quale egli si propone di riavere ciò che dà fidando nell'altrui lealtà. Ora, questa definizione del *credere* è fatta a meraviglia per ricomprendere con notevole precisione i tre negozi del mutuo, del commodato e del pegno, ed essi soltanto. Infatti, in ognuno di codesti negozi si può notare strutturalmente una richiesta di un soggetto (il mutuatario, che richiede il prestito di consumo; il commodatario, che richiede il prestito d'uso; il creditore pignoratizio, che richiede un oggetto in garanzia). E, sempre strutturalmente, si può notare l'atto costitutivo del contratto, realizzato da chi dà, sulla base dell'accennata richiesta e fidandosi dell'altrui lealtà e contando sulla restituzione, al richiedente le cose, fungibili o di specie, che gli vengon richieste.

Credere, in questa prospettiva, è dunque il dare alcunché in fiducia, per riavere, sulla base però di una richiesta cui si aderisce (ed infatti, il deposito — per tacer d'altri negozi —, pur essendo, come si dice su orme in qualche misura romane, un contratto reale come mutuo, commodato e pegno, non è ricompreso nel *credere* edittale: vecchio enigma, questo, della scienza romanistica, che si chiarisce bene soltanto nella prospettiva accennata: il depositario non richiede nulla!).

Celso, per indicare il momento spirituale decisivo del *credere* edittale, adopera il verbo *adsentiri*, che è « dare assenso », « aderire ad una proposta altrui ». Non usa, invece, il generico *consentire*, presupposto da una concezione matura del *contractus* come accordo di volontà.

Torneremo brevemente su questo valore del *credere*, sotto un profilo di interesse generale. Qui giova soltanto notare come bene Celso abbia saputo rendere esplicita l'ispirazione teorica che più probabilmente poté giustificare l'estensione del *credere*, oltre che al mutuo, anche al commodato ed al pegno, nella sistemazione edittale delle *res creditae*. Non solo: è importante notare che, nella prospettiva edittale (e ancor più nella chiarificazione esplicita di essa da parte di Celso, che non parla tanto

di *res creditae*, quanto di *credere*), *creditum* ormai, implicitamente, non è più l'oggetto del solo mutuo; bensì è anche l'oggetto del commodato e del pegno. Abbiamo, in sostanza, nell'esperienza dell'editto pretorio una prima, non trascurabile, dilatazione — ancorché non esplicita, e forse solo potenziale — del *creditum* romano, che si avvia timidamente, in tal modo, a diventare concetto generico e non più concetto specifico.

È ovvio che tutto questo dovette finire per sollecitare notevoli sviluppi, al di là dell'esperienza edittale, sviluppi su cui ci fermeremo brevemente di qui a poco. Per adesso, però, ci interessa sottolineare un altro momento dell'esperienza giuridica romana che influì, ancor più incisivamente forse, sul travolgimento del vecchio *credere* (e *creditum*) connesso al solo mutuo.

4. - Parliamo dell'interpretazione giurisprudenziale di una legge Cornelia in materia di garanzie personali dell'obbligazione. Questa legge — che la dottrina oggi prevalente attribuisce all'iniziativa di Silla, e quindi al secondo decennio del primo secolo avanti Cristo — stabiliva che un mallevadore (*sponsor*, *fidepromissor* o *fideiussor*, indifferentemente) non potesse interporre la propria garanzia personale, nel corso del medesimo anno, a favore dello stesso creditore e nei riguardi dello stesso debitore, per una somma superiore a ventimila sesterzi. È probabile — ma qui non interessa particolarmente — una finalità sociale della citata norma: la volontà, cioè, di evitare che incauti garanti si rovinassero con leggerezza. Quel che interessa, invece, è il fatto che la legge Cornelia, per indicare la somma garantita, adoperava l'espressione *pecunia credita*.

Ora, quest'uso terminologico della nostra legge costrinse la giurisprudenza a rendersi conto del fatto che, nell'ambito normativo della legge stessa, *pecunia credita* non poteva intendersi più nel senso proprio ed antico che discendeva dal valore di *credere* come equivalente a dare a mutuo. In realtà, infatti, la *fideiussio* era un tipo di garanzia che si applicava, come i giuristi romani spiegavano esplicitamente, ad ogni tipo di obbliga-

zione contrattuale. Talché, quando la legge Cornelia diceva che il fideiussore non poteva garantire una *pecunia credita* eccedente i ventimila sesterzi, si sarebbe bene potuto intendere ancora l'espressione *pecunia credita* soltanto nel suo senso antico e ristretto di denaro dato a mutuo. Ma quando la legge Cornelia stabiliva (o poteva così interpretarsi) che uno *sponsor* o un *fidepromissor* non potevano garantire una *pecunia credita* eccedente i ventimila sesterzi, il valore tradizionale accennato di *pecunia credita* non reggeva più assolutamente. Infatti, la *sponsio* e la *fidepromissio* erano forme di garanzia personale che potevano applicarsi solo ad obbligazioni contratte verbalmente (in pratica, il caso fondamentale è quello della *stipulatio*, promessa verbale solenne, come è notissimo). Se la legge, allora, anche a proposito del rapporto obbligatorio da garantire con *sponsio* e *fidepromissio*, aveva adoperato l'espressione *pecunia credita*, dovette apparire evidente che ormai *pecunia credita* non poteva più intendersi soltanto come denaro dato a mutuo, bensì (anche) come somma promessa, e non data; come oggetto di una *stipulatio*.

Con questo solo, come ognuno vede, la legge Cornelia presupponeva — o, comunque, finiva per imporre — una grande estensione del *credere* implicito nell'espressione *pecunia credita*. Non più il solo dare a mutuo, ma anche il credito, per usar termini moderni, sorgente da contratto verbale. Ma non basta: vi è ben altra estensione.

Dicemmo che la fideiussione si poteva applicare per garanzia ad ogni obbligazione contrattuale. Quindi, non solo alla *mutui datio*, ma — mettiamo — alla vendita, alla locazione, alla società, e così via. Ne segue che la *pecunia credita* di cui parlava la legge Cornelia, per la logica stessa delle cose, doveva ormai intendersi — ben al di là della sola ipotesi del denaro dato a mutuo, ed anche al di là dell'ipotesi di denaro promesso con contratto verbale — come una qualsiasi somma dovuta in base ad un qualunque contratto. Ed il giurista Gaio, diligente come al solito, rileva infatti in un luogo celebre delle sue

Institutiones, che, appunto nella legge Cornelia, si intende *pecunia credita*, non solo quella data a mutuo, ma ogni *pecunia* che è certo sia dovuta in base ad un contratto qualsiasi.

Credere — almeno nel valore implicito nell'espressione *pecunia credita* — appare, dunque, ormai fattispecie ben più ampia di quella del solo mutuo, o di quella (prevista dall'editto pretorio *de rebus creditis*) estesa anche a commodato e pegno. *Credere*, nel regime normativo della legge Cornelia, è ormai, per implicito, sinonimo di « pretendere alcunché in base ad un contratto ». Il progresso di questa nozione rispetto alla più antica e ristretta nozione di *credere* come sinonimo di dare a mutuo è enorme.

5. - Tuttavia, ed è cosa singolare a prima vista, nel linguaggio giuridico romano, anche dopo la legge Cornelia e l'editto *de rebus creditis*, non troviamo mai, fino a Giustiniano, un mutamento nelle applicazioni del verbo *credere* come tale. Resta infatti — e lo dicemmo già a proposito dell'editto *de rebus creditis* — soltanto, come applicazione tecnica costante di *credere*, quella antica collegata al mutuo. È probabile che questa permanenza del valore di *credere* sia dovuta soprattutto alla vischiosità, se si può dire, tipica del linguaggio giuridico, che è sempre, e in particolare a Roma, un linguaggio alquanto conservatore, non senza ottime ragioni.

Ma le mutazioni che non subì il verbo *credere* si realizzarono, invece, con grande ampiezza nelle espressioni nominali derivate dal verbo *credere*. Vogliamo dire che — oltre alle estensioni costituite, come s'è visto, dall'espressione edittale *res credita* (inclusiva di mutuo, commodato e pegno) e dall'espressione legislativa *pecunia credita* (applicata, nella normativa della legge Cornelia, ad ogni obbligazione contrattuale) — anche i termini *creditor* e *creditum* subiscono una straordinaria estensione d'applicazione.

Per quanto riguarda *creditor*, almeno a partire dalla tarda età repubblicana, noi troviamo che il termine si applica, con

grande larghezza, in documenti legislativi e, prima ancora forse, nello stesso editto pretorio, per indicare ogni titolare di una pretesa obbligatoria da atto lecito. Non risulta che sia stato qualificato *creditor*, per quasi tutta l'età classica, il titolare di una pretesa obbligatoria nascente da atto illecito di diritto privato. È solo al termine dell'età classica che Ulpiano, con molta cautela, dice che, in caso di debito da delitto, il titolare della pretesa relativa potrebbe, a suo avviso, considerarsi *creditoris loco*: dunque, più una specie di *creditor* che un vero e proprio *creditor*. Non sembra che la situazione postclassica e giustinianea sia diversa: mancano, in effetti, espresse testimonianze di una applicazione di *creditor* con valore assolutamente generico rispetto a tutto il campo delle obbligazioni.

Questi sviluppi relativi al termine *creditor* esigono un brevissimo commento.

Da un lato, deve osservarsi che — con ogni verosimiglianza — l'estensione del termine *creditor* oltre l'antica sua sfera propria, coincidente con la sola figura del mutuante, fino all'applicazione ad ogni titolare di pretesa obbligatoria da atto lecito, ha due precise giustificazioni. In primo luogo, sull'estensione in questione dovettero influire lo sviluppo della *res credita* edittale e quello della *pecunia credita* della legge Cornelia. Tanto la *res credita* che la *pecunia credita*, in realtà, presuppongono grammaticalmente il *credere*, di cui rappresentano forme participiali. Ciò posto, ben si comprende come, in connessione con queste due espressioni normative, prima la giurisprudenza e poi altre fonti normative dovettero sentirsi autorizzate, con naturalezza, a chiamar *creditor* non già soltanto il mutuante, bensì ogni altro titolare di pretese obbligatorie da atto lecito. In secondo luogo, la nostra estensione dovette corrispondere ad ovvie esigenze pratiche. In effetti, fin da epoca abbastanza antica, per quel che sappiamo, il soggetto passivo di un rapporto obbligatorio d'ogni genere venne designato con il termine *debitor*. Questo termine, che deriva da *debere*, è con tutta evidenza, di per sé, assai più neutro, per così dire, che non il termine *creditor*.

Debere, infatti, a differenza di *credere*, fu sempre verbo di portata generica. Esso si riferiva ad ogni posizione passiva obbligatoria, mentre *credere* — lo si è ripetuto tante volte — era sinonimo di dare a mutuo soltanto. Ma proprio l'esistenza del termine generico *debitor* già in età abbastanza antica dovette sollecitare i Romani, per comodità espressive, a trovare un termine simmetrico altrettanto generico. E questo termine simmetrico fu *creditor*. Insomma, la lingua giuridica romana abbastanza presto, sollecitata da esigenze pratiche e urgenti, si servì del termine *creditor* nella terminologia corrente relativa ai rapporti obbligatori. L'ostacolo che, per un uso del genere, costituiva la persistenza del verbo *credere* nel suo ristretto significato riservato all'ambito del mutuo non ebbe forza pratica, dato che già altri derivati da *credere* (*res credita* e *pecunia credita*) erano stati piegati, da fonti normative, ad ambiti più vasti del mutuo. Per altro, il legame — non mai dimenticato — tra *credere* e *creditor* operò nel senso di impedire un'applicazione del tutto generica del termine *creditor*, che perciò non fu applicato che con cautela alle obbligazioni da delitto: un salto brusco tra *credere* e *creditor*, in tal caso, sarebbe sembrato intollerabile ed eccessivo ad un orecchio romano.

Da un altro lato, deve osservarsi che proprio il processo estensivo subito dal termine *creditor* ha determinato una differente sorte del nostro sostantivo, dopo il tramonto della lingua latina, rispetto alla sorte del verbo *credere* da cui pure esso derivava direttamente. *Creditor*, in effetti, si è conservato, come termine tecnico-giuridico, nelle lingue moderne derivate dal latino; *credere*, al contrario, sempre come termine tecnico-giuridico, non ha avuto eguale fortuna. Nel campo giuridico, *credere* non ha quasi più alcun corrispondente specifico nelle lingue di radice latina. E la ragione di ciò sembra evidente. Il *credere* giuridico era, e rimase, in Roma, un verbo strettamente limitato all'ipotesi del mutuo; così, esso poté ben esser travolto e sostituito senza danno. Rimase, invece, ed il fenomeno è tanto importante da richiedere approfondimenti cui brevemente accenne-

remo tra poco, nel linguaggio extragiuridico. Il termine *creditor*, invece, era già in Roma assurto presto a valori generali nell'ambito delle obbligazioni; perciò esso poté ben esser conservato, ed anzi ampliato (con applicazione anche al campo delle obbligazioni da illecito civile) nelle lingue eredi del latino.

6. - Considerazioni non diverse devono esser fatte per quel che riguarda il termine *creditum*, che è poi quello che qui più interessa.

Creditum, si è detto, in antico equivaleva alla quantità di fungibili dati a mutuo. Ma, presto, *creditum* viene adoperato dai Romani per indicare fenomeni giuridici assai più vasti. In pratica, mentre continuiamo a trovare nelle fonti romane il termine *creditum* come sinonimo di oggetto del mutuo, abbastanza presto cominciamo a trovar *creditum* come termine tecnico per designare l'oggetto di qualunque obbligazione, e non solo — si badi — di obbligazioni da atto lecito. Anzi, troviamo nelle fonti il termine *creditum* con il valore abbastanza astratto di pretesa obbligatoria d'ogni genere. Non è insignificante notare che le applicazioni di *creditum* che trascendono l'ambito del mutuo sono notevolmente più numerose di quelle relative al mutuo.

Non si giunse, per quel che si ricava (a nostro avviso) da un esame attento delle fonti, all'uso di *creditum* in un senso pienamente coincidente con il nostro concetto di diritto soggettivo relativo. Del resto, noi siamo persuasi che i Romani non giunsero mai ad isolare un concetto generale ed astratto di diritto soggettivo come posizione di vantaggio pienamente tutelata dall'ordinamento giuridico, almeno in modo esplicito. In ogni caso, però, in Roma, non solo si travalicò abbastanza presto il vecchio concetto di *creditum* equivalente alla quantità di fungibili dati a mutuo, ma si pervenne certamente all'idea di *creditum* inteso come pretesa obbligatoria.

Sicché, in definitiva, si ebbe, per *creditum*, un processo evolutivo che non è solo — come era avvenuto per *creditor* — un

processo di estensione, ma è anche un processo di astrazione. Dal *creditum* oggetto, infatti, si passa al *creditum* pretesa.

In questo processo operarono i fattori che ormai conosciamo. Da un lato, opera il fattore costituito dall'esperienza di estensione, per così dire implicita, del verbo *credere* (di cui *creditum* è pur sempre il participio perfetto), presupposta dal venir in essere già veduto della *res credita* edittale e della *pecunia credita* della legge Cornelia. Entrambe queste locuzioni, infatti, presuppongono implicitamente un verbo *credere* ormai esteso ben al di là del mutuo. Da un altro lato, poi, sulla storia evolutiva del termine *creditum* opera anche il fattore costituito dall'esigenza pratica di simmetria con il già esistente termine *debitum*. E, come *debitum* ha già da età antica applicazione generica per designare sia il materiale oggetto della situazione passiva del debitore, sia la stessa posizione di soggezione del debitore, così *creditum* viene ad assumere sia il valore generico di oggetto di una pretesa obbligatoria, sia addirittura il valore più astratto di pretesa obbligatoria in genere.

L'esperienza romana, quindi, ci porta alle soglie del nostro credito, anche se non giunge proprio fino alla stessa nostra nozione di diritto soggettivo relativo. E questa evoluzione romana spiega bene come *creditum* — alla stessa stregua di *creditor*, e diversamente da *credere* — si sia trasfuso nei corrispondenti sostantivi neolatini del linguaggio tecnico giuridico.

7. - La storia di concetti delineata a grandissimi tratti dovrebbe esser completata con considerazioni più sfumate e più delicate, anch'esse specifiche dell'esperienza romana. In particolare, si dovrebbe mostrare come abbia influito sulla creazione, per dir così, dei nuovi e assai vasti concetti di *creditor* e *creditum* — oltre, e forse più incisivamente ancora, che i fattori specifici da noi accennati nei paragrafi precedenti — tutta la storia evolutiva del fenomeno obbligatorio in Roma.

Pensiamo, ad esempio, al noto evento del progressivo superamento della tipicità delle *obligationes* romane, ed al conseguì-

mento di una nozione generale di *obligatio*. È facile comprendere come proprio l'acquisizione d'una consapevolezza dell'esistenza della categoria generale dell'*obligatio* abbia dovuto influire potentemente sulla sollecitudine di conseguire una terminologia generale relativa ai soggetti dell'obbligazione (*debitor* e *creditor*) ed all'oggetto dell'obbligazione (*debitum* e *creditum*).

Pensiamo ancora all'altrettanto noto fenomeno del progressivo superamento del vecchio formalismo del *ius civile* ed all'emersione generalizzata, nel campo delle obbligazioni, dell'esigenza della buona fede e dell'equità. Ognuno vede quanto questo fenomeno possa aver potentemente influito sulla evoluzione relativa al *creditum* romano. Infatti, alla radice del *creditum* sta pur sempre l'antico *credere* inteso come assenso, come affidamento alla lealtà altrui, così bene illustrato da Celso. E, quando in tutto il diritto delle obbligazioni si fanno strada i valori della buona fede e dell'equità, la parola *creditum*, ricca com'è di echi legati a quel denso valore di *credere*, ben si prestò a ricomprendere in sé la più vera sostanza della pretesa obbligatoria in generale, vista appunto come attesa dell'altrui comportamento in buona fede ed in lealtà.

Bastano questi cenni, pensiamo, per dare al lettore un'idea sufficientemente articolata della complessità e della significatività della storia che porta dal più antico uso romano di *creditum* a quello più recente, e più largo, e più astratto. Il giurista d'oggi potrà ricavarne, forse, una nozione sostanziale di credito assai più legata di quanto non sembrerebbe a prima vista, già nella sua radice storica, ai valori della buona fede, della lealtà, dell'affidamento. Acquisizioni che si pretendono — da miopi ideologi — frutto esclusivo di sollecitazioni culturali recenti, e magari univocamente « politicizzate », sono invece esito tutto naturale e spontaneo d'una lunga ed antica vicenda storica sorprendentemente complicata.

Ma qui giova lasciare il discorso tecnico alla riflessione del giurista d'oggi, appunto. A noi interessa di più, per concludere, un altro ordine di riflessioni più alto e più generale.

8. - Per vie misteriose e veramente impensate, l'esperienza giuridica — come alcuni spiriti elevati hanno sovente intuito (penso a Capograssi, per fermarmi al vertice più recente e più alto) — si rivela feconda, quando è autentica, e cioè umana e consapevole della sua stessa storia, di influssi sul complesso dell'esperienza *tout court*. La storia del « credere » giuridico ce ne dà una prova notevole.

Se non ci inganniamo, dai cenni fatti nelle pagine precedenti esce in qualche modo illuminato, ancorché non risolto, quello che è certamente un mistero. Precisamente, si riesce ad intravedere meglio per quali vie un verbo miserevolmente tecnico quale era il *credere*, materialisticamente legato così strettamente al mutuo nella lingua romana, sia diventato nel linguaggio comune e nel linguaggio religioso un così augusto verbo quale è il credere di chi ha fiducia in altri, di chi ha fede in Dio.

Il salto di qualità dovette operarsi allorquando il linguaggio — rispondendo certo ad un'intuizione morale — potenziò, nel latino *credere*, quella sfumatura fondamentale dell'*adsentiri*, così nitidamente posta in luce da Celso nella sua riflessione sull'editto *de rebus creditis*.

In verità, in quell'*adsentiri*, in quel dare il proprio assenso a chi chiede alcunché, in quel dare fidando nella lealtà di chi chiede, in quello sperare qualcosa, domani, da colui cui oggi si dà qualcosa, vi è già *in nuce* tutta la filosofia dell'affidamento e tutta la teologia della fede.

A proposito di quest'ultima, non è inopportuno ricordare che *credere* divenne prestissimo termine tecnico della teologia cristiana occidentale. E non è fuor di luogo ricordare che proprio il *credere* dei cristiani di lingua latina è già fin dalle origini carico di valori sicuramente connessi all'*adsentiri* che era implicito, in modo rozzo ed embrionale certamente, nell'esperienza che indusse il Pretore romano a creare la sezione edittale *de rebus creditis*.

E l'assenso è stato sempre alla radice d'ogni profonda meditazione intorno alla fede cristiana. Una fede — un credere, ap-

punto — che è risposta adesiva ad una proposta infinita. Una fede che è dazione di ciò che si ha (e di ciò che si è) sulla base della speranza di un dono, di un ricambio ben più alto. Una fede per la quale costituisce fondamento l'interpellazione primaria di quell'infinito che « ci ha amati egli per primo », come dice la Scrittura. Una fede che promette il centuplo ed il regno eterno a chi dà, adesso e subito, fidandosi sulla lealtà di chi chiede.

Così, il diritto mostra ancora una volta la sua ricchezza, la sua irriducibilità alla categoria dell'economia, la sua funzione umana che si è tentati di qualificare augusta, anche se si svolge in un modo sommesso e quasi vicario a confronto di più alte esperienze dell'uomo.

Bernardo Albanese

[031]

L'INDIPENDENZA DAL GIUDICE

1. - Non si è mai parlato tanto, come ora, della indipendenza del giudice. I testi di diritto pubblico sono pieni di dotte disquisizioni, e fin là passi; ma il problema ha invaso i giornali, costituisce oggetto di quotidiane polemiche fra i giudici, si fanno congressi e tavole rotonde. È uno spettacolo che disorienta il pover'uomo (e fosse anche egli un giudice, poiché ce n'è tanti, fra i giudici, di *pauperes in spiritu*), il quale sa che una persona onesta non parla mai della propria onestà, e se ne parla vuol dire che molto onesta non si sente. Ma il giurista abituato a *rerum cognoscere causas*, o quanto meno a ricercarle, arresta il corso dei propri pensieri, e osserva il fenomeno come un fatto sociale, uno dei tanti dati che caratterizzano il tempo nel quale gli è toccato di vivere.

Per la verità, di indipendenza del giudice si è sempre parlato, nel nostro paese, senza neppure nominarla. Quando l'art. 68 dello Statuto albertino stabiliva che « la giustizia emana dal Re ed è amministrata in Suo nome dai giudici che Egli istituisce », esprimeva nel modo più efficace, anzi nel solo modo efficace, la connaturale indipendenza dei giudici che solo in una divina astrazione della quale partecipano possono riconoscere un loro superiore. Soltanto la facile e incolta faziosità dei giudici di oggi ha potuto vedere nella citata formula un vincolo di dipendenza (cfr. *Quaderno* II, pag. 95), e nell'odierno art. 101 della Costituzione, per il quale « la giustizia è amministrata in nome del popolo » un segnacolo di liberazione. Se dovessimo perderci in queste quisquilie, dovremmo dire che la formula attuale è infinitamente meno significativa dell'indipendenza del giudice di quella passata, perché il termine popolo ha assunto un signifi-

cato polemico, è diventato una tragica sineddoche, cioè indica il tutto per la parte, e una parte che reclama nel modo più violento la dipendenza del giudice, come di ogni altra istituzione, e purtroppo l'ottiene. Se i costituenti fossero stati equanimi, al posto del re avrebbero messo la legge. E allora non ci sarebbero stati equivoci.

Ma, a parte queste logomachie, l'indipendenza risultava e si esauriva essenzialmente nella inamovibilità, sancita dallo stesso statuto albertino. Si suol dire che l'inamovibilità è una guarentigia dell'indipendenza, e può darsi che formalmente lo sia; ma nel profondo si è inamovibili perché si è indipendenti, non viceversa. Il giudice che in un modo o nell'altro si rende dipendente, cessa di essere un giudice, e perciò cessa di essere inamovibile.

Questa realtà è stata sempre sentita nel seno stesso della magistratura, sia pure, come è naturale, in termini statici: perché si è sempre ammessa accanto alla guarentigia, la necessità di un controllo dell'opera del magistrato, che, uomo come tutti gli altri, poteva venir meno al suo dovere istituzionale, cioè alla sua indipendenza. Ma il problema era appunto questo: chi doveva giudicare di questo venir meno, come a dire chi doveva custodire i custodi. Riteniamo inutile descrivere qui le molteplici soluzioni che si sono date di questo problema: il racconto è stato fatto più volte in pregevoli libri, tra i quali ricordiamo quello del Santosuosso, che è del 1957 (pag. 47 e sgg.) e la raccolta pubblicata dall'Isle (*Indagine sulla magistratura italiana*) che è del 1965. La sola cosa interessante per il nostro discorso è che la impostazione del problema si è posta fin dall'inizio in termini polemici con l'amministrazione della giustizia, e particolarmente col ministro della giustizia. La indipendenza cioè veniva concepita come un riflesso della divisione dei poteri, apparendo contrastante con la funzione stessa del giudice che egli dovesse essere giudicato da colui che doveva giudicare. Era in sostanza l'idea dell'autogoverno dei giudici, che si affacciava e prendeva corpo, tra gli alti e bassi della storia, e che nella sua radicalità abbracciava non solo il momento san-

zionatorio della violata indipendenza, ma l'intera vita del magistrato, le vicende della sua carriera, dalla nomina fino all'ora triste del congedo, perché tutte le vicende (promozioni, trasferimenti e via dicendo) possono incidere sulla indipendenza, come è facile intendere.

2. - Sennonché, la parola autogoverno è una di quelle che riempiono la bocca, come è proprio di tutte le astrazioni. Che essa, nell'intenzione dell'autore, significhi che non si è governati dal ministro della giustizia, cioè abbia un valore negativo, non esaurisce il problema, anzi lo crea. Già in uno stato ben ordinato, nel quale le ideologie rimangono al livello dei partiti, o ciò che è lo stesso la sola ideologia dello Stato sia quella della legge, è assolutamente inconcepibile una separazione della giustizia dalla amministrazione. La giustizia è un momento della amministrazione, e non è possibile che l'amministrazione abdichi alla sua funzione in favore dell'amministrato. Il principio della separazione dei poteri non implica questo, anzi postula esattamente il contrario, perché non bisogna mai dimenticare questo fondamento di ogni Stato e di ogni governo, che il concretamento della legge non è esclusivo di nessun particolare potere. Concreta, cioè attua, realizza, custodisce la legge, il legislatore, l'amministratore, il giudice, ciascuno nella sfera della sua competenza o della sua attribuzione, ma tutti sono servi l'uno dell'altro, perché tutti sono servi dell'unico governo. La sola cosa valida della divisione dei poteri è che ciascuno deve rispettare i limiti delle proprie competenze, e cioè il legislatore non si faccia giudice, o il giudice amministratore, o viceversa: ma se si vuol dire che, per effetto della divisione, ciascuno è responsabile solo di fronte a se stesso si dice una cosa senza senso, si dà alla famosa teoria un senso eversivo che è totalmente estraneo alla sua origine. Divisione dei poteri nell'unità indivisibile del governo: questa è la vera e sola legittima formula; e a salvare l'unità del governo (che poi non è se non la legge, e l'osservanza della legge) tutti sono competenti, cioè tutti possono

o debbono controllare l'azione e l'esercizio del potere che con l'azione si è fatto. Per tradurre in termini concreti questo discorso, non esiste una ragione per la quale il giudice che non adempia al suo dovere, e non solo commettendo reati tipici, ma esorbitando dalla sua funzione e male amministrando la giustizia, e così ad esempio (per fare l'esempio più ricorrente) non applicando la legge o sostituendosi alla legge, non debba essere soggetto a sanzione, e questa sanzione non spetti, come potere e come dovere, all'amministrazione, ben inteso con tutte le salvaguardie processuali dell'ordinamento. E più concretamente ancora, non esiste ragione perché il ministro della giustizia non possa vigilare sull'esercizio della funzione giurisdizionale, non certo per ispirare una decisione del caso concreto, ma per vedere se il giudice non si valga del suo potere, e non lo eserciti in vista di altri fini che non siano il concretamento del diritto.

Il pericolo, sopra accennato, che il ministro si valga dei suoi poteri per influenzare il corso della giustizia, e così determinare una concreta decisione con la minaccia o peggio la promessa di un trasferimento, o con la lusinga di un avanzamento, è la romantica chimera di un mondo viziato dalla libertà, quando naturalmente non è, come è più probabile, falsa denuncia politica di chi vuole sovvertire l'ordine e cerca nell'ordine le armi che esso, nella sua naturale ingenuità, gli offre. Il rimedio che la legge apporta contro un siffatto pericolo (e al di sopra del rimedio formale c'è in paese libero l'appello alla pubblica opinione) è sufficiente a garantire il giudice, e soprattutto a prevenire ogni abuso. Sarebbe un saggio operare se chi è al corrente di abusi del genere, commessi anche nel corso della dittatura, ne desse notizia, lasciando da parte le generalità. Comunque, non sarà male ricordare che proprio nel paese più libero, quale è l'Inghilterra, la separazione dei poteri così come noi l'intendiamo non esiste: esiste quella separazione sostanziale, che è propria di ogni civile ordinamento, e si fonda più che sulle

leggi e sulle astrazioni, sul costume. Il ministro della giustizia, in Inghilterra, è del resto anch'egli un altissimo magistrato.

3. - Ma si dia pure per ammesso che la giustizia debba essere separata dall'amministrazione, cioè che il ministro della giustizia debba essere ripudiato e sostituito dai giudici. Chi si sostituirà a lui? Avevamo ragione di dire che l'esclusione del ministro fa nascere il problema, non lo risolve.

A dir la verità, questo era già stato rilevato e previsto fin dal lontano 1952 quando in un congresso a Bologna, sul non ancora costituito Consiglio, più d'uno, e noi stessi, ammonivamo i giudici presenti sui pericoli che correvano a farsi governare dall'interno anziché dall'esterno: nel paese dei ranocchi, meglio un re travicello che un ranocchio sul trono, si diceva. Ma se qualcuno allora avesse potuto gettare uno sguardo dal ponte mai avrebbe visto quel che l'avvenire preparava. E infatti chi avesse letto l'art. 104 della Costituzione, istitutivo del Consiglio, avrebbe dovuto confessare che del domani, del nostro oggi, non vi era alcun presagio, alcun germe. In sostanza, dopo le enfatiche affermazioni dell'ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere, quell'articolo stabiliva che il Consiglio Superiore è presieduto dal Presidente della Repubblica, ne fanno parte di diritto il primo presidente e il procuratore generale della Corte di Cassazione, e gli altri componenti sono eletti in parte dai magistrati, in parte dal parlamento tra i professori universitari e avvocati anziani: il che significa che il buon Costituente, appagata la naturale smania del nuovo con la creazione del Consiglio, pensava a un'accolta di brave persone, scelte da brave persone, che avessero a cuore le sorti della patria magistratura: poiché in definitiva di questo e non di altro si tratta. Un identico discorso si può fare per la Corte costituzionale, l'altro dei presìdi che la libertà riconquistata aveva creduto di dover costituire per mettersi al riparo di se stessa, cioè delle tentazioni che la libertà porta naturalmente con sé. Tra le due istituzioni, per quanto diverse di ordine e di rango, c'è questo

di comune, che entrambe mirano ad assicurare la fedeltà alla legge: la fedeltà del legislatore che deve adeguare la sua azione ad una legge più alta, o se si vuole assoluta, che in definitiva è una legge morale articolata in regole formalmente giuridiche (la morale che il legislatore ha in un dato momento storico accolto e fatta sua, quindi ha giuridicizzato); la fedeltà del giudice alla legge così espressa, nel caso concreto. Questa è la matrice da cui sono uscite entrambe le istituzioni, e che le rende gemelle, anche se il loro carattere giuridico è ovviamente diverso, sul piano costituzionale. Orbene, come per il Consiglio Superiore, il buon Costituente aveva in fondo pensato di dar vita, sotto le forme di un organismo astrattamente enfatico ed emblematico, a una assemblea di persone qualificate per competenza e per amore obbiettivo alle cose. Che altro voleva significare la scelta dei giudici costituzionali, disposta dall'art. 135, fra i magistrati *anche a riposo* delle giurisdizioni superiori, i professori universitari ordinari, e i vecchi e gli anziani avvocati? Non ci può essere, sulle intenzioni, il minimo dubbio. Ma allora, che cosa è avvenuto? È avvenuto quel che fatalmente doveva avvenire a chi, come tutti coloro che non tengono conto della storia, operano nell'ebbrezza del momento che credono eterno: hanno messo a disposizione della storia, cioè del primo occupante, due strumenti che, come tutti gli strumenti, dovevano prendere l'anima da coloro che li avrebbero maneggiati, non da coloro che li avevano creati. Il fenomeno è costante e basta pensare all'esempio inverso e più assurdo, del Gran Consiglio del fascismo che, fatto per assicurare il regime nei secoli, determinò, almeno formalmente, la caduta di Mussolini.

A dire il vero, un osservatore di mente anche non troppo fina avrebbe potuto prevedere che, attribuendo al parlamento la nomina di una parte dei consiglieri superiori e rispettivamente dei giudici costituzionali, le scissioni e sottoscissioni politiche e meglio partitiche si sarebbero inevitabilmente riflesse nelle due istituzioni: e non le brave persone ipotizzate sarebbero state chiamate, ma quelle che avrebbero dato affidamento di seguire

una certa linea, né occorre dire di quale linea si tratti. Più difficile sarebbe stato, se vogliamo essere sinceri, prevedere che lo stesso sarebbe accaduto per i giudici del Consiglio Superiore: e invece proprio nel seno della magistratura, stanca forse del silenzio che si accompagna al giudizio, la politica doveva penetrare in larghi strati, e quando si parla di politica si usa un eufemismo, per dire quel dichiarato comunismo (che è il meno pericoloso) o quel velleitario sinistrismo nel quale si spera di acquistare una personalità. Non è il caso di ripetere cose ormai note e scontate: importa invece sottolineare come anche al Consiglio Superiore non furono inviate quelle brave persone immaginate dal costituente, ma politici o pseudopolitici che fecero progressivamente dell'autogoverno una tribuna o un parlamento, così che i magistrati si trovano oggi ad avere... ministri in luogo di uno... per autogovernarli.

Sono tipici esempi di quella che è stata chiamata dottamente eterogenesi dei fini. Il dubbio è se questa sia compatibile con la costituzione, cioè se le intenzioni del costituente facciano parte della costituzione. Se così fosse noi ci troveremmo di fronte a due organi costituzionali che operano incostituzionalmente. È un problema di cui i costituzionalisti non accetteranno naturalmente neppure la proposizione, ma che comunque non spetta a noi risolvere. Troverà la soluzione solo nella storia.

4. - Eravamo dunque nel vero quando dicevamo che la separazione dell'amministrazione dalla giustizia crea un vuoto che non si sa come riempire. Per un incredibile paradosso si deve ritenere che solo la tirannia può realizzare questa utopistica libertà: e la ragione è ovvia. Il tiranno, di qualunque colore sia, può creare sulla carta miriadi di istituzioni, perché in definitiva l'istituzione sarà sempre e soltanto lui. Ora, non è nemmeno da escludere, anzi tutto lo fa pensare, che l'evoluzione che il Consiglio Superiore ha subito nella sua concreta realizzazione sia storicamente spiegabile proprio con lo strascico di falsa libertà che ha lasciato dietro di sé la caduta tirannia. Una

dittatura che si prolunga per tanti anni, tra il generale ossequio e la generale opposizione, altera il concetto di libertà, ed è questo il vero e solo danno che essa, sul piano della vita associata, produce. La dittatura infatti non nasce dal nulla, è un'ideologia che sopraffà un'altra ideologia, onde questa è naturalmente portata a concepire la libertà in termini ideologici, cioè come non libertà, e corrispondentemente lo Stato in termini non universali ma particolari. A ragione Guicciardini ha scritto che vi è un solo giorno felice dopo la fine della tirannia, ed è quello in cui essa finisce. Viene il dubbio che questo spirito di falsa libertà, materiato di sopraffazione e di violenza, sia congeniale all'animo degli italiani. Tale è la forza attrattiva che la risorta ideologia ha esercitato ed esercita in tutti i ceti, ma specialmente tra i notabili, quelli che un tempo si chiamavano persone colte. Non è certo questa la sede per condurre a fondo una simile indagine (la raccomanderei ai miei amici sociologi, se la ritornante sociologia non fosse nel nostro paese una delle maggiori testimonianze ideologiche): ma bisogna purtroppo riconoscere che, al di là degli interessi particolari, che pur sono potentissimi, come la vanità, l'assicurazione contro il futuro, l'oblio del servilismo passato, il lucro nelle sue varie forme, c'è in noi un autentico *horror libertatis*, di quella libertà che è responsabilità e solitudine. Se dovessi definire l'uomo libero direi che egli è quello che ha il senso dello Stato, così come il fedele è quello che ha il senso della Chiesa: l'uno e l'altro ovviamente da cercarsi con la lanterna. Ora, per quanto quel che diciamo abbia un valore generale, e valga per tutte le categorie, professori in testa, non vi è dubbio che i più soggetti a questa defezione sono i magistrati, e la ragione evidente sta in ciò, che per essi la rinuncia alla libertà e alla responsabilità è generatrice di potere.

Si parla nei libri, e lo si dice anche nel comune linguaggio, di potere giudiziario. La Costituzione usa sapientemente il nome di ordine. E in verità, se il termine potere non vuol significare la generica potestà, che a tutti compete, ma vuole avere il senso

specifico della volontà e del comando, bisogna riconoscere che di potere per la funzione giurisdizionale non si può in alcun modo parlare. Il potere del giudice è il potere della legge, che egli è chiamato a concretare, si identifica quindi con la sua funzione, come avevamo già intuito fin dalla prima edizione del Manuale (cfr. VII ed., pag. 143, immutata): e la riprova se ne ha nel processo, nell'*actus trium personarum* di Bulgaro, e nel sistema organizzato delle impugnazioni. In definitiva, le vecchie tediose dispute sulla natura di giudizio o di comando che avrebbe la sentenza procedevano, più o meno consapevolmente, da questo rilievo. Il fatto è che nella funzione del giudice è patologicamente compresa la possibilità di sovrapporsi alla legge, di rompere il nesso indissolubile, sul piano logico e astratto, con la legge, di farsi in una parola legislatore. Per il più tragico dei paradossi, il giudice ha il potere (autentico potere, perché egli risolve la disputa tra giudizio e volontà nel più semplice dei modi: negando il giudizio) solo quando si attribuisce il potere che non ha. A nessuno più che al giudice si addice il *quis custodiet ipsos custodes* del fiero Giovenale. E questo è quello che gli uomini non liberi hanno subito inteso quando il buon costituente ha costruito sulla carta, sia pure magna, l'istituto del Consiglio Superiore, e ne ha reso in gran parte elettiva la nomina dei componenti. Uno strumento creato per onesti fini di autogoverno aveva in sé tanta carica esplosiva da rendere disponibili i giudici fino a liberarli dalla legge, da renderli veramente un potere, il più temibile potere che si possa concepire perché evasivo per sua stessa natura di ogni limite e di ogni controllo. I romani hanno espresso mirabilmente questa situazione quando hanno parlato di *judex qui suam litem facit*, dove il *sua* non è solo l'interesse materiale, per se stesso raro, ma l'interesse politico, l'interesse, come ben si dice, di parte.

La politicizzazione del Consiglio Superiore ha forse questa origine, strettamente legata al retaggio della tirannia: e la storia agitata della sua non lunga vita ne può dare la conferma. Se invece della generica e prolissa relazione sullo stato della giu-

stizia, il Consiglio avesse pubblicato i verbali delle sue sedute avrebbe reso un miglior servizio alla verità, che è la chiave di volta della *societas*, e perciò forse la si nasconde. Nei *Quaderni* abbiamo dato notizia più volte dei fatti che sono venuti sporadicamente a nostra conoscenza (v. in particolare *Quaderno* III, 65). Ma è a tutti nota la tempestosità delle sedute, ridotte spesso a un attacco dei consiglieri politici contro venerandi magistrati (il povero presidente Tavolaro, che l'onesto esercizio della giustizia aveva ridotto senza armi, o almeno di tali armi, finì col rimetterci la vita), l'intromissione in rapporti estranei alla funzione, l'atteggiamento eversivo assunto in molte deliberazioni, come quella che per un voto non portò ad ammettere un parricida al concorso per la magistratura, e via dicendo. Negli ultimi tempi la politicizzazione ha assunto forme talmente scoperte da far pensare che oltre non si possa andare. Tale il caso tristissimo del presidente ricusato (v. infra, pag. 156) tale il caso meno noto, ma più preoccupante, del tentativo di ribellione del Consiglio Superiore al Consiglio di Stato. Non molti sanno quel che è avvenuto, e che è penoso ripetere. La Corte di Cassazione, che è costituita in ufficio elettorale per l'elezione dei consiglieri superiori, aveva dichiarato eletto un giudice di nome Pone, un uomo d'ordine, come si suol dire. Il Consiglio, nel verificare i poteri dei suoi membri, aveva ritenuto che si dovesse seguire un altro criterio, e aveva dichiarato eletto un giudice tra i più impegnati, di nome Cremonini. Pone ricorre al Consiglio di Stato, che dopo due anni, ahimé, gli dà ragione. Il vento di fronda agita furiosamente il Consiglio, che vuole disconoscere la giurisdizione del Consiglio di Stato. L'indecoroso conflitto è sanato dall'intervento del Presidente della Repubblica, presidente di diritto del Consiglio Superiore, che si assoggetta alla giurisdizione del supremo organo amministrativo. Sembrava potesse bastare. E invece pochi giorni dopo, il Consiglio rilevava che il giudice Pone era stato nelle more del giudizio promosso consigliere d'appello, onde aveva perduto il diritto di rappresentare i giudici. Natu-

ralmente colui che seguiva nell'ordine degli eletti era il giudice Cremonini, che rimase scandalosamente al suo posto.

L'autogoverno della magistratura riesce a fare di questi miracoli.

5. - Non occorre dire come, inteso in siffatto modo l'autogoverno, il Consiglio svolge i suoi compiti all'esterno, cioè nella vigilanza e nel controllo dell'opera dei magistrati. La verità è che la politicizzazione del Consiglio è, come abbiamo accennato, il riflesso della politicizzazione dei magistrati: di un numero sia pure relativamente esiguo, ma che basta per dare l'impronta all'intera classe, e addirittura al tempo nel quale viviamo.

Lo spirito di indipendenza di questi giudici si manifesta in vari modi. Uno è sul piano gerarchico, l'altro è sul piano dello svolgimento della funzione, cioè del giudizio. Sono due piani per modo di dire, perché in realtà si tratta di due aspetti, o di due momenti in rapporto strumentale fra loro. Il primo è la contestazione della gerarchia di cui tanto si è parlato. Ma anche questo ha a sua volta due aspetti, quello più noto per cui si vuol instaurare il giudice unico, autentico parallelo del docente unico; ed è l'aspetto meno interessante, perché la base rivoluzionaria è inquinata da appetiti di carriera che prevalgono su tutto. Quello meno noto è più legato al fine eversivo, che è specialmente rilevabile nei pretori e nei pubblici ministeri, per cui si nega l'ufficio e l'interna organizzazione dell'ufficio, in parole povere si reclama l'autonomia nell'azione, si contesta il capo e i poteri di controllo e di disposizione del capo. Questa forma di contestazione ha avuto clamorose manifestazioni, e in prima linea va posta quella dei due pretori di Roma, che andando a caccia sui giornali di fatti penalmente rilevanti, ed avendo aperta in base alle notizie raccolte azione penale contro due persone, si erano visti affidare dal pretore dirigente le relative istruttorie ad altri magistrati. I detti pretori non hanno esitato a denunciare il dirigente al Consiglio Superiore, assumendo che egli non ha potere di distrarre il processo dal magistrato che ha promosso

l'azione. Non è possibile, dal punto di vista giuridico, immaginare nulla più aberrante di questo: solo la superbia che è al fondo di queste contestazioni poteva indurre quei pretori, che per il secolo si chiamano Saraceno e Morra, a dimenticare la elementare distinzione tra esercizio dell'azione e giudizio. Se questo è indiscutibilmente personale al magistrato, che ha il suo limite solo nella legge del processo (e vedremo in seguito che cosa comporta un siffatto limite), l'esercizio dell'azione, inteso quale promovimento, non si può neppure qualificare propriamente atto di magistrato, o lo si può soltanto per una occasionale confluenza dell'agire con la qualità dell'agente. Tutto il sistema del codice di procedura penale, che è un sistema di libertà, si fonda su queste distinzioni: onde la vera regola sarebbe che il magistrato che promuove l'azione, cioè che praticamente denuncia, non dovrebbe svolgere la successiva istruttoria, che è già giudizio, salvo che questa non gli venga affidata dall'officio. Dal che si arguisce quale dipendenza ci sia nell'idea di indipendenza che spinge alla ribellione questi pretori.

Infinitamente più periglioso è lo spirito di indipendenza che si manifesta nel giudizio. È questa la negazione della legge, che abbiamo esaminato diffusamente in varie occasioni, e in forma generale e quasi teorica nella nostra conferenza « Il giudice e la legge » (*Quaderno* IV, pag. 8). Ma il moto non si arresta, e il discorso rimane sempre attuale. Abbiamo narrato di pretori che legittimano le occupazioni delle scuole, le violenze nelle fabbriche, che fanno le applicazioni più folli dello statuto dei lavoratori e di quel grimaldello che è l'art. 700. L'episodio più recente (più recente rispetto al momento nel quale scrivo, ma sarà ben presto superato) è quello del tribunale di Verbania, che ha assolto un numero cospicuo di scioperanti accusati di delitti comuni, ponendo il nuovo principio che le violenze non sono punibili in quanto gli autori hanno avuto un'idea errata del contenuto del diritto di sciopero, il famoso errore sulla legge diversa dalla legge penale, come a dire che non sarebbe punibile il pa-

dre che avesse ucciso il figlio perché riteneva che la legge gli conferisse il *jus vitae necisque.*

6. - Giunti a questo punto, io credo che sia opera saggia studiare il fenomeno descritto nelle sue cause, per prevedere, se possibile, i suoi esiti. È evidentemente un'indagine perigliosa, perché se male intesa potrebbe degenerare in una vaga e arbitraria sociologia, cosa assolutamente estranea al nostro spirito. Fattori remoti del disordine certamente esistono, ma non possono erigersi in cause, fino a quando non si dimostri che essi incidono sul libero arbitrio: e la dimostrazione non può essere data, perché l'uomo può sempre opporre alle sollecitazioni esteriori la sua volontà, e se cede è sempre la sua volontà che è direttamente e immediatamente imputabile. Indubbiamente, viviamo in tempi in cui le cellule sociali sembrano impazzite, come avviene di quelle del corpo: ma non impazzisce mai l'individuo che è chiamato dal destino a operare nel tempo, e a farsi fabbro della sua fortuna e della sua storia. C'è un profondo pensiero di Ascarelli che ho pubblicato in questi Quaderni (IV, pag. 2), e che mi piace qui riprodurre come guida e come monito: « l'elemento consenso volontario è insito in qualunque organizzazione sociale. È la verità del contrattualismo. Alla fine la vita consociata riposa sempre sul consenso del consociato. Ciascuno può andare a vivere solitario nelle isole Galapagos, nuovo Robinson, ciascuno può alla fine suicidarsi. C'è dunque un elemento di accettazione volontaria e perciò di responsabilità ».

Ciò premesso, non come atto di fede ma come certezza morale che non conosce evasioni, dobbiamo riconoscere che i nuovi giudici, se non possono rifugiarsi dietro le quinte di una storia ad essi esteriore, possono fare molte chiamate di correo, e le faremo noi per loro.

La prima di tutte è, io credo, proprio la sociologia. Non si dice nulla di arcano quando si riconosce che il giudizio è essenziale alla vita. Tutte le religioni, e in particolare la cristiana, si fondano sull'idea del giudizio, ma anche sul piano della vita ter-

rena, l'ordinamento è impensabile senza il giudizio. Orbene, se gli uomini hanno sempre discettato sul giudizio e sul giudice, è anche vero che essi hanno da che mondo è mondo giudicato, cioè hanno operato in pratica quello che il pensiero riflesso ha cercato di intendere, e ciò è avvenuto senza sostanziali inconvenienti. Ci sia consentito rimandare, come supremo conforto, al sublime saggio di Capograssi « Giudizio, processo, scienza, verità » (*Opere*, V, pag. 53). Sennonché, in tempi relativamente recenti, il problema del giudice e del giudizio ha cominciato a presentarsi in altro modo, e precisamente in modo che si può chiamare sociologico. Sulle orme di più o meno compresi scrittori iperborei, si è voluto impiantare una discussione sulla intrinseca e quasi originaria « parzialità » dei giudici, in quanto uomini, cioè appartenenti a un determinato ceto sociale, e si sono scritte ampie opere sull'origine (in senso classista, e addirittura geografico e topografico) dei magistrati. Il presupposto di queste indagini è più che evidente: si dà per dimostrato che il giudice e l'uomo sono inscindibili, e poiché è impossibile che un uomo si distacchi da se stesso, si alieni, per usare una parola di moda, l'uomo viene addotto a scapito del giudice, che non potrà mai dare un giudizio « obbiettivo ».

Tutta questa letteratura a sfondo statistico distorce la verità più elementare, l'osservazione più ovvia, e cioè che il giudice è un uomo, allo stesso modo come lo è il deputato, il senatore, il presidente della repubblica e il re, dove ancora vien conservato. E la distorsione sta in questo: che i nostri sociologi di seconda mano dimenticano semplicemente che prima di loro l'osservazione l'aveva fatta il legislatore (alludo al mitico *conditor juris*, non solo a quello positivo e presente), il quale ha, proprio per questo, organizzato il giudizio e il processo, e prima ancora il diritto. Ora diritto e processo significano precisamente l'immenso sforzo che lo spirito, individuale e sociale, fa, e ha fatto da quando esiste la storia, per risolvere il particolare nell'universale, per liberare l'uomo che giudica da se stesso. Si capisce che non ci riesce, e oltre un certo limite è bene che non ci riesca, perché

altrimenti si cade nel formalismo, ma questa è la meta cui tende: e, scendendo sul terreno pratico e quasi banale, è la molteplicità dei giudici che esso organizza, sia nella collegialità dei tribunali, sia nella successione dei giudizi (appello, cassazione, e via dicendo), tutti espedienti di sapore regolamentare, ma che si innalzano nella considerazione che per essi lo spirito, la legge, tende alla sua meta, cioè a realizzarsi e concretarsi. Ascarelli l'aveva notato puntualmente, come al solito (cfr. *Problemi giuridici*, I, 161).

Ora, se questo è vero, chiara si rivela la falsità dell'indagine sociologica di cui parliamo. I sociologi che hanno dato la stura a queste indagini (magari a spese nostre, attraverso il Consiglio nazionale delle ricerche) non hanno scoperto che la loro ignoranza, o dimostrato la loro scarsa illuminazione. Un giudice che va cercando se stesso per tanti gradi e per tanti meandri del processo non consente classificazioni ideologiche, e la ragione è che non lo consente la struttura e l'idea stessa dello stato liberale, e meglio sarebbe dire libero. Il solo giudice ideologico è quello che si ha nello stato non libero, nello stato più o meno totalitario, come abbiamo accennato; perché qui non vi è propriamente legge, tanto è vero che non si parla più di legalità *tout-court*, ma di legalità socialista o di altro colore. Quel che abbiamo detto del Consiglio Superiore, possiamo e dobbiamo dire del giudice.

È questa falsa sociologia, per il più singolare dei paradossi, che ha determinato il formarsi del giudice parziale, cioè del giudice politico. I pretori e i magistrati in genere che conducono la lotta per l'indipendenza della magistratura sono il prodotto di questa falsa dottrina, quanto meno hanno trovato in questa falsa dottrina il terreno favorevole per giustificare la loro propria innata dipendenza. È infatti indubitabile che chi ha spirito di parte vede giudici parziali in tutti coloro che non hanno il suo spirito, e soprattutto vede la parzialità nel sistema, nell'ordinamento alla cui ombra pur vive. Ci sono stati in questi ultimi tempi episodi clamorosi di giudici che hanno proclamato la par-

zialità di un'intera sezione del Tribunale al quale appartenevano, perché osava applicare la legge contro alcuni violenti. L'addottrinamento sociologico ha fatto questo, e infatti di severa sociologia è infarcita la sentenza di un pretore che ha ritenuto illegittimo il licenziamento di un garzone sorpreso a letto del padrone con la propria moglie, perché il fatto era avvenuto fuori dell'orario di lavoro (v. infra, pag. 94). Può certo obbiettarsi che sociologia e giudizio più che in rapporto di causa e di effetto, siano entrambi effetti di una più remota causa, e non avremmo difficoltà ad ammetterlo. Ci sono tempi in cui la parzialità è nell'aria: tempi in cui lo Stato non è la serena risultante delle forze politiche contrapposte, ma il nemico da piegare a sé, da costringere in una feroce ideologia che non conosce altro Dio fuor che se stesso.

Non c'è dubbio che noi viviamo in uno di questi tempi. Vogliamo dire, più profondamente, e senza timore di contraddizione, che si può anche arrivare a parlare di una ideologia dell'ordinamento, nel senso che, per l'indebolirsi dei custodi, per lo smarrimento del senso di libertà, che precipita nella rassegnazione e nel fatalismo, per paura o per interesse, anche gli organi deputati alla legiferazione obbediscono alle forze soverchianti, e sono minoranze, e dànno vita a leggi ingiuste, o peggio non fanno leggi giuste, come è il caso più evidente e direi più popolare del regolamento dello sciopero, voluto dalla costituzione e mai attuato. Ricordo una ingiallita pagina di Carnelutti nella quale si sosteneva, che anche la legislazione è dichiarativa: chi avrebbe detto che la bizzarria giuridica del vecchio maestro sarebbe tornata alla memoria dopo tanti anni? E conviene aggiungere che quando parliamo di ideologia dell'ordinamento intendiamo porre accanto agli organi propriamente legislativi la Corte Costituzionale, che così come è stata in concreto realizzata, senza possibilità di dubbio partecipa del fenomeno.

Se pure, proprio per la parte di giudice che è in essa, non è la massima espressione della parzialità di cui andiamo investigando le tracce e le cause. Perché — e torniamo così sui nostri

passi, avviandoci alla conclusione —, i giudici potranno fare molte chiamate di correo, ma non potranno mai scagionare se stessi. La ragione è molto semplice, e già altra volta ho avuto occasione di enunciarla: il giudice ideologo è il giudice che si fa la legge: se volessimo usare un'espressione volgare, ma efficace perché tratta dal gioco (e a un triste gioco si riduce nella dottrina e nella pratica la sociologica ideologia), quel giudice cambia le carte in tavola. Qui sta il vero, l'immanente pericolo, più che nella parzialità della legiferazione. Perché alla fine anche un legislatore ingiusto è legato alla legge che ha emanato, e di questo legame è artefice, nella organizzazione dello Stato, per non dir dello spirito, il giudice. Se il giudice non rispetta la legge, se si crea la legge, come inevitabilmente farà e ha già fatto, nella progressiva indifferenza di ogni regola processuale, la dissoluzione dello Stato ha raggiunto il suo limite.

È meraviglioso — ma non è nuovo, certo — che tutto questo avvenga in nome dell'indipendenza del giudice, in nome della costituzione che la bandisce. Il giudice indipendente diventa il solo giudice dipendente! Ma allora, dalla contemplazione di queste ruine, sorge spontanea una domanda. È possibile che, in uno Stato, possa restare impunita, cioè sia legalizzata, questa falsa indipendenza dei giudici? È possibile che, in concreto, quel giudice che legittima, non dico, perché l'ora non è fatta per l'ironia, le corna del datore di lavoro, ma le violenze più inaudite in tutti i campi, gli attentati alla scuola, al lavoro, ai diritti più elementari dell'uomo, non sia assoggettabile ad alcuna sanzione? La risposta deve essere negativa, perché l'interpretazione della legge consente a uno Stato libero di difendere le sue strutture, e prima ancora l'idea che lo rende libero. Non è possibile che, attraverso i suoi giudici, di qualunque rango, lo Stato venga sovvertito e rovesciato. Se un Consiglio Superiore politicizzato non riesce a restaurare l'equilibrio che assicura la sopravvivenza dello Stato e la nostra stessa sopravvivenza, bisognerà riformarlo, come bisognerà riformare qualunque altra istituzione che

dimostri di intendere parzialmente la legge, cioè si metta fuori della legge. Questo bisogna riconoscere, questo bisogna volere con tutte le forze, affinché non venga il triste momento, triste per la nostra vita e per la nostra libertà, in cui si profili l'esigenza di mutare la Costituzione, affermando in luogo della indipendenza dei giudici l'indipendenza dai giudici.

[049]

LA RIFORMA DELL'UNIVERSITÀ

Qualche anno fa, non era da molto finita la guerra, ebbi occasione di fare un viaggio negli estremi mari del Nord. La nave era polacca, ed era una bellissima nave, costruita prima della fine del mondo in Italia, che aveva scritto a grandi caratteri sul fumaiolo: Gdinia - America Line. Me ne stavo sdraiato sul ponte, solo, perché gli uomini hanno sempre preferito le tenebre alla luce, e quindi i compagni giocavano a bridge nel soggiorno mentre la nave solcava il favoloso canale delle Faroër, tempestato di uccelli. Il vecchio steward dagli occhi glauchi attendeva ai miei immaginari bisogni, e poiché egli parlottava il tedesco, una piacevole conversazione si impegnò tra di noi. Questa Gdinia America Line, gli chiesi a un certo punto, è una società? Mi fissò con uno sguardo incredulo, poi abbassando la voce: — Era una società, mi disse. Ora non c'è rimasto che il nome. — Poi, volgendo lentamente gli occhi a destra e a sinistra, come i famosi senatori di Tacito: — Di tutto, aggiunse, non c'è rimasto che il nome. E disparve.

Questo triste ricordo torna alla mia mente oggi, mentre scorro il testo approvato dal senato, della riforma universitaria. Se qualcuno dovesse chiedere il mio giudizio sul complesso dei cento articoli che lo compongono anche la mia risposta sarebbe (non so se voltando anch'io gli occhi a destra e a sinistra): dell'Università non c'è rimasto che il nome. Ma sarebbe una risposta sbagliata, perché la sostanza della società armatrice polacca, mutato il padrone, rimaneva sempre la stessa, la sostanza dell'Università, nella ventilata riforma, si perde completamente; onde il nome che rimane è un'autentica mistificazione. E anche questo si potrebbe accettare, come si accetta tutto nella vita,

se alla sostanza perduta, qualunque essa fosse, altra e diversa sostanza si sostituisse, così che si desse l'avvio a una « nuova » Università. Ma il fatto è che non si sostituisce assolutamente nulla, si mantengono solo e si accentuano i difetti che hanno portato alla dissoluzione della tradizionale Università. Il progetto in esame è solo la testimonianza di una cieca demagogia: cieca proprio perché non ha visto e non ha voluto vedere i difetti ai quali dovevasi porre rimedio. Difetti, diciamolo subito, che esorbitano dalla scuola, sono difetti dell'organizzazione sociale, e nella scuola, sia pure con maggiore evidenza che altrove, si riflettono. Dimostriamolo rapidamente.

1. - E cominciamo dalle definizioni. Gli antichi dicevano *Omnis definitio in jure periculosa*: e le più pericolose di tutte sono quelle delle istituzioni, perché hanno necessariamente un carattere astratto, che le rende idonee a tutti gli usi ed abusi, cioè a tutte le cattive intenzioni. L'art. 1 della Costituzione, cioè la definizione dell'Italia, ne offre un esempio pressoché augusto; ma scendendo più in basso, troviamo la definizione che l'ordinamento giudiziario dà, della Cassazione e del pubblico ministero (artt. 65 e 73), che sono fredde esercitazioni di legislatori burocratici, ma hanno fatto spargere tanto inutile inchiostro. La legge o quasi legge di riforma continua in questo malvezzo, e si lancia in una definizione dell'Università che nel testo che ho davanti occupa ben 22 righe.

Sennonché questa monumentale definizione non è pericolosa affatto: essa è il manifesto e la sintesi della legge, e rifletterebbe l'impreparazione del legislatore, se non si trattasse di qualcosa di peggio, della voluta ignoranza della realtà, determinata dalla paura e dall'ipocrisia. Quando si è letta la definizione non c'è bisogno neppure di andare avanti: ci può essere nella legge di tutto, e ci può essere niente. Il risultato è identico, perché si sa già che dell'Università, e della scuola in generale, al legislatore, cioè alla società che lo esprime, non importa nulla. Esaminiamo insieme questa definizione.

« *Le Università sono istituzioni di alta cultura, dotate di personalità giuridica. Ogni Università costituisce una comunità di docenti, ricercatori, studenti. Alle sue attività partecipa nelle forme previste dalla legge il personale amministrativo, tecnico, ausiliario* ».

A prescindere da quell'alta cultura che ricorda l'*haute couture* francese, e in ogni caso è un inutile vanto, non è chi non veda che la comunità proclamata dalla norma ha un colore e un sapore sovietico. Ma il guaio è che si tratta di un soviet senza rivoluzione, e un soviet senza la rivoluzione è quanto di più ridicolo si possa immaginare: esso non è che accondiscendenza alle velleità conformistiche di quei professori, e ce ne sono tanti, che cercano di mettere al riparo il loro potere e i loro guadagni dalle eversioni dei finti studenti. La comunità dei docenti, ricercatori, studenti e del personale amministrativo, tecnico ausiliario, sia pur degradato a partecipante, non è comunità, che è una cosa seria, ma promiscuità, ed è chiaro che nella filastrocca l'accento cade sugli studenti, ai quali si offre *pro bono pacis* un tributo di incenso, come è tipico dei chierici che tradiscono. Ma lasciando da parte i ricercatori, sui quali torneremo, e i partecipanti, una cosa il legislatore ha trascurato di scrivere: e cioè che la comunità universitaria deve essere fatta, e non può non essere fatta che di docenti che insegnino e sappiano insegnare, di studenti che studino e sappiano studiare. Perché in definitiva tutto si riduce a questo, e per questo non c'è bisogno di organizzazioni elefantiache, come quelle immaginabili e immaginate da questa legge. Ma andiamo avanti.

« *Le Università elaborano e trasmettono criticamente le conoscenze scientifiche, promuovendo e organizzando la ricerca e curando la preparazione culturale e professionale degli studenti, nonché la formazione dei docenti* ».

A parte la proprietà della lingua (come si fa a elaborare le conoscenze?) e il poco riguardo alla grammatica (quel « nonché » è un capolavoro); a parte il « trasmettono » che ha un sapore medianico (dove, come, a chi?), con un tratto di penna

il beato legislatore ha risolto il problema dei fini dell'Università trasformandola in un calderone nel quale la ricerca, la preparazione culturale e professionale degli studenti e la formazione dei docenti bollono allegramente senza mai cuocere. Se il legislatore avesse avuto un minimo di esperienza, avrebbe saputo due cose. La prima è che ricerca e preparazione culturale e professionale non costituiscono un cumulo di incombenze indifferenziate, ma un dilemma, il dilemma che i nostri tempi hanno posto all'Università. Fino a quando infatti l'avvocato, il medico, il notaio erano uomini di cultura, giungevano cioè alla professione per la via maestra della cultura (alta cultura, qui davvero si potrebbe dire) il dilemma non si poneva: si studiava, semplicemente. Ma oggi le cose sono cambiate, e per rendersene conto basta far scendere dagli scaffali le comparse dei causidici di cent'anni fa tutte sonanti di richiami romanistici, e paragonarle con quelle dei causidici (e anche le sentenze) dei giudici contemporanei, che del latino hanno il concetto che ne avevano i bravi di Don Abbondio. Non per nulla era stato creato in antico il titolo di dottore, che oggi sa di scherzo o di scherno, e ci rende ridicoli all'estero. E nel campo dei medici, dove sono più quegli umanisti che accanto agli aforismi di Ippocrate tenevano aperto il libro delle odi di Orazio? Oggi dunque una scelta si impone nei compiti dell'Università e della scuola in generale.

Vedremo in seguito come l'organizzazione stabilita dalla legge sia in contraddizione assoluta con la definizione. Scendiamo ora di un gradino, e prestiamo attenzione a quella « preparazione culturale e professionale degli studenti ». Anche a prescindere dalla inconciliabile opposizione tra ricerca e insegnamento di tipo professionale, i tempi che noi viviamo (che non sono felici o infelici, diciamolo subito, ma sono quelli che sono) hanno alterato il rapporto tra preparazione culturale e professionale, ed è semplicemente assurdo che una riforma dell'Università non ne debba tener conto. Per quel che riguarda la facoltà di legge, è troppo evidente, perché si debba indugiare a

parlarne. La laurea in legge è un *passepartout* per ogni mestiere, e prima di ogni altro per il mestiere della vita, perché chi non ha il titolo di dottore, nel nostro paese, è un paria. Qui siamo evidentemente al di là di ogni cultura e di ogni professione. Ma lo stesso vale per la medicina, per quanto strano possa sembrare. Noi non dobbiamo nasconderci che oggi la generalità dei medici opera nelle c. d. mutue, cioè prescrive specialità talvolta senza nemmeno vedere i malati, e d'altra parte le malattie serie si diagnosticano e si curano negli ospedali. Il sapiente e bonario medico condotto è sparito dalla scena, come sono spariti i malati che egli curava. E allora, per quale ragione tutti i medici, indistintamente, devono essere assoggettati allo stesso calvario di sei anni di studio, allo sforzo mnemonico di « passare » trenta esami nelle materie più disparate, quando è certo che la maggior parte di essi non vedrà più, dopo la laurea, un occhio o un dente o un vile corpo sul quale operare?

L'affollamento, assolutamente fittizio, delle Università (e di riflesso delle scuole tutte, dalle elementari al liceo) dipende da questo. E probabilmente consapevole di questo, il legislatore ha inventato la c. d. liberalizzazione dei piani di studio, che, altrimenti meritevole solo di irrisione, ha una sua logica solo nella riduzione dell'Università al libito dei consumatori, i quali nulla chiedono che di conseguire un titolo, al di fuori di qualunque ambizione o pretesa o anche solo bisogno culturale. Si è pensato cioè di raggiungere per la via indiretta della liberalizzazione quello che solo per la via diretta di profonde riforme della scuola e della società si può raggiungere.

Se il legislatore avesse avuto il serio proposito di adeguare la riforma alle esigenze della vita attuale, avrebbe confessato a se stesso una cosa: e cioè che parlare di professione e di preparazione professionale è per l'Università una cosa senza senso, da un lato per eccesso, dall'altro per difetto. L'Università (se si vuol mantenere questo nome e il senso che questo nome ha sempre avuto) non può che svolgere compiti di ricerca e di studio (l'alta cultura di cui parla la legge): dunque l'attribuzione

di compiti professionali è un eccesso. Ma non potrebbe svolgere compiti professionali neppure se lo volesse, perché la professione è un'arte, e l'arte non si insegna a scuola, ma nei fori, negli ospedali, nei mercati, dovunque meno che nei gabinetti scientifici. Questo è tanto vero che sono pochi i professori che riescono nella professione, e questi non sono spesso i migliori tra i professori. L'Università può solo formare la mente, educare a un metodo, insegnare a pensare, non a fare citazioni e comparse. L'educazione professionale spetta agli organi professionali ma soprattutto spetta ai singoli individualmente considerati, perché il professionista è sempre un autodidatta. Illudersi di costruire un professionista dispensando di studiare questa o quella materia, o di optare, come hanno fatto a Roma, tra la procedura civile e il diritto fallimentare o la procedura penale (v. il *Congedo* premesso all'ultimo volume del mio *Commentario*) sarebbe follia, se non fosse prima demagogia. E andiamo ancora avanti.

« *(Le Università) concorrono, mediante il libero confronto culturale, allo sviluppo scientifico, tecnico ed economico del paese, promovendo forme di collaborazione con i centri anche stranieri di cultura e di ricerca, con le regioni, le province, i comuni, e con le forze sociali e produttive del territorio* ».

Qui il discorso si fa estremamente serio. Le parole sono parole, si capisce, e chi ha scritto queste parole, e le ha approvate e fatte approvare dal Senato non aveva probabilmente intenzione di attribuire ad esse alcun senso. In realtà non ne hanno alcuno, perché non si riesce neppure ad immaginare che cosa sia e come si possa svolgere una collaborazione tra i nominati enti eterogenei o peggio i non enti, ma forze, e l'Università. Sennonché sono le parole senza senso quelle che fanno crollare i muri, perché c'è qualcuno che gli dà il senso che più gli conviene: il legislatore fa le leggi, ma è la storia che le applica. E non occorre molto per capire che, come nella comunità di professori e studenti, così in questa infeconda combinazione lo scettro del comando sta in quelle forze sociali e produttive del

territorio (si noti bene: dell'intero territorio!) che, se appena il vento spirerà favorevole, strumentalizzeranno l'Università, del tutto indifferenti al libero confronto culturale e allo sviluppo scientifico. E fossero davvero forze sociali e produttive, ma si sa bene quale realtà si nasconda sotto questa formula (che del resto non si trovava nel disegno di legge: è stata una sintomatica aggiunta dell'ultima ora): è la realtà delle forze che non sono né sociali né produttive, sono le forze politiche eversive, per le quali nulla conta se non il fine che tendono a conseguire, e alle quali si è voluto fare il borghese omaggio di una legge che esse si guarderanno bene dal conservare, se andranno al potere.

Ma c'è, sempre nell'art. 1, un ultimo comma.

« *Le Università realizzano democraticamente... la propria autonomia scientifica, didattica e amministrativa, e assicurano il soddisfacimento delle esigenze della comunità universitaria, nonché la libertà individuale di ricerca, di studio e di insegnamento* ».

Sempre a parte la grammatica (ancora il *nonché*) e lasciando pietosamente nel dimenticatoio il servile omaggio labiale alla democrazia, gli autori del periodo hanno voluto in termini barocchi riaffermare l'autonomia universitaria, di cui anche oggi i nostri atenei si fregiano, e l'hanno fatto ipocritamente, come ben si rivela dalla radicale statizzazione sancita dall'art. 3, che è incompatibile con l'autonomia, ma soprattutto nella piena ignoranza dell'uso che le Università han fatto dell'autonomia loro concessa. Ho detto altra volta che proprio l'autonomia è stata la ragione prima della decadenza e dello sfacelo (v. *Soliloqui e colloqui di un giurista*, pag. 311), perché essa è stata il tipico strumento di quella che si è venuta chiamando, non a torto, baronia universitaria. Non c'è dubbio che le università per essere degne di questo nome, devono essere autonome, e tanto più lo devono essere in un tempo in cui lo Stato, impersonato nel ministero dell'istruzione, non può sopperire alle esigenze dello studio, che diventano ogni giorno più grandi. Ma

bisogna essere una volta per sempre chiari con se stessi: di autonomie ne esiste una sola, nella vita collettiva come nella individuale, ed è l'autonomia finanziaria. Quando manca questa, l'autonomia è una larva; e pazienza se ci si limitasse a questo, cioè a essere un qualunque vassallo del finanziatore (come sono i comuni e le province di fronte allo Stato, checché ne dicano i trattati di diritto amministrativo); il peggio è che useranno dell'autonomia senza responsabilità, sapendo di avere le spalle coperte, e nello stesso tempo restando istituzionalmente incontrollati. Le baronie nascono in questo modo: i professori (come del resto per corrispondenza gli studenti) fanno quello che vogliono, riempiono di cattedre insensate le facoltà, triplicano, quadruplicano gli insegnamenti nelle aule semideserte per mettere « a posto » i loro figliocci, acquistando autorità e prestigio, lasciano la cultura, cioè il fine istituzionale dell'Università, a pochi romantici che credono ancora e crederanno sempre nei valori dello spirito. Questa è la situazione reale degli istituti di « alta cultura », e basta guardare gli annuari della Università per averne la prova.

Ora, solo una Università che è finanziariamente autonoma, cioè che paga e non firma tratte a carico dello Stato, controlla tutta la vita della « comunità ». Essa si può dare gli insegnanti che crede, ma a sue spese e a spese del suo prestigio, non sceglierà i docenti col criterio della baronia, né con quello della residenza illegittima, fisserà le sue mete non le lascerà fissare dai governi e da parlamenti ignari. Si capisce che sorge, in relazione a questo, un problema, di finanziamento. Ma questo non è mai un vero problema nel nostro paese, e soprattutto i finanziamenti sono come le tasse, che si pagano quando i denari sono ben usati, vale a dire i finanziamenti vengono dalle parti più impensate quando si sa che non vanno a favorire interessi estranei alla cultura.

A questo punto sorge però un altro problema, che avrebbe dovuto essere forse trattato preliminarmente. È, in questo morente secolo, e tanto più in quello che sta per nascere, lecito

parlare ancora di Università? È questo un nome medioevale che oggi non ha più senso. Oggi la facoltà di legge e quella di medicina e di fisica o anche di lettere non hanno più nulla in comune. Diversi e opposti sono i bisogni, diverso e opposto il modo di lavorare, le attrezzature occorrenti e via dicendo. Che significato ha più una legislazione unitaria e uniforme? Nessuno. E invece la legge approvata dal Senato ha sublimato l'Università, con uno spirito che è tipicamente ereditato dal fascismo, se pur non procedono entrambi, ahimè, da un'unica antica radice, e non giustificano alcuna differenziazione.

Naturalmente il problema della autonomia è tanto vasto che non può essere trattato in sede di valutazione di una legge che sull'autonomia e sul suo moderno significato non ha esercitato il suo pensiero. Ne parleremo in altro momento.

Qui consideriamo invece, per una valutazione complessiva della riforma, altri due articoli « definitori », che risolvono anch'essi problemi di grandissima importanza, ma al solito modo senza una preventiva presa di coscienza. Dovremmo, come per l'autonomia, differirne logicamente l'esame, ma qui bisogna tenerne conto sotto il profilo dello spirito che ha animato il legislatore.

Il primo articolo (secondo nell'ordine) regola, niente di meno, i rapporti tra l'Università e la ricerca scientifica, in pratica il Consiglio nazionale delle ricerche. Io non ho alcuna fiducia in questo Consiglio, per quel che riguarda le scienze giuridiche propriamente dette, e ho affermato più volte la mia totale disapprovazione per l'inconsulta estensione. Le scienze giuridiche hanno il privilegio, come ho scritto nel *Quaderno* II, pag. 193 (vedi anche *Soliloqui e colloqui*, pag. 311 e sgg.), di essere essenzialmente solitarie, scienze in cui tutto è affidato allo spirito silenzioso e raccolto di chi non ha bisogno che della mente per creare, e di una penna e un tavolo per « trasmettere » l'opera della sua creazione. Con l'ingresso al C.N.R. si è fatto del diritto una scienza di *équipe*, si sono sollecitate le facili velleità dei giovani, distolti dall'autentico pensiero, si sono

agevolate le baronie, si sono distrutti i soldi dello Stato. Non sono il solo a dirlo, lo dice anche Pera, che è, in questa scienza di *burini*, come direbbero a Roma, uno dei pochi che veramente crede e soffre (v. *Quaderno* sopra citato). Comunque, una volta creato e formato il C.N.R. è assurdo proclamare, come fa l'art. 2, che « l'Università è il centro primario della ricerca scientifica », con tanta poca consonanza, tra l'altro, coi fini dichiarati nei precedenti articoli, e con evidente offesa della stessa denominazione del C.N.R. Primari si diventa, se le ricerche si fanno e si sanno fare, non con una vana jattanza. Senza contare che tutti questi legislatori e paralegislatori si riempiono la bocca di società pluralistica, e poi concepiscono nella realtà lo Stato, e nello Stato l'Università, come un carrozzone, all'italiana per giunta.

La conferma di quanto diciamo, e la « chiave » dell'art. 2, si ha nell'art. 3, il quale conclude il ciclo delle definizioni stabilendo che « *la denominazione di Università degli studi e quella di istituto di istruzione universitaria possono essere usate soltanto dalle università statali e da quelle non statali riconosciute per rilasciare titoli aventi valore legale etc.* ».

Ecco il nodo della riforma, quella che spiega tutta l'organizzazione che si vuol dare all'università. In un tempo in cui lo Stato ha perduto lo spirito che anima questa sublime parola, in cui tutto parla di libertà, e solo dalla libertà può nascere l'ordine nuovo, per non dire semplicemente l'ordine, i legislatori rivoluzionari consacrano, esaltano e sublimano l'Università di Stato come unica Università. La formula dell'articolo sembra tolta di peso da quella della legge bancaria. E in che cosa lo Stato può trovare e imporre l'unicità? Non occorreva dirlo, e invece l'art. 3 lo dice: nel titolo legale che lo Stato rilascia. Siamo a questo punto, dopo tante querele, dopo tante finte rivoluzioni di finti politici, dopo la devastazione delle sedi universitarie, cui abbiamo assistito, che si venera sull'altare dell'Università e della scuola il dio d'oro e d'argento o peggio il dio di pergamena, che dà l'oro e l'argento. Evidentemente nessuno di questi uomini politici ha mai assistito a una seduta di

laurea in giurisprudenza, ha mai visto un *curriculum* di studente. Altro che istituto di alta cultura, altro che preparazione di studenti, altro che formazione di docenti.

Questa del titolo legale è una grave questione, preliminare a ogni altra, e senza una soluzione di essa in modo conforme a ragione e dignità individuale e sociale, nessuna riforma si può imbastire, perché ogni riforma sarà condizionata dal vuoto incolmabile che crea la quantità a danno della qualità.

L'esame dell'organizzazione proposta dalla legge dà la prova di quanto asseriamo.

2. - Non credo di dire cosa censurabile quando a priori esprimo la convinzione che, date le premesse che abbiamo illustrato, è addirittura impossibile che si possa essere creata un'organizzazione qualunque. Tale la funzione, tale la struttura, si può dire: dal caos non può nascere che il caos, quando chi pretende di assumere il ruolo di mente ordinatrice fa parte anch'egli del caos.

Tanto per non essere frainteso, e apparire laudatore di un tempo passato che non ho mai lodato, dico subito che se il legislatore si fosse proposto di creare un'Università ideologica, cioè ispirata a certi fini di parte da raggiungere in qualsiasi modo e con i mezzi più eversivi, io non avrei avuto nulla da obbiettare; o meglio avrei solo detto, e sarebbe stata un'opinione personale: questa non ha il diritto di chiamarsi Università. Ma qui non si è voluto nemmeno questo: qui si è voluta fare una riforma per farla, senza alcuna idea e senza alcuna convinzione, con l'unica guida degli schiamazzi pseudostudenteschi e peggio delle pressioni di pseudoprofessori. Qui si è creduto, ed ecco dove sta l'assurdo, mantenere la tradizionale Università con la moltiplicazione dei difetti che (giustamente) l'hanno condotta alla rovina. Ma usciamo dalle generalità.

E cominciamo dalla grande novità che sarebbe costituita dalla istituzione dei dipartimenti. Dopo lunga titubanza mi pare di essere riuscito a capire che cosa sia questa che l'art. 9 defi-

nisce « la struttura fondamentale dell'Università ». Nella sostanza si tratta di abolire le facoltà moltiplicandole. Si isola cioè un certo gruppo di materie, che vengono amministrate collettivamente, e fanno capo a un corso di laurea, al quale lo studente dovrà iscriversi. Lasciando da parte tutte le romanticherie dei corsi di orientamento etc., che non potranno avere nessuna rispondenza nella realtà, è chiaro che con questa moltiplicazione si vengono anzitutto ad imporre ai giovani che si iscrivono opzioni tra cose ignote, come possono essere ad es. il diritto pubblico e il diritto privato, o la storia del diritto, la chirurgia o la medicina. Si assisterà per contro a una selezione a rovescio, cioè alla questua dei giovani da parte dei dipartimenti, che temeranno di essere trascurati a profitto di altri. Le vocazioni si formano attraverso lo studio, non prima dello studio: e figuriamoci poi col sistema di ammissione all'Università di cui parleremo fra poco. Ma questo è nulla di fronte alle conseguenze che l'istituzione dei dipartimenti avranno per quel che riguarda i docenti. Se c'è un modo di creare baroni, e di rendere baroni anche quelli che non vogliono esserlo, è proprio questo: perché i professori di gruppo saranno fatalmente portati a crearsi piattaforme elettorali e a costituirsi in centri di potere, cioè per usare il termine di moda, a diventare mafiosi. Oggi almeno c'è una larva di controllo nel corpo insegnante di varia estrazione: domani scomparirà anche questo, e infinitamente più facile sarà diventare padrone o padrino. Ma tutto questo sarebbe nulla, se almeno trovasse corrispondenza nella funzione: sennonché i compiti attribuiti al consiglio di dipartimento sono a dir poco utopistici. Niente di meno questo dovrebbe organizzare le ricerche, stabilire gli insegnamenti e i programmi, alternare i docenti e così via. Vi è in questo qualcosa di seducente, ma purtroppo esso non regge alla critica. Potrà darsi che in qualche facoltà scientifica si possano proporre ricerche collettive, ma nelle facoltà umanistiche proposizioni simili non hanno senso: probabilmente tutto si ridurrebbe a una ricerca sociologica di équipe, favorendo l'avvento di una falsa scienza. L'art. 10 della

quasi legge è un monumento di ipocrisia, perché vuol conciliare l'inconciliabile, dicendo che « *a ciascun docente è garantita, nello svolgimento delle sue funzioni, anche se programmate nell'ambito di un dipartimento, la libertà di studio, di ricerca di insegnamento, di metodologia e di didattica* » come se queste libertà possano essere conciliate con la programmazione, e come se la programmazione non faccia parte di quelle libertà.

Il torto che io faccio al legislatore è di non aver capito una cosa molto semplice, ed è che si deve partire dagli uomini nel fare le leggi. Il problema che col dipartimento si è voluto porre esiste, almeno entro certi termini: ma la sua soluzione non va cercata in istituzioni astratte, che non hanno ovviamente alcuna realtà fuori degli uomini che le concretano, ma proprio negli uomini che sono chiamati a studiare e insegnare. Come dicevamo in principio, la nostra Università è decaduta per la degenerazione degli uomini, professori e studenti: la sola via per farla risorgere è nell'operare su questi uomini, nel restituirli al loro compito, e questo si può fare con pochi tratti di penna, senza inutili superfetazioni. L'istituzione dei dipartimenti è né più né meno che una evasione dal vero problema.

3. - Che del resto il legislatore non abbia voluto o potuto prendere in considerazione il vero problema, e abbia agito solo in vista di determinati interessi, bene individuabili, è dimostrato dal modo come esso ha disciplinato i due elementi essenziali dell'Università, che sono gli studenti e i docenti.

a) Per quel che riguarda gli studenti, infatti, il legislatore è partito dal presupposto dello slogan del « diritto allo studio » (art. 36), e lo ha inteso in un modo demagogico, che è in contrasto con la stessa costituzione. Questa, nell'art. 34, dice che la repubblica apre le porte degli studi superiori ai meritevoli; il sopravvenuto legislatore ha aperto le porte a tutti, senza distinzioni o preoccupazioni di capacità. È noto che per l'art. 7, il quale è già in atto per virtù di una legge stralcio, chiunque

fornito di un qualsivoglia titolo di scuola di secondo grado o anche senza titoli se ha compiuto i venticinque anni e supera un esamuccio attitudinale, può avere accesso all'università: e già gli effetti si cominciano a vedere con l'invasione di geometri e maestri e periti nelle facoltà di legge, al solo evidente scopo di conquistare un titolo dottorale. L'Università diventa in questo modo una piccola ECA, distributrice di assegni senza discriminazione, ma quel che è peggio diventa una fabbrica di spostati, perché tutto con una legge si può fare, meno che violare le leggi dell'economia, ed è più difficile convertire un inetto in una forza produttiva che cambiare, come si diceva un tempo, un uomo in donna. Vero è che al legislatore non interessa che dalla nuova Università escano persone preparate, ma che nell'Università gli studenti abbiano il diritto di tenere assemblee, come dice l'art. 40, che sembra copiato dallo statuto dei lavoratori, con ipocrita concessione ai peggiori studenti e ai peggiori professori. Da che mondo è mondo gli studenti hanno sempre discusso e si sono sempre abbaruffati, e sono in questo degni di invidia e di rispetto da parte nostra. La legalizzazione e statalizzazione di questi moti naturali alla gioventù è una cosa che ricorda il *Guf*, e sempre più mi convinco che questi nostri democratici si sono alimentati a quella scuola, e dimostrano meravigliosamente la continuità e l'eternità del libro e moschetto, anche se di moschetto non parlano più.

b) Per quel che riguarda i docenti, la sola cosa seria è la modificazione della disciplina dei concorsi, che sono oggi l'espressione della baronia universitaria. Ritengo inutile dare un giudizio sull'efficienza di queste nuove regole. Anche se esse fossero perfette, e sono lungi dall'esserlo, nessun sistema di concorsi può dirsi efficiente se è inefficiente la riforma generale della scuola, se il legislatore non ha creato le condizioni spirituali e materiali dello studio e dell'insegnamento. Come abbiamo visto, a tutto il legislatore ha pensato meno che a questo: anzi si direbbe che si è proposto di escluderlo, mantenendo

il titolo legale, aprendo l'accesso a tutti gli aspiranti a un qualsiasi diploma, cioè a coloro che fuggono dal lavoro perché credono (e hanno il diritto di credere) che la scuola non è un lavoro. Perché preoccuparsi del maestro quando lo scolaro non esiste? Di fronte al libero accesso, le lunghissime norme sui docenti sono una esercitazione retorica. E dobbiamo dire che perde ogni valore la distinzione tra professori a tempo pieno o semipieno, perché veramente è assurdo che una persona seria stia tutto il giorno a scaldare la seggiola per far finta di insegnare a gente che scalda panche (nella migliore delle ipotesi). Il professore diventerà naturalmente a tempo pieno quando saranno gli studenti a cercare le sue lezioni e il suo insegnamento. E così anche oggi, in questo morituro ordinamento, ci sono professori che non possono neanche se vogliono abbandonare gli studenti (quelli veri, che ci sono e ci saranno in ogni tempo, nonostante le leggi) che affollano le aule; mentre ci sono tanti altri professori che non sanno che cosa fare. Comunque, la stessa distinzione di tempo pieno e no, di professori associati e via dicendo, dimostra la falsità del punto di partenza. Se la scuola fosse una cosa veramente seria e sentita, la distinzione sarebbe un'offesa, mentre sono una vergognosa umiliazione quei calcoli cabalistici dei proventi scolastici e della loro ripartizione (art. 28 in fine). Il problema dei proventi non esiste per molte facoltà, onde si ribadisce anche sotto questo profilo l'anacronismo di una Università unitaria di cui abbiamo detto in principio. Per le facoltà (*pardon*, dipartimenti) dove il problema oggi esiste, bisognerà fare in modo che non esista: il vero e solo problema è che i docenti non siano attratti dall'Università per il guadagno, interno o esterno che sia, come purtroppo oggi avviene.

Se ad ogni modo dovessi esprimere la mia opinione sul modo di scelta dei docenti direi che certamente le innovazioni elettorali della legge segnano un progresso di fronte all'incostituzionalissimo (tra l'altro) sistema attuale, che è stato certamente la causa della rovina dell'Università, e non soltanto di questa. Le leggende che corrono sugli assistenti servi e padroni rispec-

chiano fedelmente la situazione. Qualunque espediente che valga a rendere gli assistenti uomini liberi e i professori uomini onesti (cioè che non antepongano un interessato rapporto al merito) deve essere apprezzato. La soluzione però non è soltanto nella disciplina di una gara elettorale: è nel modo di stabilire la reale cultura dell'aspirante alla cattedra. Solo in Italia, oggi, basta scrivere una monografia (la parola può essere un simbolo) per impancarsi a docente. Così avviene che è molto più difficile un concorso alla magistratura o all'avvocatura dello Stato di un concorso universitario. Bisogna che i candidati siano assoggettati a prove severe di cultura specifica nei vari rami del diritto e di cultura generale, prove scritte e orali, pubblicamente controllate. Alle monografie non darei nessun peso, perché nulla, mi sono convinto in tanti anni, è più facile che scrivere un libro per un concorso universitario. Vero è che queste mie fantasiose proposte non sono certo in armonia col tipo di scuola che risulta dalla legge.

4. - Ma dove la legge rivela la sua vera origine e il suo vero scopo è nella disciplina di quelli che essa chiama pomposamente « organi di governo » (art. 43 e sgg.). Più esatto sarebbe stato chiamarli organi di non governo o di malgoverno, tale è la pletora di enti e di persone che il legislatore è riuscito a tirar fuori. Per non perdere il tempo in vane esposizioni (vane, perché un'Università di questo genere non potrà mai funzionare, o funzionerà fino a quando i veri studiosi e i veri studenti non si faranno la loro, la vera Università), diciamo solo che la fertile mente dei nostri progettisti ha immaginato, oltre il dipartimento, i seguenti organi:

a) un consiglio di ateneo, composto di novantasei persone. Non scherzo: 36 docenti, 24 studenti, 12 assistenti (ricercatori nel nuovo linguaggio), 8 non insegnanti, 8 designati dalla Regione di cui almeno tre rappresentanti del mondo del lavoro, 4 designati dalla Provincia e quattro dal Comune. Il Consiglio di ateneo elegge una giunta e un esautorato rettore;

b) un consiglio di dipartimento non superiore a quaranta membri. Non scherzo neppure ora: per il 50 per cento docenti, per il 25 studenti, per il 15 ricercatori, per il 10 personale subalterno;

c) un consiglio nazionale universitario di 54 membri, di cui 40 eletti dai consigli di ateneo, 8 designati dal parlamento, 3 dal C.N.L. e 3 dal C.N.R.

Se un dubbio fosse rimasto sulla insipienza del legislatore questa teoria di membri (che propongo di dotare di una ben studiata divisa) lo dissiperebbe per sempre. Noi siamo davanti a una riforma che non vuol riformare niente, vuole solo creare clientele, con le lusinghe di una demagogia tanto più deplorevole quanto più è fuori tempo. Nulla più del numero favorisce il formarsi di baronie, allontana dalla serietà degli studi, riduce l'università a un triste gioco. L'esperimento che si vuol fare è quello di una politicizzazione, nel senso più ipocrita e più deteriore, dell'Università. Tutta questa gente della più disparata estrazione naturalmente non avrà alcun interesse alla vita degli studi, ma ben avranno interesse quei pochi nella massa che saranno mandati per fare dell'Università un centro di potere, anche se, come è presumibile, saranno analfabeti. Il risultato sarà che nessun professore degno di questo nome vorrà più far parte di questa scuola, nessun serio studente la frequenterà. Così si compirà il ciclo. Gli stessi italiani che dieci secoli or sono hanno creato, con i grandi e luminosi studi, l'Università, la fanno naufragare nel ridicolo. Ritengo che dopo tutto sia un bene, perché da questo immane crollo lo spirito risorgerà più libero, e cercherà nuove vie per affermarsi.

VOCI ED ECHI

[069]

L'INDIPENDENZA DEL GIUDICE

In uno scritto apparso nella rivista Critica Sociale (quella non più diretta, ahimé, da Filippo Turati) un sig. Agostino Viviani scrive un articoletto intitolato *L'indipendenza del giudice*, nel quale richiama alcuni miei detti memorabili sull'argomento, ma solo per rimproverare il procuratore generale di Firenze, Dott. Calamari, di averli recepiti nel suo discorso inaugurale dell'anno giudiziario (v. *Quaderno* III, pag. 169). Non sarebbe certo il caso di occuparsi dello scrittarello se non dubitassi che il sig. Viviani sia un giudice, e non dovessi perciò estendere a lui il discorso che faccio al giudice Marrone in questo stesso *Quaderno* (pag. 149), ma sopra tutto se non mettesse conto di rilevare alcune preziosità che non sono solo dell'indifferente autore, ma di tutta la setta alla quale egli appartiene. Basti dire che il Viviani imposta il problema chiedendosi se la crisi della giustizia non dipenda dal fatto che « il sistema imponga fatalmente al magistrato di interpretare la legge secondo gli interessi della classe dominante », e fa rispondere per lui positivamente proprio il dott. Marrone riferendo le sublimi parole « il diritto è per sua natura il diritto della società borghese e come tale ingiusto perché tutela una parte della società a danno dell'altra », e così via. Non occorre aggiungere altro perché il ragionamento, per così dire, è tutto su questo tono. Ma bisogna pur difendere il diritto che è un povero ente senza difesa (tanto più che non pochi professori parlano nello stesso modo) dallo strepito degli ignoranti. Perché ignoranza e niente altro è la vecchia abusata concezione classista del diritto, la quale porta ovviamente alla sua negazione. Forse il Viviani, il Marrone e i suoi colleghi, non sanno che per aver sostenuto questo il giurista russo Pašukanis fu im-

piccato da Stalin e giustamente dal suo punto di vista. E anche dal punto di vista del diritto, se il diritto avesse un temperamento crudele come quello di Stalin, perché il concetto di classe, dato e non concesso che sia un concetto, è politico, non giuridico. Come tale, la classe e la lotta di classe può influenzare e determinare il diritto, ma ne è anche influenzata e determinata, e questa è l'immensa forza morale del diritto. Chi si trova a dover operare, professore o giudice che sia, una volta che la politica ha creato il diritto, non può che *dicere jus*: e questo è il suo dovere, non quello di farsi un diritto per conto suo, perché altrimenti tradisce lo Stato e ruba i soldi che questo gli dà. Certo è molto più comodo giudicare « eliminando le barriere di ordine economico e sociale » come auspica il Viviani, e come fanno i suoi colleghi, conservando naturalmente le proprie, che sono intangibili e resistono a tutti gli argomenti giuridico-morali. Il tutto in nome del proletariato, come cent'anni fa.

Quando leggo queste cose mi viene in mente una paginetta di Giosuè Carducci, che pochi conoscono, e perciò mi sento spinto a trascrivere. Ascoltate. « Ahimè, or sono a pena dieci anni e io scrivevo che l'Italia per mezzo secolo poteva fare a meno di letteratura e d'arte, che l'Italia per mezzo secolo era meglio lavorasse al suo inventario e si educasse con interiore preparazione e trasformazione a un nuovo officio nel mondo. Credo ancora la prima cosa, non credo più la seconda. Questa gente bizantina non si prepara né si preparerà mai a nulla, si trasformerà sempre in peggio. Sparirà, senza lume né di canto né di pensiero, senza eroismo né di lotta né di sacrifizio, sparirà frantumata sotto la vendetta plebea. Un po' di sapienza e di amore ci potrebbe ancora salvare dalla rivoluzione sociale. Ce ne scamperà forse la espansione della giovine Slavia e l'intervento degli Americani ».

Queste parole costituiscono il finale di un articoletto del Carducci, pubblicato ne *La Domenica del Fracassa* del 18 gennaio 1885, col titolo « Soliloquio ».

[071]

CONCORDATO E DIVORZIO

Il mio lieve articolo (*Quaderno* IV, 114) ispirato al parere che Pugliese aveva dato in sede legislativa al senatore Galante Garrone sulla interpretazione dell'art. 34 del Concordato mi ha procurato una garbata risposta, garbata e seria come tutte le cose che vengono dal mio vecchio amico (*Giur. it.*, 1971, IV, 81 e sgg.). Non mi pare il caso di replicare, anche perché ormai il divorzio è passato e la Corte costituzionale ha respinto l'eccezione di incostituzionalità sollevata dal Tribunale di Siena: il tutto all'italiana, cioè non per merito del parere di Pugliese. Se aggiungo due parole al già detto è soprattutto per dire a Pugliese che non era il caso di prendere sul tragico i miei allegri rilievi sul fatto che il parere gli era stato chiesto da un senatore e da un certo senatore, e che le sue acute argomentazioni lo portavano ad andare a braccetto con Mussolini. La storia è storia, e posso assicurargli che le due circostanze non lo hanno diminuito ai miei occhi, tutt'altro. Per quel che riguarda il destinatario del parere la mia futile replica alla futile obbiezione è che sicuramente il giurista può rendere in sede legislativa un parere (e magari quegli alti organi si valessero di noi!): ma forse un po' diverso è che possa renderlo a un singolo e qualificatissimo onorevole, perché allora corre il pericolo di mescolarsi nella politica, e quindi di inquinare il diritto. Ma ritiene Pugliese il contrario? Glielo concedo senz'altro, giurando e spergiurando sulla sua assoluta obbiettività. Quanto alla coincidenza del parere di Pugliese col Cardinale, *pardon* con Mussolini, non c'è nulla di male. Qui però il discorso si confonde col merito: perché io sono d'accordo che il Duce volesse recalcitrare di fronte al fatto compiuto (sono più vecchio di Pugliese, e ricordo perfettamente gli even-

ti), e che egli pensasse di non aver concesso nulla sulla indissolubilità, ma è anche vero che Pio XI era più furbo, o se vogliamo più giurista di lui. Quando si scrivono e si sottoscrivono quelle terribili parole dell'art. 34 (Lo Stato italiano, volendo ridonare all'istituto del matrimonio, che è base della famiglia etc. etc.) si può cavillare quanto si vuole, ma si accetta l'ordinamento che la Chiesa dà al matrimonio, senza la minima distinzione tra regola dell'atto e vincolo. Le parole che Mussolini pronunciò alla camera e che Pugliese riporta sono le tipiche parole di un tribuno pentito, e quindi sono a favore della mia tesi, non di quella del mio amico. Gli italiani di oggi possono continuare il gioco all'italiana di Mussolini, ma non il giurista, perché la sola cosa che non può esistere è un giurista all'italiana.

Del resto, ho detto del mio scrittarello, se in Italia il matrimonio fosse stato dissolubile, il concordato si sarebbe fatto? Lo nego, e Pugliese, che è storico e giurista onesto, deve negarlo con me. Allo stesso modo come non può, per ribattere la mia affermazione che non conosco casi di scissione tra regola dell'atto e regola degli effetti dell'atto, non ammettere che il richiamo al c. d. diritto internazionale privato non è davvero calzante, perché qui non si tratta di regole legali, ma di contratto, e il contratto ha nella volontà delle parti la sua unica regola, sia dell'atto che degli effetti.

Non mi pare il caso di continuare. Nel finale Pugliese non accetta la mia posizione che nella questione di cui trattiamo il giurista deve stare a guardare. Ma ciò non vuole dire, come egli scrive, che si deve disinteressare del problema della costituzionalità o dell'interpretazione. La mia idea era chiara, desolatamente chiara. Deve, nella diatriba politica che si è voluta impiantare intorno al più alto istituto dello spirito umano, dissolubile o indissolubile che sia il matrimonio, stare a guardare. Questo era il mio pensiero, e le cose che guardando abbiamo veduto mi hanno dato certamente ragione.

Non mi resta che aggiungere due parole, dato che Pugliese mostra di adontarsi perché ho parlato di « un senatore di op-

posta fazione », e perché avrei gettato un'ombra di sospetta influenza del tempo fascista su persone di fede, come Jemolo, Ravà e D'Avack. Gli risponderei secondo il suo latino che per me fazioso è colui che non giudica *tota re perspecta*: i romani usavano il termine *incivile*, senza senso dispregiativo. Quanto ai nominati illustri colleghi ed amici, mi richiamo al senso storico professionale di Pugliese. Non si vive fuori del proprio momento storico, neppure se si vuole, come a dire che nella storia ci si infarina anche senza andare al mulino. Nient'altro.

GIURISPRUDENZA

[077]

CRITICA DEL GIUDIZIO COSTITUZIONALE

I

Il lettore ricorderà certamente le considerazioni di carattere generale che ho fatto nel precedente *Quaderno* sulla Corte costituzionale, analizzando le sentenze dell'anno 1970 che il presidente Branca gentilmente aveva disposto mi si mandassero. La gentilezza è continuata nel 1971, e fino al giorno in cui Branca ha lasciato la carica per raggiunti limiti temporali. E così anche quest'anno mi trovo davanti ben 175 tra sentenze e ordinanze, che leggo e annoto, per istruzione mia e degli altri. Che dire, in generale? Il giudizio espresso l'anno scorso ne esce confermato e rinvigorito. Noi abbiamo creato, con la Corte costituzionale, un istituto che non ha ragione di essere, s'intende con riferimento alla funzione istituzionale di una Corte: che poi serva ad altri fini, e in particolare acquisti per il disordine e l'inerzia degli organi legislativi e di governo una sua surrogatoria funzione, è un altro discorso. Il problema è solo di costo, e la Corte costituzionale deve costare parecchio: quanto, nessuno lo sa.

Tra i pensieri espressi l'anno scorso c'era anche quello che, illustrando l'esorbitanza della nostra Corte dai suoi propri limiti, formulavo sulla assurda applicazione del principio di uguaglianza ai rapporti interprivati. E mi riferivo in particolare alla deformazione della disciplina del matrimonio che la Corte aveva fatto in tema di alimenti e di uso del cognome. Dicevo: che c'entra questo con l'*égalité*? Un istituto nasce come il legislatore ha voluto che nascesse (e il legislatore non è la volontà arbitraria di un individuo o di una assemblea, è la volontà col-

lettiva della società in un determinato luogo e tempo): se le posizioni dei coniugi sono state regolate in un certo modo, ciò non ha nulla a che fare con la costituzione. Se il comune sentimento è mutato, solo il legislatore può rendersi interprete delle nuove esigenze, non mai un giudice sia pure costituzionale. Questo è tanto vero che lo stesso art. 29, dopo aver pomposamente proclamato l'uguaglianza morale e civile dei coniugi, è stato costretto a contraddirsi immediatamente aggiungendo la famosa riserva « con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare ». E crediamo che nessuno possa dubitare che dell'unità familiare è interprete e responsabile il solo legislatore.

Ho ricordato questa critica perché un giorno ho incontrato uno tra i più illustri nostri costituzionalisti, il quale ha cercato di convincermi di errore essendo la mia idea rifiutata dagli autori tedeschi. Siamo sempre alle solite. Tedesco o anglosassone, c'è sempre per l'italiano un Turpino. E se quegli iperborei leggessero il libro del meticcio italiano, non sarebbe meglio in tutti i sensi? Non è questione di nazionalismo: è che la cultura a senso unico non è cultura.

Il bello è che nei suoi momenti più felici la stessa Corte esprime un avviso conforme a quello da me sostenuto, almeno sotto il profilo della irrilevanza dei mutamenti storici e sociali rispetto alla questione di costituzionalità. Anche quest'anno ha avuto occasione di farlo: e niente di meno che a proposito delle pene edittali contro il furto. Uno dei soliti allegri pretori (stavolta quello di Siena) dovendo giudicare un ladro, invece di applicare la legge con l'umanità che questa consente, si è messo a predicare che l'istituto della proprietà, « da diritto fondamentale del cittadino, quale era in precedenza, sarebbe divenuto ora, secondo la struttura della nuova società uscita dalla dittatura e dalla guerra, in cui i postulati di vita, di libertà, di umana dignità e di lavoro si pongono come beni primari, un mero completamento di questi », onde l'incostituzionalità delle pene stabilite per il furto dal codice vigente, in modo eccessivo, e solo in omaggio a un malinteso principio di autorità. Ebbene, con la

sentenza n. 22, la Corte costituzionale non ha elevato nei suoi altari il novello Proudhomme, ma ha detto saviamente che la severità delle pene attiene alla politica legislativa, e pur se le relative scelte, operate in altro clima storico e sociale apparissero non più attuali rispetto alle conseguenze sanzionatorie della violazione di altri beni, la cui protezione assurga, a differenza di quella della proprietà, a diritto presidiato come primario e fondamentale dalla Costituzione, ciò postulerebbe l'intervento del legislatore. Siamo come si vede in un campo che, faziosità a parte, dovrebbe essere ancor più delicato del regime matrimoniale: ma la Corte non ha esitato a porre il principio fondamentale della irrilevanza del mutamento storico e sociale rispetto al precetto costituzionale. E bisogna tenerlo presente.

Vero è che a un simile prudente atteggiamento non si mantiene fedele la Corte quando opera nelle questioni di moda e quasi nel cono della faciloneria verbale e fotografica dei rotocalchi. Così è avvenuto a proposito dell'art. 553 cod. pen. che riguarda l'incitamento a pratiche contro la procreazione. Qui il Tribunale di Viterbo aveva sfoderato la non rispondenza alla consacrata libertà di manifestazione di pensiero (art. 21) del divieto di far propaganda per la limitazione delle nascite. Disse il Tribunale e ripete ora la Corte che l'art. 553 ha origine « nella politica demografica del tempo, diretta all'incremento della popolazione, considerato come fattore di potenza, e alle concezioni a cui quella politica si inspirava ». Di qui l'incostituzionalità del divieto di propaganda anticoncettiva: al che noi vorremmo chiedere alla Corte da dove essa desume il mutamento di politica, che certo nella Costituzione non è consacrato, e sopra tutto in base a quali poteri. Perché è certo da un lato che la politica demografica è oggetto di discussione, dall'altro che il legislatore soltanto rileva ed esprime il mutamento della politica. La Corte ha in questo caso da un lato perduto una buona occasione per riconoscere i suoi confini, dall'altro non ha tenuto conto di tutte le sozzure e le speculazioni che si nascondono dietro la propaganda anticoncettiva, gabellata da libero pen-

siero. La sola attenuante che la Corte può invocare è che tutto ciò che attiene al sesso nel decadente paese assurge a dignità di questione di Stato.

Una simile stortura si può rilevare nella sentenza n. 1, in cui si trattava di un minore che aveva ucciso in uno scatto d'ira la madre con un coltello. Ricoverato, come non imputabile, in un riformatorio giudiziale, sulla base dell'art. 224 cod. proc. pen., il giudice dell'esecuzione aveva rilevato che egli si era mantenuto di ottima condotta, era vittima di un disadattamento familiare, ed era meglio che fosse affidato a un collegio normale, piuttosto che a un riformatorio « divenuto ricetto degli irreducibili ». La Corte ha acceduto al sentimento del giudice (ovviamente contraddittorio) e ha dichiarato illegittimo il secondo comma del citato art. 224, perché non ammette discriminazione tra minore e minore, e così tra un quasi quattordicenne e un infante, ma per tutti dispone senza valutazione discrezionale l'internamento. È lecito domandarsi che cosa c'entri la Costituzione e l'uguaglianza con la contestata norma, sopra tutto cosa c'entri la Corte con la critica del riformatorio giudiziale. Questo è quello che è, e la sua organizzazione è materia amministrativa, alla quale deve provvedere l'autorità competente. Se, in ipotesi, questa non vi provvede, è assurdo dire che la norma diventa incostituzionale. Si potrà solo ravvisare nel fatto una delle tante forme surrogatorie dei doveri inadempiuti, che già abbiamo denunciato, e che, per essere fatali, non sono meno patologiche.

Di questo sentimentalismo della Corte nell'interpretare l'articolo 3 si potrebbero portar tanti altri esempi: e così quello della sentenza n. 144 in cui si bolla di incostituzionalità la norma che stabilisce i limiti di età per il pensionamento degli ufficiali e dei sottufficiali rispettivamente in 15 e 20 anni. Non vorrei sospettare che la Corte abbia tenuto presente l'esercito cinese in cui dicono (ma vorrei vederlo!) che non ci sono ufficiali e soldati: per il nostro ristretto paese bastava riflettere che il diverso limite poteva essere in funzione del maggior tempo e delle diverse qualità che sono richieste per diventare ufficiali, e forse

la crudele disuguaglianza sarebbe apparsa meno irrazionale. Comunque, pare a me che l'intrusione di una Corte costituzionale nell'organizzazione dell'esercito sia totalmente ingiustificata e densa di pericoli, né può trovare appiglio nella norma platonica dell'art. 52 u. c.

Dagli esempi che abbiamo portato, si conferma il giudizio altre volte espresso in questi *Quaderni* sulla povertà e sterilità delle questioni intorno alle quali quattordici illustri giuristi occupano il loro tempo prezioso nel magnifico palazzo della Consulta. Ed è fatale che sia così, perché se dovesse capitare qualche grande tema, la soluzione è scontata in anticipo, come in questo stesso numero avremo occasione di osservare. Quel che ora conviene invece ribadire è quel fenomeno che già abbiamo denunciato nel precedente *Quaderno* dell'albagia che la organizzazione del giudizio costituzionale ha generato nei giudici di merito, ai quali come si sa è affidato il compito di investire la Corte. Ne vogliamo anche questa volta portare più di un esempio, convinti che con questa critica serviamo alla serietà della democrazia più di tanti zelatori di nostra conoscenza. Sentite.

In un giudizio di contravvenzione alla legge sulla caccia e sull'uccellagione un pretore (per la storia, di Pianella) ha contestato la costituzionalità della confisca dell'arma disposta a norma dell'art. 236 cod. pen., perché la confisca non è una pena, ma una espropriazione per motivi di interesse generale, e quindi non può avvenire senza indennizzo (sent. n. 8).

In un giudizio di merito di secondo grado seguito alla riforma della sentenza di primo grado che aveva ritenuto la prescrizione, il Tribunale di Viterbo ha contestato l'art. 522 cod. proc. pen. perché in contrasto col principio del doppio grado di giurisdizione. In un giudizio di esecuzione esattoriale, il pretore di Nardò ha contestato l'art. 207 del testo unico sulle imposte dirette, il quale stabilisce che non può essere opposto all'esattore l'acquisto in una precedente asta esattoriale, se i beni acquistati siano rimasti nel possesso del debitore (sent. n. 13). In un processo per rissa ben tre tribunali hanno contestato la legittimità

dell'aggravante per la morte di uno dei rissanti (sent. n. 21). In un processo tra l'avvocato e il cliente per rimborso spese di patrocinio il Tribunale di Busto Arsizio ha contestato addirittura la condanna nelle spese ex art. 82 cod. proc. civ. come avente carattere corporativo e incompatibile col diritto di difesa (sent. n. 47).

Un conciliatore è arrivato a contestare la gratuità delle sue prestazioni (sent. n. 70).

Il pretore di Nocera Inferiore ha contestato la legge n. 58 del 1967 perché vieta di fabbricare pane con farina di segala (art. 137).

Abbiamo scelto a caso alcune delle ordinanze di rinvio nella vasta mole che abbiamo raccolto, e non crediamo sia il caso di ingombrare le pagine del *Quaderno* con l'intero elenco, che pure sarebbe edificante. Tanto basta, crediamo, per confermarci nella ormai antica convinzione che l'organizzazione del giudizio costituzionale non può né deve essere mantenuta. Essa si risolve in una palestra dei lettori, per usare un termine caro alla nostra infanzia: una risoluzione del diritto in barzelletta, che sarebbe anche divertente, se non costasse quello che costa, se sopra tutto non comportasse un'insopportabile mora nell'amministrazione della giustizia. Una eccezione di incostituzionalità significa due anni di tempo perduti, o magari guadagnati dai birbanti, se si tratta dei processi penali. Io non so come questo grave inconveniente possa essere risolto. Mi basta denunciare la crisi del giudizio costituzionale che esso determina. Probabilmente basterebbe togliere di mezzo l'effetto sospensivo del rinvio per diradare, quanto meno, tutte queste assurde questioni.

II

Ma la sociologia della Corte (usiamo anche noi questo termine) meglio si individua in altre questioni che, pur non uscendo dal campo delle quisquilie, implicano problemi di carattere

giuridico e sociale che in qualche modo sfiorano la costituzionalità. Vediamo, anche qui, di scegliere a caso.

Due pretori, geograficamente lontani (Torino e Campobasso) ma spiritualmente vicini, hanno contestato una certa norma in materia di repressioni di frodi commerciali, in virtù della quale l'importo delle multe pagate viene diviso in parti uguali fra gli agenti e i funzionari che prelevarono i campioni ed eseguirono le analisi relative. Questo « interesse privato in pubbliche funzioni », incompatibile col principio di imparzialità sancito dall'art. 97, vizierebbe in radice il materiale probatorio acquisito dai detti impiegati. La Corte, con la sentenza n. 110, se l'è cavata per la tangente, dicendo che la questione è inammissibile perché in ogni caso il giudice può controllare l'attendibilità della prova. Ma è chiaro che così facendo la Corte è venuta meno alla sua essenziale funzione che era quella di censurare, al lume della costituzione, il sistema medioevale di persecuzione dei reati: e bisogna aggiungere è venuto meno perché essa, con tutte le 139 norme della costituzione non può incidere nella amministrazione, che vuol dire tradizione, costume, e si sottrae per sua natura alla democrazia che la costituzione vorrebbe garantire. Lo stesso ragionamento, e su più vasta scala, si può fare per quel caso veramente clamoroso di un pretorino di Chieti, che ha osato portare alla Corte la questione della incostituzionalità niente di meno che dell'art. 4 della legge del 1865, in quanto escludendo la tutela possessoria contro la pubblica amministrazione, incontra l'ostacolo costituzionale della tutela dei diritti e degli interessi legittimi sancita dall'art. 24. Anche qui la Corte, con la sent. n. 161, se l'è cavata con dotte disquisizioni teoriche sugli interessi e sui diritti, ma il punto centrale della mancanza di tutela possessoria è passato in sordina, né poteva essere altrimenti, perché non c'è Corte Costituzionale che possa incidere sulla organizzazione sostanziale della giustizia amministrativa in Italia, come invece astrattamente sarebbe suo supremo compito.

La verità è che quando la democrazia non nasce dalla tradi-

zione, e non è quindi connaturata nel popolo, ogni istituzione risulta condizionata: al sistema, agli interessi, perfino ai soggetti. Una delle sentenze che, nel suo piccolo, dimostra questo condizionamento è la n. 4 che nega l'incostituzionalità del termine minimo di esercizio delle azioni revocatorie che certe banche si sono stabilite, con leggi speciali (e del resto in correlazione con l'ultimo comma dell'art. 67 della legge fall.): addirittura dieci giorni dal compimento dell'operazione per gli Istituti di medio credito. La incostituzionalità è palese, e sarebbe questa stata una buona occasione per moralizzare la vita bancaria, che deve trovare la sua tutela nella responsabilità degli atti che compie, non nella sottrazione dei diritti di difesa a chi opera col fallito. Ma la vita italiana è *ab antiquo* fondata sul privilegio, e non è certo una democrazia improvvisata, e gli organi nuovi di questa democrazia, che possono distruggere i privilegi.

Queste cose che diciamo potrebbero sembrare temerarie, e costituire addirittura materia di vilipendio, cioè di quel reato che i nuovi democratici aborriscono quando non ne sono i soggetti passivi, naturalmente. Ma a confortare il mio sereno e obbiettivo discorso occorre oggi una nota, niente di meno che di Jemolo, nella *Riv. di dir. proc.*, 1971, pag. 302, nella quale commentando pur benevolmente alcune note sentenze in tema di matrimonio testualmente scrive: « La Corte Costituzionale ha proceduto con estrema prudenza: si è avvertito, come sempre si avverte, che essa è ad un tempo organo giudiziario ed organo politico, con la preoccupazione di non porsi in contrasto con indirizzi del governo e delle Camere o della opinione pubblica, di non sospingere il legislatore se non là dove questi ha sicuramente il desiderio di essere sospinto ». Se così è però, e non ho ragione di dubitarne, putroppo allora, caro e illustre amico Jemolo, nella prossima Costituzione noi, di là dove saremo, ispireremo una Supercorte costituzionale che preservi la libertà e la democrazia dal previo concerto degli organi costituzionali attualmente esistenti.

[085]

III

Dove la Corte Costituzionale trova sfogo alla sua funzione di presidio delle libertà è nella demolizione del processo penale, non senza qualche puntatina nel processo civile. Largamente abbiamo registrato questi non lodevoli sforzi nei precedenti Quaderni, e ora daremo conto dei nuovi saggi. Ma si capisce che qui la Corte trovi facile pastura: nel processo non vi sono, o meglio non appaiono macroscopicamente gli interessi primari dello Stato, tutto si riduce a un conflitto tra libertà e autorità, e alla sua autorità uno stato pseudodemocratico facilmente rinuncia, cioè la rende agevolmente disponibile. Ben altri sono gli interessi da conservare e da salvare. A livello di reato — quindi anche di polizia e non solo di giustizia — l'autorità conta poco, perché poco conta, per uno Stato non ideologico, l'ordine pubblico. Sembra un paradosso, ma disgraziatamente è così, e basta aprire il giornale o passare, con una certa cautela, per le strade per rendersene conto. Ora si capisce che su questo terreno la Corte Costituzionale si sia fatta paladina della libertà a danno dell'autorità senza preoccuparsi delle immani conseguenze dei propri atti. Non è il caso di ricordare qui le tappe progressive della demolizione del codice penale, di procedura penale e della legge di pubblica sicurezza. Rimandiamo a quanto già scritto. Nel 1971 l'opera distruttiva è stata ribadita, e vi è ad es. una sentenza n. 62 nella quale si decide sulla eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 304 *bis*, primo comma, nella parte in cui non prevede l'interrogatorio dell'imputato tra gli atti cui hanno diritto di assistere i difensori. La sentenza non sarebbe degna di ricordo, perché quel diritto era stato già stabilito da una precedente sentenza, e il legislatore ha successivamente emanato una legge apposita: ma la Corte approfitta del caso per fare una sfuriata contro quei giudici che tra la prima sentenza e la legge avevano ritenuto inapplicabile la sentenza stessa in quanto il dispositivo di essa, cadendo su una omissione legislativa, tendeva a una posi-

tiva integrazione del diritto obbiettivo, non consentita al giudice della costituzionalità delle leggi. Quanto rumore per nulla, sarebbe il caso di dire, se questo nulla non si convertisse nella paralisi dei processi! Nello stesso tempo, e con lo stesso criterio, la stessa Corte con la sentenza n. 123, puntualizza, con un'arbitraria interpretazione dell'art. 370 cod. proc. pen., un possibile conflitto tra pubblico ministero e giudice istruttore, nell'ipotesi di richiesta da parte del primo di un supplemento di istruttoria, che il secondo non sarebbe tenuto ad accogliere: sublime esempio di competenza nell'interno dello stesso processo. Vero è che con la sentenza n. 173 si affretta a sancire l'obbligo della convalida dell'arresto in flagranza, previsto dall'art. 246 cod. proc. pen., in omaggio all'art. 13 della Costituzione, che letto con un po' di umanità (della triste umanità nella quale viviamo) non prevede assolutamente la flagranza, come è anche naturale.

Questo spirito di libertà che aleggia sulla Corte non le ha impedito di respingere una eccezione che giustamente era stata sollevata contro l'art. 47 della legge sull'I.G.E., il quale stabilisce che mentre si può chiedere il rimborso delle somme illegittimamente pagate in modo diretto, non lo si può chiedere se il pagamento è avvenuto mediante apposizione di marche da bollo. L'eccezione di disparità di trattamento è infondata, dice la Corte, « per motivi di stretto rigore giuridico: le marche infatti sono valori emessi dallo Stato per fini fiscali a corrispettivo di servizi e conservano il loro valore finché non vengono usati ». Ecco una bella occasione perduta per... costituzionalizzare l'ordinamento salva naturalmente la riserva per la riferita frase di Jemolo. Ma tornando al codice penale, e sempre camminando sul filo della pseudodemocrazia delle nostre istituzioni, ecco la sent. n. 168 che dichiara costituzionalissimo l'art. 650, il quale, come è noto, stabilisce che chiunque non osserva un provvedimento legalmente dato dall'autorità per ragione di giustizia, di sicurezza pubblica, o d'ordine pubblico o d'igiene, è punito per questo solo fatto con l'arresto o con l'ammenda. Da vari pretori era stato attaccato questo disposto di legge in base a vari motivi, partico-

larmente per la genericità della norma. Ogni sforzo è stato vano (e io non dico che lo sforzo fosse *stricto jure* valido), ma se c'era una norma che esprimeva lo spirito del passato regime ed era da questo dipendente, tale norma era l'art. 650, e la democrazia voleva che fosse espunta. Ma le armi dei reazionari sono sempre armi, ed è bene non privarsene. Tanto è vero che lo statuto dei lavoratori ha fatto dell'art. 650 larghissimo uso.

Per concludere il discorso, e sempre sul piano della sociologia, conviene riferire che con una delle ultime sentenze (la n. 175, del 5 luglio) la Corte ha rigettato ben diciassette eccezioni di incostituzionalità che altrettanti questa volta audaci pretori avevano sollevato contro il famigerato provvedimento di amnistia seguito, come tutti ricorderanno, al c. d. autunno caldo. Con queste eccezioni si investiva l'abuso incostituzionale dell'amnistia; si contestava la costituzionalità delle amnistie particolari o celebrative, alternativamente; si censurava il prolungamento del termine già stabilito in una precedente proposta di legge, « prolungamento che può aver agito come vero e proprio incentivo a delinquere, in contrasto con la *ratio* dell'art. 79 ».

Bisogna rendere omaggio a questi giudici modesti che si sono resi conto della profonda serietà della vita, che non consente oblii, e tanto meno legittima la paura del giudizio che spinge all'interessato oblio. La Corte Costituzionale, nella citata sentenza, ha sparso lagrime sulla facilità delle amnistie, in contrasto con lo stesso spirito della costituzione, e ha dato atto che i nuovi democratici hanno in materia superato il passato regime. Poi ha fatto quel che non poteva non fare. Ha detto che nelle valutazioni di opportunità non poteva sostituirsi al legislatore. Una volta tanto, almeno, ma forse non è la più felice delle volte.

IV

Conviene chiudere questa critica della semiannuale fatica della Corte con la menzione di due sentenze (rispettivamente la 38 e la 149), che hanno risolto due casi curiosi. La prima riguarda

quella disposizione della legge elettorale che esclude dalla eleggibilità a consigliere comunale chi abbia certi rapporti di affari con il Comune. È stata presentata alla Corte la situazione di chi avendo quei rapporti in società con altre persone, non poteva giuridicamente sciogliersi da essi, per scaduto termine di disdetta. La Corte ha negato che ricorresse la violazione dell'art. 3 e dell'art. 51, e giustamente. Ma vien fatto di dire a questo aspirante consigliere comunale che la legge e il buon senso considerano le situazioni oggettive al momento dell'elezione, nella più totale indifferenza rispetto al contenuto dei rapporti. Se tutti possono accedere alle cariche elettive, nessuno è obbligato, evidentemente, cioè vuole solo se può. Nell'altra fattispecie, per certo verso affine, si è prospettato il caso della conversione della pena pecuniaria in pena detentiva, e si è preteso di sostenere che il fallito, non potendo giuridicamente pagare, non subisce questa spiacevole conversione e pertanto la norma è incostituzionale. La Corte ha risposto di sì, con singolare incomprensione: bastava invero, per mettersi sulla giusta via, che essa avesse considerato la situazione di chi non può pagare perché non ha un soldo, non per cattiva volontà. La norma della conversione non pone alternative né crea assurdi diritti di non pagare la multa: essa guarda solo al fatto obbiettivo del mancato pagamento, da qualunque causa dipenda. Questo è tanto vero che la stessa sentenza è stata costretta a limitare l'inapplicazione della norma all'ipotesi di fallimento sopraggiunto, non, cioè, al già fallito che viene multato. Ma giuridicamente la situazione è assolutamente la stessa.

V

A conclusione della lunga disamina, ci sia consentito di fare una minima chiosa. Noi siamo stati e siamo critici verso questo ancor nuovo istituto che è la Corte Costituzionale, e abbiamo più di una prova che ciò dispiaccia ai membri della Corte, che sono tutti brave e dotte persone. Ma se insistiamo nel nostro

compito non è per malanimo: è che riteniamo fermamente che la nostra nascente democrazia, non ancora giunta al primo vagito, ha bisogno di una profonda educazione, e di un richiamo continuo al senso dello Stato. Questo, e non le chiacchiere demagogiche dei politici e dei professori, consente di uscire dalle condizioni deplorevoli che secoli e secoli di storia non nostra hanno contribuito a creare. Quando vediamo il nostro massimo istituto giudiziario scadere dal suo naturale livello per le assurde proposte di questioni di carattere costituzionale, noi dobbiamo dire che l'esperimento grandioso che si esprime nella formula « Corte costituzionale » non ha dato il suo frutto; peggio ancora, quando nelle vere questioni costituzionali, che dovrebbero ricorrere in rari casi, ma di universale portata, vediamo la Corte estraniarsi alle reali esigenze del paese, e piegare gli augusti precetti della Carta ad applicazioni inutilmente eversive di un ordine costituito e contrastanti col costume, e peggio ancora assecondare a priori la volontà o la pseudovolontà del governo, noi crediamo che, nonostante la legittimazione di Jemolo, la Corte costituzionale ha bisogno urgente di essere riformata. Che questo possa avvenire non è facile, tali e tanti sono gli interessi che essa ha destato: ma non per questo bisogna abbandonare la lotta. La nostra generazione ha avuto l'incredibile privilegio di vedersi profilare davanti agli occhi, nel 1945, l'immagine della libertà; credevamo che fosse la fine, e invece era il principio. Il procedere per fate morgane è però proprio della storia. Questa consapevolezza è quello che conta.

CRITICA DEL GIUDIZIO DI CASSAZIONE

Nascita di un contratto. *

Dio sa, e i lettori sanno, se io non mi costituisco ad ogni istante difensore delle istituzioni giudiziarie di fronte ai pigmei che dall'esterno (leggi Università) e dall'interno (leggi giudici impegnati) cercano di rovesciarle per amore del disordine nel quale credono e sperano di prosperare. Lo faccio con spirito libero, perché so che in un paese di scarsa o nessuna democrazia la riforma delle istituzioni deve avvenire attraverso l'educazione e il raffinamento delle persone che le incarnano, e a quest'opera tutti si devono dedicare, e in primo luogo gli uomini della scuola. Se ciò non avviene, ogni altro sforzo è inutile e dannoso, perché sta scritto che esso potrà portare soltanto all'avvento di uomini nuovi che continueranno a fare quel che facevano i vecchi, con maggiore clamore.

In più di uno scritto, in questi *Quaderni*, e anche altrove, ho cercato di ammonire la Cassazione a purgarsi, come le lumache, del solo nemico che essa abbia in se medesima (e l'ammonimento va a tutti i giudici in generale, ben s'intende), ed è il formalismo. Ho portato esempi tratti dalle sentenze che mi capitavano tra le mani, e ho ribadito il concetto che le sentenze formalistiche non possono essere giuste (v. *Quaderno* I, pag. 116 e sgg.). È una forma di abiura accogliere in sé l'idea che la giustizia sostanziale possa non corrispondere alla legge. Tutto

* Per una distrazione, il caso qui riferito era stato già illustrato nel terzo Quaderno col titolo « Come si forma e come si firma un contratto ». Trattandosi di poche pagine ho pensato di non eliminare la nuova edizione, che può servire di utile confronto con la vecchia.

mi sembra vano di fronte a questa sentenza che mi cade sotto gli occhi del 13 aprile 1970, n. 880. Sentite di che si tratta.

Tizio vende nel 1940 un appartamento a Caio. Come avviene comunemente, e come la sentenza stessa riconosce, il contratto viene perfezionato mediante una doppia scrittura privata, l'una firmata dal compratore e l'altra dal venditore, che se le scambiano: per essere più chiari il compratore resta con la copia firmata dal venditore, e il venditore con la copia firmata dal compratore. Tutto viene regolato: il pagamento del prezzo, la trasmissione del possesso, il rimborso delle imposte fondiarie, tutto, salvo la stipulazione dell'atto pubblico, che doveva avvenire qualche giorno dopo, e non si sa perché non avvenne. I guai nascono di qui, perché nel 1963, Caio commette l'imprudenza di morire.

Quasi attendesse questo evento, nel 1964, cioè dopo sedici anni dalla vendita, Tizio venditore chiama in giudizio gli eredi di Caio asserendo che la vendita era nulla, più precisamente la promessa di vendita, dice lui, del 1948, non seguita dall'atto pubblico. Gli eredi si costituiscono, e naturalmente producono la copia della scrittura privata in loro possesso, firmata dal venditore. Questi però si affretta a dirgli che la copia non era firmata dal compratore, e quindi non aveva valore. Gli eredi deducono prova testimoniale diretta a dimostrare che la copia firmata dal compratore era in possesso del venditore, al quale era stata consegnata al momento dell'acquisto. Ebbene: una serqua di giudici, e da ultimo i sette della prima sezione della Cassazione, respingono la prova dicendo che essa non è ammissibile che in caso di smarrimento, e nella specie non vi era stato smarrimento, ma consegna volontaria al venditore. Col solito tardivo sentimento del coccodrillo (absit injuria) la Cassazione ha compensato tutte le spese.

Ora, io posso anche immaginare che questo disgraziato Caio non sia stato ben difeso nelle fasi di merito, ma quel che la Cassazione non poteva fare era in primo luogo ignorare la vita. Migliaia di contratti si stringono ogni giorno con uno scambio

di scritture, e la vita fa il diritto, non il diritto la vita. In secondo luogo non poteva negare valore al fatto che per sedici anni il contratto era stato eseguito, cioè la volontà iniziale era stata realizzata: e il fatto crea il diritto, non il diritto il fatto. In ultimo non poteva la Cassazione confondere la volontaria consegna di una scrittura all'altra parte con lo smarrimento richiesto dalla regola sulla prova: queste due cose sono così poco assimilabili che certamente gli eredi di Caio avrebbero potuto chiedere l'esibizione della scrittura. Se ci trovassimo di fronte a un pretore o a un conciliatore potremmo pensare che qui si tratta di ignoranza del diritto. Ma almeno fosse ignoranza! A nostro avviso è qualche cosa di più e di peggio: è indifferenza al caso concreto, è spirito formalistico che porta a non distinguere dove la legge ha distinto, ad applicare le norme senza tener conto dell'esperienza che esse hanno fissato. Bastava chiedersi come avrebbe il legislatore regolato questo caso di tutti i giorni, questo modo di stipulare i contratti, che in un paese civile costituisce la regola, come avrebbe valutato il comportamento delle parti in conformità del contratto, per decidere in modo diametralmente opposto, e impedire al giurista venditore di ricuperare un immobile venduto restituendo un centesimo del suo valore.

Evidentemente ci sono cose più grandi di noi, e sono le cose semplici che non richiedono che un po' di pensiero, o di sentimento. Perché anche il diritto ha un suo sentimento.

Il fisco e le anime morte.

Una delle cose più difficili da definire è l'umorismo. Non mi attento neppure a farlo: ma non avrei mai pensato che esso potesse trovare ricetto anche nel fatale cestello che i romani chiamavano fisco, quello che Giustiniano regge nel mosaico di Ravenna, senza pensare che dentro c'è un « rapporto d'imposta ». E invece proprio dalla massima giurisdizione fiscale, cioè

dalla Commissione centrale delle imposte, ci arriva una notizia che dimostra come tra quegli squallidi moduli si insinui l'umorismo, e ci offre una delle più alte manifestazioni di sé. State a sentire.

Come tutti sappiamo, accade di frequente che testatori pensosi dell'al di là dispongano il pagamento di una data somma di denaro a enti religiosi per la celebrazione di messe in suffragio della propria anima. È anche noto che i legati fatti agli enti religiosi non sono gravati da imposta di successione. Orbene la Commissione centrale (e questo vuol dire che ci sono state altre due Commissioni che si sono occupate del caso, e ci saranno poi chissà quanti giudici ordinari impegnati nella risoluzione definitiva) ha sentenziato che bisogna distinguere: una cosa sono i legati agli enti religiosi, una cosa sono i legati per la celebrazione di messe. Testualmente: « Non c'è dubbio che il desiderio di assicurarsi suffragi per la propria anima presuppone la volontà di beneficiare se stesso, mentre al contrario l'esistenza di un legato presuppone la volontà di beneficiare colui cui esso è destinato. In sostanza, l'elargizione non va ad allargare il patrimonio dell'ente religioso cui è fatta, ma costituisce il corrispettivo di un servizio, cioè il suffragio dell'anima ». Dunque, si paghi.

Non sarebbe stato possibile immaginare che le anime morte di Gogol avrebbero acquistato in virtù del fisco una così alta verità e attualità. Quel modesto funzionario, che amiamo pensare all'antica col *ronde-de-cuir* e le mezzemaniche di raso, ha risolto con poche parole, anzi con poche cifre, altissimi problemi teologici. Si è pronunciato contro Epicuro e i suoi seguaci « che l'anima col corpo morta fanno », e ha spinto fino alle estreme conseguenze il dogma della resurrezione della carne. Non è opera da poco, perché, ritenuta legittima quest'ultima soluzione, restava da superare il modesto fatto della morte: e il funzionario lo ha fatto con estrema coerenza: *vita non tollitur sed mutatur*. E in questo *mutatur* c'è in sostanza il superamento del dubbio giuridico che potrebbe nascere dal fatto che, per

quel che io ne sappia, la legge fiscale, come la legge civile, non conosce il legato a se stessi. *Alius et idem*, avrà pensato orazianamente il nostro uomo. Tuttavia rimangono per il giurista metafisico alcune perplessità marginali. Qual è, ad es., la situazione fiscale dell'obolo di Caronte? E, restando al mito di oggi, su più realistiche basi, quale è la situazione della somma legata per le messe? I preti dovranno defalcare dal corrispettivo delle messe l'importo dell'imposta di successione, e ridurre in proporzione le preghiere? O ci sarà una specie di legato giacente, in attesa che la resurrezione si verifichi?

Noi personalmente, ma senza un serio motivo giuridico, optiamo per quest'ultima tesi. Perché ci piace pensare che la carne risorta dovrà, prima di presentarsi a San Pietro, sostare allo sportello dei tributi per assolvere all'ultimo suo dovere come cittadino della terra.

Le corna e il Pretore.*

Questa sentenza non meriterebbe più di un cenno di cronaca, per il suo profumo di storia boccaccesca, se a scriverla fosse stato appunto un Boccaccio ignaro o indifferente al di-

* La straordinarietà, e quasi incredibilità del fatto, ci induce a riportare testualmente la sentenza del pretore di Milano alla quale il testo si riferisce. (*Omissis*).

L'aspetto più interessante della presente lite concerne la spettanza o meno dell'indennità sostitutiva del preavviso. Il convenuto ha contestato nella sua difesa di dovere tale indennità, in base al rilievo che, avendogli lo S. arrecato « grave offesa », era più che giustificato il licenziamento in tronco. L' istruttoria esperita ha consentito di accertare che la « grave offesa » era consistita in rapporti carnali che lo S. aveva avuto con la di lui moglie. Può una circostanza del genere integrare gli estremi di una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto di lavoro, ai sensi dell'art. 2119 cod. civ.?

Il giudicante, dopo lunga riflessione, ritiene che alla domanda debba esser data una risposta negativa. A suo parere, invero, il fatto impeditivo della prosecuzione del rapporto, con effetti immediati, deve consistere in un compor-

ritto, o se fosse frutto di una allegra evasione dalla *routine* del giudizio. Ma il pretore di Milano ha voluto fare sul serio, ha voluto giudicare: e così il profumo se n'è andato, ed è rimasto

tamento attinente alla prestazione lavorativa e, soprattutto, realizzato durante l'espletamento della stessa (nelle ore giornaliere di lavoro).

Qualora, al contrario, il presunto fatto impeditivo si sia verificato al di fuori dell'espletamento dell'attività lavorativa (rapporto di lavoro in senso stretto), lo stesso — a parere del giudicante — non può venire in considerazione, quali che siano stati i suoi effetti mediati e riflessi sul rapporto in questione. Indubbiamente il comportamento dello S. è censurabile (anche se lo stesso, in sede di interrogatorio, ha dichiarato che i fatti erano accaduti soltanto a seguito delle insistenze della moglie del convenuto); ciononostante, essendo gli stessi verificatisi al di fuori dell'orario di lavoro, non sembra legittimamente comminabile la sanzione del licenziamento in tronco. A parere del giudicante, invero, tutti gli elementi del rapporto di lavoro, nella fase attuale dello sviluppo economico-produttivo, presentano la caratteristica di essere svincolati da ogni contenuto « personalistico », riducendosi ad uno scambio tra forza lavoro e salario.

Le recenti innovazioni legislative (legge 604, statuto dei lavoratori) si sono mosse con ancor maggiore risolutezza su questa via, vietando al datore di lavoro indagini sulle opinioni politiche, religiose ecc. dei prestatori di lavoro. Da questa traccia di ogni assenza di elementi « comunitari » o di « patti di fedeltà », tipici delle strutture dei rapporti di lavoro di altre epoche storiche (ad esempio, il *Regolamento commerciale - Torgovoi Ustav - dell'Impero Russo*, alla fine del secolo scorso, all'art. 12, disponeva: « Se un commesso conduce vita disordinata o corrotta, il padrone ha facoltà di raffrenarlo con rigore *familiare* e, ove, malgrado ciò, questi non si emendi, può convenirlo in giudizio con ricorso al Tribunale », citato in DANALOVA, *Diritto sovietico del lavoro*, 706), deriva l'impossibilità per il datore di lavoro di interferire con la vita privata del prestatore di lavoro, quali che siano le abitudini di costui, gradite o non gradite a colui che l'utilizza nella sua azienda, sempre che le stesse non interferiscano in alcun modo con lo svolgimento dell'attività lavorativa e l'interesse del datore di lavoro ad ottenere una prestazione lavorativa di diligenza e rendimento medi.

Una conferma indiretta della bontà della tesi qui sostenuta la si trae dall'art. 106 del contratto collettivo *erga omnes* 28 giugno 1958, relativo al settore commercio, il quale, disciplinando il licenziamento in tronco, parla sì di mancanze più gravi « per ragioni di moralità ed infedeltà » verso la ditta, ma, successivamente, esemplificando, configura queste soltanto come illegittime interferenze con la vita economica dell'azienda (abuso di fiducia, concorrenza, violazione del segreto di ufficio).

È comprensibile che quanto sin qui detto possa suscitare alcune perplessità, relative sia al fatto che una « offesa » come quella subita dal R. è comunemente considerata, dalla media dei membri della comunità, come un'offesa di rilevante

un documento della miseria in cui siamo caduti, che richiede, anche a titolo di nostra comune espiazione, un più lungo commento.

Il fatto e stato riportato da tutti i giornali. Un povero salumaio scopre la moglie a letto col suo garzone. Fra le tante possibili reazioni a questa offesa vecchia quanto il mondo, egli sceglie la più incruenta e la più immediata. caccia il drudo fuori

gravità, alla quale la risposta del licenziamento in tronco potrebbe sembrare una reazione sin troppo blanda, sia al fatto che il lavoro, in un'azienda a carattere familiare (si trattava, nella specie, di una salumeria) non poteva non risentire dell'atmosfera alquanto tesa prodottasi tra lo S. ed il proprietario.

Entrambe le obiezioni, tuttavia, sembrano al giudicante superabili.

La prima, relativa alla valutazione del comportamento dell'attore alla luce delle opinioni della comunità in cui il fatto è accaduto, perde gran parte della sua forza se si tiene conto che nessuna « forma culturale » e, pertanto, nemmeno il diritto, è, per sua natura, esclusivamente conservatrice ed ancorata al livello etico medio di un gruppo sociale in modo irreversibile, ma può ben essere utilizzata anche al fine di promuovere o consolidare l'evoluzione sociale (cfr. SCHUR, *Sociologia del diritto*, Bologna, 1970, 172, con riferimento specifico alla giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti d'America relativa all'integrazione razziale nelle scuole).

Anche in Italia esistono delle sacche di arretratezza culturale rispetto ai rapporti tra i due sessi, nel cui ambito, ad esempio, è prosperato e prospera il c. d. « delitto d'onore ».

Ciononostante, ormai, nessuno più sostiene che il diritto debba inchinarsi di fronte a queste forme arcaiche di risoluzione di problemi relativi a rapporti interpersonali, delle quali concordemente si auspica il superamento.

Indubbiamente, in questi casi, il soggetto « leso » nella sua presunta onorabilità, considererà un atteggiamento normativo e giurisprudenziale che non recepisca i suoi pregiudizi come abnorme e contro il costume tradizionale.

Ciononostante, il mutamento non può non prodursi a forme di vita più tolleranti non essere normativamente introdotte o giurisprudenzialmente sanzionate.

Questo per quanto concerne la prima obiezione. Per quanto riguarda la seconda (atmosfera di tensione all'interno del luogo di lavoro), essa sembra al giudicante priva di ogni rilevanza come possibile giusta causa di licenziamento dell'attore, non potendo in alcun modo ritenersi conforme a diritto che una situazione di tensione determinatasi all'interno del luogo di lavoro debba ***in ogni caso***, risolversi con il sacrificio dell'interesse del contraente più debole (prestatore di lavoro nella specie). Il licenziamento, pertanto, nel caso di specie, deve essere dichiarato privo di giusta causa ed il convenuto condannato a pagare all'attore l'indennità sostitutiva del preavviso.

dai piedi. Il guaio è che cacciandolo fuori dai piedi lo caccia fuori anche dalla bottega, dove rimane solo ad affettare il suo salame: e il drudo, che non è evidentemente cavaliere, non esita ad affrontare e far affrontare (mai litisconsorzio è stato più necessario) alla donna il pubblico giudizio, pur di ottenere le indennità dovutegli, contestando la legittimità del licenziamento in tronco. Ha fatto bene, perché il pretore gli ha dato ragione, rendendo il salumaio cornuto e mazziato. Sono questi affari privati. Ma quel che non è privato è il modo come ha ottenuto la sua ragione, ed è su questo che vogliamo intrattenerci.

Il dato di fatto è che i rapporti di carne non affumicata che il garzone teneva con la padrona si sarebbero svolti fuori delle ore di lavoro. Diamolo per vero, anche se il buon pretore non ha tenuto conto della possibilità di guasti nell'orologio. Ma da questo dato di fatto il giudicante assurge alla tesi centrale del giudizio, che « nella fase attuale dello sviluppo economico-produttivo, tutti gli elementi del rapporto di lavoro presentano la caratteristica di essere svincolati di ogni contenuto personalistico, riducendosi a uno scambio tra forza-lavoro e salario ».

Un minuto di silenzio. Dal contesto della sentenza mi sembra di capire che il pretore appartenga alla « nouvelle vague », uno dei tanti che, al riparo dei lauti stipendi che lo Stato borghese e reazionario gli fornisce, si proclamano paladini di quella classe seria e onesta che è costituita dai lavoratori. Ora io vorrei chiedere a questi signori quale logica li guidi nel ridurre il rapporto di lavoro a uno scambio tra forza lavoro e salario, cioè alla equiparazione del lavoratore a un bue che riceve una manciata di biada per il solco che ha tracciato. Ma più lo vorrei chiedere ai lavoratori (ai veri lavoratori, s'intende) sicuri che per primi si rivolterebbero contro il degradante accostamento. Non si tratta di domande oziose e retoriche. Noi siamo qui di fronte alle prove della disumanizzazione che perseguono questi giudici e questi professori in nome dell'umanità, andando non solo contro l'etica ma contro la storia, che pur all'insegna della ormai secolare lotta di classe ha sempre mirato a rendere umani i rapporti

tra datori di lavoro e lavoratori. Abbiamo detto che la ritenuta scissione tra uomo e lavoratore è la nota che rende triste questa sentenza: diremmo meglio che la rende empia, perché essa consacra giudiziariamente la regola morale dell'*homo homini lupus*. E non è il caso di prendere sul serio gli appigli che il pretore pensa di trovare nello statuto dei lavoratori o nei contratti collettivi: tutto quello che si può dire è che questi atti normativi non hanno preso in considerazione le corna del datore di lavoro. La loro fantasia non si è spinta tanto oltre.

Ma forse io presto troppo a questo pretore che, per il secolo, si chiama Canosa, considerandolo come « impegnato ». Egli è, con tanti altri suoi simili, qualcosa di peggio: è un Don Chisciotte guastato nel cervello dai libri di quella moderna cavalleria che è la sedicente sociologia. È, in altre parole, un uomo dotto. La prova se ne ha nel seguito del discorso, là dove si prospetta l'ostacolo che potrebbero incontrare le sue idee nell'opinione comune che le corna sono una rilevante offesa, alla quale « la risposta del licenziamento » (oh, mancanza di umorismo!) potrebbe sembrare una reazione sin troppo blanda. Ebbene, non ha studiato il lettore la Sociologia del diritto dello Schur, uno di quei grandi stranieri che « Il Mulino » macina per l'Italia borghesuccia e provinciale? Corra subito, e apprenda che esiste una « forma culturale », che il diritto è « una forma culturale », e che come tale non è conservatrice ma può essere utilizzata anche al fine di promuovere e consolidare l'evoluzione sociale, cioè nella specie la tolleranza, anzi l'utilizzazione delle corna. Non è uno scherzo, si badi bene, che sarebbe di pessimo gusto: letteralmente si legge che la giurisprudenza può essere adoperata per introdurre « forme più tolleranti di vita » anche in contrasto con la comune opinione. E il comico è che il detto pretore ha chiamato in soccorso la Corte Suprema degli U.S.A. che non ha voluto farsi schiava dell'opinione media americana sulla discriminazione razziale nelle scuole: non rendendosi conto che il paragone per essere calzante avrebbe dovuto ipotizzare che il salumaio si fosse rivolto alla Corte costituzionale per sapere se, a

suo avviso, doveva, anche contro la coscienza universale, tenersi le corna, e magari istituire un regolare *ménage à trois*!

Quanto dolore prova chi crede che il diritto sia una cosa seria nello scrivere queste cose. Ma bastasse almeno. Il peggio, che è notoriamente senza fondo, è che il pretore si propone l'altra obbiezione che il fattaccio non poteva non determinare in un'azienda a carattere familiare uno stato di tensione non giovevole al lavoro. Ebbene, sapete che cosa ha il coraggio di rispondere? Questo può essere (meno male), ma la tensione non deve risolversi col sacrificio del contraente più debole, che nella specie sarebbe il garzone. L'ipocrita *slogan* inventato per giustificare le ambizioni politiche e sindacali fondate sul lavoro altrui è arrivato a questo grottesco, di fare del padrone cornificato la parte più forte.

Non è il caso di andare avanti. Questa sentenza profondamente immorale mostra a che punto si può arrivare quando il giudice scinde se stesso in uomo e in giudice, lasciando l'uomo fuori dell'aula in cui rende giustizia. È probabile, è sperabile che un giudice superiore annulli la decisione del pretore Canosa: purtroppo egli non la potrà cancellare dalla realtà storica, ed essa resterà come un'ombra o un neo nella vita travagliata della nostra giustizia. Ancora una volta mi rivolgo la domanda se sia giusto, voglio dire giuridicamente consentito, che l'indipendenza del giudice possa consentire di rendere impunemente siffatti giudizi, e sia pure nei confronti di un povero salumaio.

LETTURE

[103]

CONTRATTO

Francesco Santoro Passarelli: *Variazioni sul contratto*, Accademia dei Lincei, vol. VII, 363.

I libri di Santoro Passarelli si leggono come testi sacri. Spira da essi un tale senso di certezza, fondata sull'equilibrio di una vita intensamente vissuta non solo nella scuola ma nella pratica di poderose amministrazioni, le quali ad ogni istante ti pongono problemi che sembrano smentire la scuola, che gli animi tormentati dalle presenti vicende ricevono dalla lettura una profonda consolazione. E non si tratta solo delle notissime opere maggiori *La teoria generale*, *Il diritto del lavoro*, scritte con catechistica concisione (e intendo del vecchio catechismo che ci introduceva ai misteri della fede quasi con un sorriso), ma di certi scritti di poche pagine nei quali la mente e l'animo di Santoro si aprono alle smentite che la vita c. d. moderna sembra apportare alle sue teorie. Così è di questo breve discorso dal significativo titolo *Variazioni sul contratto*, che potrebbe essere *Variazioni del contratto*, poiché in esso l'autore mette in luce da un lato la crisi che travaglia questo antichissimo, quasi connaturato concetto, dall'altro la sua persistente vitalità. Nato come espressione e simbolo della libertà dell'individuo, reso responsabile dall'esercizio della libertà, cioè dai vincoli assunti in quell'esercizio in contrapposto alla condizione personale imposta all'uomo (status, secondo una nota teoria), il contratto si è visto imporre dallo sviluppo tecnologico e dal turbinoso evolversi della realtà economica e sociale una serie di imponenti trasformazioni che del *duorum in idem placitum consensus* hanno fatto poco meno che un modo di dire. Basta pensare a tutto quello che si riassume nel-

l'idea dell'impresa capitalistica, allo spostamento soggettivo nella formazione dei contratti, dai contratti per adesione ai contratti collettivi, ai progressivi interventi dello Stato per la tutela del c. d. contraente più debole, e peggio ancora a quelli limitativi dell'autonomia privata per realizzare una determinata politica economica o sociale. Qui vediamo insorgere le varie forme di esercizio diretto di attività economiche da parte dello Stato, gli enti pubblici economici, le pianificazioni e le programmazioni, le incentivazioni e via dicendo, tutte cose che incidono sempre più e sempre più radicalmente nell'autodeterminazione del privato. Santoro non manca per altro di ricordare che tutti questi moti in senso pubblicistico, se da un lato hanno compresso o represso il contratto, dall'altro hanno portato a una sua singolare reviviscenza, perché i rapporti che gli enti pubblici stringono nei multiformi campi della loro attività, e anche per regolare posizioni interne come quelle ad es. con i dipendenti, si rifanno allo strumento contrattuale come il più idoneo o il solo idoneo. Questo fenomeno il Santoro esalta, e in contrapposto a coloro che vedono la pubblicizzazione del contratto o la sua fine, mantiene ferma la idea originaria del contratto, il suo fondamento individualistico originario, solo osservando (ed è la sua logica conclusione) che è insorta un'altra dimensione dell'individuo, per cui questi come in radice non è un *dominus* arbitrario, essendo ovviamente la sua volontà condizionata da quella dell'altra parte, così oggi si inserisce nel gruppo, e tende ad acquistare o mantenere il suo potere attraverso il gruppo. La contrattazione collettiva, nelle sue svariate forme, riesce a una nuova esaltazione della personalità dell'individuo, che con l'inserimento nel gruppo si è fatto partecipe delle sue decisioni. Onde (sono le parole conclusive) « il contratto nelle sue inesauste e inesauribili possibilità di adattamento, sembra eterno, come è eterna la necessità di un'intesa tra gli uomini ».

Un alto senso, un'alta fede nell'umanità e nel diritto promana da questo discorso, e noi vorremmo sottoscriverlo interamente, tanto più che esso risponde al nostro sentimento, al sen-

timento della scuola in cui tutti fummo allevati. Ma dalla visione del mondo che ci circonda, e nel quale siamo impegnati, affiorano dubbi che vorremmo ricacciare indietro, e invece siamo costretti ad esprimere quasi in un affettuoso colloquio col vecchio amico. E il primo è questo. L'art. 1321 dice che il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale. È questa consacrazione dell'autonomia giuridica dei soggetti una mera forma giuridica, o la forma giuridica non è l'espressione e la conseguenza di un presupposto economico, e non solo economico, ma spirituale, venendo a mancare il quale si potrà parlare ancora di contratto, ma non sarà questo una mera parola che copre due realtà completamente diverse? Quando soggiornai per qualche tempo in Russia mi resi conto dell'organizzazione di quello Stato, che è affidata per ogni settore a una serie indefinita di enti, detti americanamente *trusts*, che entrano in rapporti tra di loro, e appaiono come veri contraenti. Sennonché i loro litigi non sono risolti dal giudice, ma attraverso arbitrati nei quali lo Stato, cioè l'autorità superiore, manifesta la sua volontà, che non può essere trasgredita. È compatibile questo col contratto, col nostro contratto? Anche da noi, del resto, ho avuto recente esperienza dei rapporti che si stringono tra le varie aziende dell'I.r.i. Certo, sembrano contratti come tutti gli altri, e la controversia è anche astrattamente possibile: ma in concreto è la voce del padrone che si fa sentire, e i litigi giudiziari appaiono poco meno che una chimera. Si può, in tutti questi casi, parlare di contratto come se ne parla per il contadino che vende il suo grano? In altro campo, ma non in altro ordine di idee, l'esperienza ci ha messo di fronte ai contratti di impresa, che sono caratterizzati dal fatto che l'elemento soggettivo influisce enormemente sulla struttura del contratto: e basta pensare al contratto di adesione regolato dal codice appunto come contratto. Ma in realtà, a voler essere sinceri, che cosa in questi casi del contratto ci è rimasto? La libertà di dire no, si può rispondere, ma è questa conciliabile con l'accordo di cui all'art. 1321? Tanto più grave sarebbe la

situazione se si pensa al contratto nella programmazione, e naturalmente una programmazione fatta sul serio. Si ha l'impressione che si ripete per tutta la vita moderna dell'impresa la disputa se il matrimonio sia un contratto o meno. Ma il terreno sul quale il dubbio si fa più grave è quello del lavoro. Si può qualificare nei libri contratto il contratto collettivo: ma non sentirà, io credo, di stipulare un contratto il padrone che subisce le infinite violenze, o il sindacato che non si sente in alcun modo vincolato all'osservanza di quel che fa. C'è insomma tutto un mondo che ruota intorno a noi, il mondo del numero, si può dire, la cui importanza nel campo del diritto non è stata ancora rilevata, rispetto al quale gli schemi e le figure tradizionali, fatte per poca gente, non possono essere adoperati, o se lo sono perdono il loro essenziale significato. Certamente la volontà svolge ancora e svolgerà sempre il suo ruolo, ma sarà un'altra volontà da quella dell'art. 1321. In definitiva, è un fenomeno di carattere generale, e un confronto si può fare col fallimento e con la liquidazione coatta amministrativa nella quale l'antica e veneranda procedura concorsuale del buon mercante fatalmente si trasforma quando gli interessi esorbitano dalla sfera individuale.

Penso che, come giuristi, dovremo abbandonare i nostri tradizionali strumenti di lavoro. Sarà naturalmente una cosa malinconica, ma non si potrà farne a meno. Tuttavia la serena e dotta lezione dell'amico Santoro Passarelli ci resterà nell'animo come una nostalgia del passato e, perché no?, una speranza per l'avvenire.

STORIA GIURIDICA

GIOVANNI CASSANDRO: *Considerazioni sulla storia giuridica*, Studi Volterra, vol. I, 767.

Con perfetto stile, che denuncia la lunga meditazione sulle pagine di Benedetto Croce, Cassandro ripropone a noi e a se stesso la domanda che cosa sia la storia del diritto, in che cosa essa si distingue, se si distingue, dalle altre storie, e anzi dalla storia in senso assoluto, la storia c. d. politica o generale. Con mirabile sintesi passa in rassegna le idee che si sono formate nel perenne tentativo di rispondere a questa domanda, e su tutte svolge la sua critica movendo dal principio irrefutabile, e tuttavia spesso dimenticato o negato, che non esiste storia che non sia storia particolare, « storia cioè di una forma dello spirito che non altrimenti vive e si svolge se non nell'unità-distinzione di tutte le sue forme ». Tutto il segreto è in questa unità-distinzione che comporta il trapasso di una storia nell'altra, ed esclude « l'irrimediabile lacerazione della tunica inconsutile dello spirito umano, cioè della storia, che mai non posa, e nella quale intera si svolge l'umana fatica, con la quale anzi essa fa una cosa sola ».

Il discorso di Cassandro si sviluppa intorno alla identificazione del diritto, della *lex cum moribus*, e riprende il concetto da lui già formulato di « diritto volgare », espressione che mai come oggi trova la sua attualità nei discussi e spesso incompresi rapporti tra la legge e il giudice. Al quale proposito Cassandro, nel richiamare i miei modesti contributi, non manca di mettere alla berlina quegli sciagurati che nella presente *dégringolade* si fanno avanti a riproporre, ed ahimè ad attuare *pro domo sua*, i vieti programmi del diritto libero. Vi sono a questo proposito

osservazioni di carattere tecnico e storico che arricchiscono la motivazione della giusta condanna, e dovranno essere tenute nel debito conto.

Ora che ho finito di leggere e di imparare sento veramente che ogni giurista si porta appresso come la sua ombra l'immanente problema del rapporto tra storia e diritto. Che cosa è la storia? Ecco il punto di partenza che è anche il punto di arrivo. Se dovessi per mio solo conforto rispondere a questa domanda io direi che la storia procede dalla intuizione dell'essere. L'uomo è, dice la storia (solo l'uomo, perché gli animali non hanno storia): e per uomo si intende il suo operare, il suo agire, che è realtà. Non occorre altro. Non occorre santificare l'uomo con fini terreni o ultraterreni, che ci possono essere, ma rimangono fuori della storia. Vero è invece che la realtà dell'agire ne fa oggetto di conoscenza (che è la scienza della storia, comunque la si voglia qualificare: cioè in ipotesi anche come arte, alla maniera di Guglielmo Ferrero), così come ne fa oggetto di responsabilità, nel che sta il c. d. giudizio della storia. Che la storia abbia sempre un carattere sociale è indubbio: l'uomo solo non fa storia, e la storia di Robinson Crusoè è tale solo per gli ideali collegamenti che egli ritiene con la vita associata. Ma ciò non vale a confonderla con la sociologia, la pseudo scienza assurta col favore della presente abdicazione a nuova ed effimera vita, la quale assume come oggetto non più l'uomo, ma la società stessa che in se stessa non esiste.

Da tutto questo è logico dedurre che non esiste un fatto storico a priori: l'operare umano è tutto storico, e solo a posteriori si può valutare la sua maggiore o minore rilevanza, che del resto è entro certi limiti soggettiva. Parva favilla gran fiamma seconda, si può ripetere con Dante. Invece distinzioni sono possibili sotto il profilo del contenuto dell'operare, che sembrano dar luogo a storie diverse, ma non è e non può essere che una apparenza, come luminosamente prova Cassandro quando parla della tunica inconsutile. Nell'unica storia si profilano particolari oggetti dell'operare umano (rectius, nell'unica scienza della storia) che, en-

tro certi limiti, possono essere distintamente considerati. Tra questi è il diritto e la storia del diritto.

Che cosa è il diritto? La risposta non può essere diversa da quella che si è data per la storia: anche il diritto è l'essere del rapporto umano, non può essere altro che l'essere, sebbene si estrinsechi in un dover essere (cioè nella assoluta necessità che l'essere sia, onde l'idea di norma, sanzione etc.). La particolarità nell'unità deriva da questo, che la vita, l'operare dell'uomo in seno alla societas ha assoluto bisogno della propria certezza: la realtà, che senza il diritto sarebbe un coacervo di atti materiali, cioè non esisterebbe, esiste, letteralmente, attraverso le leggi di qualunque genere esse siano (che poi tutti i generi si riducono a uno solo, quello dell'organizzazione). Ecco perché, come Cassandro ricorda, qualcuno ha detto che tutta la storia è storia del diritto; ma è vero anche il contrario, che la storia del diritto non è altro che tutta la storia. Di particolare (ed è un particolare che giustifica la distinzione) vi è che le leggi, cioè lo strumento col quale la vita opera, acquista certezza di sé, possono essere autonomamente studiate, perché hanno tutto un loro mondo di regole e tutto un loro modo di essere, e la realtà si conosce soltanto se si conoscono queste regole. Ed è vano dire che diverso è il metodo di conoscenza storica e il metodo di conoscenza giuridica, cioè che altra è la certezza dello storico, altra la certezza del giurista, dato che questi e non quello si valgono delle presunzioni, della regiudicata e di tutti gli altri mezzi che costituirebbero la verità legale. Questo è un errore di prospettiva, perché la vita raggiunge le certezze come crede, e sopra tutto non le cerca per l'ignoto avvenire, ma per il presente, quindi la *res judicata* è la realtà di quel determinato momento, anche se uno storico posteriore di mille anni scoprirà che la sentenza era sbagliata. In altri e più semplici termini, anche la cosa giudicata e tutti gli altri istituti giuridici sono storia.

Data la qual cosa, è anche più che implicitamente risolto il problema della scienza del diritto. Non c'è dubbio che il giurista professionale è uno storico: se si vuole essere più precisi lavora

per la storia. I nostri trattati, i nostri commentari, le nostre dotte monografie ad altro non tendono, senza che ce ne accorgiamo, che a dare la certezza del diritto, e quindi la certezza della storia. La legge esce dalla mente di un legislatore come un suo atto, che potrebbe astrattamente non distinguersi da alcun altro atto materiale. La realtà viene a questo atto dal diritto, e gli viene quindi dallo studioso del diritto, il quale, valendosi di tutte le regole che il diritto gli consente di adoperare, dirà a un certo punto che la legge è questa, cioè avrà fatto lo storico, anche se avrà creduto di esplicare regole di comportamento. Il che vale, ben s'intende, per i magistrati con le loro sentenze, vale per coloro stessi che operano, per tutti coloro insomma che « concretano » la c. d. volontà della legge. Chi crede che il diritto sia un dover essere (una regola di condotta) pensi al diritto romano, al babilonese, all'egiziano, all'attico, a tutti i diritti dei popoli morti. Che senso ha per i morti parlare di regole di condotta, di dover essere? Nel silenzio della morte il dover essere rifluisce, per il giurista e per lo storico, nell'essere, nella indissociabile realtà della vita.

Questi i pensieri suscitatimi dalla lettura di Cassandro, che non ha naturalmente nessuna colpa. Ma questo è il destino di tutte le avvincenti letture.

[111]

DIRITTO PRIVATO

SALVATORE ROMANO: *Ordinamento sistematico del diritto privato*, Morano ed., 1970.

Il giurista che ha raggiunto il vertice del suo cammino, se è un vero giurista, sente il bisogno di volgersi indietro per capire quello che ha fatto. Non è un paradosso. La scienza giuridica è tale che non si rivela nella sua unità se non si sono impiegati gli anni migliori a coltivarla per frammenti: si vuol dire più semplicemente con ciò che dallo studio tecnico del diritto nasce, quando nasce, la vocazione filosofica. Questa evoluzione, e vorrei dire, sublimazione non la possono comprendere i professori che corrono appresso alle fanfaluche iperboree, di prima o di seconda mano, e in siffatta redditizia fatica consumano la loro giornata: ma ben la comprendono e la vivono quei pochi che pensano con la propria testa, incuranti della *claque* di rimando. Scopro tra questi il mio vecchio amico Salvatore Romano che di recente ha, per così dire, ripreso se stesso dalle monografie disseminate lungo la strada (la più vicina ed affine è « L'introduzione allo studio del procedimento nel diritto privato ») e ha dettato, nella modesta forma di corso universitario, i due volumi sull'« Ordinamento sistematico del diritto privato ». Il primo è dedicato al diritto obiettivo e al diritto subiettivo; il secondo all'azione e al potere. Si tratta di una lettura che avvince. Tutto il diritto è per così dire passato in rassegna, nelle sue più vaste e misteriose manifestazioni: ma il valore sta nella chiave, come è proprio di questi libri filosofici, nel trovare il principio dal quale tutto si svolge. L'idea madre intorno alla quale ruota il sistema è l'azione: e basta questo per capire che il fascio di luce è per-

fettamente centrato. « Il concetto fondamentale del diritto coincide con quello di ordinamento dinamicamente inteso, come espressione dell'azione di forze ordinanti, come ordinarsi e come ordinato ». Non ho ora la possibilità di percorrere ragionatamente i due volumi, per cogliere lo svilupparsi dell'azione nel procedimento in cui si concreta: perché proprio questo comporta la concezione dinamica dell'ordinamento. Ho osservato molte cose positive (per me naturalmente), e così il ridimensionamento della norma, e quindi il rifiuto della concezione normativa del diritto. Vi sono molte pagine sulle quali vorrei, per la mia specifica curiosità, fermarmi, e così ad es. quelle nelle quali si tratta del negozio giuridico. Da giovane ho scritto una volta, nella edizione Giuffrè della *Esecuzione forzata*, qualcosa in proposito che ancor oggi mi sembra degna di attenzione (pag. 7, nota 7), anche se attenzione non ha potuto destare per il luogo stesso in cui era stata scritta. Piuttosto, in attesa di fare un più lungo discorso, vorrei accennare alla configurazione che Romano fa (vol. II, pag. 109) del momento della giurisdizione dicendo che si ha in questo caso una frattura nello svolgimento dell'autonomia che determina, teoricamente e praticamente, la fine di questa. « Il soggetto chiede allo Stato il suo intervento attraverso una domanda al giudice. Beninteso che questa domanda rappresenta una rottura del ciclo dell'autonomia nel suo momento culminante ». Temo che questo non sia vero (anche a prescindere dall'ovvio richiamo al principio dispositivo), e che l'errore stia nella personificazione dello Stato, e nella sua opposizione all'individuo. La verità è che privato e pubblico non hanno senso nel processo, come altrove ho cercato di intendere (cfr. *Manuale*, VII ed., pag. 213). Ma questo difetto, se difetto è, dipende dalla strutturazione civilistica di Salvatore Romano, che non si può rinnegare anche quando si ha, come lui, una visione del diritto che trascende le materie obbligatorie o facoltative del nuovo ordinamento scolastico.

[113]

MAGISTRATURA

GIUSEPPE PERA: *Tredici anni di indipendenza della magistratura*, in *Rassegna dei magistrati*, 1971, 98.

Segno in queste *Letture* l'articolo di Pera, solo per memoria. Esso è da leggere tutto, possibilmente da diffondere in pubblico, fra gli italiani che vivendo sempre più all'italiana, non hanno il tempo di meditare sulla miseria nella quale sono caduti. La dissoluzione della magistratura alla quale assistiamo è il sintomo più grave del disfacimento generale: ho sempre anzi pensato che, nel declino della società, il guasto comincia paradossalmente da questa istituzione, che è la più lontana dalle vicende della vita, e forse per questo è custode dei suoi perenni valori. Il Pera, con acutissime notazioni, passa in rassegna quel che è avvenuto nei tredici anni dalla costituzione effettiva del Consiglio superiore. Non ha potuto tener conto degli ultimissimi eventi che hanno impegnato questo Consiglio, e penso al caso Biotti, di cui riferisco in altra parte del *Quaderno* (pag. 156). Nonostante l'assoluzione dell'indiziato o sospettato consigliere, l'organo supremo della magistratura non ha fatto una bella figura, anzi l'ha fatta tristissima. Non poteva essere che così, perché questo è il destino di tutti gli organi politicizzati, e incostituzionalmente politicizzati.

La lettura dell'articolo del Pera mi ha fatto sorgere l'idea di suggerire ai miei amici sociologi un bel tema di studio, forse l'unico che utilmente potrebbero fare, anche perché avrebbe in buona parte carattere autobiografico: l'atteggiamento del colto borghese (giudice o professore che sia) di fronte alla pur vaga possibilità di un rivolgimento storico. Questo coraggiosissimo

scritto del Pera potrebbe essere preso come punto di partenza, per quel che riguarda i magistrati. Il guaio è che non di sociologia si tratta, ma di storia che stiamo vivendo, e il dubbio è che noi, qualunque sia la vicenda politica o pseudopolitica, non possiamo vivere in altro modo, per la semplice ragione che è il modo di vivere all'italiana.

Importante è nello scritto il raffronto tra la magistratura tradizionale e quella avveniristica, e la dimostrazione della falsità dei libri a sfondo sociologico di cui questi ultimi tempi sono stati feraci. Si veda quel che il Pera sa replicare alle fantasticherie della ideologia « conservatrice » che questi audaci a buon mercato ritrovano nella nostra giurisprudenza, e in particolare le obbiezioni fondate su una severa base storicistica ai vari (ma non tanto) collaboratori al volume *Valori socio culturali della giurisprudenza*, ispirati dal Bianchi d'Espinosa. Ma quel che più mi piace qui registrare è la coincidenza di pensiero (con un pensiero che ho tante volte espresso nei miei libri e nei miei discorsi) sulla esperienza del giudizio che con questi allegri atteggiamenti si perde. Nulla è più serio e difficile del giudizio, nulla richiede maggior serietà e pensosità da chi è chiamato a concretare nel giudizio la norma. Riportiamo le parole dell'autore (che è professore di diritto del lavoro e fu magistrato): « ... non è detto che il magistrato *à la page* sui nuovissimi orientamenti culturali garantisca in ordine alla bontà di queste umili, ma non meno importanti decisioni, di norma destinate a non suscitare clamore; per questa via il magistrato non può certo soddisfare la brama, che oggi pare assai diffusa, della notorietà giornalistica ». Proprio così: il vero problema del giudizio sta nell'adeguare la norma al fatto e il fatto alla norma. Qui è che il magistrato conosce ed afferma i valori sociali di cui tanto si riempiono la bocca i nostri eroi, ma che in realtà sono interessi e disvalori loro propri. Alla radice del chiasso che fanno, svolazzando, come ben osserva il Pera, da un congresso o da un comizio all'altro, non c'è altro che l'esibizione della loro personalità, che credono giovane e nuova, e invece è vecchissima, per non dire eterna.

NORMA GIURIDICA

ENNIO CORTESE: *La norma giuridica* (Spunti teorici nel diritto comune classico, 2 voll.), Giuffrè, 1964.

Questo libro del Cortese, che data dal 1964, ma per me è purtroppo una « lettura », deve essere letto anche e sopra tutto da chi viva il suo diritto meditando sulle aberrazioni della vita presente: e pone gravi, insoluti, forse insolubili problemi. Basta scorrere le prime pagine per trovarsi in mezzo ai guai, poiché in definitiva il problema che sta al fondo è quello della individuazione della norma giuridica, nell'immanente conflitto con altre norme che giuridiche non sono (o non sembrano: chi mai può dire che cosa è la norma giuridica, s'intende nel concreto?), e che pure tendono a penetrare il diritto, se non addirittura a sostituirlo.

L'esordio è da paradigma scolastico. Si narra di una leggenda, formatasi nello studio bolognese, secondo la quale Bulgaro e Martino si trovarono in disaccordo sulla interpretazione di un rescritto di Alessandro Severo. Era stato chiesto all'imperatore da un soldato minorenne che aveva venduto un fondo, e aveva rafforzato la vendita con un solenne giuramento, che gliela invalidasse. Alessandro avrebbe risposto seccamente di no, perché aderendo alla richiesta si sarebbe sentito corresponsabile di uno spergiuro. Di qui la disputa tra i due dottori, essendo Martino propenso ad accordare al giuramento integrale e prevalente efficacia, Bulgaro limitandone l'efficacia ai contratti validi *ipso iure*, cioè formalmente perfetti.

La questione sembra di poco conto, e invece è di una importanza estrema, perché il giuramento era assunto come l'esponente di un mondo etico-religioso che tendeva a superare e sopraffare la legge. Il conflitto, in altri termini, non è fra una legge, come quella *non dubium* di Teodosio, che toglieva ogni efficacia

ai contratti *contra legem*, e la rilevanza del giuramento in sé e per sé, come istituto giuridico (qualcosa che ricorda l'attuale art. 2739 cod. civ.). ma fra la legge nella sua struttura e funzione, e « la realtà sociale, nutrita di motivi etico-religiosi » che si vorrebbe imporre alla legge. Martino e Bulgaro (vera o falsa che sia la notizia così ampiamente tramandata) sono stati gli esponenti di questa lotta, che si è conclusa con la vittoria di Bulgaro, cioè della legge. Con Bulgaro e i suoi vittoriosi seguaci, « la figura della legge ha ristabilito intatto il suo impero nel mondo del diritto ».

Inutile dire che questo che abbiamo riassunto non è per il Cortese che il punto di partenza di una complessa indagine storico-dogmatica di cui qui non possiamo rendere conto. Se abbiamo voluto lasciare una traccia della appassionante lettura in questo *Quaderno* è solo perché le immani contrapposizioni storiche che vengono via via illustrate ci hanno richiamato alla mente l'atteggiamento di quei giudici che nelle non rispettabili rovine in cui ci aggiriamo si appellano a una loro pretesa etica sociale, in nome della quale vorrebbero sconvolgere, e in parte ci riescono, le tavole della legge. Costoro hanno, senza saperlo, in Martino il loro santo patrono: e Martino appunto ci fa tornare alla mente l'eterno problema della individuazione della legge, che si tende per le varie vie ad eludere. La risposta di Bulgaro mi pare chiaramente questa: che il *peccatum* (lo spergiuro) appartiene a un altro ordinamento diverso da quello legale, e che questo non ha recepito. La risposta vale per tutte le istanze etico-religiose-politiche (tre nomi e una cosa sola), tenendo presente che la legge è indiscutibilmente la risultante di queste istanze che ha accolto (facciamo rientrare nelle politiche le economiche, naturalmente) e in base alle quali ha dato una certa immutabile, se non per via di un'altra legge, cioè di un'altra volontà del legislatore, struttura alla società. Per questo, e non per altro, il poveretto, più o meno leggendario ormai, che ruba un pezzo di pane non può non essere punito, perché la sua assoluzione crea una legge che contraddice alla proprietà; per questo più realisti-

camente il lavoratore che occupa la fabbrica o fa violenza alle persone non può essere assolto ed elogiato, come fanno certi giudici che non sanno neppure che cosa sia il lavoro: perché una simile assoluzione contraddice l'organizzazione della società, buona o cattiva che sia, non importa. Le istanze etico-politiche che stanno alla radice di queste fattispecie possono essere anche altamente apprezzabili, ma l'ordinamento non le ha fatte sue, e non avrebbe potuto farle senza trasformarsi, cioè essere un altro ordinamento. Lo stesso può dirsi degli obiettori di coscienza, lo stesso, per fare un'ipotesi più o meno irreale, di quel giudice che avesse ritenuto (prima del divorzio) che il matrimonio poteva essere sciolto per la condanna all'ergastolo di un coniuge, essendo l'ergastolo equiparabile alla morte (morte civile). Tutte le ipotesi più bislacche possono essere formulate, ma tutte si liquiderebbero nello stesso modo.

Si capisce che individuare la legge non è sempre facile, e appunto per questo sono dettate le regole dell'interpretazione, che sono legge anch'esse, e perciò non possono essere travalicate ad es. con l'introduzione di altre regole, come quella dell'interpretazione evolutiva. Vero è invece che la legge, accogliendo le sue istanze etico-politiche e anche religiose (il giuramento ad es. può essere una di queste istanze, e sotto questo profilo, per merito del Cortese, vedo oggi con un altro occhio le limitazioni che il codice civile impone all'ammissibilità del giuramento) non le cristallizza, non le mortifica e tanto meno le uccide. La norma vive nella storia, e dalla storia accoglie le vicende che quelle istanze subiscono. Basta pensare agli infiniti casi in cui la norma stessa si affida al giudice, e anche non affidandosi formalmente assume idee e principi di tale ampiezza (es. buon costume) che solo nel tempo essi possono trovare concreta determinazione. Ma in tutto questo vivere e mutare delle norme, una cosa rimane immutata: ed è la sua volontà, alla quale tutto deve essere ricondotto « come a candelier candelo » direbbe Dante. Al di là di questo, c'è la volontà individuale, che non può essere né *constans* né *perpetua*, e perciò è, *sub specie juris*, meno che nulla.

COMPITI DELLO STATO

Fulvio Tessitore: *Crisi e trasformazione dello Stato*, Morano, 1971.

Questo libro, che l'editore Morano ha ristampato coraggiosamente a otto anni dalla sua prima edizione, reca l'impronta di Capograssi, e si può dire che svolga con l'intelligenza e la scienza propria dell'autore, alcuni temi da lui proposti. Il sottotitolo « Ricerche sul pensiero giuspubblicistico italiano » nella sua modestia indica il mondo nel quale Tessitore ci fa penetrare: un mondo di grandissimi spiriti dei quali forse Capograssi fu l'ultimo, un mondo cui bisogna accostarsi non con la riverenza che si ha per le cose defunte, ma per capire la realtà del tempo presente, e meglio sarebbe dire la sua irrealtà.

È da meditare intensamente, da parte dei giuristi di qualunque settore, il primo capitolo dedicato ai *Compiti dello Stato*. I problemi di oggi sono visti dagli uomini di ieri con una lucidità che a noi non è consentita. Alludiamo specialmente alla diagnosi dello Stato liberale, o più semplicemente all'idea dello Stato, quale balza dalle parole di Silvio Spaventa, e specie là dove egli fissa la distinzione tra lo Stato liberale e lo Stato neutro. Tessitore riporta come punto di partenza nell'analisi del pensiero dello Spaventa un brano di quel grande uomo, che mi piace trascrivere per la sua impressionante attualità: « Un altro grande errore noi della Destra commettemmo per la inclinazione che avemmo comune anche con la Sinistra, e quindi per la spinta da essa esercitata su di noi a credere nella efficacia degli ordinamenti liberi per la conservazione della pace e della sicurezza sociale. Questo dottrinarismo e dommatismo filantropico liberale fu causa di

grandissimi mali, avendo ritardata e in parte impedita la distruzione del brigantaggio, della camorra, della mafia, e simili lordure del nostro paese ».

Altro punto da meditare è l'analisi che Tessitore fa della figura di Cavour (pag. 13) nella contrapposizione della facile moda di oggi a Garibaldi e a Mazzini, mettendo in chiare note quella che è stata la ragione della grandezza di Cavour: l'avere cioè egli intuito che « la rivoluzione italiana avrebbe divorato se stessa, non in senso repubblicano e democratico, ma reazionario e conservatore ». Siamo, come si vede, ai limiti della profezia, a meno che non si voglia ritenere che il nostro presente non faccia che ripetere il nostro passato, come il nostro futuro non farà che ripetere il nostro presente.

IDEOLOGIA E VIOLENZA

Luigi Labruna: *Vim fieri veto - Alle radici di una ideologia*, Ed. Jovene, 1971.

Questo libro di un — presumo — giovane romanista ha attirato la mia attenzione, di me vecchio e non romanista, più per il sottotitolo che per il titolo. Debbo però dire che lo ho letto tutto, perché è un libro arioso, che stimola al pensamento: cosa diventata rarissima nei libri che in un modo o nell'altro procedono dall'università. Bene: scrivere buoni libri è il miglior modo per far rientrare gli studenti di diritto romano nelle aule che, sotto gli auspici della liberalizzazione dei piani di studio, hanno disertato.

Detto questo, non dispiaccia all'autore che io esprima il mio dubbio sul porre a base della repressione della violenza, mirabilmente espressa dal *vim fieri veto*, una ideologia, anzi sull'intendere questa tutela pretorile come un'ideologia, da frugare nelle sue radici. L'impostazione del problema sembra inequivocabile, e si palesa fin dal primo capitolo. Prendendo le mosse dall'osservazione che la *vis* romana aveva un carattere neutro, cioè non necessariamente antigiuridico, l'Autore afferma che solo in un determinato momento storico la *vis* acquista un senso di attività violenta da reprimere, e ciò avvenne nell'ambito della tutela interdittale: onde si propone di studiare « il progressivo affermarsi dell'ideologia repressiva della violenza, il cui imporsi risulterà chiaramente connesso con peculiari condizioni della vita sociale, politica ed economica di Roma » in una data epoca.

Non c'è dubbio che non solo la *vis* (che tra l'altro significava forza e non soltanto violenza) ma anche la parola violenza

abbia o abbia avuto un significato anfibologico: basta ricordare il passo evangelico che attribuisce ai violenti il regno dei cieli. E si può anche ammettere (sebbene per la verità ciò ripugni al senso dei non iniziati), che la degenerazione della *vis* in violenza sia puntualizzabile nel tempo e nello spazio. Ma ideologia perché? Posso pensare che l'autore sia stato tradito da Marx che egli cita (nota 22: sebbene la successiva citazione di Engels dovrebbe indurre a qualche titubanza), o magari sia stato trascinato dalla moda imperante: ma è proprio questo che deploro, parendomi appunto che il suo ingegno e il suo stile lo mettano fuori dal gregge. Che alla base di ogni legge ci sia un movente sociale, politico, economico è cosa evidente, e non ha bisogno di essere dimostrata. Quando mai gli atti umani, e tra questi le leggi, vengono fuori dal nulla? Ma quei moventi, nessuno eccettuato, non sono ideologia, sono semplicemente, e in quanto naturalmente acquistino concretezza, storia. Non ci sarebbe alcun male a dare ad essi l'etichetta di ideologia, facendo riferimento ad un momento pregiuridico, o meglio agiuridico (politico, appunto), ma il pericolo è gravissimo: perché si corre il rischio, e gli ignoranti volentieri lo corrono, di trasferire l'ideologia nella legge, o più in generale nel diritto. Le ideologie, cioè le unilaterali e più o meno faziose aspirazioni, cessano di essere tali, quando sboccano nel diritto, quando si giuridicizzano. Così ad es. oggi navighiamo in piena ideologia; per la casa, per la famiglia, per il diritto del lavoro, per la scuola e via dicendo. Ma se le relative leggi saranno varate, l'ideologia non conta più, almeno per il giurista, come non conta la volontà del legislatore, ma della legge. Certo, tutte queste leggi hanno il loro sfondo sociale (e sia pure di una società dissociata), ma questo sfondo è la storia, non l'ideologia. Per restare al mondo della violenza, può essere considerata come reato, da una futura improbabile legge, la violenza commessa durante lo sciopero. Ciò avverrà per molti motivi, che il giurista potrà e dovrà conoscere: il senso di responsabilità, la rafforzata autorità dello Stato, la disciplina dei sindacati etc. etc. Ma che senso ha dire, per il giurista almeno,

che la repressione della violenza nello sciopero è un'ideologia di cui bisogna ricercare le radici?

La parola ideologia, col diritto, al di fuori di certa gaia o triste scienza, non si può combinare. Così, per tornare al nostro autore, la sua tesi è questa: che « alla base della emersione del concetto di *vis* quale attività violenta da reprimere, perché nociva all'assetto sociale di cui il pretore era l'interprete e il (sia pure illuminato) garante sul piano giuridico, siano state le vicende connesse con la corsa all'accaparramento del possesso dell'*ager publicus* » (p. 110). Nulla, almeno per la mia modesta conoscenza e salva la riserva generica di cui sopra, da obiettare; come nulla obietto all'individuazione nel *vim fieri veto* dello strumento cui si è ricorso per esercitare quella repressione. Ma quando leggo (p. 135) che « al di sotto delle trame che i giuristi vennero intessendo... sarà possibile scorgere, e in alcuni casi dedurre, l'apporto che il divieto posto con l'*uti possidetis* ha dato alla lotta contro la violenza nella storia del diritto romano e meglio collocare tale apporto nel quadro della genesi di una precisa, spesso latente, ma non di rado dichiarata ideologia » veramente non mi rendo conto delle parole, ancor prima che del senso; e ancor più perplesso rimango quando leggo (p. 286) che l'*uti possidetis* col suo concreto divieto di far violenza costituiva uno strumento efficace per trasformare in ideologia, e contribuire ad imporre, gli interessi dei nuovi gruppi dirigenti, bisognevoli di uno stabile godimento di quelle terre in cui avevano compiuto tanto cospicui investimenti ». Io posso ammettere che a un certo punto della storia, indipendentemente dalla persecuzione dei risultati conseguiti con la violenza (p. 12), si sia perseguita la violenza per se stessa (il *vim volumus extingui* di Cicerone) e si sia dotato il pretore di un acconcio strumento, così come posso ritenere che questa astratta sensibilità abbia radice in condizioni storiche particolari, e se si vuole in relazione a particolari interessi. Anche nel nostro moderno processo (torno così ai miei montoni) ad un certo punto è stata introdotta la cautela innominata, col provvedimento d'urgenza, e una ragio-

ne, anzi una serie di ragioni ci sarà stata, e si potrà anche dire che l'adozione del provvedimento d'urgenza è stata favorita dall'ideologia dell'autorità che animava il legislatore di allora: ma questa che cosa è se non la storia, o magari la cronaca, dell'istituto? E che bisogno c'è di configurare una ideologia della sollecitudine del processo o della tutela della parte costretta al processo per far valere il suo diritto, e così, per l'*uti possidetis*, della repressione della violenza?

Questi i miei dubbi, che sono di carattere generale e non toccano il valore e l'interesse del libro, per quel che posso giudicarne.

SCIOPERO

Neppi Modona, *Sciopero, potere politico e magistratura 1870-1922*, Ed. Laterza.

Da ormai non breve tempo la nostra letteratura semigiuridica è impegnata nell'analisi della giurisprudenza, e diciamolo meglio, per l'implicito riferimento soggettivo, dell'opera della magistratura, specialmente per quel che concerne i riflessi delle vicende politiche nelle decisioni. Ricordo, tra i più noti, il libro del D'Addio su *Politica e magistratura*, e quello del Marovelli, su *L'indipendenza della magistratura*, e l'altro del Moriondo sulla *Estrazione sociale dei giudici*. Non sono che pochi nomi nel gurgite vasto, ai quali si aggiunge questo del Neppi Modona, che finisco di leggere. Hanno un valore (prescindendo ovviamente dalle brave persone degli autori) queste ricerche a sfondo più o meno sociologico? Io, che non ho fatto altro nell'ultima parte della mia vita, e forse in tutta, che osservare il grande mistero del giudizio, debbo esprimere le mie riserve, che sono di vario ordine. Prima di tutto, questo tipo di indagine, con tutte le sue pretese di realismo, nega la realtà, proponendosi una figura astratta di giudice, e approvando o riprovando il giudice concreto a seconda dell'atteggiamento che ha assunto in una determinata occasione o di fronte a un certo gruppo di contrasti. In secondo luogo esso estrania il giudice dalla vita e dalla complessità della vita, della quale fa parte indissolubilmente, e nella quale è attore e non spettatore. In terzo luogo non tiene conto che il giudice e il giudizio sono fatti per la pace e non per la guerra, e come nella guerra esterna (o nell'esercito, che è fatto per la guerra) esso cede a quell'ircocervo che sono i giudici militari,

così nell'interna, quando non cede ai giudici speciali, risente necessariamente della incertezza di diritto e di fatto della legge. In quarto luogo, i ricercatori dimenticano una cosa molto semplice, e cioè che il processo e il diritto processuale sono fatti per spersonalizzare nei limiti del possibile i giudici, e quindi bisogna tener conto di tutto l'iter processuale, che essi ordinariamente non conoscono. Inutile appigliarsi a questa o quella sentenza isolatamente considerata. In quinto luogo (e si potrebbe andare avanti sino alla fine dei numeri) questo orientamento pseudoscientifico distrae da quello che deve essere il vero oggetto dello studio del giurista, e cioè la formazione del giudice attraverso l'analisi delle componenti del suo giudizio e del suo rapporto con la legge: compito immenso, perché implica la critica dell'intero metodo degli studi e addirittura delle strutture della società. I lettori che seguono questi *Quaderni* mi intendono. Una sola giustificazione possono avere i libri così orientati, ed è che i loro autori e ispiratori seguano un fine politico, come è appunto questo del Neppi Modona. Qui la censura si arresta, o meglio si arresterebbe se molti di questi libri politici non fossero finanziati dal Consiglio Nazionale delle Ricerche come libri scientifici. Questo, nella repubblica ideale che io vagheggio, costituirebbe peculato per distrazione.

Il carattere tendenzioso del libro del Neppi Modona traspare a ogni passo, dalle prime alle ultime parole, le quali suonano precisamente: « Sembra quindi potersi concludere che la magistratura, nel settore dei conflitti di lavoro, ha sempre svolto una ben individuata coerente funzione, anticipando le innovazioni legislative e perseguendo una politica non solo convergente con la volontà del potere esecutivo, ma talvolta autonomamente indirizzata verso un'azione in difesa degli interessi delle classi borghesi, che vengono puntualmente fatti coincidere con quelli dello Stato, della conservazione dello *status quo* e della società interna » (pag. 333). Questa proposizione, sul piano giuridico, e quindi scientifico, è una sciocchezza; ma poiché l'autore è tutt'altro che sciocco, bisogna accettarla come una dimostrazione

(non avevo mai pensato alla coincidenza verbale tra la dimostrazione di piazza e quella della matematica), appunto, di carattere politico. E allora, stando su questo piano, io vorrei dare qualche pertinente suggerimento all'autore, e il più immediato è che, se si vuole anche politicamente fare nell'indagine storica un'opera persuasiva, tanto per usare un termine caro ai nuovi dottori (v. *Quaderno* I, pag. 133), bisogna partire dal presente e non dal passato, cioè vedere e giudicare il passato al lume di quel presente che il passato ha contribuito a determinare. Ricordo che Guglielmo Ferrero diceva che se avesse concepito la sua *Grandezza e decadenza dei romani* dopo l'esperienza fascista l'avrebbe scritta diversamente. Ma, per restare al nostro caso, l'autore, e non soltanto lui, ma quelli che trattano di queste cose, dimenticano un piccolo particolare, e cioè che il movimento operaio ha raggiunto oggi in mezza parte del mondo il suo trionfo, e mezza parte del mondo che vive sotto la falce e il martello, o il suo equivalente, ha ridotto proprio gli operai in uno stato di semischiavitù, cioè ha distrutto dalla radice tutte le libertà, e per prima proprio quella di sciopero. Non si vuole con questo esprimere alcuna valutazione, e tanto meno mettere in dubbio l'immenso valore che hanno avuto i movimenti sindacali, dando ragione a mentalità retrive che ci sono state e ci sono e ci saranno finché la storia la faranno gli uomini e non verrà loro imposta dall'alto, sopprimendo la dialettica della vita; si vuol dire che il *perspicere totam rem* comporta la visione del presente, che è poi il futuro del passato. Se si fa questo, si vede sotto un'altra luce l'opera dei giudici, dei prefetti, dei ministri, di tutti coloro che non dal 1870 al 1922 ma dall'indeterminato passato a oggi e a domani (curioso, ma non tanto, questo arresto del mondo al 1922!) si sono trovati davanti al fatto immenso di una rivoluzione istituzionale. Brancolando nel buio della storia, tutti quei signori, considerati nel loro insieme, e non nella loro individualità, che non ha rilevanza, svolgevano il loro ruolo nel difendere inconsapevolmente non questa o quella privata posizione, ma la libertà e con la

libertà lo Stato; e la difendevano molto più di quei professorucoli di oggi che si volgono a sinistra, perché pensano che di là venga il vento. Anche gli operai difendevano o lottavano, e santamente, per la libertà, che non è concepibile senza il riconoscimento del loro stato: ma appunto da questa perenne lotta la libertà nasce, non dal naufragio in una dittatura di qualunque colore essa sia. Del resto, se si leggono gli scandalosi documenti della reazione che il Neppi Modona raccoglie diligentemente in fondo al volume, si ha una riprova di quel che diciamo, perché essi possono essere letti in chiave ben diversa da quella dell'autore se si osserva la nostra regola. A meno che il lettore non si arresti alla ingenuità di quelle circolari riservate che mettevano in guardia contro l'Inno dei lavoratori, che del resto oggi non si canta più. Anzi, negli scioperi di oggi, non si sente più cantare, ed è un brutto segno.

Se il Neppi Modona, o altri al suo posto, avesse voluto, senza bisogno di finanziamenti del C.N.R., fare opera seriamente scientifica, si sarebbe posto il gravissimo problema della posizione della magistratura, di chi cioè è istituzionalmente chiamato a concretare la legge di fronte ai grandi fatti eversivi della storia, e tra questi fatti pongo i movimenti operai, non per se stessi, ma per i reati comuni che li accompagnano, quei reati cioè che devono, essendo l'azione penale obbligatoria, essere puniti. Non è questione di leggi toscane o di codice zanardelliano, ai quali l'autore dedica tante più o meno utili pagine; è questione della presenza o assenza del giudice nella storia. Questi nostri giudici, che nei nostri manuali di procedura si trovano dipinti come in una poesia di Guido Gozzano, e sono ben dipinti in funzione di una vita statica e serena, si trovano a un certo punto a dover reggere la bilancia in un mare in tempesta. Non si tratta soltanto delle contese di lavoro e dei relativi scioperi: il mare della vita cova tempeste di tutti i generi. Un'altra ipotesi ancor più dimostrativa è quella della pornografia, il cui meccanismo d'azione è corrispondente a quello degli scioperi.

Di fronte al dilagare delle sozzure nei libri, nei cinematografi, nelle persone, nell'aspetto stesso delle strade che sono diventate impraticabili, il giudice è, non dimentichiamolo mai prima di attribuirgli queste o quelle intenzioni, essenzialmente un povero uomo come tutti, anzi più povero di tutti perché non ha nessun vero potere, si trova ad avere a che fare con quattro o cinque norme dettate per i tempi in cui la società e gli individui si riconoscevano nei famosi precetti dell'*honeste vivere, neminem ledere, suum cuique tribuere*: allo stesso modo come di fronte agli scioperi si trova con le tre o quattro norme sulla violenza privata, e se vogliamo anche sull'omicidio. Come questa vita illegittima che si afferma prepotentemente come legittima reagisce nel suo animo e nella sua opera? Questo è il problema, e non è, credano il Neppi Modona e il suo presentatore Galanti Garrone, un problema politico. Siamo in una sfera infinitamente più alta o più bassa. Basta aprire un giornale per vedere che cosa succede delle offese al buon costume e alla morale: i processi finiscono in assoluzioni e in ovazioni. Non è un caso: è l'imparità della giustizia a una società che si deforma, l'imparità a salvare i precetti sopra richiamati, e a salvarsi in quei precetti. Calamandrei una volta osservava con la tristezza abituale, che i suoi falsi epigoni non hanno mai avvertito: l'astensione dal lavoro di una persona è un inadempimento, di due persone lo è o lo può essere ancora, di più persone è uno sciopero; e voleva appunto dire della irrazionalità di questi concetti. È sempre così, e il problema della giustizia, del rapporto tra il giudice e la vita rimane irrisoluto. Questo è il problema, la cui soluzione razionale non può essere che quella della rigorosa applicazione della legge, cioè proprio di quei pochi articoli del codice, nella più assoluta indifferenza verso le pretese discriminazioni e le evoluzioni o involuzioni del costume. Certo una cosa è la ragione, una cosa è il coraggio e la fede nel diritto. Quel che però è certo è che se il giudice si dimostra impari nella sua funzione, ci pensa la storia a liberarlo dall'angoscia.

[129]

Poiché si ha un bel giocare con i concetti o scrivere libri: i precetti della sapienza romana sono sempre validi, e i giudici inetti, faziosi o impotenti sono cacciati via da qualcuno che fa piazza pulita. Purtroppo questo prezzo altissimo lo paghiamo tutti, anche quelli che non irridono allo Stato, e non sofisticano sulla sua essenza o peggio sulla sua esistenza.

FASCISMO

Abrate - De Felice - Del Noce - Ungari: *Il problema storico del fascismo*, Ed. UIPC (Vallecchi, Firenze).

È un libretto che contiene quattro conferenze, tenute in un convegno che si è svolto a Milano sotto gli auspici dell'Unione Italiana per il progresso della cultura, una benemerita istituzione che ha stampato, tra l'altro, nelle sue accessibilissime edizioni *Il realismo socialista* di Siniavsky. Queste conferenze sono ben condotte, illustrano il problema storico del fascismo sotto vari aspetti. Ma il fatto più importante è che a venticinque o trenta anni di distanza dalla gran caduta il fascismo sia visto come un problema, cioè si riconosca la sua positività storica, a confutazione e confusione di coloro che, Croce in testa, non vedevano in esso che « una parentesi » (oh, concezione grammaticale della storia). Chi scrive questo breve commento ricorda quel che diceva Alberto Domenico Tolomei, uno spirito libero col quale nell'infausto ventennio ci struggevamo di antifascismo e che un giorno vorrò ricordare in questi *Quaderni*: io vorrei che Mussolini nella storia non ci fosse, ma purtroppo questo è impossibile. C'è Tamerlano, ci sarà anche lui.

Non ci può essere dubbio che la rivalutazione (in senso storico) del fascismo sia dovuta all'eredità che esso si è lasciata appresso, in più chiare parole alle presenti condizioni materiali e morali, e più morali che materiali conseguite alla « liberazione ». Cessato il primo canto e il primo incanto, dal 1945 a oggi il paese è stato trascinato nelle più sordide avventure, e poiché questo è avvenuto all'insegna dell'antifascismo, è inevitabile che il fascismo diventi per molti oggetto di rimpianto. L'inverosi-

mile mediocrità degli uomini di tutti i partiti, anche quando si mantengono nei limiti incerti dell'onestà personale, sembra poi fatta apposta per far risaltare la personalità di Mussolini. Sennonché, lasciate da parte queste reazioni di carattere sentimentale, prive per se stesse di valore, si deve riconoscere che l'inserzione nella storia del fascismo implica che esso non può essere considerato come un fenomeno particolare, alla stregua del nazismo che, nonostante l'incomparabilmente maggiore vastità delle proporzioni, è morto e dimenticato, ma come un fatto universale, un momento alternativo e critico della libertà. L'opposizione fascismo-libertà era pienamente giustificata durante il regime, ma era un'opposizione fallace, perché i termini del contrasto non erano omogenei: il fascismo era un fatto concreto, con tutti i difetti che il concreto porta con sé; la libertà era un'idea, per definizione tanto astratta quanto immacolata. Per dare all'opposizione un senso positivo, bisognava confrontare il fascismo con un altro regime concreto di opposto segno, ma questo sarebbe stato impossibile perché quest'altro regime apparteneva all'ignoto futuro. Questo è tanto vero che il solo stato positivo conoscibile era il passato, e nessuno di noi avrebbe certamente voluto identificare quel passato con la libertà.

La risoluzione del fascismo in libertà pone naturalmente un problema gravissimo; che è quello della stessa libertà. Che cosa è la libertà? Questa domanda non può che convertirsi nell'altra, per chi non voglia pascersi di fantasmi: quale è il regime positivo che si identifica con la libertà? Logica vuole che a una domanda di questo genere non si possa rispondere: il solo modo di dare una risposta è quello di attenersi alla forma, cioè di rivolgersi al diritto, il quale da tempo immemorabile ci ha indicato nella democrazia la generazione della volontà collettiva dalla volontà individuale, che sarebbe certamente l'*optimum* in fatto di libero regime. Se in effetti la vita fosse un trattato di diritto costituzionale non ci sarebbe da discutere. Sennonché la libertà formale è anche essa una risposta apparente, perché la vita è fatta di contenuti e non di forme, e la libertà non può prescin-

dere da una certa omogeneità di contenuto, da un accordo cioè fondamentale almeno su questo punto: che la libertà sia conservata. È quello che vediamo avvenire in Inghilterra e in America: ma bisogna precisare che la conservazione della libertà non si deve intendere anch'essa in senso formale, ma ricomprende in sé il rispetto e l'obbedienza a tutte le istituzioni nelle quali la libertà si concreta. È chiaro che un paese dove il giudice o anche il poliziotto non sia rispettato, non sarà un paese libero, se non in un senso del tutto formale.

Da questa elementare impostazione appare quanto sia difficile, per non dire impossibile, che la libertà democratica possa essere conservata. Essa reca in se stessa i fattori della propria dissoluzione, e il motivo è questo: che per essere libero, perché la libertà dell'uno affronti quella dell'altro, le volontà devono essere entro certi limiti omogenee. Se manca questa omogeneità, fatalmente una volontà si pone come sopraffattrice dell'altra. La lotta di classe, la presenza di un partito comunista, impediscono l'omogeneità, e quindi a lungo o a breve andare minano la libertà: se conseguono la vittoria, la distruggono, se non la conseguono e finché non la conseguono sposano il caos. È a questo punto che il fascismo (e uso questo nome perché lo ha creato la nostra storia) si afferma come alternativa di libertà. E per questo appare come conservatore, quando è radicalmente distruttore, alle forze libero-democratiche che si immolano sul suo rogo. Su queste premesse, che mettono in luce certe costanti universali della vita associata (si vedano a questo proposito le pagine del Tessitore, *Crisi e trasformazione dello Stato*, e i richiami in esse contenute di Cavour: pag. 13), si deve impiantare il discorso storico sul fascismo, o meglio il discorso su quello che in Italia è stato il fascismo storico.

La lettura del libretto è interessante e istruttiva, e offre il destro a profonde meditazioni, specialmente in ordine alla figura di Mussolini, che rimane al centro della nostra storia. Sarebbe interessante soffermarsi sulle ideologie autonome che si formano nella risoluzione della libertà, e che sono quelle che poi caratte-

rizzarono il regime. Il momento più interessante è certamente quello della transizione del più acceso comunista alla libertà, il fatto cioè che egli sia stato il veicolo della risoluzione della libertà nel fascismo. Purtroppo qui non è possibile indugiare. Più divertente sarebbe abbandonarsi alle profezie, o più semplicemente alle deduzioni, e chiedersi se dall'attuale stato di caos, in cui la libertà regna sovrana, sorgerà la ricorrente alternativa di cui abbiamo detto, o s'imporrà la volontà comunista. Ma forse è meglio chiudere il discorso con queste parole non mie: « Quando un popolo, divorato dalla sete della libertà, si trova ad avere a capo dei coppieri che gliene versano quanta ne vuole, fino ad ubriacarlo, accade allora che, se i governanti resistono alle richieste dei sempre più esigenti sudditi, sono dichiarati tiranni. E avviene pure che chi si dimostra disciplinato nei confronti dei superiori è definito un uomo senza carattere, servo: che il padre impaurito finisce per trattare il figlio come suo pari, e non è più rispettato, che il maestro non osa rimproverare gli scolari e costoro si fanno beffe di lui, che i giovani pretendono gli stessi diritti, la stessa considerazione dei vecchi, e questi, per non parer troppo severi, danno ragione ai giovani. In mezzo a tanta licenza nasce e si sviluppa una sola pianta: " la tirannia " ».

Sono parole di uno scrittore abbastanza recente, che si chiamava Platone (Libro VIII della Repubblica).

DIRITTO PENALE POLITICO

Jacques M. Vergès: *La strategia del processo politico*, Ed. Einaudi.

Christoph U. Schminck, *Stato di diritto e movimento operaio. Per la storia del diritto penale politico in Italia*, in *Rivista Studi Storici*, Istituto Gramsci ed., 1970, 445 e sgg.

Il diritto penale politico, nella sua connessione essenziale col processo, ha una grande reviviscenza in Italia, dopo la Costituzione, seguita all'esperimento fascista e alla sconfitta. È ovviamente un termine improprio, che peraltro vuole individuare e scolpire il fatto storico della lotta che lo Stato necessariamente conduce in difesa di se stesso e delle sue istituzioni, sul piano astratto normativo e sul piano concreto delle persecuzioni processuali, nell'uno e nell'altro caso sul terreno del diritto. L'articolo dello Schminck è ricalcato in parte sul libro del Neppi Modona (v. supra, pag. 124), ma l'autore, da buon tedesco, cerca di dare al problema un'inquadratura teorica non priva di interesse, sebbene dichiaratamente unilaterale. Il libro del Vergès è quello di un avvocato penalista, per giunta francese, quindi procede con levità, se non con leggerezza: ma estende la sua esposizione al di là del processo politico, in senso stretto, fino a comprendere il processo a Gesù e a Socrate, i processi insomma alle idee, di qualunque genere siano. E si parla di strategia perché il processo, in genere da parte dell'accusato, ma talvolta anche dell'accusatore, quando questi recita la parte del vincente, come nel caso di Luigi XVI, può essere condotto in due modi: per connivenza o per rottura. Si ha la connivenza quando l'accusato trae

le sue armi dallo stesso ordinamento che cerca di opprimerlo e di sopprimerlo; si ha la rottura, quando l'accusato rifiuta puramente e semplicemente quell'ordinamento, cioè riconosce e nega ad un tempo il suo delitto. Che è appunto il caso di Socrate, e possiamo aggiungere noi di Tommaso Moro.

Tanto nell'uno come nell'altro scritto di cui ci occupiamo sarebbe inutile cercare una soluzione del problema del diritto politico e del processo politico. I due autori sono evidentemente uomini di parte, quindi ad essi la verità è negata, così come è negata ai salottieri del nostro paese che, in veste di ministri o parlamentari o professori universitari, si affannano in questi giorni facili a proclamare l'abolizione dei reati di vilipendio. Tutta questa gente non può neanche capire il problema, che è serio e vasto, e abbraccia tutta la vita e l'essenza stessa dello Stato. Vogliamo dire dello Stato moderno, lo Stato che si vuol chiamare di diritto, perché questo, a differenza degli Stati assoluti ed inquisitori, ricomprende in sé la sua contraddizione, determinando una situazione che in astratto e in teoria non dovrebbe lasciare alcun margine ai delitti e ai processi politici. Vediamo di spiegare il nostro pensiero.

Lo Stato assoluto si può definirlo in mille modi: la definizione più giusta perché fondata sulla sostanza, è che esso è uno stato ideologico. Sarà l'ideologia di una persona, sarà l'ideologia di una classe o di un ceto, sempre lo Stato assoluto si pone come segno di contraddizione rispetto a colui o coloro nei cui confronti afferma la sua ideologia. Non vi è in ciò alcun giudizio di carattere morale o di valore: il principe vuole il bene dei sudditi, e il bene sta appunto nella sua ideologia, alla quale pertanto i sudditi devono informarsi. A uno Stato come questo il diritto e il delitto politico sono in certo modo connaturali, perché la risoluzione del suddito nel principe è un'utopia: è un autentico conflitto di idee che non può comporsi se non all'esterno dello Stato, cioè non può mai comporsi. In questo diritto e delitto politico si inseriscono certamente il processo di Socrate e di Gesù, quelli che il Vergès chiama processi di rottura. Ma non

so se il termine sia adatto, perché esso implica una negazione sia pure non violenta dell'ordinamento e della giustizia: in realtà Socrate e Cristo e tutti i minori che li hanno imitati, non contestano nulla sul piano del diritto, anzi riconoscono appieno la legittimità dell'ordine e la sua giustizia, solo che affermano la propria presenza fuori dell'ordinamento e fuori della giustizia. Questo è il vero e profondo significato del « date a Dio quel che è di Dio, a Cesare quel che è di Cesare ».

La difficoltà sorge nello Stato liberale, costituzionale, democratico o come si voglia chiamarlo, nello Stato di diritto insomma quale si è venuto storicamente determinando. Perché lo Stato di cui parliamo, col superamento dell'assolutismo, costituisce anche il superamento dell'ideologia, se si vuole la risoluzione della ideologia nel diritto. Questa essenza comporta per converso che nessuna ideologia è rifiutata dallo Stato: esso anzi offre i mezzi (la sua organizzazione politica e partitica) per potersi affermare in ogni momento: onde si vedono al potere ora le destre ora le sinistre, quando non se ne vanno insieme a braccetto verso un non ben definito centro. Una cosa sola questo Stato non può consentire, senza negare se stesso: ed è che quelle ideologie si mettano fuori dalle regole, e quindi fuori e contro lo Stato per affermarsi con mezzi illegali.

È chiaro che in uno Stato siffatto non può sussistere né diritto politico, né giustizia politica, e quindi il problema sarebbe eliminato. Il delitto politico non è che un delitto comune, non essendovi tra i due termini possibilità di distinzione. E invece nulla è più travagliato della vita dello Stato moderno, come i libri recensiti ci informano, e mai come oggi il delitto politico ha raggiunto il massimo del suo espandimento, fino a proiettare come tale anche ogni più efferato delitto comune: il che è, si badi bene, perfettamente logico, ogni previsione di reato, dal furto all'omicidio, essendo in funzione della ideologia legittimamente prevalente. Il furto presuppone la proprietà, ma vi è chi ha detto che la proprietà è un furto. Come si spiega questa contraddizione? Non credo che sia difficile. Alla pari dello Stato

assoluto lo Stato moderno soffre della stessa utopia: e cioè di credere che, l'uno con la forza, l'altro con la volontà, i sudditi si risolvano nello Stato. Questo non può avvenire mai, perché significherebbe la fine della storia e della stessa vita. La contraddizione tra Stato e individuo è permanente: è una posizione di reciproca conquista. Ma qui sta il nodo del problema: perché lo Stato moderno è come una bella e brava donna, disposta a farsi conquistare, ma purché si passi dalla scala nobile, cioè con un regolare fidanzamento, mentre il suddito preferisce la scala di servizio, con tutto quello che comporta. In altri meno metafisici termini, il suddito ha in orrore la procedura.

Perché in definitiva il delitto politico ha ormai un carattere processuale. Sotto l'apparenza di una norma sostanziale (es. non incitare le classi povere all'odio, non scioperare o scioperare entro certi termini) lo Stato dice: se vuoi che le classi povere mi conquistino, fonda un partito, un sindacato e agisci secondo le regole del partito o del sindacato. Ora questo è quello che l'impazienza umana non sopporta, e più che l'impazienza la volontà di potenza che sta al fondo dei moti illegali politici. Lo Stato moderno in fondo tende solo al rispetto delle sue forme, e di qui procede la legittimità del suo diritto penale che si pretende qualificare politico. Ma procede anche la furia degli eversori che si sentono truffati da queste legittimità, che copre (questo è indiscutibile) una ideologia che ad essi non garba. Non pensano che la caratteristica di questa ideologia è quella di lasciarsi rovesciare, e perciò delinquono e contestano la procedura. Né in verità lo possono pensare, perché il loro naturale sbocco è quello di sostituire all'ideologia rovesciabile dello Stato una ideologia, la loro, che non si rovescerà mai più. Onde vien fatto di credere che lo Stato moderno rappresenta una temporanea alternativa dello Stato assoluto.

La conclusione di questo discorso è che libri come questi che recensisco sono privi di valore scientifico, ma lasciano pensosi. La mente serena si chiede infatti perché tutto questo avvenga. Abbiamo già detto dell'impazienza dei sudditi, ma non

basta. C'è qualcosa che non funziona anche nello Stato e nei suoi reggitori: a parte l'abuso del potere, sempre possibile, c'è la debolezza che fatalmente colpisce chi rinuncia all'ideologia, o ciò che fa lo stesso annulla la propria ideologia nelle strutture di uno Stato. La vita è veramente un campo di battaglia, per valersi del titolo di un romanzo di Graham Greene: e il campo di battaglia non può essere sostituito dalle aule giudiziarie, e nemmeno dai codici penali. Per queste ragioni il delitto comune diventa delitto politico, per questa ragione il delitto (politico) non viene punito. Lo Stato che riesce a mantenere la coscienza di sé, della propria ideologia di fronte al delitto politico fa agire i suoi giudici come soldati sul campo di battaglia. Ma uno Stato di questo genere non è lo Stato moderno, è lo Stato del passato e del futuro. Forse per questo tanta gente che prospera all'ombra del debole Stato di diritto, tanti miliardari, tanti professori, tanti intellettuali si costituiscono paraninfi dello Stato futuro.

RILETTURE

[141]

LA PREGIUDIZIALE

FRANCESCO MENESTRINA: *La pregiudiziale nel processo civile.*

Io sono tanto avanti negli anni che ho conosciuto di persona Francesco Menestrina, quando la storia lo portò dalla Trento austriaca, dove era nato, nella grande patria italiana. Era un bell'uomo alto, con una grande barba candida, e dalla terra dove si era formato (o forse, ahimè, dal tempo in cui si era formato) aveva derivato una esemplare dirittura di carattere. Basti dire che, per quanto la chiara fama gli assicurasse la cattedra di diritto processuale nel nostro paese, preferì continuare nella sua attività di avvocato dello Stato. Un giorno appresi da un giornale la notizia della sua morte: poi fu silenzio per lungo tempo. La Fondazione Piero Calamandrei lo ha tratto dall'ombra, e ha ripubblicato le sue opere che lo avevano reso ben noto anche tra noi, specialmente per merito di CHIOVENDA: *L'accessione nell'esecuzione* e *La pregiudiziale nel processo civile.*

Con quest'ultima mi sono incontrato in uno dei miei soliti mattini, e mi è venuto voglia di rileggerla, anche perché verso l'argomento, almeno nella parte che oggi ha dato vita all'art. 34, ho sempre manifestato una certa diffidenza. L'ho sempre ritenuto una norma dottrinaria, che non ha rispondenza nella realtà, come ce ne sono tante. La lettura del libro del nostro autore di venerata memoria mi ha confermato nei miei dubbi, perché mi ha rivelato che gli stessi scrittori tedeschi non sono mai stati d'accordo sulla interpretazione delle corrispondenti norme di legge. Ma non è di questo che voglio lasciare una piccola traccia nel mio *Quaderno*. Il mio desiderio è solo quello di commisurare l'educazione scientifica dell'età che fu sua con la poca

educazione dell'età che non è ancora mia. Il lettore sa che io non ho nessuna particolare simpatia per il pensiero giuridico germanico: con i riguardi dovuti ai pochissimi grandi, che come tali non hanno nazionalità (e metto Jhering in testa), io imputo a quel pensiero tutto il formalismo che si è scatenato tra noi, in seguito alla ricezione. Si dirà che la colpa non è loro, ma è nostra, e anche questo può essere vero. Una cosa però è certa: che coloro che si sono formati coi tedeschi e sono riusciti a dimenticarli per tornare a se stessi, hanno testimoniato della serietà e severità di quella scuola, senza il cui freno mentale non avrebbero potuto essere giuristi. Con la leggerezza del vento, che si è voltato, la generazione che mi vedo crescere intorno ha cercato e trovato altro pascolo tra gli anglosassoni, e importa nomi e libri, e sui loro libri costruisce altri libri, con l'infallibile risultato di conquistare una cattedra. Anche con gli anglosassoni, naturalmente, non ho alcun partito preso. Imputo loro di essere o apparire facili, di prestarsi alla moda. Nella realtà, sono difficilissimi, molto più dei tedeschi, appunto perché non hanno i difetti di questi ultimi, e perché rappresentano un'esperienza che noi non riusciremo mai a penetrare. E così i loro ripetitori, oscuri od illustri (ma sono tutti illustri perché si lodano a vicenda), hanno perduto e fatto perdere alla nostra scienza quel nerbo che caratterizzava l'antica scuola e di cui il libro di Menestrina è una viva testimonianza. È una grossa sventura, alla quale forse porrà rimedio lo smantellamento dell'Università che il nostro spensierato legislatore si appresta a fare.

[143]

IN MEMORIAM

DOMENICO RUBINO: *Studi giuridici.*

La pietà, nel senso antico, dei colleghi della facoltà di economia di Roma ha voluto manifestarsi con la raccolta degli scritti di Domenico Rubino: gli scritti che si sogliono chiamare minori con riferimento alle monografie e ai trattati, ma che spesso o quasi sempre danno prova più di questi dell'ingegno e della vastità di interessi dell'autore. Sono settanta studi nelle materie più diverse, e sono praticamente tutto ciò che è rimasto di lui.

Tutto? La domanda è terribile. Coloro che hanno curato la raccolta parlano di « materiale che, diventando difficile a reperire, gradualmente sfugge all'attenzione degli studiosi ed è destinato all'oblio ». Ma basta questo raccogliere « a piè del tristo cesto », come implorava Pier delle Vigne, a prolungare la vita, a salvarci nella memoria? Forse è meglio, se non ci fosse appunto la *pietas*, lasciare che le nostre allumacature si disperdano nel deserto dell'opera umana: forse c'è più resurrezione nell'incontro casuale di una nostra parola nelle necropoli delle biblioteche, da parte di un frate cercante, di quanto non ce ne sia in questi programmati e quasi astratti compendi. Bigiavi, nella paurosa lucidità della sua morte, lo aveva sentito (v. *Quaderno* II, pag. 133). La verità è che nell'*opera omnia* si accentua la sproporzione tra la vita e la morte, quel che diciamo « tutto », foss'anche il tutto di Dante, rende più acerbo il senso del nulla. « Che voce avrai tu più... ». È proprio Dante che lo dice.

Questi insoliti pensieri, nella mia solita alba, mi suscita la contemplazione di questo volume e la rilettura degli articoli e

delle note che lo compongono. Perchè se ciascuno di essi reca la traccia vivissima del suo sapere e voler sapere, e certamente offre un contributo alla sua conoscenza, non trovo in nessuna parte, se non in me stesso, quel Rubino che un giorno, essendo io preside a Roma, e ignaro dell'abisso verso il quale la scuola si incamminava, nutrendo per la mia facoltà sogni molto simili a quelli di Bergeret, volli che Rubino, già in piena fama, venisse da me, per aiutarmi a sistemare gli insegnamenti del diritto civile, oggetto di antica contesa. Con una semplicità che non può comprendere chi non ha vissute le complicazioni universitarie, quell'uomo alto, dai chiari occhi normanni, dal sorriso che era quasi un riso trepidante, mi disse che egli non intendeva porre alcun ostacolo alla mia opera, e disponessi per lui come volevo. Un grande signore, che ignorava le ambizioni e le pressioni burocratiche, mi stava davanti, e io, che per destino della mia effimera carica dovevo organizzare burocraticamente lo studio, ne rimasi affascinato. Dovevo ricordarlo non molti mesi dopo, quando lo vidi disteso sul suo lettino, in preda a un male quasi improvviso che lo divorava: aveva la stessa compostezza, la stessa signorilità, lo stesso titubante eloquio, e parlava della morte come di una cosa vicina e lontana. Mi dissero, in quei tristi giorni, che l'avevano trasportato a Torino, per una delle solite diagnosi, e a Torino aveva ricevuto una grande visita: quella di un bidello della sua facoltà che a proprie spese si era mosso da Roma per salutare il suo professore. Due piccoli episodi, questi, che l'*opera omnia* non registra: segno che l'uomo non è nell'opera, deborda dalle pietose raccolte.

Ma forse neppure questo discorso è giusto, forse nessun discorso è giusto. Vi è anche in questi frammenti, inadeguati di fronte alla morte, qualche cosa dell'uomo, e forse anch'essi possono rendere testimonianza nel finale giudizio. Ne rileggo alcuni (l'ultimo ad esempio, in cui il civilista Rubino trattando del difetto di motivazione quale regolato dal nuovo codice di pro-

cedura, mostra che la scienza del processo non è privilegio degli specialisti) e mi sembra che solo chi non ha mai dimenticato nello scrivere di essere uomo ha potuto vedere nella banale alternativa posta dalla legge in merito al c. d. « punto decisivo della controversia » (avrebbe potuto o avrebbe dovuto decidere?) la profonda unità che vi è nel distacco tra giudizio di legittimità e giudizio di merito. Ma particolarmente il mio pensiero si sofferma, poiché si legge sempre con lo spirito di oggi, non con quello del tempo in cui la cosa letta fu scritta, su « la valutazione degli interessi nell'interpretazione della legge » (pag. 7 e sgg). Lo spirito latino, e meglio ancora siciliano di Rubino prende posizione in quella contesa transalpina tra la giurisprudenza dei concetti e quella degli interessi, dimostrando la falsità dell'alternativa, perché, se non si tratta di sterili elucubrazioni scolastiche, non ci può essere contrasto tra interesse e concetto, l'uno procedendo dall'altro, necessariamente. Ma il nodo del problema è quello della giuridicizzazione dell'interesse, e qui Rubino, assai prima che scrivessi io (v. *Quaderno* IV, pag. 8), mostra il valore del sistema nel diritto, di quel sistema che impedisce alla giurisprudenza e al giudice di farsi legge, cioè di uscire per la tangente, e correre l'avventura del diritto libero. L'opera creativa del giudice è in questo articolo più che divinata, cosa tanto più notevole poiché Rubino scriveva in un momento in cui i processualisti non si erano ancora destati dal sonno secolare delle loro caselle pseudo-sistematiche. Ma la creazione nella legge, se da un lato impedisce l'arbitrio, dall'altro consente di adeguare gli interessi alla legge, facendo di questa una cosa sempre *eadem et altera*, poiché tutto si può cristallizzare ed astrarre meno gli interessi. Neppure se gli interessi fossero del legislatore, fattosi improvvisamente settario e parziale, cioè docile agli interessi particolari e transeunti, come avviene spesso nelle leggi di oggi, si potrebbe giudicare in nome di quegli interessi, o intendere la norma secondo quegli interessi. Qui sta l'opera creativa della giurisprudenza, l'opera universale che

può fare solo il giudice libero, e a sua volta rende il giudice libero. Domenico Rubino ha visto chiaro, e ha chiuso gli occhi in tempo (troppo presto, ahimè, per il nostro affetto umano) per non vedere lo scempio della giustizia e della società che molti nostri giudici avrebbero fatto in nome dei loro interessi.

CRONACHE

[149]

RIVOLUZIONE ALL'ITALIANA

Pubblicano i giornali l'allegra notizia che un « Comitato nazionale per le libertà politiche e sindacali », di cui farebbero parte parlamentari, magistrati, giuristi, uomini di cultura, non meglio questi specificati, intendono promuovere un referendum per l'abrogazione « delle norme fasciste attualmente in vigore nel codice penale ». Il dott. Barone, che è un magistrato, consigliere della Corte d'Appello di Roma, deve essere l'esponente delle citate categorie perché ha tenuto una conferenza stampa per illustrare la finalità della proposta. Dalle sue parole si apprende che il compito di abrogare le norme in questione se lo devono « assumere in prima persona i lavoratori esercitando in forma personale e diretta la sovranità di cui sono titolari, in virtù dell'art. 1 della Costituzione ». Bene. Volete sapere quali sono queste norme assoggettate a referendum abrogativo? Sono quarantasette, e nella conferenza-stampa se ne indicano una ventina, tra le quali: le norme che puniscono l'istigazione dei militari a disobbedire alle leggi, l'offesa all'onore e al prestigio del presidente della repubblica, il vilipendio della repubblica e della nazione, la cospirazione politica mediante associazione, l'interruzione di un pubblico servizio, l'abbandono del posto di lavoro, l'oltraggio a pubblico ufficiale, il vilipendio della religione dello Stato, alcune manifestazioni di sciopero, l'arbitraria invasione e occupazione di aziende agricole, industrie, il sabotaggio, il plagio, le radunate sediziose, la diffusione di notizie false e tendenziose, l'abuso della credulità popolare.

Si tratta, come si vede, di una rivoluzione autentica, cioè del tentativo di instaurare un regime che come primo suo atto restaurerà quelle norme. Ed è una autentica rivoluzione all'italiana, fatta a tavolino da persone che tremerebbero se davvero si profilasse il pericolo che i loro voti venissero esauditi. *Deus tribuit petitionem eorum!* Ora, poiché si tratta di politica o di sogni, la nostra penna non registrerebbe queste cose. Ma l'interesse è dato da due cose, che sono anch'esse all'italiana. La prima è che il dott. Barone è un

magistrato, e fino a quando sarà magistrato, nonostante tutte le teorie e i recalcitramenti, dovrà applicare, se ne venisse l'occasione, le norme che ritiene addirittura fasciste. Logica e onestà vorrebbero che, indipendentemente da ogni referendum, cioè facendosi un referendum nella propria coscienza, si rifiutasse di applicarle: e poiché questo non potrebbe fare se non dimettendosi dovrebbe dimettersi, rinunciando al pane e al companatico del magistrato, che è grosso. Ma da questo orecchio né Barone (ironia dei nomi!) né i suoi colleghi in rivoluzione ci sentono. È un orecchio italiano. La seconda, più grave, è che questa gente vuol fare o non fare la rivoluzione in nome dei lavoratori. Qui non si può scherzare, perché il lavoro è una cosa seria, e sia il lavoro del datore come del prestatore, così come una cosa seria è il conflitto tra i due opposti e ad un tempo concorrenti interessi. I lavoratori, quelli veri, e non quelli delle omelie sacre e profane, e nemmeno quelli dello statuto, non possono essere rappresentati da chi spende il suo tempo in propositi di referendum o nell'acquisto di una finta cultura. E la ragione è molto semplice: costoro non lavorano e non sanno cosa sia il lavoro.

IL LAVORO CARCERARIO

Il lavoro dei carcerati è uno dei più difficili problemi che esistano, perché si devono in esso conciliare due opposti, l'elemento spirituale, che da che mondo è mondo lo ha visto come pena (non per nulla si è sempre parlato di lavori forzati), e l'elemento materiale, cioè il concreto lavoro che le prevalenti tendenze umanitarie tendono a configurare come un rapporto. I fattori che rendono quasi inconciliabili questi due aspetti sono infiniti, e in grande misura concorre a rendere insuperabile il conflitto il diminuito senso della pena, la svalutazione del diritto penale che è tipica di ogni società decadente. Si potrebbe dire che grottescamente la società rinnova il mito di Don Chisciotte che liberava a suon di spada i forzati perché li portavano dove non volevano andare. Ciò non toglie che il lavoro carcerario come rapporto sia una realtà che non si possa negare: esso presenta caratteri singolarissimi, che sono stati acuta-

mente analizzati dal Pera, in uno studio pubblicato in *Foro it.*, 1971, V, pag. 53, e mi riprometto di tornare sull'argomento. Se ne accenno in queste *Cronache* è per dire che un certo Comitato di azione per la giustizia ha tenuto un congresso a Roma, nel giugno di quest'anno. La relazione, che non ho avuto modo di leggere, è dello stesso Pera, ma l'intervento più importante è stato certo quello di un (immagino) prof. Aldo Ricci, lavoratore sociologo, il quale criticando la relazione del Pera, ha detto di portare « il contributo di una indagine personalmente svolta, in collaborazione con un ex detenuto ». Secondo il suo studio « il 99 per cento della popolazione carceraria è costituito dalle classi povere provenienti per lo più da zone depresse. Sotto il profilo delle motivazioni che spingono a delinquere, l'indagine ha messo in rilievo che oltre alla miseria e all'ignoranza, fattori criminosi tradizionali, v'è anche una motivazione di rivolta contro la società tradizionalista e retrograda, la quale tende con il terrorismo giudiziario a bloccare le spinte anarcoidi ».

Sono, come ognuno può rilevare, cose e parole vecchie, di colore deamicisiano, e sia pure alla rovescia, e se non fosse che questi sociologi la pretendono a scienziati, non varrebbe la pena di occuparsene. Sarebbe solo sociologicamente interessante spiegare come quando una società si dissolve appare subito la sociologia, da un lato, e dall'altro non la pietà, che è cosa sacra, ma il tenerume per i delinquenti. Per quel che dice il sig. Ricci basterebbe notare quanto egli sia in arretrato con la lettura dei giornali, quando dice che il 99 per cento della popolazione carceraria è costituito dalle classi povere: con i peculati per distrazione, l'omissione di atti di ufficio e la polizia (per non parlare della solita mafia) le proporzioni si sono certamente alterate. E più seriamente bisognerebbe dire a questi parolai, dando per vere le loro affermazioni, come spiegano il fatto che soltanto un'infinitesima parte delle classi povere delinque, mentre tutto il resto soffre, combatte, prega, attende operosa o inerte al suo destino, ma non delinque. Basterebbe questa osservazione per gettare nel ridicolo tante di queste nuove scienze che si fregiano del titolo di rivolta contro la società retrograda etc. etc. Ma bisognerebbe essere ancora capaci di ridicolo.

INTERPRETAZIONE EVOLUTIVA DI RITORSIONE

Ho sempre ritenuto che i tempi più sconvolti sono i più propizi allo studio, anzi prima ancora alla scoperta del diritto. E mi par logico che sia così, perché le età tranquille possono anche permettersi il lusso di ignorare il diritto. Sempre meno diritto, diceva nella sua ottantenne ingenuità Carnelutti. Ha fatto in tempo a morire prima che il secolo gli rispondesse: sempre più diritto.

In verità, fino a ieri, c'erano idee, nozioni, istituti che sembravano creati dalle elucubrazioni professorali, e destinati a vivere nella scuola, cioè a non vivere. Improvvisamente la storia li ha portati alla ribalta, ne ha fatto il vessillo dei tempi nuovi. Uno di questi, il più clamoroso, e si può dire il più popolare, è il concetto di interpretazione evolutiva. È un concetto indubbiamente curioso: non è stato creato dagli italiani, penso, ma meriterebbe di esserlo, come quell'altro di non belligeranza. Esso è infatti, al di là delle teorizzazioni che risparmio al lettore, un modo di negare l'interpretazione e le responsabilità dell'interpretazione. Chi infatti può dire che cosa sia l'evoluzione? Questa parola ha un significato se la si riferisce ai cavallerizzi, ma nel diritto non ha né può averne alcuna, per la semplice ragione che essa ha dimora nel grande mondo pregiuridico della politica. Il diritto recepisce le evoluzioni della vita, ma nel momento stesso in cui le ha recepite le ha ancorate alla sua realtà, che è l'unica realtà possibile. È evidentemente una cosa scomoda, per chi non vuol vivere seriamente: e allora ecco che si inventa l'evoluzione postgiuridica, si immette cioè la politica nel diritto, che è come dire ognuno, col pretesto dell'interpretazione, si fa il diritto che gli pare.

È noto che questa reviviscenza pratica dell'astratta interpretazione evolutiva è avvenuta e avviene nei nostri giorni per opera di certi magistrati che si proclamano impegnati e danno fiato alle trombe per annunciare la rivoluzione del non lontano millennio. Costoro, appunto, per anticipare i tempi, e col favore del disfacimento generale delle istituzioni e degli animi, trovandosi di fronte all'unico ostacolo che si oppone alle loro velleità, scoprono o riscoprono l'interpretazione evolutiva, cioè chiamati a giudicare, assolvono i rei e condannano gli innocenti, a seconda delle colorazioni politiche dei

fatti o presunti fatti. Non c'è da meravigliarsene troppo: sono cose che sono sempre avvenute. Ma il nuovo è che questo tipo di magistrati si è riunito in associazione, o corrente di associazione, e di qui riceve forza e coraggio, e si concede audacie impensate. A parte i casi di cui già abbiamo riferito nei precedenti *Quaderni*, è di ieri il fatto, pubblicato nei giornali e segnalatomi dall'amico Corrado Vocino, di due giudici, certi Misiani e Rossi, che, mentre si celebra un processo contro i soliti picchettatori, accusati di varie violenze, tengono nella sede della loro associazione o corrente una conferenza stampa nella quale contestano l'indipendenza della magistratura (della loro magistratura!) affermando che essa « risponde a un preciso disegno politico, che è quello di sbaraccare (sic!) il movimento dell'avanguardia operaia facendo passare per provocatori gli studenti che militano nella sinistra rivoluzionaria »: ma questo è nulla, assumono che « una riprova delle loro asserzioni si troverebbe nel fatto che da diversi anni i processi a carico dei rivoluzionari, come quello in corso, vengono affidati alla quarta sezione che ha dato garanzia di rispondenza alla politica dei padroni ».

Appare da questa novella esemplare come codesti signori intendono l'evoluzione e l'interpretazione evolutiva: e con ragione, perché l'evoluzione è talmente inconsistente che ben può essere concepita a senso unico. Sennonché, nell'inerzia delle autorità e nell'abbarbicamento di codesta gente a una organizzazione detestata e redditizia, ecco che il singolo, il privato cerca di provvedere come può alla sua salvezza. È una legge di natura; poiché in natura non esiste veramente che l'individuo con la sua volontà di vivere. E dove cerca il suo sostegno? Manco a dirlo, nella interpretazione evolutiva, e precisamente nella resurrezione o nel rinnovamento di quel vecchio, disusato istituto che è la ricusazione del giudice. *Qui gladio ferit, gladio perit*.

Questa morta ricusazione è, a ben guardare, un istituto romantico. Essa prevede casi lontani, di tempi perbene: il magistrato che ha interesse nella causa, il magistrato che ha gravi rapporti di inimicizia, il magistrato commensale di una delle parti e via dicendo. È, come si vede, il mondo del diritto privato che interferisce nel mondo del giudizio, l'uomo che attraversa, con i suoi piccoli rapporti, il giudice. Cose che richiamano a età pacifiche, in cui le persone si riconoscevano l'una nell'altra, e si poteva avere, anche es-

sendo giudici, la tentazione di un buon bicchiere bevuto allo stesso tavolo o sentire la spinta di una passione. Sennonché, il tempo attuale ci ha messo di fronte a ben altri interessi, a ben altre inimicizie, a ben altre passioni, e, diciamo pure, a ben altre « commensalità ». Il diaframma tra l'uomo e il giudice si è assottigliato fino a sparire, perché l'uomo è diventato politico, e la politica non concede distinzioni. L'uomo politico sarà inevitabilmente un giudice politico.

Ed ecco che, col favore della interpretazione evolutiva, e allo stesso titolo per il quale il giudice di essa si vale per allargare o stringere le maglie della legge, il sapiente italiano ha impugnato l'arma della ricusazione. Neanche a farlo apposta, e quasi per simbolo, lo ha fatto uno di quelli che si chiamavano ai miei tempi spazzini, e oggi si chiamano netturbini, senza mutar di sostanza. Questo poveretto, che pare appartenesse a un sindacato apolitico, era stato minacciato, malmenato, ingiuriato da due sindacalisti di sinistra, e li aveva querelati. Il processo era stato affidato a uno dei giudici più fieramente « impegnati », e allora il netturbino lo ha ricusato.

Il procedimento si è svolto davanti al tribunale di Roma, ed è finito con un'ordinanza di rigetto. C'era da attenderselo, perché *fata trahunt*. Ma il presidente Jannuzzi ha fatto molto male a non tener conto dell'interpretazione evolutiva di fronte alla evoluzione del ricusato. Egli, e il collegio da lui presieduto, si sono arroccati dietro la formula che un giudice può avere idee politiche, dimostrando così, ancora una volta, di non saper applicare l'interpretazione evolutiva al concetto di politica, che con quello registrato nei dizionari non ha nulla a che fare. (v. in questo stesso volume quanto detto a pag. 132).

Un altro istituto che deve essere completamente rivisto al lume della storia o della cronaca, è quello della nullità delle sentenze. Anche la nullità, sulla quale si sono spese tante pagine dotte, deve essere rimessa completamente a fuoco. Come già accennavo, tutta la disciplina del diritto, e in particolare del processo, è stata creata in funzione di una determinata società, una società, diciamo pure, perbene, tutelata da giudici perbene. Si capisce che, in un siffatto mondo, il legislatore non poteva prevedere l'imprevedibile: e per quel che ora ci riguarda non poteva immaginare che a una certa svolta della storia, col favore della dissoluzione dello Stato (cioè di noi

stessi) quattro o quaranta pretori si sarebbero messi a creare diritto, cioè a non osservare la precisa norma dell'art. 113 cod. proc. civ. Ma se questo è avvenuto, è impensabile, antistorico che colui che oggi è chiamato a interpretare la legge assuma un'idea della nullità quale si trova nei manuali di procedura, da Mattirolo a Satta. Questo significherebbe affidare le sorti del paese a una scienza astratta, cioè a una scienza che non esiste. Soccorre anche qui, se vogliamo tenerci al linguaggio degli avveniristi, l'interpretazione evolutiva, la quale porta a ricomprendere i fatti nuovi nelle antiche idee e formulazioni di idee (inutile dire che per noi si tratta di intendere la legge secondo i canoni tradizionali, e niente altro; usiamo il linguaggio futuristico solo per comodo di polemica): e pertanto a fulminare di nullità le sentenze inventive del diritto. Parlando sul serio, poiché di cose serie, anzi tragiche si tratta, vi è nell'evolversi o nell'involversi della società una esigenza di critica delle istituzioni, le quali non possono più assolvere al loro compito senza controllo, senza un sindacato altamente democratico. Questo è in fondo quello che è avvenuto per la legislazione, che non può più far tutto fuor che tramutare un uomo in donna, ma è costretta al controllo della Corte costituzionale, articolato attraverso la eccezione del privato e il giudizio del grande organo. Non c'è alcuna ragione perché questo non avvenga per la giurisdizione, che nel caso concreto può far tutto, anche tramutare un uomo in donna, ma perciò non può restare senza controllo.

Certo i nuovi democratici vorrebbero questo, ma il diritto purtroppo si impone anche a loro. Ora la via del controllo della giurisdizione non può essere che quello della nullità, attualmente intesa. Bisogna cioè ritenere senza tema di sconfinare dal diritto che le sentenze che violano l'art. 113 sono sentenze rese *a non judice*, perché non è giudice quello che nega la legge. È in fondo un ritorno al primigenio concetto della nullità nel diritto romano, per cui si riteneva *nulla sententia* (e non *sententia nulla*) quella che non aveva applicato il diritto, indistinto come era logico dalla costituzione. Bisogna che i giudici liberi, che ancora ci sono, sostengano fermamente questo principio, che gli avvocati non abbiano paura a farlo valere davanti ai giudici, che le persone colpite da queste non sentenze non uniformino ad esse i propri comportamenti.

IL PRESIDENTE RICUSATO *

« *Nulla dies sine linea* ». Oggi è la volta di un presidente del Tribunale di Milano che, impegnato in un processo, come suol dirsi, politico, cioè contro uno dei tanti rivoluzionari che avevano accusato di omicidio un commissario di polizia, da questi poi querelato, non ha trovato di meglio che recarsi in casa dell'avvocato difensore del poliziotto e confessargli candidamente che non poteva condannare l'imputato perché da anni attendeva la promozione a consigliere di Cassazione, e un personaggio influente gli aveva promesso l'appoggio presso il Consiglio superiore della magistratura se avesse dato ragione al rivoluzionario e torto al poliziotto, cioè se avesse ritenuto costui colpevole dell'omicidio. La vicenda è talmente fuori delle umane previsioni, che si stenterebbe a crederla, se non ci fosse, a parte la decisione della Corte d'appello sulla ricusazione, una parziale ammissione del presidente; comunque noi non ne parleremmo, perché riteniamo che il mestiere del giornalista sia fatto non solo di parole ma anche di silenzio, se l'episodio, così come lo conosciamo, e prima ancora così come si è presentato, non offrisse l'occasione a due o tre considerazioni di carattere generale, sulle quali è opportuno fermarsi un momento.

Diciamo subito che la figura di questo presidente è, al di là della valutazione giuridica e anche morale, una figura patetica. Pensate un poco. È un uomo di 68 anni, ha il grado relativamente modesto di consigliere d'appello; e vuol finire la sua carriera col grado di consigliere di Cassazione. Perché lo voglia, lo sa Dio. Ricordo che una volta mi si presentò all'esame un tizio, che era su per giù coetaneo del presidente. Ebbi la naturale curiosità di chiedergli perché volesse la laurea: io desidero, mi rispose, che sulla mia tomba ci sia scritto « Qui giace il dott. Tizio ». Il cuore umano, da Manzoni in poi, è un guazzabuglio. Ma l'incredibile è che quel presidente milanese attendesse da anni una promozione che oggi coi vigenti ordinamenti (e infinitamente peggio sarà domani) si dà a chiunque, senza riguardo a meriti e neppure a demeriti.

* È un articolo pubblicato nel « Gazzettino » di Venezia il 13 giugno 1971

Comunque, la situazione è questa; e il nostro presidente non riesce a « sfondare », quando gli si offre il destro (sempre secondo il racconto) di un processo politico di grande risonanza, e la tentazione dell'influenza sul Consiglio superiore, arbitro delle promozioni. Come non sentire l'eco di quei *cinovniki*, cioè di quei tristi impiegati di Gogol e di Dostoevskij, sempre alle prese con la speranza di un grado o di un avanzamento?

Naturalmente, il paragone si arresta qui, perché certo nessuno di quei personaggi russi avrebbe venduto giustizia, per appagare il suo sogno. E nessuno poi, di fronte all'accusa, non potendo negare l'incontro con l'avvocato, si sarebbe difeso chiamando in causa uno dei magistrati, notoriamente più « impegnati », e dicendo che nell'incontro egli si era fatto solo portavoce del rammarico di lui per non essere stato incluso nel collegio che giudicava il poliziotto. Questo è un fatto che getta un'ombra su tutta la magistratura, e non c'è bisogno di dire perché; un fatto che per la sua portata generale in ordine all'indipendenza dei giudici è molto più deplorevole dell'accusa fatta al presidente. Ma restando a questa, la prima domanda che si affaccia alla mente è la seguente: come è stato possibile a un giudice disporsi ad attribuire niente di meno che un omicidio a un accusato, per fini suoi particolari? Si sarebbe tentati di dire che a priori ciò non può essere vero: neppure se si fosse trattato del più feroce mafioso, crederemmo un giudice capace di una simile infamia. Ma purtroppo ciò può essere vero (che lo sia in fatto non spetta a me dirlo) e la ragione è che colui che era l'oggetto del giudizio non era un uomo, era un poliziotto.

Nel totale (e temporaneo) sovvertimento dei valori che mille cause hanno determinato, Javert è messo in costante stato d'accusa dai nuovi Jean Valjean, che non si nascondono più nei meandri dei « miserabili », ma corrono verso l'avvenire in Jaguar e in Ferrari: nulla di più facile che anche un magistrato, se non ha la coscienza a posto, subisca la svalutazione della polizia, e del resto era la testa del poliziotto che il fantomatico personaggio del Consiglio superiore voleva sul piatto della bilancia per l'avanzamento.

La seconda domanda riguarda proprio il Consiglio superiore: come ha potuto essere tirata in ballo questa istituzione, in un modo ancora non ben chiaro, ma certo poco onorevole? Pochi italiani sanno, credo, che il Consiglio superiore è quel che si dice l'organo del-

l'autogoverno della magistratura. Per garantire l'indipendenza di questa, la Costituzione ha pensato di sottrarre ogni potere al ministro della Giustizia, per investirne un Consiglio formato in parte di magistrati, in parte di laici, in parte eletti, secondo certe norme. In altro campo, è quel che è avvenuto con la Corte costituzionale. Orbene, nessun dubbio che in astratto, cioè nella previsione di magistrati e cittadini pensosi solo del bene della patria, ciò sia stata una cosa buona.

Ma la vita è fatta di concretezza, ed ecco che il sistema elettorale ha trasferito nel mondo già sereno dei giudici il gioco delle clientele e delle fazioni, a tutti i livelli, non ultimo quello politico o pseudopolitico. Non diciamo nulla che non sia già stato detto e lamentato: e i primi a dire e a lamentarsi sono proprio i giudici, che tornerebbero volentieri sotto le ali dell'imparziale ministro, se potessero. Non bisogna preoccuparsi troppo: la democrazia non si fa con un decreto, ma col travaglio delle generazioni. Chi vivrà, vedrà. Intanto però questa politicizzazione dell'alto consesso ha reso pensabile l'attribuzione a uno dei suoi membri di una prestazione così infamante. Siamo certi che si tratterà di millantato credito, ma la moglie di Cesare deve essere al di là di ogni sospetto. Il Capo dello Stato, che è anche presidente di diritto del Consiglio superiore, potrebbe, con la sua altissima autorità, far luce su questo punto, che non è il meno grave della triste vicenda.

IL BUMERANG DEL DIRITTO

Non si può certo dire che il nostro sia quel così bello, così riposato vivere della Firenze antica che Cacciaguida descrive al nostalgico Dante. Ogni alba che spunta sembra portare nel nostro paese (limitiamoci a questo) nuova confusione: e il cittadino, abituato dalla scuola a quelle grandi registrazioni di un ordine ideale che sono i trattati di diritto pubblico e privato dell'ottocento, si guarda attorno smarrito, e apre tremolando il giornale che già nei titoli di scatola gli impone, come a Don Abbondio coi bravi, una realtà che non s'aspettava e non avrebbe voluto vedere. Oggi è la volta dell'on.

Mancini, segretario del partito socialista. Da parecchio tempo, come si sa, egli è al centro di attacchi di parte, che come tali lo hanno lasciato indifferente: ma ecco che improvvisamente l'attacco viene da un pubblico ministero, il dott. Plotino. Questi, investito di una denuncia contro il Mancini per reati che egli avrebbe commesso nella sua veste di ministro dei lavori pubblici, trasmette gli atti al Parlamento in ossequio alle prerogative ad esso spettanti in forza del preciso dettato costituzionale.

Le reazioni dell'on. Mancini sono state molto singolari, perché egli, invece di limitarsi come qualunque cittadino, a protestare la sua innocenza, ha sferrato un furioso attacco contro il pubblico ministero, accusandolo davanti al Consiglio Superiore della magistratura di avere indagato sul suo operato, e di avere consentito la fuga di notizie dal suo ufficio. Il sen. Jannuzzi si è fatto padrino dell'on. Mancini, perché ha mosso subito un'accusa di politicizzazione del pubblico ministero, e dell'intera procura romana, indicata come un covo di antidemocratici, settari, mafiosi e via dicendo. Il P. M. Plotino ha invitato lo Jannuzzi a deporre l'immunità parlamentare, ma Jannuzzi ha risposto che il suo era un atto del Parlamento, e quindi un'offesa al Parlamento la minacciata denuncia.

La penosa gazzarra è ora al vaglio del Consiglio Superiore, che meglio avrebbe fatto a disinteressarsi del caso. È evidente che se il P. M. avesse proceduto a qualche indagine prima di trasmettere gli atti al Parlamento, solo il Parlamento e non il singolo onorevole avrebbe veste a lamentarsi, sempre che la ritenesse illegittima: e in nessun caso poi potrebbe costituire materia di sanzione disciplinare il conflitto di poteri. Su un piano non giuridico vi è poi da rilevare che sono per lo meno singolari questi onorevoli che si fanno promotori delle leggi contro il reato di vilipendio, e poi si sentono vilipesi quando sono messe in questione le loro prerogative. La verità è che questi privilegi giurisdizionali hanno fatto il loro tempo, sono l'espressione di un mondo socialmente e politicamente strutturato in modo diverso dall'attuale: la vera democrazia esigerebbe che l'uomo sia e resti uomo anche quando ha una corona o una mitria in testa, e si senta indotto dalla responsabilità a non abusare della mitria o della corona. Perché, nella specie, l'on. Mancini deve essere sottratto al giudice ordinario, mentre non lo è il buon Rettore dell'Università di Torino, tanto per fare un esempio? Non ci può es-

sere altra giustificazione che la storia; ma non si vive, neppure quando si dovrebbe, di storia, ormai.

Sempre su questo piano, ci sarebbero da esprimere le meraviglie per i piagnistei sulla fuga delle notizie ecc. O che è questo? Non si sono i vari on.li Mancini battuti fieramente contro il principio inquisitorio e il segreto istruttorio, e non lo hanno, col favore della Corte costituzionale, quasi totalmente distrutto? Dovrebbero coloro che hanno concorso a questa pubblicità battersi il petto, e meditare che i sistemi processuali, oltre il loro male, hanno il loro bene, sul piano della libertà, e devono essere quindi profondamente studiati, prima di essere demagogicamente condannati e soppressi.

Quel che diciamo, vale a maggior ragione per le accuse di politicizzazione della magistratura. O non è, proprio questa della politicizzazione dei giudici e della giustizia, la grande bandiera dei nuovi democratici? Questi signori non hanno protestato, anzi hanno plaudito, quando i fanatici pretori hanno dettato le stravaganti sentenze di cui in questi *Quaderni* abbiamo dato tante volte notizia, o quando giudici contestatori hanno superato il precetto costituzionale e naturale della soggezione alla legge. Ora la politica dei giudici (se politica nel caso vi è) si ritorce contro di loro. C'è da pensare che il *bumerang* sia il simbolo del diritto, che non è mai a senso unico.

IL GOAL DEL PRESIDENTE

Comincio a pensare che il torto di questi *Quaderni* (voglio dire quello maggiore, ché ne hanno tanti, e prima di tutto quello di essere venuti al mondo) sia di prendere sul serio le cose della giustizia.

Uno dei problemi del profondo Sud pare sia quello del passaggio e della permanenza del Catanzaro in serie A. Da un ritaglio di giornale che mi manda impietosamente l'amico Vocino apprendo che laggiù tutti fanno il tifo, come si dice, per assicurare alla città calabra quel privilegio: e fin qui niente di eccezionale. Ma la singolarità del caso è che il re dei tifosi è il dott. Salvatore Blasco, il quale ha tante cariche sportive e oltre queste quella di Presidente del Tribunale.

[161]

Il dott. Blasco ha esposto a un inviato del maggior quotidiano d'Italia le iniziative che un comitato da lui costituito e presieduto ha preso in favore della sua squadra. Testualmente: « Abbiamo lanciato un appello a tutti i calabresi sparsi nel mondo, abbiamo scritto lettere in Canada, Stati Uniti, Australia, Belgio, Germania. E i calabresi hanno risposto. A Toronto nella prima giornata di colletta sono stati raccolti 400 dollari. A Torino i calabresi che lavorano alla Fiat hanno raccolto finora 100 mila lire. Adesso abbiamo lanciato una sottoscrizione fra i ricevitori Totocalcio della zona di Catanzaro. Abbiamo scritto anche a tutti i giovani dottori in giurisprudenza che hanno superato negli ultimi anni l'esame di procuratore legale a Catanzaro. Sa, ogni anno, ne vengono un migliaio da ogni parte d'Italia, perché a Catanzaro per tradizionale dovere di ospitalità si cerca di non essere troppo severi. Ed allora ci siamo ricordati di questi professionisti che Catanzaro ha benevolmente trattato ed abbiamo chiesto loro di esprimere in maniera tangibile la loro gratitudine. Vedremo quanti risponderanno ». *In altre parole*, commenta il giornalista, *signori procuratori legali che avete superato l'esame a Catanzaro, pagate adesso la manica larga che vi avete trovato.*

Il principio del Dott. Blasco è suscettibile di interpretazione evolutiva: perché, ad es., non estendere la richiesta alle parti vittoriose nelle cause, agli imputati assolti e via dicendo? La giustizia non è mai disgiunta dalla grazia, e quindi la mancia è irreprensibilmente dovuta. Solo che io temo che il nostro presidente non abbia tenuto conto di un fatto psicologico: e cioè che la mancia costituisce il riconoscimento di essere passati agli esami senza merito da parte dei procuratori invitati a manifestare la strana gratitudine. Chi sarà disposto a un tale riconoscimento? Da questo punto di vista credo che il presidente abbia sbagliato porta, la sua palla è passata troppo in alto o troppo in basso. Insomma, ha mancato il goal.

SALVATORE SATTA

QUADERNI
DEL DIRITTO E DEL PROCESSO CIVILE

Non in legendo sed in intelligendo leges consistunt.
Sir EDWARD COKE

VI

PADOVA
CEDAM - CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI
1973

Questo nuovo Quaderno, il sesto della serie, mantiene intatte le linee dei precedenti. C'è solo una novità. Da qualche tempo io sono diventato una specie di columnist *del « Gazzettino », l'antico giornale di Venezia: svolgo cioè su una scala più vasta e per un pubblico meno specializzato la stessa opera che da sei anni ormai vado svolgendo nei Quaderni. È un'esperienza nuova, che mi consente di affinare, per la natura del colloquio e per la struttura dell'articolo, l'idea dominante, sempre uguale nelle varietà e variabilità degli eventi. Il bisogno di chiarezza, per colui che scrive con la consapevolezza della breve vita delle sue parole, diventa uno spasimo: ed io consiglierei questo esercizio spirituale ai giuristi della* nouvelle vague *che vivono e prosperano tra gli esorcismi.*

È sembrato all'editore che questi articoli potessero trovar posto nei Quaderni (che del resto ne hanno ospitati alcuni, in tempi diversi), riacquistando attualità per il diverso e più colto lettore. Ed io mi sono lasciato convincere, e li ho inseriti tra le Cronache *e al posto delle cronache. Spero di aver fatto bene. Per il resto il sesto Quaderno mi sembra, nel rileggere le bozze, meno polemico degli altri. Forse i tempi sono migliorati, o forse io, giunto alla fine del mio insegnamento universitario, rinsavisco.*

DOTTRINA

GIUSEPPE CHIOVENDA NEL CENTENARIO DELLA NASCITA

Giuseppe Chiovenda torna ancora una volta tra noi. Era venuto sette anni fa, nel venticinquesimo anniversario della Sua morte, amorosamente evocato dall'Università che fu sua. Viene oggi, nel centenario della sua nascita, chiamato dalla illustre accademia dalla quale fu in vita onorato e che egli onorò. Un secolo è trascorso da quando egli vide la luce nel piccolo borgo di Premosello, che doveva in seguito fregiarsi del suo nome: e chi si guardi intorno e contempli le profonde trasformazioni del mondo nel quale egli svolse la sua opera non può non stupirsi di questa sua presenza costante, di questo permanere del suo ricordo in un'età che sembra propensa più a dimenticare che a ricordare. È inutile chiedersi se i mutamenti sopravvenuti siano in meglio o in peggio: certo nulla è rimasto di quei grandi valori che informarono il suo spirito. Ma forse neppur questo è vero, se noi siamo qui riuniti ancora e sempre intorno a lui, se sentiamo il bisogno di rendergli testimonianza che il suo breve passaggio in questo mondo turbinoso non è stato vano.

Bisogna riconoscere che un'ombra di mistero avvolge la figura di Giuseppe Chiovenda. Egli fu, come si diceva allora, e come non si disse più dopo di lui, un professore di procedura civile: dunque uno dei molti studiosi che illustrarono la cattedra italiana. Non è un inutile vanto dire che noi italiani siamo stati sempre all'avanguardia del pensiero scientifico, anche quando parve che attingessimo altrove le fonti del nostro sapere: la nostra enciclopedia giuridica è piena di illustri nomi che ancor oggi, senza limiti di tempo, ci guidano nelle ricerche teoriche e pratiche. Nessuno di quei professori tuttavia riuscì a essere qualcosa di più che un giurista, e sia pure un grandissimo giurista. Il mistero di Giuseppe Chiovenda è che egli fin dalle sue prime opere ebbe un posto nel nostro cuore, e con quelle opere, di lettura certo tutt'altro che facile, parlò prima al nostro cuore che alla nostra mente.

Quali sono le ragioni di questo singolare fenomeno?

Non c'è dubbio che vi sono ragioni di carattere personale, che non devono essere trascurate. Chiovenda arrivò al diritto per vie in-

solite. Egli non fu addottrinato di filosofia (dobbiamo dire per sua e nostra fortuna), ma formò il suo spirito a un'altissima scuola filosofica: quella del suo vicino Antonio Rosmini, nelle scuole create dal grande roveretano, e non sono certamente casuali i riscontri tra il pensiero di Chiovenda uomo e gli insegnamenti che egli udì giovinetto. Non a torto un altro grande spirito, risalente anche lui alla scuola di Rosmini, Giuseppe Capograssi, osservava che l'idea che anima, nel libro di Chiovenda, i rapporti fra l'ordinamento e il soggetto (che è poi il vero, forse l'unico problema della scienza del processo) procede proprio dalla proposizione rosminiana che « il diritto sia qualche cosa che attuandosi giovi al soggetto ». Ma non dobbiamo, per capire la fortuna di Chiovenda, dimenticare un'altra cosa, che molti forse ignorano. Egli fu, prima che giurista, poeta. In una antologia di quelli che si sogliono chiamare i poeti minori dell'ottocento ho avuto la sorpresa di trovare raccolti alcuni pensosi versi di lui, ed è segno che non si trattò di velleità infantili, ma di vena profonda e di aspirazione consapevole. Nessuno leggendo le rigorose pagine del *Principi* o delle *Istituzioni* sospetterebbe che l'autore abbia avuto la tentazione della rima; ma i rapporti fra la poesia e la scienza — qualunque scienza, ma in particolare quella del diritto e del processo — sono arcani, ed io credo che nulla più giovi alla conoscenza scientifica della conoscenza poetica, se mi è concesso usare questa espressione. Filosofia che si fa poesia, poesia che si fa diritto: ecco il segreto della personalità di Chiovenda, la ragione per la quale egli è apparso tanto diverso dai giuristi, pur grandi e talora grandissimi, del suo tempo. È apparso, e ancor appare, se il suo nome si è tramandato, con una lieve aureola di mito, attraverso le generazioni, fino a noi.

* * *

La personalità di Chiovenda fu tanto potente che egli è stato visto fino a ieri come un gigante che si erge in un mondo deserto: e in verità la sua parola parve cancellare d'un colpo tutto ciò che era stato prima di lui. Oggi il giudizio si fa più equilibrato, e la critica tende a rivalutare l'opera di Mortara e perfino quella di Mattirolo che avevano dominato senza contrasti prima di lui. Ma appunto per questo cresce la meraviglia per il fenomeno che non ha riscontro in nessuna altra branca del diritto: ed io credo che se sapremo spiegarlo avremo dato un grandissimo contributo alla conoscenza di Chiovenda, e reso omaggio non solo ai teorici, ma ai pratici che accolsero con tanta fede il suo insegnamento.

Chi consideri il diritto fuori del processo è naturalmente portato a costruire un sistema che potrebbe chiamarsi normativo, nel quale cioè domina una volontà generale, la volontà dello Stato, espressa nella norma, che comprende ed esaurisce tutta la realtà. È un sistema astratto, statico, in cui tutto è programmato, in cui, si potrebbe dire paradossalmente, gli uomini hanno poco posto, vivono una vita riflessa, la vita appunto che ha voluto e vuole la norma. La scienza giuridica ha elaborato le singole posizioni soggettive, i diritti, gli obblighi, i poteri, i doveri, e per contrapposizione gli atti illeciti, in tutte le loro forme, cioè le trasgressioni alle leggi che i soggetti possono compiere, con le relative sanzioni. È un ordine assoluto, che si svolge sotto gli occhi del giurista, e che egli concorre con la sua interpretazione a formare, nel senso che ricava dalla norma tutto ciò che essa contiene, come un minatore ricava dalla terra i preziosi minerali che essa rinchiude. In un sistema siffatto si capisce agevolmente come il processo occupi poco o nessun posto, come esso appaia più che altro un accidente, un momentaneo turbamento del programma, che deve essere attraverso la *jurisdictio*, intesa nel senso più letterale, ristabilito. Da una visione siffatta, che ha si badi bene la sua logica, era nata quella semiscienza che prendeva e prende tuttora in molti paesi e nel linguaggio comune il nome di procedura civile. Come semiscienza essa era stata sempre intesa, e questo suo carattere si esprimeva nella famosa espressione figurata che faceva della procedura l'ancella del diritto civile. Un complesso di forme e di termini attraverso i quali si assicurava la restaurazione del diritto. Di quale diritto? L'antico procedurista non poteva dubitarne: di quel diritto soggettivo che non era stato rispettato, di quella posizione soggettiva che era certamente il riflesso della norma, ma era anche il solo concreto modo di essere della norma, quella per cui la norma diventava visibile e sensibile. Così il diritto privato continuava a essere privato nel processo, nel quale si fronteggiavano i due soggetti del rapporto, che come in una laboriosa partita si esponevano in carte bollate le loro ragioni, quelle carte dalle quali poi il giudice, il necessario ma indifferente giudice, doveva trarre il diritto. Come appare da questa rapidissima sintesi, nella procedura civile confluivano indissociabilmente i tre grandi postulati della dipendenza del processo dal diritto, dello scopo di tutela del diritto soggettivo attribuita al processo, del carattere scritto del processo.

Sarebbe storicamente interessante conoscere l'origine della brusca e decisiva svolta che Chiovenda impresse a questa concezione dottrinale ed empirica, che in altri paesi, come ad es. la Francia, tuttora

sostanzialmente perdura. Con la modestia che gli fu caratteristica egli rigetta da sé ogni merito, per l'opera compiuta: « Io non mi fo alcun merito, egli scriveva nella prefazione ai *Principi*, d'essermi trovato a entrare in questi studi proprio nel momento in cui, come era accaduto più per forza di cose che per volontà di persone in tutte le altre discipline, la scienza processuale italiana si era maturata per l'assorbimento dei risultati della scienza straniera ». Ma noi, se certamente non neghiamo, perché sarebbe un negare la storia, che Chiovenda fu uno dei protagonisti del fenomeno di ricezione della scienza germanica in Italia, non possiamo appagarci di tale derivazione, che fu come sempre più formale che sostanziale: e bisogna anche dire che la ricerca delle fonti del pensiero, che fu un tempo di grande moda anche per la poesia, è opera in gran parte vana, perché il pensiero autentico non ha altra fonte che in se stesso. Probabilmente più di Wach e di Hellwig ebbe influenza sul suo spirito, come egli racconta in un suo scritto, la osservazione diretta della realtà, alla cui creazione partecipò intensamente come avvocato, e l'emozione profonda che tutta la vita provò nell'assistere a quel rito avvolto nel mistero che è sempre il processo. Da un lato il destino d'un uomo, dall'altro il destino di un ordinamento, in una contraddizione reale e falsa nello stesso tempo, poiché l'uomo si risolve nell'ordinamento, ma nello stesso tempo mantiene la sua autonomia, se non si vuole addirittura arrivare a dire che l'ordinamento si risolve in lui. Questa è la tipica esperienza del processo, che non a tutti si rivela, e a ben pochi prima di Chiovenda si era rivelata.

* * *

Il primo motore del sistema di Chiovenda è l'azione. Se si aprono i vecchi libri (come del resto i libri francesi ancor oggi, per non parlare dell'esperienza anglo-sassone) si vede che la teoria dell'azione non aveva alcuna parte o ne aveva una minima nello studio del processo. Essa era abbandonata, nella migliore delle ipotesi, alla filosofia, nella peggiore era scarno retaggio dei civilisti. Il 3 febbraio 1903 segna una data fondamentale, per noi italiani, nella storia dell'azione: è la data in cui Chiovenda pronunciò la famosa prolusione bolognese « L'azione nel sistema dei diritti », in cui per la prima volta appare affermata la dottrina della autonomia dell'azione. Questa dottrina ha naturalmente le sue particolarità tecniche, che sono state attentamente studiate. Ma non è di esse che in questo momento dobbiamo preoccuparci. Quel che interessa per capire il valore at-

tuale ed eterno di Chiovenda è quel che attraverso l'idea dell'autonomia dell'azione il maestro ha intuito e voluto significare: e nulla è più espressivo del modo come egli si introduce e perviene alla formulazione di tale autonomia. Egli parte dalla configurazione utopistica di un mondo nel quale l'organismo sociale sia così geloso dell'osservanza della legge da porre in moto, senza domanda di parte, l'attività degli organi di Stato preordinati all'attuazione della legge nel processo civile, cioè per la tutela di un diritto insoddisfatto di un individuo. Tutto resterebbe in un mondo siffatto immutato, cioè non verrebbe meno l'idea del diritto subbiettivo, come condizione particolare di colui al quale la legge concede il suo favore, né verrebbe meno l'idea del processo, come complesso delle norme secondo le quali gli organi giurisdizionali attuano il diritto obbiettivo relativamente ai rapporti a questo soggetti: solo esulerebbe da un siffatto mondo l'idea dell'azione. Questo significa che nel mondo reale, nel nostro mondo, l'essenza dell'azione scaturisce da un rapporto tra la volontà del privato e la volontà collettiva manifestata nella legge rispetto all'attuazione di questa; significa che esiste nel privato un potere giuridico di rendere incondizionata la volontà della legge rispetto alla sua attuazione; in altri termini « il potere giuridico di porre in essere la condizione per l'attuazione della volontà della legge ». Questo potere è, appunto, l'azione, secondo la definizione che Chiovenda ne dà, distinguendola, anzi opponendola al diritto, che vive e non solo nel mondo immaginario sopra descritto, una vita staccata, indipendente dall'azione, che a sua volta è indipendente da esso.

Io non so se veramente, in quel mondo immaginario, l'assunzione da parte dello Stato dell'attuazione del diritto soggettivo, consenta a questo di restare in vita. Si tratta del resto di concetti dei quali non bisogna esagerare l'importanza. Quel che è certo è che, guardata nella prospettiva del tempo, ormai quasi secolare, l'autonomia dell'azione rivela il suo grande valore spirituale, che è quello di rendere il soggetto mediatore dell'ordinamento, di condizionare l'attuazione dell'ordinamento alla sua volontà. La formula *nemo judex sine actore* non è, o non è soltanto, una formula tecnica: essa dice, consacrando il principio dell'autonomia dell'azione, che il soggetto partecipa di attiva imprescindibile partecipazione, al grande processo di concretamento del diritto. Questo significa autonomia, e per questo essa diventa la base su cui si erge tutto l'edificio del diritto processuale, anche se lo svolgimento del pensiero, seguendo la sua legge naturale, porterà a rivedere o raffinare tanti altri concetti

o addirittura a configurare diversi sistemi da quello elaborato dal maestro.

* * *

Ma l'autonomia dell'azione è una scoperta che trascende il diritto processuale e la sua sistematica, per assurgere a indicazione di una nuova via della scienza del diritto, cioè a una rinnovata integrale visione dei rapporti tra diritto e processo. Noi parliamo a cento anni di distanza dalla nascita di Chiovenda, e queste implicazioni del concetto ci appaiono chiare. Sembra cioè che l'affermazione dell'azione e della sua autonomia non solo segni il suo distacco dal diritto soggettivo, ma ponga in crisi questo stesso diritto, nel senso che esso non possa esistere e resistere come un altro ente autonomo, in un mondo completamente separato e ignaro dell'azione. Questo può essere vero nell'astratto, cioè in un puro mondo di concetti in cui lo studioso può per esprimersi figuratamente distribuire le parti del dramma e così attribuire al diritto soggettivo, e prima ancora all'oggettivo, una compiuta ed esaustiva esistenza, parallela a quella dell'azione e del processo (può cioè creare due mondi non comunicanti tra loro); non può essere vero nel concreto, che è essenzialmente unitario, perché non è altro che la stessa vita, insuscettibile di classificazioni e di frammentazioni. Rendere autonoma l'azione significa rendere problematico il diritto, perché di fronte all'azione il diritto si presenta come il grande imputato, trattandosi appunto di vedere se esso esiste o non esiste, mentre se l'azione condiziona l'attuazione della legge, bisogna che il diritto sussista, altrimenti si ha una parvenza di azione, un'azione che gira a vuoto. Ha avuto Chiovenda la consapevolezza di questo risvolto, come oggi si usa dire, della sua autonomia dell'azione? Non ci può essere il minimo dubbio, perché questo era in sostanza il grande problema del secolo, specialmente in Germania dove egli aveva le fonti immediate della sua cultura. Quando Windscheid diceva « non si potrebbe persuadere un profano che nelle liti si tratta la questione se esiste un diritto di agire anziché se esista un diritto » poneva il futuro scrittore italiano di fronte alla responsabilità che derivava dall'attribuzione della autonomia all'azione. E lo scrittore italiano, rispondendo che « lo stesso sentimento dell'avente diritto afferma, quando intende adire il giudice, un diritto nuovo e per se stante » dimostra di accettare quella responsabilità, e già propone la soluzione dei « due diritti », quello nuovo e quello vecchio, che doveva costituire poi la linea sulla quale avrebbe indirizzato il suo sistema nei Principi e nelle Istituzioni.

[009]

* * *

La soluzione dualistica era quella che il tempo poteva consentire. Essa aveva gravi inconvenienti, o che oggi appaiono tali, come quello di esigere la introduzione di una serie di concetti per stabilire il raccordo tra il diritto vecchio e nuovo, più chiaramente tra il diritto e l'azione, tra il diritto e il processo nel quale il diritto si fa valere. Basti pensare alla necessità di costruire il diritto come una condizione dell'azione, al concetto di legittimazione, alla duplicazione cui il dualismo costringeva nella stessa definizione della domanda, a seconda cioè che si contemplasse la domanda fondata o la domanda *tout-court*, alla stessa cosa giudicata. In una sede come questa, in cui non si tratta di commemorare un defunto, tessendone l'apologia, ma di penetrarne criticamente l'opera immortale, si può e si deve mettere in rilievo ciò che è vivo e ciò che è morto in Chiovenda, tanto per parafrasare il titolo del famoso discorso di Croce su Hegel, e riconoscere che il dualismo da lui per necessità di tempo istituito deve cedere a una concezione unitaria dell'ordinamento, nella quale l'azione da lui divinata giganteggia come il momento dinamico del diritto e della vita, e il diritto mostra il suo vero volto di azione, cui nel momento della contestazione si riduce. Ma quel che si deve notare in questa analisi critica è che, se Chiovenda non ha potuto formulare questa dottrina, ne ha avuto la profonda intuizione, onde anche di questo nostro pensare siamo debitori a lui, e tutto si ritrova nelle sue pagine, solo che lo si sappia meditare e non soltanto, da cattivi epigoni, ripeterle. Gli studiosi che hanno seguito le sue orme sono stati in fondo affascinati dalle note pubblicistiche che egli aveva introdotto nella dottrina dell'azione e nel processo: ma troppo facilmente si dimentica, come ha rilevato Capograssi, nel suo mirabile scritto ispirato dalla scomparsa del maestro, che per Chiovenda l'azione, pur autonoma, fu sempre un diritto contro o verso l'avversario, non contro o verso lo Stato, come molti scrittori d'oltralpe avevano bandito e bandivano: nel che è la base prima per concepire l'unità dell'ordinamento. E se è vero che trascinato dalla logica della sua posizione concettuale, egli, non senza una originaria incertezza (v. *L'azione nel sistema dei diritti*, Saggi, I, pag. 19), accolse un'idea pubblicistica del rapporto processuale che contrappose all'azione (*Ist.*, I, 52), non è meno vero che alla fine della sua prolusione, che è come la grande prefazione alla moderna scienza del diritto processuale, scrisse testualmente queste memorabili parole: « Il processo non è soltanto un rapporto di diritto pub-

blico. Ogni atto del processo ci presenta l'uno e il trino, come esercizio e attuazione di un diritto privato, presupposto o adempimento di un dovere del giudice, e condizione della soggezione giuridica di una parte o delle parti. *In esso vediamo cadere le barriere pazientemente edificate dalla dottrina fra il diritto privato e il pubblico.* Attribuire il processo più all'uno che all'altro è impicciolirlo ».

Facesti come quei che va di notte

vien fatto di ripetere, tanto il sentimento di quello che sarà il futuro del diritto processuale, per non dire del sistema giuridico in genere, è presente in queste parole. Non manca in fondo che la materialità della costruzione, che purtroppo, nella vita del pensiero, solo il tempo può consentire di realizzare.

Ma noi diciamo qualche cosa di più, ed è che la grande pietra di fondazione della scienza nuova del processo è interamente posata con la concezione obbiettiva dello scopo processuale. Tutti ricordiamo, e oggi in questa sede vogliamo ripetere, la famosa similitudine di Chiovenda, quando scriveva che chi pone come scopo del processo la tutela del diritto soggettivo commette lo stesso errore di chi dicesse che le attività che compie un pittore per comporre un affresco hanno per loro scopo di ornare il tempio. Nulla è più vero di questo aereo paragone: ma quando il tempio che il pittore è chiamato a ornare si chiama diritto soggettivo, questo non si può considerare estraneo all'arte, perché non esiste opposizione tra soggetto e oggetto. L'arte, cioè il giudizio, realizza l'ordinamento realizzando il diritto soggettivo, perché nel processo, come non aveva senso la distinzione tra pubblico e privato, così non ha senso la distinzione tra diritto soggettivo e diritto oggettivo. Entrambi *vertunt ad unum*, cioè nel giudizio in cui tutto necessariamente si risolve. Quello che staticamente ci appariva come un diritto soggettivo, dinamicamente ci si rivela come postulazione di giudizio, quindi di diritto oggettivo, come azione.

Ecco quel che nella concezione obbiettiva dello scopo del processo si celava, come il seme in un nòcciolo. Se Chiovenda fosse vissuto ancora pochi anni, sarebbe giunto a svolgere compiutamente tutte le implicazioni del suo pensiero. Ha lasciato questo compito a noi, secondo le leggi di natura, e noi riconosciamo in lui il nostro autore, per usare la bella parola di Dante, qualunque sia l'apporto che la nostra generazione abbia dato alla scienza del processo.

[011]

* * *

Ma i risultati finora raggiunti non esauriscono l'infinita ricchezza della scoperta del diritto autonomo di azione, che a un esame superficiale sembrerebbe ridursi a uno dei tanti concetti e strumenti tecnici, quindi formali ed aridi, offerti al giurista. C'è anzi un aspetto, che, al lume delle sopraggiunte evoluzioni o involuzioni della storia, deve essere più di ogni altro messo in rilievo. Quando infatti Chiovenda definisce l'azione come il potere di porre in essere la condizione per l'attuazione della legge, pone inversamente la legge stessa come una condizione o un presupposto di quel potere, cioè non lo concepisce come un potere svincolato dal diritto, ma un potere che nasce dal diritto, e si intende dal diritto obbiettivo che con l'azione si postula. Sotto questo profilo l'idea delle condizioni dell'azione ha un significato che trascende le esigenze del sistema, quali sopra abbiamo descritto. Per essere più espliciti, il diritto, e si intende il diritto quale è posto dalle varie fonti indicate dal legislatore, è il punto di partenza e il punto di arrivo nella teoria dell'azione: il che esclude ogni velleità di porsi sopra il diritto, vuoi delle parti, vuoi del giudice.

Il problema del giudizio è, si può dire, il problema centrale del processo: ma è noto che la sua centralità è formalmente apparsa in un tempo posteriore a Chiovenda, e quasi come reazione al rigore del suo sistema, che è sembrato ai lettori meno avveduti formale. Torniamo al giudizio, è il titolo di un famoso scritto di Carnelutti, che si faceva interprete, con altri meno noti scrittori, di un'esigenza generalmente sentita. Si voleva in sostanza mettere in rilievo la partecipazione del giudice alla determinazione del concreto, tradurre in molte parole quelle tre ciceroniane, che fanno del giudice la *viva vox legis*. Viva, cioè non riducibile a un morto sillogisma. È probabile che proprio per dare una forma sistematica a questa esigenza si sia venuta determinando quella visione unitaria dell'ordinamento alla quale abbiamo accennato, che comprende indissociabilmente il momento legislativo e il giurisdizionale, il diritto e l'azione.

Se rileggiamo oggi, al lume delle esperienze vissute, le pagine di Chiovenda noi vediamo che in realtà non c'era bisogno di tornare al giudizio, perché il giudizio e il giudice furono sempre presenti al suo spirito, ed egli ebbe la serena visione di quella che è stata giustamente chiamata la creatività del giudizio. La sua preoccupazione era che attraverso il giudice si scavalcasse la legge, cioè si svincolasse il giudice dalla legge, rendendolo legislatore. È una tentazione

che è sempre ricorrente nella storia, e sciaguratamente oggi è divenuta una specie di slogan politico per certi giudici che è poco chiamare irresponsabili. La famigerata interpretazione evolutiva è l'insegna di questi politicanti. Chiovenda visse, nella fedeltà al suo sistema, il dramma del giudizio, e non considerò mai la legge come un ente astratto, indifferente alle vicende della vita e della storia: prima ancora si rese conto dell'indissociabile rapporto che corre tra la legge e il giudice, e lo fissò in termini che si possono chiamare definitivi: « Si discute » egli scriveva (*Ist.*, pag. 38), « se si debba cercare il pensiero della legge nel tempo in cui fu fatta o nel momento in cui si esamina, tenendo conto del sopravvenuto cambiamento nelle condizioni economiche e sociali e nelle dottrine dominanti. L'interpretazione storica deve fermarsi al giorno in cui la legge fu formulata o deve adattare la legge alle esigenze mutate? Questa seconda teoria, che dicesi della *adattazione storica* [l'attuale interpretazione evolutiva] contiene forse un pericoloso equivoco. Altro è dire che le mutate condizioni economiche, sociali, politiche, culturali determinano correnti e tendenze nuove che lentamente dispongono la dottrina a nuove interpretazioni della legge vecchia, e che il giudice, come giurisperito, partecipa inconsapevolmente a questo rinnovamento. Altro è considerare questo come un ufficio del giudice, pericolosa massima che può incoraggiare le interpretazioni individuali e cervellotiche ». È difficile dire di più o diversamente. Il problema del giudizio quale oggi noi lo proponiamo, era già tutto implicito nella visione dell'azione che ebbe Chiovenda, nel rapporto che egli stabilì fra il potere della parte e l'attuazione della legge. Onde anche in questo ognuno di noi può richiamarsi a lui come a un maestro.

* * *

Da questa rapida sintesi la figura di Chiovenda uscirebbe incompleta se non facessimo parola di due altri aspetti fondamentali della sua opera. L'uno è quello della importanza che nel sistema da lui creato ha la storia. Non si tratta in lui dei comuni richiami alla storia di cui sono pieni i nostri libri, di un racconto più o meno inutile delle vicende di questo o quell'istituto: la storia in Chiovenda è il riflesso dell'idea che anima il suo libro, è il senso dell'eterno che accompagna le sue speculazioni, e nella storia cerca le testimonianze dello sforzo che nel mutare delle civiltà e nell'accavallarsi degli eventi, in apparenza tanto più grandi della piccola vicenda processuale, gli uomini hanno sempre compiuto per salvare il diritto

nel processo. Tra quello sforzo secolare, se non millenario, e quello che noi compiamo, tra i documenti di allora e i codici di oggi, non c'è un rapporto di passato e presente: e non per nulla la prima prolusione del processualista, che è del 1901, *Romanesimo e germanesimo nel processo civile* (anche le prolusioni, ahimè, sono cadute di moda) è una prolusione storica. Ma direi che non c'è, per il processualista, nemmeno futuro, ed è l'altro aspetto dell'opera di Chiovenda, perché la sua idea non è una elucubrazione teorica, ma una imperiosa esigenza pratica. Così si spiega la autentica passione che animò tutta la vita del maestro per la riforma del processo. Capograssi lo ha stupendamente notato: « Può dirsi, egli scrive, che la campagna pratica per la riforma del processo che il Chiovenda ha portato innanzi per tanti anni è la stessa cosa dello sforzo di pensiero con cui ha colto l'unità e il sistema della legge processuale; quello sforzo di pensiero... è applicato a cercare di conformare la realtà alle implicazioni contenute nella stessa esistenza dei dati concreti ». Il processo orale e il processo scritto non costituiscono l'opzione tra due possibili. È che nel processo orale, e solo in questo processo, il soggetto realizza in pieno la sua attesa di giustizia. Non si tratta di economia, o di un formale avvicinamento del giudice alla parte: è la compenetrazione del giudice e della parte nell'unità del fine, che è quello di celebrare il diritto là dove soltanto si può celebrarlo, cioè nel concreto. Come si sa, Chiovenda non vide avverato il suo sogno: ma non lo vide neanche deformarsi nel codice attuale, che pure a lui cercò di ispirarsi, né lo vedrebbe oggi nei progetti che sotto le spinte di una falsa politica si vanno preparando nei più delicati settori della vita giuridica, come quello del lavoro. Se dovessimo giudicare sulla base di questi dati, dovremmo anzi dire che delle idee riformatrici di Chiovenda è stato preso il peggio, o meglio quello che non c'era assolutamente, e cioè l'autoritarismo dello Stato e del giudice, estraneo a ogni celebrazione del diritto, e con essa inconciliabile.

Ma non si tratta solo delle idee di riforma, né potrebbe trattarsi, se è vero che queste idee non sono che la proiezione pratica del sistema. Questo è il dubbio che ci assale nella ricorrenza di questo centenario: se la sublime concezione che Chiovenda ebbe del processo, traendola dalla attenta osservazione della realtà, non fosse anche una sia pur sublime utopia. Noi siamo tratti a giudicare dal tempo che ci tocca di vivere, e non possiamo disconoscere che il tempo alimenti il dubbio. Sarebbe il nostro un panegirico che egli rifiuterebbe se non avvertissimo che il mondo non è stato fedele in-

teramente all'insegnamento di Chiovenda. Se consideriamo gli svolgimenti dottrinali immediatamente seguiti alla sua opera, notiamo una grave disarmonia, che si manifestò specialmente col prevalere dell'elemento pubblicistico sul privatistico, cioè col fraintendimento della sua fondamentale scoperta, che, come abbiamo visto, comportava la caduta delle barriere fra il diritto pubblico e il diritto privato. Ma con l'andare degli anni, coi rivolgimenti paurosi in cui siamo stati tutti coinvolti, con la debolezza che si prova di fronte alle lusinghe della bestia trionfante, la scienza del diritto e del processo ha ceduto a un vago sociologismo d'importazione, in cui l'idea del diritto stesso si è perduta, se non è diventata addirittura oggetto di scherno. Mai, si dovrebbe concludere, Chiovenda è stato più lontano, mai la sua idea si è talmente colorata di utopia. Eppure non è così. Se è vero che *in obscura nocte sidera micant*, l'astro di quella utopia brilla di luce vivissima nel firmamento. E ancora, liberato dalle nostre ansie e dalle nostre paure, il maestro che amammo continua a indicarci la via. Perciò dopo cento anni, salutiamo ancora l'alba della sua vita come una promessa che dovrà essere mantenuta e che noi manterremo.

[015]

LA GIUSTIZIA TRA MITO E REALTÀ

Wer darf das Kind beim rechten Namen nennen?
(GOETHE, *Faust*)

... nec Gnaeus Flavius de suo quicquam adiecit libro
(D. 1. 2. 2. 7)

1. - Mito e realtà, illusioni e storia si fronteggiano con singolare evidenza nelle norme che ordinano la funzione giurisdizionale.

Da una parte sta il disegno illuministico e astratto della divisione dei poteri, della Magistratura come ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere, costituito da giudici soggetti soltanto alla legge, distinti tra loro solo per diversità di funzioni, costituenti un'ideale comunità di uguali che amministrano giustizia in nome del popolo, che non tollera coesistenza di giudici speciali.

Dall'altra parte sta la concretezza mediocre dell'accesso a questo empireo mediante concorso — come per concorso si accede ai pubblici impieghi — sta la previsione di promozioni, di trasferimenti, di provvedimenti disciplinari, sta la puntigliosa prefissione di norme volte a garantire, con accorgimenti formali, l'autogoverno di questo « potere » dello Stato, sta il rinvio alle norme dell'ordinamento giudiziario che sottolineano ed accentuano il carattere burocratico amministrativo dell'intero sistema.

Né di codesta contrapposizione vi è luogo a trar meraviglia, ché anzi essa costituisce riflesso tangibile e sicuro di un dato storico preciso. Molte delle aspirazioni e idealità che formule auguste in tema di giustizia proclamano sono mere creazioni astratte dello spirito, segnano mete e direttive auspicate e auspicabili, ma al tempo stesso avulse dalla concretezza della vita, che per suo conto rifugge dagli schemi, travolge ed annulla nella sua contraddittoria complessità ogni vagheggiamento di uniformità. Le grandi enunciazioni di principio che talune di queste proposizioni contengono hanno tanto meno possibilità di riscontro nei fatti quanto più sono generali, onde la solennità delle formule dissimula a pena la intrinseca debolezza di quei voti, e si delinea ineluttabile il contrasto con la meno sublime realtà quotidiana o, che è lo stesso, si viene a dare largo posto a finzioni convenzionali che tutti riconosciamo e sappiamo tali.

E di taluni di codesti contrasti o finzioni vuol essere qui disincantato discorso.

2. - La legge 17 marzo 1969 n. 84 fissa in 6902 unità il numero dei Magistrati della nostra repubblica e ne contiene l'eloquente organico: 350 uditori giudiziari, 5953 magistrati di Corte d'Appello e di Tribunale e aggiunti giudiziari, 493 Consiglieri di Cassazione e equiparati, 102 Presidenti di Sezione di Corte di Cassazione e equiparati, 3 tra Presidente aggiunto, Procuratore Generale della Corte di Cassazione e Presidente del Tribunale superiore delle Acque, 1 Primo Presidente della Corte di Cassazione. Le tappe e le strettoie della carriera sono qui visibili e ferme. Il fondamento burocratico dell'ordinamento è esclusivo e senza alternative.

Coerentemente il sistema respinge collaborazione dall'esterno. Magistrati non di carriera si ammettono solo a livello del giudice singolo, nomine senza concorso si prevedono per meriti insigni per l'Ufficio di Consigliere di Cassazione, in favore di Professori ordinari di Università o di avvocati con 15 anni di esercizio: e sono eccezioni di cui la prima ha rilievo modesto, la seconda nullo posto che il precetto resta in pratica lettera morta sia poi che ciò dipenda da pochezza di meriti degli aspiranti o da scarsa attrattiva dell'ufficio offerto a fronte della straordinarietà di doti che questo nella *mens legis* presuppone. Il concorso d'altra parte che apre l'ingresso alla Magistratura è sì garanzia formale di imparzialità, ma al tempo stesso pone in via definitiva, con equiparazione gravida di conseguenze, i magistrati sull'identico preciso piano degli altri funzionari dello Stato.

Ora le implicazioni di cosiffatte scelte sono molteplici ed importanti nella loro semplicità. Essere giudice della condotta e degli interessi altrui non è a questa stregua in nessun caso e sotto alcun riguardo prerogativa ambita di pochi — in senso relativo, s'intende — che attingono con essa a una meta, ma è possibilità aperta con sforzo non eccelso a moltissimi, donde muovere i primi passi, talvolta incerti, verso l'avvenire, che per il singolo poi si identifica con la sua propria carriera e il correlativo bagaglio di sentimenti, speranze e conflitti che è vano ignorare e da cui non è dato prescindere.

All'esigenza, in altri termini, indeclinabile di munire di quadri numericamente adeguati l'apparato giudiziario, si provvede di fatto per via di divinazione prima, di selezione poi. Divinazione è il concorso che nel migliore dei casi può essere al più atto di previsione di qualità ed attitudini inespresse e inesprimibili di giovani che solo l'esperienza futura dirà qualificati o no alle funzioni di giudici; sele-

zione è l'avanzamento che, più o meno rapido — e l'organico è significativo — in pratica fino a giudice d'appello non si nega a nessuno e che nei gradi più alti coinvolge pur sempre poco meno di seicento persone che è numero per avventura eccessivo.

In alto e in basso dunque fatalmente vi è per la legge stessa del numero appiattimento su un piano generale dei valori medi della magistratura nel suo insieme e ad un tempo piena e consapevole rinuncia all'autorevolezza personale, al prestigio individuale del giudice, che sulle parti in via di principio non s'erge, né si cerca che si erga, per saggezza, umanità, cultura, ma che le parti sovrasta — ed è tutt'altra cosa — solo per il carisma della funzione.

Della bontà del sistema è lecito dubitare, né al dubbio pone certo rimedio la conclamata uguaglianza dei magistrati nella sola soggezione alla legge e la negazione di ogni diversità tra loro all'infuori delle funzioni. Le parole non mutano i fatti e i fatti denunciano incongruenza tra mezzi e fini, e portano a constatare risultati non appaganti.

Non senza ragione forse, sotto altri cieli, in altri ordinamenti, là dove le istituzioni sono state forgiate « non unius ingenio sed multorum, nec una hominis vita sed aliquot saeculis et aetatibus », e consolidate « rerum usu ac vetustate » (Cic. de rep. II, 1. 2), i problemi qui accennati — che son problemi di sempre — hanno trovato soluzioni diametralmente opposte.

Non rifiuto ma promozione di cooperazione vastissima di privati all'Amministrazione della giustizia, onde alla esigenza civile di prontezza e rapidità del suo funzionamento si provvede senza grande spesa, col concorso di un apparato tre o quattro volte più numeroso dell'insieme dei nostri magistrati ordinari.

Non irreali proclamazioni di uguaglianza dei giudici non onorari, ma presa d'atto dei meriti necessariamente diversi di ognuno, e diversificazione di essi per categorie (come in Inghilterra giudici di contea, giudici della Corte Suprema, giudici della Camera dei Lords) con esclusione assoluta di possibilità di passaggio da un gruppo all'altro e di avanzamento in seno a ogni gruppo, onde ansie e stimoli di carriera non sussistono in alcun modo.

Non concorsi all'« impiego » di giudice, ma responsabile chiamata alla suprema « funzione » di giudice di uomini di legge di già indiscussa autorità, affermato prestigio, matura esperienza.

Non ripulsa, ma accettazione di gerarchie nell'ordinamento interno e nel funzionamento degli uffici giudiziari, nella consapevolezza del diverso rilievo dei singoli atti attinenti alla funzione giurisdizionale.

Non negazione aprioristica di giudici speciali, ma propulsione della loro istituzione *pro ut res incidit* a misura che nuove esigenze della società e della vita lo vengano reclamando.

3. - Ma comunque sia di ciò certo è che 6902 magistrati ordinari, tutti giuridicamente, per finzione di legge uguali e tutti in linea di diritto, e per sacrosanta esigenza di libertà anche in linea di fatto, autonomi e indipendenti, sono troppi per assicurare seriamente dell'eccellenza delle loro individuali qualità e sono troppo pochi per corrispondere alle esigenze di funzionalità ed efficienza della protezione giudiziaria del cittadino.

Sotto l'un profilo e l'altro la corrispondenza delle vie prescelte agli scopi da perseguire non è perspicua.

Ma anche per altro riflesso questo modo d'essere del nostro sistema giudiziario si caratterizza in termini che direi problematici.

Ognuno di questi magistrati uguali e indipendenti esprime come è giusto e naturale che sia una sua autonoma, più o meno marcata, personalità. Per convenzione la giustizia è una, la magistratura ha una parola sola, ma in realtà nell'attuazione giudiziale la legge, civile o penale che sia, si immillanta come i giudici che l'amministrano ed ogni vicenda processuale ha una sua propria imperscrutabile sorte in casuale funzione delle qualità ed attitudini per tanti lati diverse di chi nello stallo di giudice di volta in volta vi attende e presiede. Si parlerà sì da noi di accertamenti e statuizioni del Pretore, del Tribunale, della Corte d'Appello di questo o di quel luogo, della Corte di Cassazione, ma la riferibilità del giudizio all'Ufficio che la pronuncia è mera finzione, dipendente com'è in concreto e di fatto in via preminente se non esclusiva dalle persone singole che i singoli uffici e collegi compongono, ciò che nel collegio può anche voler dire singolo relatore.

Non dall'una o l'altra stella, ma dall'intero firmamento dipende in questa guisa la sorte delle liti.

Correlativamente l'autorità e il senso dei precedenti giurisprudenziali vanifica. Essi sono, e in queste condizioni devono restare, privi di forza legale vincolante, ma hanno pure, in generale, minor significato di quanto non convenga e non solo per la mutevolezza e instabilità che in ogni grado, Cassazione compresa, li caratterizza, ma anche e di più per un certo tipico difetto di interiore vigore.

L'assenza di icastico riferimento alla specie di fatto cui le singole statuizioni s'attagliano, la generale sovrabbondanza — indice di incertezza — di argomentazioni, la tendenziale prevalenza — che è

cammino più agevole — della ratio disputandi, come dire della logica formale, sull'umanità e giustizia della decisione, non meno dell'oscillare delle « massime », ingenerano disorientamento, fomentano liti, tolgono alle pronunce giudiziali la funzione, che pur sarebbe loro propria, di guida vigile e precisa dei comportamenti umani, in una parola concorrono col resto a non accrescere il prestigio della giustizia ed incoraggiano anzi, dove si può, a fuggirne.

Se sono tutti inconvenienti codesti connaturali in sé alla pluralità di giudici, alla molteplicità di istanze e di uffici, è anche vero che il sistema burocratico amministrativo, almeno nella specifica sua forma di cui qui si discorre, è singolarmente privo di strumenti idonei a contenerne in più tollerabile misura i guasti ed i pericoli, o comunque, se più piace, è da essi più indifeso di quel che non accada là dove variamente articolato, secondo meriti e bisogni, è il corpo dei giudici e nessuna suggestione di astratte finzioni induce a chiudere gli occhi dinanzi alla realtà.

4. - All'identica matrice di illusioni si riporta, a voler essere sinceri, un altro aspetto tipico del sistema: la rinuncia all'organizzazione gerarchica e perciò efficiente degli uffici giudiziari. I giudici operano nell'ambito dell'ufficio cui appartengono ciascuno per suo conto in situazione di uguaglianza e di indipendenza uno dall'altro e, titolari per volontà di legge individualmente o in Collegio della funzione giurisdizionale, ne sono depositari e custodi in tutte le sue forme, maggiori e minori, sostanziali e formali, con dispendio incongruo di attività e risultati di necessità deludenti.

Accanto al giudice e al di sotto del giudice è il vuoto, che non è compito del cancelliere di colmare.

Si pensi alla folla dei provvedimenti speciali, al rito vacuo delle udienze collegiali, alla baraonda delle udienze istruttorie civili, e si intenderà in che misura si evade da noi, consapevolmente, dalla realtà, che al di là dei principi e delle astrazioni postula un'estrema diversificazione di compiti e di bisogni di cui è poco saggio non tener conto.

Non è una volta di più senza significato che altrove soluzioni pragmatiche e concrete tengono in apparente non cale principi venerati a parole da noi come mostri sacri, e all'irrazionale concentrazione di ogni mansione attinente all'amministrazione della giustizia nel giudice o in un collegio di giudici sostituiscono l'adeguamento della struttura degli uffici alle necessità pratiche dell'efficienza della funzione.

All'incirca 190 magistrati, di cui 90 sono giudici di contea, tengono luogo altrove — a prescindere dai giudici onorari — dei nostri 6902 giudici, e personificano con l'autorità che deriva dalla esiguità impressionante del loro numero, la funzione giurisdizionale, ma ad essi fanno corona in ogni ufficio copia di ausiliari (registras e masters) che provengono, come i giudici ma a livello minore, dalla professione legale e che attendono e provvedono a innumerevoli atti del processo, ordinatori e istruttori, interlocutori e definitivi, pronuncia, spesso, della decisione compresa, onde per la ragione del contrasto si illumina di vivida luce la supremazia del giudice o dei giudici che all'ufficio presiedono.

Istituti come il reclamo informale in chambers in caso di dissenso delle parti sulle misure non definitive disposte dal giudice sottoordinato salvaguardano la prerogativa, conservano intatta la funzionalità del sistema e denotano, con cento altri esempi che è possibile, pur sul piano storico, addurre, i limiti delle remore di principio e la perenne validità del buon senso.

5. - L'autorevolezza personale del giudice è nel sistema burocratico amministrativo occasionale, non istituzionale, può esserci o non esserci e a volte manca del tutto. Si spiega a questa stregua tra l'altro la resistenza legittima alla instaurazione del giudice unico in Tribunale (la pletoricità dei collegi di Appello e di Cassazione ha altre ragioni) e si spiega anche la riluttanza a dare adeguata autorità al giudice nel processo civile.

Non una causa — e pur mille potrebbero — per semplice e banale che sia può essere esaurita nel merito, senza formalità né residui, alla prima udienza. Non in un caso può il giudice denegare l'azione, concedere il beneficium competentiae, in integrum restituire, accordare immediate provvisionali, ordinare il deposito parziale o totale delle somme controversie, rateizzare debiti, condizionare ad adempimenti specifici la prosecuzione della lite ex parte actoris o ex parte rei. Nulla può il giudice fare per assicurare davvero la lealtà e buona fede dello scontro processuale, l'effettività di attuazione delle sue decisioni.

Il formalismo diventa, o si suppone divenga, garanzia e irretisce senza pietà la sostanza della giustizia e la rende, coi tempi lunghissimi che ne conseguono, vana ed esangue. La macchina giudiziaria sotto questo riflesso opera quasi sempre a profitto di chi ha torto e quasi mai a vantaggio di chi ha ragione.

Il processo rimane, come in passato, scritto e di memoria in me-

moria culmina nella sentenza intesa di fatto come saggio di iudicalis sapientia intessuta di argomentazioni e dissertazioni logico giuridiche di vario pregio in sé, di nessun significato o quasi per i singoli che nel processo contendono sulla res in iudicium deducta, su beni cioè concreti della vita. E mentre quindi agli utenti del processo poco o nulla preme dell'ottima o men pregiata motivazione, sulla motivazione di necessità — ed è umano — nel sistema burocratico amministrativo, fatto di controlli logici della motivazione ed anche di avanzamenti, di sedi e di carriera, si incentra l'interesse primario del giudice.

Ma nondimeno la personalità di questi si perde nell'anonimo, vanifica nella folla e difficilmente trova modo di esprimersi con autorevole e consapevole forza, la forza, si vuol dire, che a suggello di responso audace e umanissimo faceva scrivere a Salvio Giuliano: « multa iure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse innumerabilibus rebus probari potest: unum interim posuisse contentus ero » (D. 9. 2. 52.1).

Correlativamente l'apporto individuale e collettivo della giurisprudenza all'evoluzione del diritto è limitato ed in genere, per l'autonomo incedere delle migliaia di soggetti « uguali » che vi concorrono, disorganico e instabile. Decisioni « celebri », che fanno « storia » in questo contesto quasi non si danno e sono comunque come tutte le altre, caduche. Non per nulla i pratici annettono valore solo ai « precedenti » prossimi, onde per loro l'eco di ogni pronuncia si disperde e consuma nel volgere d'assai breve stagione e di rado tramonta la speranza o il timore di mutamenti, anche radicali, di indirizzo che rimettano tutto in discussione, a maggior gloria di un certo modo di intendere l'affermazione del diritto nelle aule di giustizia.

6. - Il quadro non lieto che dalle notazioni che precedono discende, ancorato a constatazioni elementari e notissime, non è davvero nuovo. Esso non esaurisce per certo l'elencazione delle cause del malessere, che è grande, della giustizia civile e non solo civile in Italia, che ha origini di molto più complesse. Ma guardare senza infingimenti e illusioni anche l'aspetto qui delineato dall'insieme di dati e realtà negative che caratterizzano il nostro ordinamento è condizione primaria, pur se non esclusiva, della parola di speranza che va detta e della ragionata azione di rinnovamento che va promossa.

In realtà è il passato, tutto il passato contorto e triste della nostra storia che determina l'incongruo stato presente delle istituzioni giudiziarie vigenti. È dalla mancanza perdurata per secoli, di

autentico equilibrio nella contrapposizione dialettica tra autorità e libertà nel vivo del reggimento politico e costituzionale del tempo che fu, che è scaturito l'ordinamento burocratico amministrativo della giustizia, retaggio, immodificato nelle sue connotazioni essenziali, dello Stato assoluto.

Immutarlo prima, superarlo poi è compito che trascende e di molto le possibilità di qualsivoglia riforma immediata. Il lavorio di secoli nel bene e nel male non si disfa di un tratto, ma non è per questo immutabile.

Dare opera per innovare si può e si deve. Ma è compito immane che esige realismo, abbandono di pregiudiziali teoriche e di principio, superamento di comprensibili rersistenze di radicati interessi, rigore morale, lungimiranza e vocazione a un pragmatismo illuminato della sorta che fece un giorno grande l'esperienza giuridica di Roma e che ha sì poco credito al tempo d'oggi tra noi.

E cominciare si potrebbe magari, non senza calcolo, da dove l'esigenza di una giustizia vera, rapida, umana, efficiente e più sentita che mai, dalla giustizia degli umili (il processo di lavoro è in questo senso un'occasione mancata), operando — ed è un sogno — però in direzione assai diversa che non quella cara a certi nostri nomoteti.

La causa della giustizia per vero si può servire in tanti modi, meno che squilibrando in un senso o nell'altro l'ordo procedendi. La via nuova per giungere, in pro dei diseredati, se non alla catarsi al miglioramento della situazione presente — e vale la pena di tentarla — passa con maggiore speranza per la persona del giudice, non carismaticamente saggio perché giudice ma giudice perché saggio, passa cioè per un cammino lontano dalle illusioni e dai miti che alimentano, coi risultati noti, il sistema burocratico amministrativo della giustizia civile.

Giuseppe Lavaggi

[023]

VALORE SCIENTIFICO DELLA GIURISPRUDENZA

Il titolo, come è facile intendere, è quello della famosa conferenza di J. H. von Kirkmann: ed io l'ho voluto conservare per queste meditazioni ispiratemi dalla sua lettura perché i dubbi, le angosce del giurista di oggi sono gli stessi che affannavano l'autore or sono quasi centotrenta anni. Ho letto la concitata prosa del Kirkmann nell'edizione curata dal Perticone, che, in una bella introduzione, mette a nudo la illogicità dello scrittore tedesco; ma la critica, pur persuasiva, dell'italiano non ha placato le mie ansie, anzi le ha aumentate. Vediamo di ricapitolare.

1. - Il punto di partenza del Kirkmann è di carattere pratico: procede cioè dalla consueta osservazione del contrasto tra la Giustizia con la G maiuscola, la sua sovrana maestà quale si presuppone e si rivela nell'opera dei giuristi, e la realtà delle sue concrete manifestazioni. « L'arcana maestà della giurisprudenza ancora resiste intatta, da tutti riconosciuta, e tuttavia l'esperienza giornaliera presenta fatti tali da suscitare dubbi e sospetti contro quell'assioma. Quale dei giuristi pratici non è talvolta sopraffatto dal senso profondo della vacuità e dell'insufficienza della sua professione? Quale altro ramo della letteratura può, come quella giuridica, far mostra, accanto al buono, di una tale farragine di libri senza gusto e senza ingegno? La sacra *Iustitia* è ancora, fino ad oggi, oggetto di ridicolo presso il popolo; e la gente istruita anche quando è sicura di aver ragione paventa di cadere nelle sue mani, tanto invano cerca di orientarsi in mezzo alle sua formalità e ai suoi procedimenti ».

Questo punto di partenza è sicuramente sbagliato: basta pensare che la vita copre di ridicolo i medici, quanto e più degli avvocati, per capire che il contrasto fra teoria e realtà è fisiologico, e la semplice ragione è che la realtà è fatta dagli uomini, e riflette le loro imperfezioni. La domanda che Kirkmann doveva porsi, e ha lasciato in retaggio a noi, è se il rapporto teoria-realtà è lo stesso per la « giurisprudenza » (secondo il suo termine) e per le scienze naturali

o positive che dir si voglia, per quelle scienze cioè che hanno il proprio oggetto fuori di loro.

2. - Dal seguito del discorso di Kirkmann si direbbe che egli risponderebbe positivamente a questa domanda. In modo perentorio egli infatti dice che la giurisprudenza, come ogni altra scienza, ha da fare con un oggetto che esiste in sé autonomo, e questo oggetto è il diritto. Questa proposizione è assolutamente inaccettabile. Considerare il diritto alla stessa stregua di un minerale o di un animale di cui si studiano rispettivamente i componenti o le vertebre, è cosa senza senso. E questo è tanto vero che lo stesso Kirkmann è costretto a trovare specificazioni al diritto posto come oggetto, e così parla del diritto « come esso vive nel popolo, che si potrebbe senz'altro chiamare diritto naturale ». Ma è fin troppo evidente che un diritto di questo genere è una chimera. La realtà è che il diritto non può essere oggetto, come non può essere oggetto la vita: e infatti esso non è che la vita stessa considerata nel suo intrinseco ordine. La vita è giuridica, si potrebbe dire. Il che significa che essa è una realtà, o semplicemente *è*; e in questa scoperta sta la ragione o il presupposto della c. d. scienza giuridica, se pure non ne esaurisce interamente il contenuto.

3. - Per ribadire la proposizione del diritto come oggetto della scienza (della « giurisprudenza ») Kirkmann affaccia due argomenti. Il primo è che il diritto esiste o può esistere anche senza la scienza. Questo argomento si risolve a nostro avviso in una petizione di principio: esso cioè presuppone che il diritto sia distinto dalla scienza, cioè proprio *quod erat demonstrandum*. Non ci può essere dubbio che un popolo che viva il suo diritto è lui che fa la scienza (con l'azione, si potrebbe dire, anziché col pensiero riflesso), e mostra solo di non aver bisogno per porsi il suo diritto di professori universitari. Sembrerebbe che Kirkmann si renda conto di questo quando passa al secondo argomento, e cioè ammette che il popolo possa avere conoscenza del proprio diritto, ma si affretta ad aggiungere che questa conoscenza non è scienza: è solo sentimento del diritto nel caso singolo, come a dire che il popolo fa il diritto senza accorgersene, sul modello del famoso personaggio di Molière. Ma anche qui è chiara la petizione di principio. Si dà per dimostrato che la scienza del diritto non è il sentimento del diritto, che la scienza del diritto debba procedere per astrazioni e classificazioni e via dicendo, quando è questo che si deve dimostrare. Il paragone che lo stesso Kirkmann

fa tra linguaggio e scienza del linguaggio si ritorce contro di lui. Lo scienziato del linguaggio è estraneo al linguaggio che studia, non così il giurista.

4. - Corollario delle riferite proposizioni, e tesi centrale dello scritto, è la totale mancanza di valore della scienza del diritto. E di questa mancanza di valore il Kirkmann trova le permanenti ragioni in ciò che, a differenza delle altre scienze che hanno un oggetto stabile (il sole, la luna, le stelle, la rosa etc.), il diritto come oggetto della scienza è mutevole, in perpetuo movimento, onde due conseguenze opposte e ugualmente negative: la scienza è sempre in ritardo rispetto al suo oggetto, la scienza è portata ad applicare i vecchi concetti all'oggetto mutato, cioè a intendere la nuova realtà coi vecchi concetti, ciò che porta a una generale ostilità della giurisprudenza al progredire del diritto. Due osservazioni si possono opporre a queste tesi. La prima è forse la solita della petizione di principio. Che il diritto sia mutevole è certo: se cessasse di mutare, cesserebbe la storia. Ma appunto questo non deve indurre a dubitare che sia giusta la qualificazione del diritto come oggetto di scienza? Se l'oggetto è essenzialmente mutevole, segno è che non è oggetto, e il rapporto tra la scienza e il diritto non ha nulla a che vedere col rapporto tra le scienze naturali e il loro specifico oggetto. Quanto all'atteggiamento che la scienza assume di fronte alla mutevolezza del diritto, questo mi pare che si attagli a un « tipo » di scienza giuridica, non alla scienza giuridica in astratto, ponga cioè il problema del metodo, non il problema della scienza rispetto al suo oggetto. Sul che torneremo più avanti.

5. - Nel suo spirito negatore della scienza giuridica, Kirkmann fa una acuta osservazione: e cioè che, a differenza delle altre scienze, essa ha il suo oggetto non soltanto nella testa, ma anche nel petto degli uomini: « il diritto non consiste solo in un sapere, ma anche in un sentire ». Di qui la relatività della scienza, anzi il suo nessun valore, non potendo il sentimento condurre alla realtà. Si deve ricordare che Kirkmann parlava, o ha parlato finora, in termini di diritto naturale. Ma a parte ciò, la obbiezione che si può fare è che non si può né si deve confondere il sentimento politico col sentimento giuridico. Se, come sembra dagli esempi, il Kirkmann si riferisce al sentimento politico si deve dire che questo è totalmente estraneo alla scienza giuridica. Il diritto è proprio il superamento del sentimento politico, la sua « giuridicizzazione » nella legge. Se si riferisce al sen-

timento giuridico, bisogna riconoscere che Kirkmann dice una cosa esatta. Ma allora dobbiamo rimandare a quanto detto al n. 3, e insistere nel dire che la scienza giuridica può benissimo avere il suo *proprium* nel sentimento del caso singolo, nello svolgere dal caso concreto il diritto che esso in sé racchiude.

6. - A questo punto, incomincia il famoso attacco del Kirkmann contro il diritto positivo, « quella ambigua configurazione mista di essere e di conoscere, che si frappone tra il diritto e la scienza del diritto, coprendo ambedue con la sua azione corrompitrice ». Non è il caso di ripetere qui le argomentazioni addotte dall'autore tedesco, che sono in parte viziate dal riferimento continuo al diritto naturale, come se il diritto naturale non fosse, al di fuori delle vaghezze filosofiche, un modo di essere del diritto positivo. La parte più interessante dal nostro punto di vista, è quella in cui si riduce la scienza a una caccia degli errori del testo di legge, con quanta degradazione della medesima è facile immaginare. È qui che è contenuta la celeberrima affermazione: « tre parole di rettifica del legislatore, e intere biblioteche diventano carta straccia ». Di questa condanna della scienza Kirkmann dà numerosi esempi dimostrativi. Non gli passa neppure per la mente che quest'opera « da vermi » costituisca la nobiltà e la grandezza della scienza giuridica, perché la rende partecipe della creazione del diritto, e che in questa partecipazione stia la nota essenziale che la differenzia dalle scienze naturali, alle quali innalza un inno di ammirazione e di invidia. L'operetta si conclude con una squallida rappresentazione della incertezza soggettiva dei giudizi, e della fuga dal diritto di coloro che hanno a cuore la loro vita e i loro beni.

7. - Le pagine di Kirkmann sono certamente frutto di spirito romantico, e possono perciò essere agevolmente criticate, così come noi abbiamo cercato di fare. Tuttavia esse sono di una incredibile attualità, perché mai come oggi si è manifestata e realizzata una rivolta contro il diritto, mai come oggi si è giunti a una sua aperta negazione. Ciò è avvenuto e avviene in nome della politica, e naturalmente di una certa politica, da parte di professori e di giudici che vedono il diritto come il prodotto di una classe che non è la loro vagheggiata classe, e non si fanno perciò scrupolo di superarlo nella teoria e quel che è peggio nella pratica. Si può anche dire che, al di fuori della politica, o in concomitanza con essa, mai come oggi, di fronte alla *degringolade* morale della società, il diritto è apparso

come un ritardatario, incapace di regolare il presente, e quindi come un ostacolo da superare con qualunque mezzo. In questi *Quaderni* si sono riportati numerosi esempi. Ne aggiungiamo uno tratto dai giornali: un bruto che aveva violentato una ragazza è stato assolto perché la ragazza aveva implorato pietà, ma non aveva graffiato l'aggressore, onde non si poteva escludere il suo consenso. Il fatto è avvenuto in Germania, nella patria di Kirkmann. Tutto il mondo è paese.

In queste condizioni, la difesa del diritto come scienza diventa certamente sempre più difficile: e dicendo scienza intendiamo riconoscimento di una realtà oggettiva, o più semplicemente di una realtà, e sia pure a livello di quella che Kirkmann qualificava come conoscenza.

La risposta è indubbiamente ardua. Tale non appare certamente a chi apra uno dei tanti trattati che la dottrina ha elaborato. Chi potrebbe negare che era scienza quella sequela di concetti (diritto oggettivo, diritto soggettivo, rapporto giuridico), quella sempre più raffinata analisi degli istituti giuridici, accolti dal nostro codice, o quella esposizione di dogmi, come con significativa parola si dice? Vi sono anzi indagini che, per contestare Kirkmann, non hanno da invidiare alle indagini che un fisiologo può fare al microscopio: e così quella sull'obbligazione, con la relativa scoperta dell'elemento reale in essa contenuto. Ma il problema è se la scienza del diritto sia qui, o almeno solo qui. E chiunque non abbia la vocazione del fossile non può disconoscere che il diritto non si esaurisce nelle posizioni astratte, cioè in definitiva nei concetti, che anzi valgono quello che valgono, in relazione al diritto positivo, e non solo a questo staticamente considerato, ma al suo costante mutamento.

Sulle orme di Kirkmann noi dobbiamo confessare che la scienza giuridica, per autoqualificarsi, deve mettersi alla prova del caso concreto, cioè coinvolge questo nella sua osservazione: altrimenti non è scienza, ma una maschera di scienza. Orbene, quando si dice caso concreto si dice una cosa immensa, che non ha riscontro negli « oggetti » delle altre scienze: perché il caso concreto assomma in sé tutte le esperienze della vita e della storia, sempre vecchia ma anche sempre nuova, e come tale esso trascende quello che chiamiamo diritto positivo, nel senso di un corpo di leggi staticamente considerato e oggetto di studio. Di fronte al caso concreto sembra veramente che la scienza dichiari *forfait*, che tutto si riduca a un gioco di bussolotti, o, se vogliamo esprimerci più coerentemente, a un'opinione soggettiva, né vera né falsa, quale sarebbe il giudizio. Se così

fosse non ci sarebbe che dar ragione ai professori e ai giudici della *nouvelle vague*, e ritirarsi in buon ordine.

Ma io credo che non sia così, che qui anzi, contro tutte le apparenze, si riveli il carattere scientifico della giurisprudenza. Abbiamo accennato di sopra alla distinzione tra sentimento politico e sentimento giuridico. Orbene, scontato il primo per le ragioni già dette, noi riteniamo che esista un sentimento giuridico il quale è il risultato di tutta l'esperienza che si riassume nel nome di Stato. Lo Stato non è un'astrazione priva di contenuto: esso è l'organizzazione che la società si dà, e il suo contenuto sono i principi etici che ha espresso, nelle dovute forme, col suo ordinamento. Il problema è se questi principi etici esistono veramente: se non esistono la scienza del diritto è una burletta, una tragica burla. Non si tratta, si badi bene, di quei rivolgimenti ai quali è soggetta l'informe società (che poi è un nome vano, perché si tratta sempre di rivolgimenti di perdute minoranze, ingigantite dal rumore che fanno, e valorizzate dall'inerzia o dalla connivenza di chi detiene il potere): questi pseudo rivolgimenti non depongono contro la realtà dei principi etici dello Stato, se veramente esiste. Ora, noi riteniamo che non anni ma millenni di esperienza testimonino di questa realtà, che tutti coloro nei quali lo Stato si impersona, nessuno escluso, concorrono a formare nel tempo: realtà sempre uguale e sempre diversa, ma sempre realtà dello Stato, realtà giuridica. Il sentimento di questa realtà è quel che chiamiamo scienza del diritto, e non c'è ragione di mutare il suo nome in omaggio a un limitato e unilaterale concetto di scienza.

8. - Ora, se queste cose sono vere, bisogna riconoscere che i depositari del sentimento giuridico sono essenzialmente i giudici. I giuristi teorici lo sono notevolmente anch'essi, ma la loro posizione è quella del vasaio che prepara il vaso a chi deve gettare i semi nella terra: lo sono in ogni caso se hanno e in quanto hanno il senso del concreto, altrimenti sono dei vani sofisti. Tutta l'esperienza dello Stato si impersona e deve impersonarsi nei giudici: essi sono i veri scienziati del diritto. E appunto per questo essi sono esposti ai più grandi tradimenti: quello di sostituire la propria esperienza all'esperienza dello Stato, sotto il manto dell'evoluzione e del progresso; quello di soffocare l'esperienza nella falsa dottrina; quello di sottrarsi all'esperienza attraverso il formalismo. Kirkmann dice in materia cose di altissimo valore, anche se inquinate un poco dal filone del diritto naturale. La conseguenza è che il vero e solo problema della scienza giuridica è quello della scelta dei giudici, è il problema

[029]

dell'ordinamento giudiziario. Lavaggi scrive a questo proposito e in questo stesso Quaderno pagine bellissime, che io non potrei ripetere se non guastandole. Il problema è di una gravità immensa, perché è un problema di civiltà, cioè non si può riformare l'ordinamento giudiziario senza riformare lo Stato in tutte le sue strutture, ma soprattutto nel suo spirito. Non è il caso di fare delle profezie, ma neppure di perdere le speranze.

[030]

RIFLESSIONI SULL'INTERPRETAZIONE

Ho davanti agli occhi due scritti in apparenza lontani l'uno dall'altro: un discorso di Francesco Trotta su « La prevedibilità della decisione giudiziale » e una voce di enciclopedia di Feliciano Serrao, su « L'interpretazione della legge nel diritto romano ». Dico in apparenza, perché entrambi gli scritti pongono l'eterno problema del rapporto tra la legge e il giudice; o se si vuole dir meglio il problema di questo rapporto, che il cons. Trotta esplicitamente ripropone nella ricerca, che tutti ci affanna, di una soluzione che metta riparo a ben note recenti esperienze, riceve una potente illuminazione dal dato storico, dalla descrizione del modo in cui il problema è stato risolto dalla storia, nella varietà delle sue vicende. Poiché del rapporto tra la legge e il giudice ho parlato in astratto piú volte in questi *Quaderni*, la mia attenzione è stata prevalentemente attratta dall'indagine storica, ed è questa che mi ha ispirato le osservazioni che seguono. Lo dico senza sminuire in nulla l'importanza dell'idea del Trotta, che vede il problema piuttosto in chiave di prevedibilità del giudizio che di certezza del diritto. Non c'è una opposizione, né ci può essere, tra le due formule. L'una e l'altra vogliono esprimere la stessa cosa: solo che, nella prevedibilità, muta l'angolo visuale, cioè si considera l'esperienza nel suo nascere e nel suo formarsi, nella certezza si guarda al suo risultato. Il primo è il punto di vista dell'operatore giuridico, come si usa o si usava dire, cioè di chi compra e vende, o fa testamento, agisce in giudizio, etc., il secondo è quello del giurista e del giudice. Il valore di questo spostamento sta in ciò, che la prevedibilità (o la certezza considerata sotto il profilo della prevedibilità) impegna tutti coloro che sono chiamati a formare il diritto, e quindi non solo il giudice, non solo il legislatore, non solo la parte, ma l'esercito infinito di coloro che per agire hanno bisogno in partenza di conoscere, quindi di prevedere, il risultato della loro azione, e, non riuscendovi da sé, fanno ricorso ai loro avvocati, che sono i ministri della prevedibilità. Tutto questo discorso riposa, evidentemente, su un dato obbiettivo, che si avvicina all'atto di fede: e cioè che quel che dirà il giudice (al quale in estrema analisi la prevedibilità si riferisce) sia effettivamente prevedibile, cosa che si

può prestare a facili ironie. Ma il Trotta non ha il minimo dubbio su questo, e si richiama all'esperienza comune, opponendola a tutti coloro che parlano dell'interpretazione come di un « lavoro disperante e inconcludente, perché alla fine il giudice non può fare a meno di intervenire con una sua scelta ideologica ». Tutti concorrono alla previsione e quindi alla formazione del diritto, tutti sono in grado di dire che cosa è il diritto nel caso concreto, e lo sono perché essi stessi, tutti insieme, lo formano. Quest'ultima proposizione è da sottolineare, in questo rapidissimo riassunto, perché è chiara in essa l'eco delle moderne concezioni dinamiche del diritto, quasi una esplicazione e amplificazione dell'idea di unità dell'ordinamento giuridico. « In coloro che negano la certezza del diritto, c'è il difetto di prospettiva che consiste nel vedere la certezza soltanto nel passato, nel volerla intendere materialisticamente come una cosa statica, che deve necessariamente essere data in anticipo e che non esiste se così non è ». « Se il processo non è una via per andare da una qualunque situazione incerta a una qualsiasi situazione accertata, ma è via che va da quel che è a quel che deve essere, c'è appunto questo dover essere a far luce lungo il cammino ».

È difficile disconoscere la saviezza di queste argomentazioni, e come, quanto meno, il dogma della certezza del diritto risulti illuminato e integrato dall'introduzione dell'idea della prevedibilità. Se non andiamo errati, vi è in quest'idea una visione altamente democratica della vita e della società (e ben s'intende democratica non nel senso deteriore politico o partitico che la parola è avvenuta assumendo, ma nel senso in cui l'adopera l'art. 1 della Costituzione), e sotto questo profilo essa è da inquadrare storicamente, nel determinato assetto della società nel nostro tempo. In sostanza, si dice e si deve dire, la prevedibilità con tutto ciò che implica scaturisce dall'ordinamento quale esso è in questo tempo e in questo luogo. Essa è, metaforicamente, lo specchio della società. Per questa via, il discorso del cons. Trotta si riallaccia all'indagine storica condotta dal Serrao sul diritto romano. Non si può infatti dubitare che la certezza del diritto, e tanto più se intesa come prevedibilità, risulta da una corrispondenza e da una consonanza fra il primo e l'ultimo motore, fra il legislatore e il giudice. Anche se, come fa il Trotta, si dissolvono nell'intera società questi due termini, sempre rimane un punto decisivo, in cui essi si concretano in fatti di potere, perché alla fine il giudice può attraversare la prevedibilità, cioè smentire tutte le previsioni. Ciò è naturalmente fisiologico, quando la decisione del giudice era obbiettivamente prevedibile (l'opinione contraria era erro-

nea); diventa patologico quando il giudice si pone deliberatamente in contrasto con la legge. Il problema del rapporto fra il giudice e la legge risorge così in pieno: e vedremo nel seguito del discorso che esso è infinitamente più complicato di quel che non appaia dal binomio giudice-legge.

Appunto come rapporto di potere si manifesta nel diritto romano la posizione legge-giudice, se è esatto quel che riferisce il Serrao, che sembra seguire da vicino le orme del De Martino. Brevemente riassumendo quel che egli scrive (poiché non è nostro compito valutare criticamente il lucidissimo scritto, non avendone la competenza) il concetto dominante sembra essere quello della interdipendenza tra interpretazione e politica, vale a dire dell'adeguarsi dell'interpretazione e degli organi dell'interpretazione alle situazioni politiche risultanti dal lungo processo della storia di Roma. Notiamo di sfuggita che questa corrispondenza appariva già chiarissima anche nella *Storia della giurisprudenza* dello Schultz, dal quale Serrao prende le mosse: che altro infatti voleva significare il monopolio attribuito in origine al collegio dei pontefici nella custodia e nell'elaborazione del diritto privato mediante l'*interpretatio*? Appare qui, ci sembra, in modo mirabile che la conservazione del diritto (di un dato sistema giuridico) e con essa la certezza o prevedibilità che dir si voglia, dipende dalla costituzione di un organo apposito. Questa realtà è presentata in termini di classe, dicendo che i pontefici, come i senatori e i magistrati dell'antica repubblica esprimono gli interessi economici e le ideologie politiche della classe patrizia. Non muta la situazione quando in seguito alle grandi agitazioni politiche si sviluppano le magistrature plebee, e sorge una giurisprudenza laica, con la creazione di un governo collegiale di dieci membri a diverse tendenze politiche. Nella stessa età repubblicana, le grandi trasformazioni nella interpretazione sono collegate alla diversa estrazione dei giuristi che non appartengono a un'aristocrazia di sangue, ma alle nuove classi dirigenti della politica e dell'economia. Mentre infine nelle varie fasi dell'impero si nota un progressivo accentrarsi del potere di interpretare nell'imperatore, *cui solum concessum est leges condere et interpretari.*

Dal rapidissimo quadro che, sulle orme del Serrao, abbiamo riferito appare storicamente confermato che la certezza (o prevedibilità) del diritto è in funzione della « costruzione » del giudice a immagine e somiglianza del legislatore. Credo che ulteriori indagini condotte nei secoli fino ai giorni nostri, non farebbero che rendere più evidente questa verità. Ma è a questo punto che sorge il grande

quesito: se e come questo rapporto di potere si stabilisce nello Stato moderno, lo Stato nel quale noi viviamo, lo Stato democratico, dominato dalla divisione dei poteri, cioè da nessun potere, che possa entrare in rapporto con un altro. Come si sa, la Costituzione (e non questa soltanto) ha stabilito in modo ideale questo rapporto dicendo che il giudice è soggetto alla legge; ma con ciò non si può dire che abbia risolto il problema dell'interpretazione, che è ancorata soltanto alle regole tradizionali espresse dal codice civile e dalle disposizioni sulla legge in generale. Resta, insistiamo a dire, nell'ombra il rapporto soggettivo che abbiamo visto emergere dalla storia e nella storia, quello che solo assicura la fedeltà alla legge, e rende impossibile l'inversione delle posizioni, cioè l'avvento del giudice legislatore, e con esso il naufragio della certezza e della prevedibilità. Non abbiamo bisogno di illustrare questo pericolo, perché esso è in atto, e ognuno di questi *Quaderni* ne offre, come il lettore sa, ampia documentazione. Non più tardi di ieri (ma è cosa di tutti i giorni) un pretore di Torino ha ritenuto non manifestamente infondata l'incostituzionalità dell'art. 5 dello Statuto dei lavoratori là dove dice che il controllo delle assenze per infermità può essere effettuato solo attraverso i servizi ispettivi degli istituti previdenziali, perché le ispezioni corporali, incidendo sulla personalità e sulla libertà del lavoratore, possono essere disposte solo dal giudice. Non è che un piccolo esempio, e se ne potrebbe fare a meno, perché questi giudici, che sono giudici dello Stato, vanno proclamando apertamente che la legge la fanno loro, che lo Stato, il nostro Stato, è uno Stato di classe, ed essi hanno per conseguenza il potere-dovere di rifiutarne la giustizia, di farsi ministri di giustizia di un simile Stato.

Sono aberrazioni, si dirà, ed effettivamente lo sono; ma è appunto da queste aberrazioni che nasce il problema e la necessità di soluzione del problema, altrimenti tutto si riduce a un contrasto tra ideologie, che è per definizione insolubile per via di ragionamento. Lo Stato nostro, quello nel quale viviamo, è così astratto, così astorico, vorremmo dire, che esclude ogni coordinamento fra le sue strutture, e non ha mezzi per assicurare il rapporto tra il giudice e la legge?

Il problema è gravissimo, ed io sono il primo a dubitare che, allo stato degli atti, si possa dare una soluzione: quel che importa ad ogni modo è impostarlo nei suoi esatti termini. E prima di tutto bisogna, a mio avviso, cercare di penetrare il concetto stesso di Stato, di quello Stato che si è convenuto di chiamare Stato di diritto.

A prima vista si potrebbe pensare che essendo lo Stato una astrazione, un problema come quello che tentiamo di risolvere, non si possa neppure proporre. Mancherebbe cioè la possibilità di configurare in termini soggettivi il rapporto giudice-legge. Sennonché una più attenta considerazione permette di riconoscere che lo Stato ha la sua soggettività nell'essere una formazione politica, e come tale ha una volontà che si identifica con la volontà della maggioranza, e informa di sé tutte le strutture nelle quali trova la sua giuridicità. La legge esprime questa volontà, che non diventa volontà dello Stato per una finzione, ma per una libera accettazione dei soggetti. I giudici in quanto hanno partecipato a un concorso hanno compiuto questo atto di accettazione, sono entrati in un rapporto il cui contenuto è l'osservanza della legge.

È interessante notare come questa concezione, del resto elementarissima, coincide con quella dei giuristi e magistrati c. d. impegnati, i quali, sotto l'apparenza di contestarla, la riaffermano a loro uso e consumo, dicendo che il giudice deve ispirarsi nella interpretazione a questa o quella ideologia, cioè in definitiva alla volontà di una o dell'altra classe, in opposizione a quella formalmente dominante. Come si vede, siamo sullo stesso piano: la sola differenza è che i portatori dell'ideologia, finché sono minoranza, non possono parlare per leggi, quindi non si può stabilire con essi alcun rapporto. Il rapporto con la legge presuppone che l'ideologia si sia giuridicizzata, sia diventata ideologia della legge (naturalmente usiamo questa formula per ragioni di efficacia, non perché essa sia giusta e teoricamente accettabile).

Ciò posto, il problema pratico che si presenta è quello di come assicurare la formazione e la presenza costante di questo rapporto, che è in ultima analisi un rapporto tra uomini. Come ormai è ammesso da tutti il giudice non è un ripetitore automatico della legge, ma partecipa alla sua formazione, nel ruolo che gli è demandato, e le norme che il legislatore detta per disciplinare l'interpretazione (per assicurarsi l' interpretazione « sua ») lasciano un larghissimo margine all'azione del giudice. Sotto questo profilo, il pericolo del travisamento e superamento della legge è costante. Che fare?

A prescindere da quelli che possono essere i mezzi coercitivi, di difficile applicazione, e comunque solo in casi macroscopici e perciò rarissimi, bisogna ritenere che l'unico rimedio sia quello della scelta dei giudici. L'esperienza ha dimostrato che la frattura tra la legge e il giudice si verifica solo in determinati periodi storici, quando i giudici sono portati dalle più disparate circostanze, a farsi eversori

del sistema in cui sono inseriti. Siano ben chiare le mie parole: non si tratta di seguire la vita nella sua evoluzione permanente; il giudice, che è nella vita, non può estraniarsi da essa, neanche se vuole. Si tratta di rendersi succube di forze dominanti che non sono quelle espresse nella legge: e questo avviene quando si professano idee politiche ben determinate e ben conosciute, che sono incompatibili con la vita giuridica dello Stato. Giudici di questo genere non possono, non devono essere accolti nel seno dello Stato, e se si fossero introdotti di soppiatto dovrebbero essere eliminati.

Naturalmente, sono cose che è più facile enunciare che realizzare: e la ragione è che quando si verifica la frattura tra la legge e il giudice, lo Stato è indebolito nelle sue strutture, e non trova la forza per sostenere il suo rapporto. Solo in queste condizioni il giudice si sente indotto a violare il rapporto, cioè a farsi una sua legge, o a disapplicare la legge, che sono le due forme tipiche di violazione. Allora il cammino inevitabile è verso la restaurazione del rapporto, che può avvenire o per ricupero di forze dello Stato, cioè democraticamente, ovvero per instaurazione violenta di una nuova legge, e quindi di un nuovo rapporto, cioè autoritariamente. Questa via è quella in cui sboccano i giudici impegnati, che pertanto lavorano per distruggere col sistema se stessi. Il che è assai magra consolazione.

Postilla. - Quando il *Quaderno* era già stato licenziato per le stampe, è apparso nella Rivista trimestrale di diritto e procedura civile (1972, pag. 897) un articolo del Fassò che affronta il nostro stesso argomento. Saggiamente egli rifiuta l'arbitraria interpretazione evolutiva dei giudici, ma riconoscendo la necessità dell'adeguamento del diritto alla realtà storico sociale, afferma che a questa funzione potrebbe assolvere la Corte Costituzionale, perché composta di quindici membri, sempre meno pericolosi di cinquemila giudici. Questa risoluzione di un problema essenzialmente qualitativo in quantitativo è paradossale: tanto varrebbe allora affidare il compito a una sola persona che potrebbe essere un Solone o uno Zalenco, non necessariamente un Hitler. Traspare invece dallo stesso scritto del Fassò che c'è, anche per la Corte Costituzionale, un problema di scelta, nel senso che si deve trovare una consonanza del giudice, qualunque giudice, con lo Stato. Il modo di scelta stabilito dalla Costituzione è un tentativo di assicurare quella consonanza, né c'è bisogno di dire che per esso la Corte Costituzionale ha acquistato un carattere politico.

[036]

SALUTO A RASELLI *

L'amico Raselli, lasciando la cattedra universitaria, mi ha reso decano dei processualisti italiani. Spetta quindi a me porgergli in questo felice momento un saluto, e ricordare l'opera che egli svolse nell'arco di cinquanta anni, poiché il primo suo scritto, la parte storica dello studio sullo *Status*, reca la data del 1922. Cinquanta anni sono un *grande mortalis aevi spatium*, grandissimo se si considerano tutte le vicende di cui questi anni sono stati intessuti. L'opera del giurista riflette e deve riflettere la storia, se vuole essere opera viva: e nulla è stato più vivo dell'opera che Raselli ha composto nel suo silenzioso raccoglimento.

Quando si pensa a Raselli si pensa al potere discrezionale del giudice civile, poiché questa fu la sua cura più grande e ad essa è ancorata la sua imperitura fama. Ma queste cerimonie, la cui nota commovente è data dal bisogno che si sente di esprimere la gratitudine per chi ha lavorato, e quindi donato, consentono di vedere i molteplici aspetti dello studioso, ricercandone le tracce che furono quasi sopraffatte dall'opera maggiore. Ho, per tornare al principio, davanti a me questo libro sullo *Status*, e ne rileggo con crescente interesse le pagine. Cicu, che se ne intendeva, scrisse che quello dello *status* è forse il problema fondamentale della scienza giuridica. Tanto bastava per tenerne lontani molti già maturi studiosi, io credo. E invece un giovane allora di venticinque anni sentì in sé tanto riposto valore da affrontare il tema, mettendosi a cimento coi più grandi studiosi del diritto romano e del diritto moderno. Tutto quello che sarà il futuro Raselli è in questo libro, e gli uomini della mia generazione non possono pensare senza commozione al modo come in quei tempi si studiava, alla lenta, quasi solenne, preparazione del pensiero attraverso la meditazione, e vorrei dire, la mediazione della storia. La conclusione di Raselli sull'idea di *status*, che

* Discorso pronunziato a Siena, in occasione dell'offerta degli studi in onore di Alessandro Raselli.

egli riporta alle tre possibili funzioni dell'uomo nella società, definendo appunto i tre *status* come modi di essere della personalità giuridica individuale, sono ancora pienamente valide, e tanto più devono essere tenute presenti in un mondo che ci ha disabituato al rigore del pensiero giuridico, ed è arrivato al punto da concepire persino uno *status* di fallito, e una causa di stato nell'opposizione alla dichiarazione di fallimento!

Ma sembra essere stato destino di Raselli quello di trovarsi ad affrontare, fin dalla prima giovinezza, i più ardui temi giuridici. Già lo stesso *Potere discrezionale* occupa nella stesura un lungo arco di anni, perché il secondo volume reca la data del 1935, ma il primo fondamentale volume vide la luce nel 1927. La dedica a Piero Calamandrei, maestro di Raselli, spiega che l'allievo subiva l'attrazione verso le cime che fu propria di quell'eletto spirito. Ma nel corso del lavoro, e prima che nulla fosse dato alle stampe, pare che la ricerca dottissima e determinata dal fine si arrestasse di fronte agli immani problemi che il tema comportava, e ogni problema diventasse fine a se stesso. Così nel 1926 Raselli sentì il bisogno di affrontare *ex professo* il tema dei rapporti tra giurisdizione e amministrazione, e ne venne fuori un libretto di intensissima indagine, che ai nostri tempi correva per le mani di tutti. Vero è che tutti allora credevano fermamente nella scienza, e la *juventus* era veramente *cupida legum*. In questa ansia di apprendere e di comprendere va inquadrato lo studio, pur in quegli anni apparso, sul nuovissimo fenomeno della magistratura del lavoro, di quell'organismo che, per essere stato caduco, non perde nulla della sua importanza teorica. È uno studio che fu inserito negli scritti in onore di Giuseppe Chiovenda: ma ad esso accenneremo più avanti, quando potremo inquadrarlo nell'ordine di indagine sul diritto corporativo, al quale lo spinse da ultimo il bisogno di aprire la sua mente di giurista alle speranze o alle illusioni della storia.

Siamo così giunti, in questa rapidissima sintesi, all'opera centrale della vita di Raselli, al *Potere discrezionale del giudice civile*. Il potere discrezionale non si può ricercare se non là dove è nato, cioè nell'esperienza amministrativa. Basta questo per capire quale vastità di orizzonti si richieda da chi si accinga a studiare questo tema. Si può dire che le specializzazioni scompaiono, che il diritto processuale civile diventi una specializzazione scolastica, ma nello sforzo scientifico ceda all'universalità della cultura. Perché in realtà anche il diritto amministrativo come esperienza particolare può essere il campo dove il potere discrezionale è più sensibile, ma esso opera o può operare dovunque ricorra il giudizio, quindi diventa in ogni campo il problema

stesso del giudizio. Il giovane Raselli ha intuito tutto questo, ma serenamente, senza presunzioni e senza scoraggiamenti, è risalito alle basi stesse del sapere giuridico, estendendo la sua osservazione alla attività legislativa, e poi affrontando il problema delle lacune nell'ordinamento giuridico, e in generale della interpretazione, come necessaria premessa all'indagine sul procedere tipico del giudice nella formazione del giudizio giurisdizionale. Ognuna di queste parti del libro è una trattazione a sé, e sembra quasi impossibile oggi che un giovane, quale era allora Raselli, anzi un giovanissimo, potesse avere una così profonda penetrazione culturale e un così sereno equilibrio nelle scelte tra insegnamenti legati ai nomi più prestigiosi di quel tempo e di ogni tempo. Le soluzioni alle quali Raselli giunse sono positive, sul punto della esistenza di questo potere discrezionale in generale, e nel secondo volume ne verifica l'esistenza nella giurisdizione, in tutte le sue manifestazioni, cognitive, esecutive, volontarie.

L'assunto non è tra i più facili, come si può ben immaginare, perché l'intuizione immediata porta a una contrapposizione tra la funzione amministrativa e la funzione giurisdizionale. Raselli ne è consapevole, poiché fedelmente espone le teorie italiane e straniere, esercitando su di esse la sottile sua critica, e non si lascia perciò trascinare dall'amore della tesi, come ai giovani avveniva e forse ancora avviene: perciò grande è il suo sforzo di distinzione nell'unità. Partendo dalla nota comune che il potere discrezionale appartiene al momento del criterio e non della volontà, egli si mantiene fedele alle definizioni di esso come libertà di valutare quale sia il modo più opportuno per soddisfare in concreto l'interesse pubblico; e dopo aver criticato l'illazione che il potere discrezionale non può riscontrarsi nella giurisdizione civile, contenziosa e volontaria, in quanto essa è rivolta al soddisfacimento di privati interessi, sostiene che l'agire nel modo più opportuno costituisce per tutti gli organi giurisdizionali un vero e proprio dovere giuridico, e quindi tanto per l'amministrazione quanto per la giurisdizione. La differenza è data da ciò che l'amministrazione, nell'esercizio del suo potere discrezionale, si ispira esclusivamente alle esigenze di determinati interessi pubblici concreti, perché lo scopo dell'attività amministrativa è quello di perseguire direttamente determinati scopi di interesse pubblico; il giudice invece deve valutare che cosa sia più opportuno per il soddisfacimento imparziale degli interessi in contrasto, perché lo scopo della giurisdizione è quello di assicurare l'ordinato svolgimento della vita sociale. L'interesse pubblico, conclude, soddisfatto dalla funzione giurisdizionale, è indiretto e immediato, in quanto deriva dal fatto che la tutela degli interessi pri-

vati, secondo il diritto obbiettivo, giova indirettamente anche alla collettività sociale.

Non è contestabile che questa soluzione pone altri problemi (se no non sarebbe nemmeno una soluzione), e il più delicato di tutti è se il potere discrezionale non sia espressione (e termine espressivo) di una particolare disciplina dell'atto amministratvo, e precisamente della sua impugnabilità, nel qual caso il suo valore universale verrebbe a mancare. Ma questa e le altre critiche che si possono muovere non devono velare o svalutare quello che, a mio avviso, è il vero pregio dell'opera di Raselli: ed è che egli, con la sua dottissima opera, ha introdotto silenziosamente oltre quarant'anni fa quell'analisi del giudizio che doveva con molto strepito diventare di moda ed è ancor oggi di palpitante attualità.

La mente di Raselli, come dicevo in principio, non era fatta per restare ancorata al passato, in un momento in cui la storia offriva nuove esperienze, nell'affannosa ricerca di soluzioni dei problemi che si può dire perennemente travagliano la vita associata. Tra questi il massimo è certamente quello dei rapporti di lavoro, misteriosi rapporti che non si possono nell'organizzazione moderna ridurre a un mero scambio di prestazioni, ma nemmeno a situazioni conflittuali, che si debbano risolvere col trionfo dell'una o dell'altra parte. Si sa che il regime allora imperante aveva pensato alla soluzione corporativa. È inutile chiedersi se era una soluzione buona o cattiva, o più semplicemente se era una soluzione. Questo è un giudizio politico, che al giurista non interessa, e del resto il nostro tempo, con le sue convulse ricerche, non si è finora mostrato in grado di dare una sua soluzione. Certo ci sono stati giuristi o pseudogiuristi che hanno trattato politicamente la materia, come avviene tutt'ora per i corrispondenti problemi della presente società, e magari sono le stesse persone, sempre pronte a seguire il vento che spira. Raselli fu tra i pochi che capirono l'importanza giuridica del diritto corporativo e degli istituti da esso creati, in primo luogo la Magistratura del lavoro. E con la stessa forza, con lo stesso rigore di analisi giuridica che lo avevano animato nel dettare le pagine degli Status e del Potere discrezionale, cercò di inquadrare in un sistema il nuovissimo ordinamento, ciò che vuol dire scoprire e seguire in esso le linee eterne del diritto, per cui veramente ogni tempo, coi suoi mutamenti, e le sue trasformazioni, può dirsi presente.

Per questo motivo la lettura dei due fondamentali libri di Raselli in questa materia è, a mio avviso, ancora attuale, anche se il diritto positivo al quale essi si ispirano è tramontato. Direi anzi che l'incer-

tezza dei tempi nei quali viviamo, l'attesa di un futuro più giusto e più certo, trovano conforto nella parola equa, e consapevole, che Raselli ci ha detto tanti anni fa, ponendo i problemi così come oggi si devono porre, e si porranno se verrà il fausto giorno in cui la politica che è passione cederà al diritto che è armoniosa creazione della realtà.

Tale è l'opera dell'uomo che noi oggi festeggiamo. Opera non vasta se si bada alla mole, ma profonda e non uguagliata se si considerano gli argomenti trattati. Opera, bisogna aggiungere, che fu tutta composta in questa Siena che gli diede spiritualmente i natali, alla quale fu fedele, e dedicò laboriosamente la vita. L'uomo, la città, l'opera sembrano così fondersi in una perfetta unità. A questo profondo amore verso la sua terra Raselli ha certamente sacrificato molti beni mondani, e primo fra tutti la rumorosa fama che si conquista con l'ambizione e i compromessi. Ma ecco che la fama che egli non ha desiderato è venuta a trovarlo, ecco che il mondo che ha sfuggito lo ha cercato per dirgli, come noi gli diciamo, la sua gratitudine. Il nostro tempo non appare propenso alle severe meditazioni, e i giovani e non giovani preferiscono le lusinghe di una cultura esteriore, i facili trionfi delle esotiche imitazioni. Noi però diciamo che quando tutte le mode saranno passate, le opere di Raselli saranno ancora e sempre un modello per la serietà e severità del metodo, un esempio di probità e di fede nella scienza. Questo fausto giorno è perciò anche un giorno di speranza e di certezza.

VOCI ED ECHI

[043]

1

A PROPOSITO DI UNA RECENSIONE

Nella Rivista di diritto processuale (fascicoli 1 e 2 del 1972) si è svolta una polemica provocata da un mio accenno critico al Consiglio nazionale delle ricerche. Ritengo opportuno che ne rimanga traccia in questi Quaderni, *che sono o vogliono essere un fedele specchio dei tempi. Si tratta di una mia lettera al direttore della Rivista, seguita da una lettera del presidente (credo) del comitato per le scienze giuridiche e politiche del C.N.R. A questa lettera ho risposto con un'altra (la terza qui di sèguito) che però il detto direttore si è rifiutato di pubblicare.*

Caro Liebman,

non ho bisogno di richiamarmi alla legge sulla stampa per chiederti di pubblicare questa lettera. Mi basta affidarmi alla tua tradizionale obbiettività e correttezza.

Mi viene segnalata, nell'ultimo numero della Rivista, da te egregiamente diretta, una recensione del prof. Mauro Cappelletti al volume che raccoglie certe ricerche sulle Controversie del lavoro e previdenziali. In tale scritto il prof. Cappelletti esalta questo tipo di indagini che giungerebbero come una grazia « dopo tante astrazioni teoriche e pseudo-teoriche, dopo tante " postulazioni " di una sedicente concretezza che di concreto altro non ha che il prezzo di copertina ».

È chiaro che con questo linguaggio il prof. Cappelletti si riferisce alla mia opera.

Non ho naturalmente nessuna intenzione di occuparmi di lui. Mi preme invece far rilevare al lettore quel che il detto recensore non ha compreso: e cioè che altro è la scienza giuridica, altro le ricerche statistiche. Queste non hanno nulla a che fare con quella, soprattutto non possono surrogarla come per comodità e per fini politici si tende a fare. Se mai l'unico rapporto tra le ricerche e la scienza sta in questo, che solo chi coltiva seriamente e profondamente la scienza è in grado di fare quelle ricerche, di rendersi conto del processo come esperienza. Non bastano i soldi del C. N. R., la cui elargizione rasenta spesso il

peculato, come si può rilevare da quel che scrive il Pera e che io riporto nel II Quaderno pag. 193.

Non ho avuto ancora occasione di vedere il libro recensito e perciò, non posso giudicarlo. Ma se le sue « conclusioni operative », come dice il prof. Cappelletti, coincidono col progetto di riforma del processo del lavoro in corso di discussione al Senato, devo dire che il connubio tra scienza e ricerca non si è nella specie realizzato. Quel progetto non è altro che una delle tante esplosioni demagogiche nella materia del lavoro, frutto di sostanziale incompetenza. Mi pare impossibile che il Pera, uno dei collaboratori delle ricerche e persona di grandissimo merito e onestà, abbia potuto condividere la responsabilità di tanta leggerezza.

Ti ringrazio e ti saluto.

Salvatore Satta

2

A PROPOSITO DI UNA LETTERA APERTA

Caro Liebman.

A nome dei componenti il comitato per le Scienze giuridiche e politiche del Consiglio nazionale delle ricerche, comitato che ho l'onore di presiedere, desidero dirti che abbiamo letto, nel primo numero di quest'anno della Rivista di cui sei responsabile, la lettera indirizzata a te dal collega Satta a proposito della recensione di Mauro Cappelletti al recente libro che dà conto dei risultati di una ricerca sul processo del lavoro, guidata da Carnacini e Pera (una delle otto ricerche sul vigente rito civile, disposte dal Consiglio delle Ricerche su richiesta del Guardasigilli).

Nel prendersela con il recensore per certe affermazioni che lo riguarderebbero, Satta si è lasciato poi andare ad avventate e infondate illazioni circa il metodo e la probità del lavoro del C. N. R. Per sovrammercato, ha tirato in ballo lo stesso Pera, come sodale, alludendo a giudizi che Pera non si è mai sognato di formulare: come egli stesso ha testé contestato a Satta; e come chiunque può verificare consultando le fonti da questi citate.

Tutto ciò colpisce e stupisce non soltanto i membri del Comitato, anche a nome dei quali ti sto scrivendo; ma pure i moltissimi studiosi

che, in questi anni, essendo a tutti aperta ed a noi assai gradita la collaborazione, ce l'hanno efficacemente prestata: fra di essi i più qualificati processualisti — cattedratici e non —, a cominciare da te, che sei stato prima membro del Comitato, e poi della Commissione consultiva per l'attuazione del diritto.

Tutti noi riconosciamo a Satta, come a chiunque, il più ampio diritto di critica; ma non gli consentiamo — pur conoscendo il suo temperamento ed essendo, perciò, inclini a non drammatizzare — la gratuita offesa; né possiamo giustificare l'ospitalità da te concessa su di una Rivista così importante e seria.

Satta non ha mai — pur potendo — collaborato con il C. N. R. Prenda, almeno, cognizione, non solo del libro di Carnacini e Pera, ch'egli stesso ammette di non aver ancora letto, ma anche dei risultati delle molte ricerche, processualistiche e non, promosse dal nostro Comitato, onde valutare con cognizione di causa se si tratti di cose valide scientificamente, ed utili, nonché dei documenti pubblici relativi alle spese proposte dal Comitato, per constatarne non solo la illibatezza (ci mancherebbe!), ma anche la oculatezza.

Coi migliori saluti.

RICCARDO ORESTANO

3

Caro Liebman,

nella lettera che ti avevo indirizzato « a proposito di una recensione » da te cortesemente pubblicata nel primo fascicolo della Rivista (pag. 134), era contenuta una frase che ha provocato la reazione del comitato per le scienze giuridiche e politiche del Consiglio Nazionale delle ricerche. Si tratta di quell'accenno al peculato per distrazione che sarebbe spesso rasentato dall'elargizione dei fondi messi a disposizione dal CNR. Mi sembra chiaro che ci sia qui una questione di forma e una di sostanza.

Non esito a riconoscere che nella questione di forma ho torto. Il peculato per distrazione è un concetto tecnico giuridico, e non può essere usato empiricamente, come io ho fatto. Ne chiedo scusa, sebbene credo che con un po' di buona volontà le mie parole potessero essere interpretate senza strepito. In fondo *plus dixi quam volui*, come accade anche al legislatore.

Quel che io mettevo in dubbio con le improprie parole è la rispondenza dei risultati ai fini istituzionali del CNR: in termini soggettivi criticavo l'uso che in molti casi è stato fatto del potere discrezionale nel consentire le ricerche e nell'attribuire i relativi fondi. È la questione di sostanza, e mi duole dire che nella sostanza non ho nulla da ritrattare.

Nella mia lettera mi fondavo sulla testimonianza di Pera. Si dice nella protesta che io ho alluso a giudizi che Pera non si è mai sognato di formulare, e si aggiunge che lo stesso Pera ciò avrebbe a me contestato. Se si tratta della qualifica di peculato, io sono il primo a dire che Pera non c'entra nulla, ed è stato un errore formale di cui io solo porto la responsabilità. Ma se si tratta della sostanza, Pera non ha contestato né poteva contestare nulla, anzi ha confermato pienamente, da quel gentiluomo che è, il mio giudizio, che poi non è soltanto mio o suo, ma è quasi un pubblico giudizio.

Del resto, quel che conta sono i fatti. E sul piano dei fatti io domando se sia da lodare il contributo dato dal CNR a quella serie di volumi editi dalla Casa editrice Laterza sulla giustizia in Italia: volumi che odorano lontano un miglio di propaganda politica, e ai quali non saprei attribuire valore scientifico (v. la mia recensione al Neppi Modona, nel V Quaderno, pag. 124). Se poi sfoglio i bollettini ufficiali del CNR, ai quali Orestano, in nome del Comitato, mi rimanda, trovo cose che lasciano per lo meno pensosi. Solo nel corso di quest'anno sono stati erogati 22.500.000 lire per una ricerca su « Partito, Stato e Società civile nell'Italia fascista »; 4.500.000 per una ricerca sulla organizzazione amministrativa dei porti italiani; 9.000.000 per una ricerca sul controllo giudiziario nella costituzione delle società per azioni nel diritto comparato; 12.000.000 per una ricerca sul fallimento nei paesi del mercato comune; e ancora 12.650.000 per « l'assistenza giudiziaria ai non abbienti », che è un modo singolare di assisterli. Che queste siano « cose valide scientificamente e utili » dipende evidentemente dal concetto che si ha della scienza. In ogni caso mi pare certo che per compiere molte di queste ricerche bastano pochi libri e se proprio si vuole qualche viaggetto di studio o di piacere, ma sopra tutto esse rientrano nell'esercizio del mestiere per il quale si è pagati, e non dovrebbero quindi gravare sul contribuente nelle misure che abbiamo visto.

La verità è che il problema di fondo è se sia conveniente estendere l'ambito operativo del CNR agli studi giuridici. Io ho sempre sostenuto che non solo non è conveniente, ma è dannoso, perché distoglie i giovani dalla serietà e dalla severità del pensiero, e

contribuisce tra i vecchi a creare centri di potere, dei quali in Italia non c'è davvero bisogno. Perciò nella mia vita non ho mai fatto ricorso a sussidi o contributi, ma ho semplicemente studiato e fatto studiare. Questa è la mia personalità, e se a questa si vuol riferire quell'uomo di multiforme ingegno che è Orestano quando dice che « conoscendola non si deve drammatizzare » sono pienamente d'accordo con lui.

Salvatore Satta

GIURISPRUDENZA

[051]

CRITICA DEL GIUDIZIO COSTITUZIONALE

I

RASSEGNA DELLE PIÙ RECENTI SENTENZE

Ho davanti le sentenze della Corte Costituzionale emanate dall'aprile in poi, sotto la presidenza dell'amico Giuseppe Chiarelli: e penso che i miei cari sociologi avrebbero largo pabolo per le loro ricerche sulle ideologie dei giudici. Si guarderanno naturalmente bene dal farlo, perché dovrebbero confessare che all'ideologia personale di Branca è subentrata la pura e semplice ideologia del diritto, cioè verrebbero a negare la loro stessa ragione di esistere, che è l'artificiosa confusione tra diritto e politica. Non intendo fare né una critica a Branca né una lode a Chiarelli. Branca non è un giurista, è un politico, come dimostra il suo naturale passaggio dalla presidenza della Corte al senato tra le file dei comunisti. Chiarelli è un giurista, e da giurista si comporta, ricercando nel diritto (là dove soltanto può ritrovarsi) la validità delle leggi. Quel che posso fare, in armonia con me stesso, è rallegrarmi perché la confusione è cessata. E che questo sia avvenuto in un paese e in un momento che vive sotto l'insegna della confusione è ammonimento a non disperare. L'esempio viene dall'alto: e vedrete che fra breve spariranno anche i pretorini d'assalto, lasciando dietro di sé una scia di ridicolo.

Naturalmente ogni medaglia ha il suo rovescio, e così queste cronache giudiziarie saranno meno divertenti che per il passato. Esse tuttavia potranno riuscire più utili perché, col *novus ordo*, sarà più agevole cogliere il rapporto fra le leggi e la valutazione di legittimità, e quindi cogliere nel suo complesso lo spirito del nostro ordinamento.

1. - La prima sentenza emanata sotto la presidenza di Chiarelli riguarda l'esame testimoniale a futura memoria nell'istruttoria penale. La Corte ha detto che l'art. 357 cod. proc. pen. è viziato limitatamente alla parte in cui esclude il diritto del difensore dell'imputato di assistere alla testimonianza. Più volte abbiamo rilevato le stranezze di questa formula, che concreta un giudizio di incostituzionalità ne-

gativa. In realtà la norma non dice assolutamente niente, e quindi potrebbe ritenersi che con una interpretazione giurisprudenziale si dovrebbe arrivare allo stesso risultato, come a dire per le vie brevi. Basta infatti pensare che l'esame a futura memoria è un'autentica anticipazione del processo dibattimentale per convincersene. La disciplina tanto più completa dell'istruzione preventiva nel processo civile può servire di modello. Comunque, data la struttura dell'istanza penale, è certo possibile che il giudice non sia propenso a distinguere, e quindi a interpretare, e bene la Corte ha operato surrogandosi al legislatore.

2. - Assai più interessante è la sentenza n. 67, che dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale di quell'articolo del R. D. n. 2440 del 1923 che dispone il c. d. fermo amministrativo. Come è noto, questo decreto dispone che « qualora una amministrazione dello Stato che abbia, a qualsiasi titolo, ragione di credito verso aventi diritto a persone dovute da altre amministrazioni, richiede la sospensione del pagamento, questa deve essere eseguita in attesa del provvedimento definitivo ». Questa norma era stata attaccata sotto vari profili, ma sopra tutto quello dell'uguaglianza in quanto l'amministrazione impedirebbe con un atto non revocabile né annullabile dal giudice ordinario l'esercizio del diritto del privato all'esazione di un credito liquido ed esigibile. La Corte ha respinto l'eccezione ricordando e facendo propri vari principi, come quello dell'autotutela dell'amministrazione statale, della necessità di strumenti diretti alla protezione del pubblico interesse connesso alle esigenze finanziarie dello Stato, del sacrificio della parità delle posizioni delle parti anche in rapporti di diritto privato cui la p. a. partecipi per i fini che le sono propri, etc. Esprimiamo l'avviso che il problema del fermo amministrativo faccia parte di quello più vasto, e anzi unico, che è la configurazione della pubblica amministrazione come un ente che si sottrae al diritto comune. In un mondo che si riempie la bocca di libertà e di democrazia io credo che questa visione feudale è quella che bisogna sradicare dalle menti: essa si regge unicamente per la inettitudine di chi è investito di pubbliche funzioni a fare il proprio dovere. La Corte Costituzionale potrebbe far molto in questo campo, ma in realtà non fa né può far nulla, perché essa partecipa del generale sentimento. In altri *Quaderni* io ho notato questi limiti che la Corte incontra in se stessa: eppure questo sarebbe il suo compito, di distruggere il privilegio che è in noi connaturato, e costituisce la meta alla quale sempre aspiriamo, nella vita pubblica e nella vita privata (v. un esempio nel *Quaderno* V, pag. 84).

3. - La sentenza n. 76 ci dà notizia di un gravissimo conflitto scoppiato tra la Regione siciliana e lo Stato in relazione a una legge regionale che dichiarava festivo il giorno 15 maggio, ricorrenza della promulgazione dello statuto siciliano. Il Commissario dello Stato ha fatto ricorso alla Corte Costituzionale perché la materia delle festività esula dalla competenza della regione, essendo i giorni festivi stabiliti da una legge nazionale del 27 maggio 1949, n. 260. La Corte ha dato ragione al Commissario, cioè allo Stato, e torto alla regione: come a dire, a ciascuno il suo. Sono certo che il mio dotto amico Chiarelli, tornando a casa, sarà andato a rileggersi la Secchia rapita.

4. - Il pretore di Sampierdarena deve essere un umorista. Dalla sentenza della Corte n. 77 apprendiamo che egli ha sollevato questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 169 cod. proc. civ. in quanto limita il divieto di consegna della copia dell'atto da notificare a persona palesemente affetta da infermità di mente. Questo « palesemente » urta contro la costituzione perché una persona può essere matta e non parerlo. Si dovrebbe dedurre che l'ufficiale giudiziario deve essere costituzionalmente accompagnato da uno psichiatra. La Corte ha respinto l'eccezione con molti ragionamenti, ma sarebbe bastato che invitasse il pretore a leggere con più attenzione la norma.

5. - Una serie di ordinanze hanno sollevato la questione di incostituzionalità dell'art. 2736 cod. civ. che ammette il giuramento suppletorio. È sembrato a questi giudici che la norma contrastasse con il principio di difesa, non potendo la parte che subisce gli effetti del giuramento opporre alcuna prova. La Corte ha respinto le eccezioni con vari argomenti (sentenza n. 83) e così con la possibilità che è offerta di contrastare in appello la sussistenza dei requisiti del giuramento suppletorio (*semiplena probatio*) e con le sanzioni previste dalla legge penale. Ma a me pare che la ragione della legittimità del giuramento suppletorio sia più profonda. Esso infatti è il corrispondente civilistico dell'assoluzione per insufficienza di prove nel processo penale. Ma bisogna riconoscere che nella fase della valutazione delle prove anche il processo civile è inquisitorio (questo vuol dire la superflua norma dell'art. 116 cod. proc. civ.): e allora ben s'intende come giunto a un certo stadio della valutazione possa al giudice rimanere qualche dubbio e la legge possa consentirgli di eliminarlo col giuramento. Il principio dell'onere della prova non è con ciò violato.

6. - È curiosa la incomprensione che in genere si ha di quei provvedimenti sommari che io ho qualificato come « normative senza giudizio », e non so se ho ragione agli occhi dei dotti, ma certo la formula esprime molto efficacemente la realtà. Nel caso della sentenza n. 89, il pretore aveva rilevato la eventuale incostituzionalità della norma che fa derivare dalla mancata comparizione dell'intimato la convalida della licenza e dello sfratto, come previsto dall'art. 663 cod. proc. civ. Ciò perché uguale effetto non produce la mancata comparizione nel giudizio ordinario. La Corte ha ben puntualizzato il valore dei procedimenti e provvedimenti sommari, che sono la risultante di un lungo processo storico, e già per questo non possono essere tacciati di incostituzionalità. La Corte ha invece ritenuto l'incostituzionalità dell'art. 668 (che ammette l'opposizione tardiva in caso di mancata conoscenza della licenza o dello sfratto per irregolarità della notificazione o per caso fortuito o per forza maggiore) in quanto non consente l'opposizione nell'ipotesi di mancata comparizione. È ormai un metodo consueto alla Corte, che abbiamo qualificato (v. *supra*, n. 1) come giudizio di incostituzionalità negativa, praticamente surrogatoria della interpretazione. Per una certa affinità, sotto questo profilo, ricordiamo la sentenza n. 90, relativa a una pretesa tassazione di condutture elettriche aeree per occupazione di spazio pubblico. La Corte ha negato l'incostituzionalità interpretando la norma contestata in un certo modo. È un esempio limpidissimo, e quasi paradigmatico, dei rapporti fra giudizio di costituzionalità e interpretazione della norma, di cui si è tanto parlato (il ricordo va subito al grande Ascarelli). Perciò, se ne fa qui menzione.

7. - Alcuni giudici di merito avevano osato — con quale buon gusto, oltre tutto, è facile intendere — di sollevare eccezione di incostituzionalità dell'art. 528 cod. pen., che rende penalmente responsabile chi diffonde, fabbrica, mette in circolazione, distribuisce stampati osceni. È la famosa questione degli edicolanti. E sapete come l'eccezione è stata motivata? Perché in tal modo si attribuisce a quei signori una sorta di censura preventiva!

La sentenza n. 93 ha respinto fortunatamente l'eccezione. Ma quel che più importa segnalare è una frase contenuta nella decisione, la cui importanza trascende il caso proposto. Testualmente la Corte ha detto: « L'edicolante che, ritenendo osceni gli stampati inviatigli per l'esposizione e per la vendita, si astiene dall'esibirli ben lungi dall'usurpare una funzione censoria, difende la propria personale dignità umana della quale egli è giudice ». Bellissime parole che portano mol-

to in alto, al di là del mero tecnicismo giuridico, il compito della Corte, e che i magistrati che sollevano eccezioni di questo genere farebbero bene a meditare, perché anch'essi hanno una personale dignità umana da custodire e rispettare.

8. - A un'uguale meditazione dovrebbe invitare la sentenza num. 126, nella quale si nega la fondatezza della questione di legittimità relativamente all'art. 236 cod. proc. civ. che prevede l'arresto in flagranza di reato di chi si trova in stato di manifesta ubriachezza. È inverosimile che si sia trovato un pretore il quale abbia potuto contestare la validità, sotto il profilo costituzionale, di questa disposizione, adducendo che il reato di ubriachezza è punito meno gravemente di tanti altri reati per i quali l'arresto è previsto. Giustamente la Corte ha risposto che l'ubriachezza è una delle cause criminogene più comuni, e l'arresto in flagranza è una misura di pubblica cautela che può anche salvare l'incolumità dello stesso arrestato e metterlo al riparo da eventuali responsabilità penali e civili. Ma c'era bisogno che questa lezione venisse dalla Corte al permissivo pretore?

9. - La questione della assoluzione per insufficienza di prove, che tanto mette in agitazione i nostri edulcorati rivoluzionari, è stata portata formalmente alla Corte Costituzionale. Bisogna riconoscere che il pretore di Dolo, al quale si deve la rimessione, si è saggiamente comportato: perché lungi dallo sposare la tesi della incostituzionalità, si è limitato a esporre alla Corte il pro e il contro chiedendo « per la tranquillità del legislatore, dei giudici e dei cittadini » una soluzione del dubbio. Qualcosa come una sentenza di mero accertamento. La Corte ha resistito a tutte le tentazioni della imperante demagogia, e ha dichiarato una cosa semplicissima, che la condizione di non colpevole non si identifica con quella di innocente: la presunzione di non colpevolezza o di innocenza non riguarda il giudizio concreto, ma lo svolgimento del processo, nel quale si esaurisce. In linea pratica ha poi saggiamente ricordato che l'insufficienza di prove in ogni caso risulterebbe dalla motivazione, anche se la formula dell'assoluzione per insufficienza fosse abolita.

Come abbiamo accennato più volte, al di fuori dello spirito di permissività che segna il decadimento dei valori morali tipico del nostro tempo, nulla vi è che giustifichi la sospirata abolizione della formula. Da un punto di vista rigorosamente scientifico essa è l'espressione del carattere inquisitorio del processo penale, e in questa stessa indagine critica (v. *supra*, n. 5) abbiamo messo in luce la corrispon-

denza che essa ha nel processo civile, attraverso la possibilità di dedurre il giuramento suppletorio. È questa una soluzione che non si può ovviamente accogliere per il processo penale, ma la sostanza è la stessa. Per questa ragione (cioè per la intrinseca logicità dell'assoluzione per insufficienza di prove) noi non riteniamo giustificate le riserve che nell'ultima parte della sua sentenza la Corte sembra fare intorno alla costituzionalità delle norme che fanno discendere conseguenze sfavorevoli per l'imputato dall'assoluzione per non provata reità. Tale assoluzione è un fatto storico, che la legge valuta come vuole, e legittimamente la distingue dall'assoluzione, come suol dirsi, con formula piena. Ciò a prescindere da ogni considerazione non giuridica, e da ogni richiamo alle scandalose assoluzioni per insufficienza che sono tipiche di certi processi e di certi ambienti.

10. - Ho più volte espresso i miei dubbi sulla opportunità di una Corte Costituzionale nel nostro paese. Di fronte alla sentenza n. 120 sono costretto a modificare il mio atteggiamento. Il nostro è un paese che reca profonde tracce dell'ordinamento feudale, e il legislatore ordinario, in tutt'altre faccende affaccendato, è incapace a toglierle di mezzo. Occorre il caso concreto, e un giudice dotato di poteri sovrani, per restituire a dignità la legislazione. Si allude nella specie alla legge fiscale, che fa responsabili del pagamento delle tasse giudiziali i procuratori delle parti del processo (art. 93, n. 2 R. D. 30 dicembre 1923, n. 3269, più brevemente legge di registro). Con un atto di coraggio, certamente più encomiabile di tanti altri che hanno fatto chiasso sui giornali, la sentenza n. 120 ha negato ogni razionalità alla disposizione nel senso che manca in essa alcun collegamento fra la responsabilità dei procuratori e il presupposto del tributo. Ci voleva una Corte Costituzionale per ricordare che le prestazioni del difensore sono dall'ordinamento considerate servizio di pubblica necessità, per giunta imposto obbligatoriamente. La responsabilità dei difensori è un puro o impuro privilegio fiscale, che solo una società come la nostra, caratterizzata dalla corsa al privilegio, può sopportare. Ed è il segno di una concezione deteriore della professione forense, che ha, come dicevo, radici lontane, e tanto profonde che solo la ruspa della Corte Costituzionale riesce, di quando in quando, a mettere a nudo.

11. - A questi vetusti privilegi fanno riscontro i nuovi, che si presentano rovesciati rispetto ai primi, e sono quei privilegi che enfaticamente si sogliono attribuire dai soliti giudici politici ai singoli

individui, sotto il manto della libertà e della personalità umana. Avvolto in questo manto, un pretorino aveva preteso che fosse dichiarato incostituzionale l'art. 51 c. p. che nell'ultimo comma dispone che non è punibile chi esegue un ordine illegittimo quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine. L'eccezione, come si può pensare, e come era infatti, tendeva a scalzare l'ordinamento dell'arma dei carabinieri, fondata essenzialmente sul dovere di obbedienza. La Corte, con la sentenza n. 123, ha disatteso le aspettative del pretore col semplice richiamo dell'art. 28 della Costituzione, che si rifà alle leggi. Ma rimane la concezione pretorile della persona umana come quella di un essere privilegiato e *legibus solutus*, che è appunto il modo di tutta una categoria di intellettuali di intendere la libertà. L'antico e il nuovo, agli estremi, si danno la mano.

12. - Sempre nella lotta contro il privilegio (questo dovrebbe essere il massimo assunto della Corte Costituzionale) la sentenza n. 128 ha ritenuto illegittima la norma che, in un caso di imposta di registro per i contratti di appalto, ammette l'amministrazione a provare l'appalto con qualunque mezzo, mentre esclude la prova testimoniale per il contribuente. Ecco un esempio di palese inciviltà da parte del legislatore fiscale, una autentica menomazione (questa sì) della personalità umana. Si può non avere fiducia nella prova testimoniale, ma le battaglie devono essere condotte ad armi pari.

A questa sentenza si può ricondurre l'altra n. 129 che santamente condannava la efficacia del privilegio dell'INPS, istituito con la legge speciale 1969, n. 153, nei confronti dei creditori privilegiati, anteriormente ammessi in sede fallimentare.

13. - Chiudiamo questa rassegna col segnare al grande attivo la sentenza n. 132 che ha fatto giustizia, sia pure per una piccola parte, della demagogica disciplina delle locazioni urbane. Come è noto, la legge escludeva dal diritto alla proroga quei conduttori che sono iscritti nei ruoli per un reddito non superiore a L. 2.500.000. La stessa legge stabilisce che non è consentito al locatore dimostrare con altri mezzi che il conduttore ha proventi superiori a quelli risultanti nella cartella fiscale. La citata sentenza ha fatto giustizia di questa iniquità, che oltre tutto fa una istituzione della frode fiscale. Giuridicamente, si tratta di controversia su un diritto, e quindi è illegittima una diversa posizione delle parti nella esplicazione del contraddittorio. La giustizia operata dalla Corte, è, come abbiamo detto,

parziale, perché la stessa sentenza ha negato l'incostituzionalità della norma che non prende in considerazione, ai fini dell'esclusione della proroga, le condizioni economiche del locatore. La motivazione della decisione ha il sapore di una beffa: infatti dice la Corte che il locatore non avrebbe interesse a riavere l'appartamento perché non potrebbe affittare a maggior prezzo dato il blocco dei fitti. Ma bisogna riconoscere che nella demagogia imperante in questa materia (demagogia oltre tutto assolutamente gratuita) era difficile una diversa soluzione, che avrebbe praticamente impostato su nuove basi tutta la disciplina delle locazioni.

II

INCOSTITUZIONALITÀ DELL'ART. 28 COD. PROC. PEN.

Mi sia consentito, a commento della sentenza n. 55 del 1971, riportare un brano della prefazione al vol. II, parte I, del mio *Commentario*. « La sollecitazione del concreto restituisce in genere ai giudici la spontaneità del giudizio (e qui sta l'insostituibile valore delle loro decisioni), ma talvolta il concettualismo, mascherato di cultura, la vince, con deplorevoli effetti. Ieri, sempre per esempio, negli studi che vado facendo sulla cosa giudicata, per il secondo tomo di questo volume, mi sono imbattuto in una sentenza che mi è sembrata figlia di quel peccato. Si trattava di un banale investimento automobilistico: il giudice penale aveva assolto il guidatore, perché, a suo giudizio, il fatto era da imputarsi ad una pericolosa costruzione fatta dal Comune lungo la strada. Il giudice civile, nella causa promossa contro il Comune, estraneo al processo penale, ha respinto ogni difesa di quest'ultimo sul fatto materiale della pericolosa costruzione fatta lungo la strada, in nome della " unità della giurisdizione ", che sarebbe consacrata dall'art. 28 c. p. p. (Cass. 17 maggio 1956, in *Giust. civ.*, 1682). Ho chiesto informazioni all'amico Conso, e mi ha detto che per i processualpenalisti tutto è *dans les règles*. Perbacco, dico io, ecco un concetto che dà i suoi frutti, perché consente di condannare un povero uomo o un povero Comune senza nemmeno sentirlo ».

Sono passati dodici anni, ed ecco che la Corte Costituzionale ha tolto di mezzo questa inverosimile interpretazione dell'art. 28, dando ragione al povero ignorante del processo penale, quale io mi dichiaravo e mi dichiaro. Nella sentenza sono esposti e confutati tutti i

principi sui quali si pretendeva fondare la razionalità della contestata norma, e primo fra tutti quello dell'unità della giurisdizione. Vien fatto di chiedersi se non si poteva, con la semplice interpretazione, eliminare l'assurdo, tenuto presente che l'art. 24 della Costituzione sancisce un principio già universalmente riconosciuto: ma sarebbe inutile domanda, e contentiamoci del risultato anche se raggiunto per una più lunga via.

È invece il caso di riferire al lettore che sulla base di questa sentenza, e di qualche altra che l'ha preceduta (come quella sulla solidarietà tributaria: n. 48 del 1968) la dottrina tende ad aprire un nuovo capitolo sui rapporti tra limiti soggettivi di efficacia della sentenza civile e la garanzia costituzionale. Dedica all'argomento un lungo articolo il Protopisani, nella *Riv. trim. dir. e proc. civile*, 1971, pag. 1216. Lasciando da parte le evocazioni politico sociologiche, i giudizi di valore, l'analisi del linguaggio etc. a proposito dell'art. 102 c. p. c., cioè della norma che consacra il principio del contraddittorio (si tratta del solito lasciapassare nell'hortus conclusus della scienza, corrispondente alla carta di civismo, per non dire altro, e nulla rende più ridicolo questo passo obbligato come il riferimento a un povero articolo di procedura), il Protopisani si chiede se le soluzioni accolte dalla Corte Costituzionale valgano per tutti i casi in cui la sentenza ha un'efficacia diretta nei confronti dei terzi o un'efficacia riflessa, cioè se questa efficacia sia compatibile con l'art. 24 della Costituzione, s'intende quando la legge non abbia espressamente disposto la chiamata del terzo in giudizio o l'abbia addirittura esclusa. L'importanza di questo problema è, come ben si può credere, limitata dalla presenza dell'art. 102, che non è un principio dottrinale, ma una norma positiva, la quale impone di chiamare in giudizio tutte le parti nei cui confronti la sentenza deve pronunciarsi, e che è un'applicazione *ante literam* dell'art. 24 della Costituzione. Ma appunto di questo si tratta: di individuare i casi in cui la sentenza deve pronunciarsi nei confronti di più parti, e poi se esistono casi nei quali la legge, espressamente o implicitamente, ammette illegittimamente l'efficacia della sentenza nei confronti di persone che non sono state parti in giudizio.

Esprimo subito l'opinione che simili aberrazioni difficilmente possono essere reperibili nel codice civile e in quello di procedura: e infatti gli esempi che si traggono dalle sentenze della Corte Costituzionale vengono tutti da leggi speciali o da norme di coordinamento, come appunto l'art. 28 c. p. p. Ma vediamo i risultati dell'indagine condotta dal P. Egli distingue l'efficacia diretta dall'efficacia riflessa

rispetto ai terzi. Nella prima comprende i casi di sostituzione processuale. Non occorre soffermarsi molto, perché (a prescindere dalla dubbiosità del concetto, anzi per me dalla vacuità, che qui non interessa) lo stesso P. mi sembra che riconosca che in tutte queste ipotesi o la legge richiede espressamente la presenza del sostituito, o questa si desume dall'art. 102. Dove il P. scopre il fallo è nel codice di procedura, e precisamente negli artt. 108 (estromissione del garantito) e 111 (successione a titolo particolare nel diritto controverso). Sul primo punto mi pare tuttavia che egli stesso convenga nell'assurdità di immaginare una mancata tutela difensiva nel garantito estromesso su sua richiesta. Ravvisabile invece sarebbe la incostituzionalità nel trattamento fatto al successore a titolo particolare nel processo (art. 111), che non sarebbe idoneo a garantire la sua difesa. Ma non è chi non veda qui l'equivoco in cui cade il P.: la disciplina della successione di cui si tratta (la quale, tra l'altro, è estranea totalmente alla sostituzione processuale) è stabilita per la tutela della controparte, che non deve vedersi costretta a cercarsi indefinitamente il suo contraddittore. È semplicemente inverosimile che si possa pensare qui a un onere di notificare la sentenza al successore, e peggio che mai a legittimarlo all'opposizione di terzo. Se costui ha acquistato sapendo della pendenza del processo, tanto peggio per lui; se non lo sapeva la sua tutela sta nell'ultimo comma della norma che fa salvi l'acquisto dei mobili in buona fede e gli effetti della trascrizione per gli immobili. L'efficacia della sentenza contro il terzo non presenta nulla di anormale agli occhi della legge comune e della Costituzione. Con ciò i casi ipotizzati di efficacia diretta mi sembrano esauriti, perché non mi sembra da prendere in considerazione la equiparazione della nullità della citazione a quella della notificazione, per favorire una estensione della tutela disposta dall'art. 354 cod. proc. civ. Chi riceve una citazione nulla non è mai un contumace involontario, se non si costituisce in primo grado per non sanare la nullità, ma un contumace volontarissimo. E se la nullità fosse insanabile, sarà dichiarata la nullità in secondo grado, senza offesa per nessuno. Questo è il sistema della legge.

Eliminati i casi di efficacia diretta, veniamo ai casi che P. chiama di efficacia riflessa. E anche qui, dato il carattere di questa nota, faccio grazia della mia opinione, senz'altro negativa, su questa categoria della efficacia riflessa, che mi sembra un termine empirico, privo di ogni consistenza giuridica.

Protopisani fa varie ipotesi. La prima è quella della situazione pregiudiziale accertata nella sentenza. Casi: sentenza sulla invalidità di

un contratto che è efficace nei confronti degli aventi causa; sentenza di accertamento della esistenza del debito principale che è efficace contro il fideiussore; sentenza da cui deriva un obbligo di regresso del terzo. Sembrerebbe che qui il P. non voglia disturbare la Costituzione, e profila una estensione del litisconsorzio necessario ai terzi. È già qualcosa: ma noi riteniamo che il problema in questi casi non esista, perché non si tratta di efficacia di sentenza, ma di regolamento sostanziale dei rapporti che variano l'uno dall'altro, proprio in funzione della tutela del terzo, che non è mai trascurata dalla legge. Si tengano presenti gli artt. 1952 e 1485 cod. civ. La formula dell'art. 2909 (la sentenza fa stato tra le parti e gli aventi causa) riguarda essenzialmente i successori a titolo universale e deve essere coordinata con la disciplina dei singoli rapporti, comprese le norme sulla trascrizione, specialmente con l'art. 2652. Di fronte a questo sembra davvero fuori luogo la pretesa di istituire *de jure condendo* un litisconsorzio necessario con tutti gli aventi causa!

La seconda ipotesi è quella dei creditori di fronte alle liti del debitore. Qui veramente non si riesce a capire che cosa sia questa efficacia e che cosa c'entri la Corte Costituzionale. La controversia riguarda sul piano processuale solo le parti, di cui una è il debitore. I creditori non possono che subire la sentenza. Il loro interesse deriva da un rapporto patrimoniale col debitore, che è preso in considerazione dalla legge sotto il profilo dell'intervento e della opposizione revocatoria. Che cosa vuole P.? Che si estendano i termini della revocatoria? Lo proponga ai suoi amici deputati, ma non disturbi la Costituzione, che potrà e dovrà rispondere: *vigilantibus jura succurrunt.* Se il creditore arriva al punto che non si accorge di una lite del suo debitore (e si badi che si tratta sempre di casi macroscopici, cioè di rilevantissimi rapporti, non di crediti del salumaio), o se ne accorge e non interviene, vuol dire che ha bisogno di un tutore, non della Costituzione.

La terza ipotesi è la più oscura di tutte. Il punto di partenza è l'impugnazione delle delibere assembleari, che è regolata dall'art. 2377 cod. civ. nel modo che tutti sappiamo. Sembra che qui il P. imbastisca un ragionamento a base di interessi della società e di sostituti più o meno processuali che sarebbero i soci, e si proponga il problema dell'efficacia riflessa della azione e della sentenza su tutti i soci. Quando io non capisco una cosa, mi tengo prudente, perché l'istinto mi porta ad accusare me stesso. Ma da quel che dice P. in estensione del caso alle comunità *in fieri* o embrionali sembrerebbe che lo spirito dell'art. 24 dovrebbe soccorrere per tutelare, in ultima *ratio* con varie

dichiarazioni di incostituzionalità, i soci che subirebbero le conseguenze dell'azione di uno. Se così fosse bisogna dire che la Costituzione fa in molti giuristi l'effetto che su Don Chisciotte facevano i libri di cavalleria. È chiaro che la legge regola sostanzialmente le impugnazioni delle deliberazioni assembleari, e le regola secondo criteri di convenienza, attribuendo a determinate condizioni il diritto o la legittimazione che dir si voglia da esercitarsi *intra certum tempus*. Nessuno ha diritto di lamentarsi o di sentirsi offeso se la deliberazione viene annullata, né può qualificarsi terzo di fronte all'annullamento, essendo socio della società. *Item*, se l'impugnazione viene rigettata. Terzi sarebbero gli appartenenti alle fantasiose comunità in fieri, per le quali non esiste regola. Ma appunto perché non esiste regola, è assurdo parlare di efficacia riflessa di fronte a loro. Essi potranno sempre agire per far valere i loro diritti in seno alla comunità, se ne hanno. Ci saranno inconvenienti, ma tutte le cose in fieri hanno inconvenienti, altrimenti non sarebbero in fieri.

Concludendo. A me pare che quando la Corte Costituzione ha ritenuto l'illegittimità dell'art. 28 (e delle altre norme richiamate) il discorso è finito. Pretendere che esso invece cominci, e cioè si debba elaborare una astratta tutela dei terzi rispetto ai quali una sentenza può avere efficacia, diretta o riflessa che sia, significa costruirsi una realtà, che non esiste, cioè mettersi fuori del diritto. Come ho detto, i casi in cui il terzo si trovi travolto da una sentenza resa tra altri, senza possibilità di difesa, sono assolutamente marginali, ed è probabile che con questa decisione non ne resti più alcuno.

[063]

CRITICA DEL GIUDIZIO DI CASSAZIONE

I. - I GIUDICI DI BERLINO E DI ROMA.

Ricordiamo tutti la famosa storia del mugnaio e del grande Federico. *Il y a des juges à Berlin.* Questo modesto lavoratore (a meno che non fosse un datore di lavoro) capiva il rapporto tra il giudice e la legge molto di più di quanto non lo capiscano i teorici e i pratici della politica del diritto: sapeva cioè che la sua salvezza di fronte al monarca (niente di meno) era nel rapporto ancillare del magistrato che quei signori hanno inventato a titolo di spregio (v. *infra*, pag. 80 la recensione a Tarello). Ora ecco che i giornali dànno notizia di una vicenda giudiziaria che sarebbe destinata a eclissare quella del mugnaio di Sans-souci se trovasse il suo Schiller. *Il y a des juges a Rome*, bisognerà dire d'ora in avanti. Si trattava di un falegname che aveva il suo laboratorio su un terreno datogli in affitto dal Comune di Roma. Un bel giorno il Comune gli propone di risolvere il contratto di affitto, promettendogli la vendita a un dato prezzo di un lotto di terreno sul quale trasferire il laboratorio. Il falegname accetta, dismette il terreno e attende che il Comune mantenga la sua promessa. Purtroppo in questo nostro arrugginito paese la volontà della pubblica amministrazione non si forma come quella del cittadino: e così dopo molti anni, avendo il terreno moltiplicato il suo valore, il ministero, quale organo di controllo, rifiutò l'approvazione della vendita e dispose che il Comune chiedesse un prezzo tre volte superiore a quello stabilito. A questo punto il falegname si rivolge al giudice, per far dichiarare la responsabilità del Comune a causa dell'enorme ritardo impiegato nella trattazione della pratica. Il lettore si rende ben conto dell'audacia della causa, sul piano giuridico. Ebbene, dopo undici anni di lotta, le sezioni unite della Cassazione hanno dato torto al Comune di Roma, ritenendo che il lungo tempo impiegato dagli uffici capitolini per il disbrigo della pratica sia in contrasto con i principi di correttezza e di diligenza che anche la pubblica amministrazione ha l'obbligo di assicurare nella stipulazione dei contratti con i privati. La Cassazione ha in sostanza applicato

i principi della responsabilità precontrattuale, rendendo responsabile la pubblica amministrazione del sacrificio economico al quale il cittadino è esposto per la lentezza burocratica.

Segnaliamo qui la sentenza non per il suo interesse teorico, ma perché è la dimostrazione del vaniloquio dei giuristi della *nouvelle vague*, che propugnano strane teorie sull'interpretazione, e non perdono occasione per parlare di giustizia di classe, e criticare il sistema fondato sul rispetto della legge. Ecco qui il cittadino (il più debole) tutelato di fronte alla pubblica amministrazione (il più forte) nel pieno rispetto della legalità. Una giurisprudenza evolutiva, si potrebbe dire, se questo termine non avesse acquistato un significato politico ben preciso, per indicare la sostituzione del diritto e della legge di tutti col diritto e la legge di pochi, cioè con l'arbitrio. Riteniamo anzi che il valore della sentenza stia proprio qui: perché non è da escludere che la Cassazione avrebbe ben operato, su un piano astrattamente giuridico, anche se avesse dato torto al cittadino e ragione alla pubblica amministrazione, sul fondamento della tutela dei pubblici interessi nel procedimento di conclusione dei contratti, e così escludendo la responsabilità precontrattuale della stessa amministrazione. L'aver capovolto i rapporti, e fissato il raggio luminoso sul cittadino e sui suoi diritti è un'autentica evoluzione, quale è sempre l'inveramento della norma che opera il magistrato. Il legislatore non ha mai escluso la responsabilità precontrattuale della amministrazione: ha lasciato all'interprete di spiegare la sua volontà. La sua del legislatore, s'intende, non quella dell'interprete, che se si opponesse alla prima non darebbe luogo ad evoluzione, ma a spocchioso nihilismo.

II. - Il pretore e il limite del diritto di sciopero.

Degna rispondenza trova la decisione delle Sezioni Unite, all'altro estremo della detestata gerarchia dei magistrati, in questa sentenza del pretore di Castelnuovo Garfagnana di cui pure i giornali ci dànno notizia. La federazione lavoratori metallurgici aveva proclamato lo sciopero articolato operando un semi-spegnimento dei forni di uno stabilimento. Questo semispegnimento determina sbalzi di temperatura e reazioni chimiche abnormi che si riflettono sul prodotto finito rendendolo inidoneo a soddisfare le esigenze di destinazione. Il pretore ha ritenuto non costituzionalmente garantita quella azione sindacale in quanto imponeva al datore di lavoro di accettare

passivamente una prestazione diversa da quella pattuita. « Lo sciopero per quanto larghe e libere siano le sue forme di attuazione, è pur sempre concepito come il rifiuto di una prestazione lavorativa contrattualmente dovuta: non è invece possibile se non a prezzo di un salto logico qualificare come sciopero anche la prestazione di un'attività lavorativa diversa da quella contrattualmente concordata ».

Così la motivazione. Dalla quale si evince (e per questo la decisione trova posto in questi *Quaderni*) che il pretore di Castelnuovo Garfagnana ha con una sola parola, anzi con due, dimostrato di capire assai più degli illustri ripetitori degli scrittori anglosassoni il rapporto tra il giudice e la legge, e i limiti della interpretazione evolutiva. Il limite è dato proprio dal « salto logico », poiché questo e non altro è il difetto della interpretazione evolutiva come è battezzata e praticata dai nuovi scolastici e giudici, questo e non altro significa inventarsi una norma, sostituire se stessi al legislatore. L'ultimo esempio di cui facciamo cenno in altra parte di questo stesso *Quaderno*, è quello del pretore che ha ritenuto l'incostituzionalità dell'art. 5 dello statuto dei lavoratori perché affida ai medici degli istituti previdenziali l'accertamento della vera o falsa malattia del lavoratore, e ciò perché l'ispezione indica violazione del diritto della personalità etc. etc. e quindi non può essere disposta che dal giudice. Dove si vede che tra la premessa e la conseguenza c'è proprio un salto logico, determinato dal fatto che non si tiene conto del contratto e del rapporto di lavoro, che limita il diritto della personalità, o meglio nel quale il diritto della personalità si concreta. Con questo divertente criterio anche i ragazzini che marinano la scuola (alla cui disciplina hanno volontariamente assoggettato la loro personalità) possono mettersi sotto le grandi ali dell'art. 118 cod. proc. civ.

LETTURE

IHERING, *Lo scopo nel diritto*, a cura di M. G. Losano, Einaudi, 1972.

La ristampa di un libro è, sotto molti aspetti, più importante della sua prima edizione. I fattori emozionali che accompagnano l'apparizione del libro si sono dileguati, la storia, come un rullo compressore, ha camminato sulle sue pagine: staccato ormai dal cordone ombelicale che lo legava all'autore, esso è diventato nostro, anzi esiste solo per quel tanto che è diventato nostro. La giustificazione della ristampa è proprio nell'attualità, diciamo più letterariamente, nella presenza del libro al di là del tempo. E infatti l'impegnato editore e il dottissimo presentatore di questo volume non mancano di indicarla, offrendoci la figura di uno Ihering precursore di una supposta odierna rivalutazione della giurisprudenza degli interessi e del movimento del diritto libero. Io non so se questo fenomeno sia veramente in atto (ben inteso, tra giuristi seri e non tra politici mascherati da giuristi): quel che mi pare certo è che non ci sia in tutto Ihering una parola che si presti a questa interpretazione, e che se ci fu uno studioso che non si può qualificare o classificare come appartenente a una scuola o a un movimento questo è certamente lo straordinario autore dello Scopo nel diritto, della Lotta per il diritto, dello Spirito del diritto romano, e, non ultimo del Serio e faceto nella giurisprudenza.

La ragione per la quale si è pensato di collegare Ihering a certe scuole di oggi ritengo stia nel titolo del libro, cioè nell'aver egli fatto girare il diritto intorno al perno dello scopo. C'è in questa parola una vocazione metagiuridica o extragiuridica di concretezza, nel presupposto che il diritto non basti a se stesso, sia una specie di organizzazione in vista di determinati fini. A nostro modo di vedere (cioè di sentire Ihering) il libro procede dal bisogno tutto ottocentesco di avere una concezione universale del diritto, e quindi di raccoglierlo intorno a un'idea madre al quale ricondurre tutte le manifestazioni giuridiche. Lo dichiara del resto lo stesso Ihering nella sua prefazione: « Un unico pensiero costituisce la base di quest'opera: lo scopo è il crea-

tore di tutto il diritto; non esiste alcuna norma giuridica che non debba la sua origine ad uno scopo, cioè a un motivo pratico ».

Il profano che legga queste parole probabilmente ci vedrà in esse il segreto di Pulcinella, perché non arriverà mai a capire come si possa dubitare che le azioni umane, in quanto siano rilevanti, e giuridicamente rilevanti, abbiano uno scopo. Sennonché, anche un profano che acconsenta a meditare un istante, non tarda ad accorgersi che se questo scopo può essere il punto di partenza, esso non può mai essere il punto di arrivo, e cioè si convincerà che non si possa attribuire quello scopo al diritto, e che la stessa formula di Ihering per cui lo scopo è il creatore del diritto, implica evidentemente che il diritto lascia lo scopo dietro e fuori di sé. Se si vuole mantenere il concetto di scopo una sola cosa si può dire, che il diritto ha lo scopo in se stesso, e non differisce in ciò dall'arte e da tutte le altre esperienze, più semplicemente non differisce in ciò dalla vita. Questo è tanto vero che quando Ihering estende l'idea dello scopo allo Stato è costretto a parlare di un'organizzazione dello scopo caratterizzata da una vasta utilizzazione del diritto (pag. 45), che è un dire cose poco chiare, e certamente non rispondenti né alla logica né alla realtà. Lo Stato non ha uno scopo, è semplicemente quello che è, la *societas* in quanto organizzata e nella sua organizzazione, allo stesso modo come il diritto è l'essere del rapporto umano, o se si vuole il rapporto umano in quanto è un essere. Il problema dello scopo è un problema che non può toccare quindi il diritto e lo Stato, è un problema di contenuto, cioè di interessi individuali e collettivi, perennemente mutevoli (mentre il diritto, l'essere non muta mai), che si affermano o si negano in un dato momento storico, e appunto perciò dànno materia a quella che si chiama storia del diritto. Per questo il diritto ha in sé, come carattere intrinseco e perenne, un elemento formale, senza il quale non sarebbe neppure concepibile, e appunto per questo è contradittorio nei termini parlare di diritto libero, come con estrema leggerezza se ne parla. Così, per fare un esempio pratico, quando l'art. 1321 dice che il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto patrimoniale, ciò significa che l'accordo ha un valore (nei limiti in cui la norma, anzi le varie norme sui contratti stabiliscono), che il rapporto è, costituisce una realtà, e questo valore è il diritto. Per questo fanno sorridere o piangere quei pseudogiuristi sovietici, e i loro servi occidentali, che parlano di un diritto borghese e di un diritto di classe, pretendendo di affermare che esiste solo un certo « tipo » di diritto.

Se queste cose sono vere, se parlare di uno scopo nel diritto non

ha senso, almeno nei termini che informano l'opera, c'è da chiedersi in che cosa la grandezza di questo consista, e perché ancora la si legge e opportunamente la si ristampa. La risposta non è difficile: l'opera di Ihering è grande per la mirabile analisi che essa fa degli istituti giuridici, nella loro obbiettività, e quindi nella loro forma. Tutti gli istituti sono visti e dipinti nella loro connessione con la vita, onde l'opera è la descrizione della vita, nella sua espressione giuridica. Si leggano o si rileggano, a tacer d'altro, le pagine sul patrimonio. Sono dovute alla penna di un giurista che trae la sua ispirazione dalla poesia, come purtroppo a pochi giuristi accade.

G. TARZIA: *Il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado*, Giuffrè, 1972.

L'arrivo sul mio tavolo di questo libro mi ha profondamente emozionato. Che nell'anno di grazia (si fa per dire) 1972 ci sia una persona che silenziosamente dedichi la sua vita a studiare la connessione delle cause mi è sembrato un autentico miracolo. La connessione evoca per me l'appendice di Castellari al Commentario alle pandette di Glück, e visivamente, la microscopica scrittura di quelle pagine dimenticate. Se n'è occupato, dopo, anche Redenti, che aveva la vocazione, e l'assecondava in modo mirabile, delle minute cose: ma non avrei mai immaginato che un giovane, come è il Tarzia, si sentisse spinto ad abiurare la dominante religione o superstizione anglicana per la nostra onesta e ritrosa procedura. Questo libro di ben 448 pagine segna la sconfitta del mio pessimismo: e per questo mi piace lasciarne una traccia nei *Quaderni*.

Fatta questa registrazione, io non penso di fare una vera recensione del libro, che sarebbe inadatta allo spirito dei *Quaderni*. Posso e debbo dire che la lettura mi ha dato l'impressione (e più che l'impressione) di una rigorosa completezza. La relazione fra le cause connesse, che è poi il vero problema del litisconsorzio facoltativo, è seguita in tutta la sua problematica, che non è certamente di lieve momento. Si tratta infatti di conciliare l'unità del processo con la pluralità delle cause, e basta enunciare in questi termini il tema di studio per rendersi conto della sua difficoltà, che alla radice è nella contraddizione, ineliminabile in assoluto, dell'unità e della pluralità. La soluzione è ricercata dal Tarzia nell'analisi delle disposizioni di legge, col sussidio della storia e della tradizione dottrinale: e bisogna dire che le soluzioni proposte sono in genere accoglibili.

Dopo l'attenta lettura naturalmente in me sorgono dei dubbi: anzi un solo dubbio, ed è quello se il libro, nella sua perfezione, rifletta interamente l'esperienza della connessione. Dalla mia pratica

professionale derivo il ricordo delle lotte che si accendevano intorno alla connessione e alla conseguente riunione delle cause, nella consapevolezza che il riunire una causa ad un'altra costituiva un fatto decisivo per la sorte del giudizio. In altri termini sotto la pretesa o il rifiuto della connessione si celava la proposizione stessa del merito. Fa parte questo della dottrina della connessione? Grave domanda, che temo investa tutta la scienza e il metodo del diritto processuale. Forse noi non possiamo che dettare o illustrare delle regole, e sotto questo aspetto il nostro angolo visuale è piuttosto quello del giudice che della parte. Ma questi sono pensieri vaganti, che nulla tolgono alla degna fatica del giovane autore.

F. E. Oppenheim: *Etica e filosofia politica*, Bologna, Il Mulino ed., 1971.

L'introduzione a questo libro, dovuta allo Scarpelli, mi ha fatto ricordare quel tale che nel vendere un'automobile, diceva: c'è anche la radio, ma la si può togliere. Sono trenta pagine oscurissime (almeno per i padri di famiglia, come me), che non invitano certo alla lettura del libro: il quale invece è chiaro, e si legge volentieri, anche se alla fine rimane il dubbio se valeva la pena di scriverlo, e sopra tutto di tradurlo. Ma questo è un dubbio generale, come altra volta abbiamo accennato.

Il problema che affronta lo scrittore tedesco-americano è antico quanto il mondo: se esistono dei principi universali, che consentano di valutare la verità di ogni giudizio di etica politica o se, per contro, non esistano basi oggettive per i principi etici rilevanti politicamente. In termini moderni si oppone un cognitivismo valutativo a un noncognitivismo valutativo, e i cognotivisti si classificano in naturalisti e intuizionisti. Sono formule ardue, come si vede, ma in realtà non vogliono dir altro che c'è chi crede di avere in tasca la formula per distinguere il bene dal male (e può essere il diritto naturale o l'intuizione) e chi nega l'esistenza di ogni formula, e si affida al proprio individuale potere conoscitivo, valido per lui e non per altri. Oppenheim è di quest'ultima schiera, e nelle ultime pagine, colorate di esistenzialismo, esalta il noncognitivismo come indice di maturità di una persona e di una civiltà, perché rende l'uomo responsabile di fronte a se stesso. Come diceva Sartre: « Non abbiamo davanti a noi né dietro di noi, nel luminoso regno dei valori, giustificazioni e scuse. Siamo soli, senza senso. Situazione che mi par di caratterizzare dicendo che l'uomo è condannato a essere libero ».

Per rendere più chiaro il problema al lettore riferirò che il libro (insisto a dire chiarissimo, e questo è il suo raro pregio) si apre con un esempio di un tipico dissenso etico, ponendo l'alternativa fra « il

diritto morale e anche il dovere di impegnarsi in azioni di disobbedienza civile per protestare contro leggi che si considerano decisamente immorali, come la discriminazione razziale o certe operazioni militari » e « l'obbligo morale di ubbidire anche a quelle leggi che si considerano ingiuste, in particolar modo in una democrazia che assicura con mezzi istituzionali il mutamento pacifico delle leggi e delle politiche ». È possibile dimostrare che il giudizio nell'uno e nell'altro dei casi è corretto, e rispettivamente errato: più precisamente esistono principi universali mediante i quali valutare la verità di ogni giudizio di etica politica (al di fuori di ogni preferenza soggettiva)?

A mio modo di vedere, se questo è l'assunto della filosofia della politica o dell'etica politica, si deve riconoscere che è un assunto che non esiste, e che la nuova scienza è una delle tante invenzioni scolastiche del nostro secolo. In verità, se le domande che sopra abbiamo riferito si pongono, come vengono poste, con riferimento al singolo individuo, esse non possono avere risposta, perché l'individuo è per definizione libero, libero anche di violare le leggi, in nome dei suoi personali e opposti principi, la cui esattezza non può che essere subbiettiva. Più in generale si può dire che la formula stessa etica politica è contraddittoria nei termini, perché essendo la politica essenzialmente soggettiva non può essere ispirata che a un'etica soggettiva, ed è assurda impresa ricondurla a oggettivi principi. L'oggettività della politica, se vogliamo usare questo termine, è il diritto: vale a dire l'istanza politica che si giuridicizza acquista un valore assoluto, che non ha bisogno di cercare altrove che nel diritto la sua giustificazione. Tutte le altre istanze politiche che rimangono fuori del diritto (e magari in attesa di diventarlo, cioè di soppiantare l'istanza che si è giuridicizzata) sono pure istanze soggettive, che valgono quello che valgono. Ciò non significa che nella vita associata non ci sia un'etica rilevante per il diritto: basta ricordare l'articolo 62, n. 1 cod. pen. (l'avere agito per motivi di particolare valore morale). Ma quest'etica riceve solo dal riconoscimento giuridico il suo fondamento obbiettivo.

Avulsa dal diritto, ogni sforzo per dare un fondamento obbiettivo all'etica politica è vano, e ben a ragione l'Oppenheim, che purtroppo non è un giurista, si proclama assertore del non conoscitivismo valutativo. Basta volgersi intorno per vedere quante ragioni egli abbia: solo che io dubito delle conclusioni ottimistiche sue e di Sartre. La condanna a essere liberi è un'illusione. Del resto non occorreva scrivere un libro e tradurlo per rendersi conto che non c'è valore e neppure realtà che resista alla critica. Perché non si deve

uccidere (fuori del codice penale, s'intende)? Perché il matrimonio deve avvenire fra uomo e donna (fuori del codice civile, s'intende)? Perché Hitler non doveva sterminare gli ebrei? Sono domande che non si devono porre, perché la vita morale è fondata sull'irrazionale. Ricorda Oppenheim la Bibbia dei suoi padri (e anche nostri): « Ecce Adam quasi unus ex nobis factus est, sciens bonum et malum »? Il torto dei noncognitivisti è forse quello di porsi siffatte domande.

MICHELE TARUFFO: *Studi sulla rilevanza della prova*, Cedam, 1970.

Non mi occuperei di questo libro se esso non fosse di un giovane, certamente dotato di qualità, ma deviato dalla moda imperante, che ha ridotto a un gioco quell'augusta cosa che è il diritto. Bastino questi esempi. A pag. 7, dopo aver detto che « il problema del giudizio di rilevanza si risolve nella individuazione del criterio in base al quale il giudice deve formulare il relativo giudizio, criterio che è dato dalla stessa nozione di rilevanza della prova » si soggiunge che si tratta dunque di un problema di definizione, e allora occorre chiarire di quale tipo di definizione si tratti. Testualmente: « Anzitutto siamo in presenza di una definizione nominale, in quanto risponde alla esigenza di stabilire il significato di una espressione linguistica, che equivale alla determinazione di una regola d'uso dell'espressione stessa. In secondo luogo si tratta di riformulare una ridefinizione dell'espressione rilevanza della prova... Inoltre la definizione può anche dirsi funzionale, perché viene elaborata in vista della funzione che il giudizio di rilevanza svolge nella struttura del processo etc. ». Capito? Io no. Ma il chiarimento viene da pag. 42 dove si specifica che la proposizione normativa è composta da due proposizioni collegate che secondo il linguaggio dello Hare possono denominarsi frastico e neustico, con quel che segue. Inutile dire che di questo tipo di giurista fa parte necessaria e integrale il pseudo-diritto comparato specialmente anglo-sassone e sopra tutto la « struttura del ragionamento del giudice ». Fa parte tutto, meno che il diritto: così che il povero lettore che aveva sperato di apprendere dal libro che cosa sia la rilevanza rimane a bocca asciutta e corre difilato a leggersi, non dico Chiovenda, ma il vecchio Cuzzeri o il Borsari certamente con miglior frutto.

Il problema della rilevanza è male inteso quando si dice che col richiedere il requisito della rilevanza delle prove si vuole evitare il possibile spreco di attività processuale, ed eliminare la possibilità

che le parti complichino o prolunghino a loro piacere l'andamento del processo (pag. 4). Ancor peggio è inteso quando si fa del giudice il fuoco, per così dire, della rilevanza, poggiando sull'ufficio a lui demandato dall'art. 187 cod. proc. civ. di verificare la ammissibilità e la rilevanza delle prove prima di ammetterle. Con questo, chiaramente ci si mantiene su una posizione tradizionale che oppone il fatto alla prova, ne fa due cose distinte, ripetendo lo schema tipico del sillogismo. Il vero fuoco della rilevanza è invece la parte, la quale infatti postula ad un tempo, e indissociabilmente, il fatto e la prova, e questo è quello che vogliono significare, al di là di ogni posizione formale, l'art. 163, n. 5 quando dice che l'atto di citazione deve contenere l'indicazione delle prove, e l'art. 115, quando dice che il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti. In altri termini, non esiste un fatto e poi la prova del fatto, ma il fatto nasce dalla prova, e più in generale dal processo, che non è altro che prova. Queste cose io le avevo già accennate nel *Commentario*, vol. III, pag. 51, là dove avevo notato che il problema che sorge dalla postulazione della prova non è processuale, ma sostanziale, o più propriamente, aggiungevo, è processuale, ma con riferimento a quell'ampio processo giuridico che ricomprende in sé le fonti del giudizio.

Posto in questa luce, il problema della rilevanza non ha una esistenza autonoma: esso è il problema unico ed universale della giuridicità del fatto, e più precisamente della sua « processualità ». Questo è il vero giudizio che il giudice compie quando è posto di fronte al dilemma se ammettere o non ammettere la prova che la parte gli deduce (e lo stesso sarebbe se dovesse disporre la prova ex officio): ed è il momento culminante del processo, tanto che costituiva nel vecchio codice, erede di antica tradizione, oggetto di sentenza autonoma, di carattere interlocutorio, ciò che il nuovo codice, forse con eccessiva leggerezza, ha abolito. Come tale il giudizio di rilevanza si distingue dal giudizio di verità che non può avvenire se non dopo la prova data, è cioè la sua valutazione (e qui si radica il famoso problema della verosimiglianza), sebbene nell'unità del processo non si possa in alcun modo escludere una preventiva valutazione di attendibilità (più giusto, anche etimologicamente, sarebbe dire « probabilità »), come dimostra, a tacer d'altro, l'esistenza delle c. d. prove legali o della disciplina legale della prova. Il giudizio di « processualità » del fatto ricomprende quello di « probatorietà », notoriamente non censurabile in Cassazione.

L'esattezza di quanto diciamo trova conferma nella giurispruden-

za, e cioè nella sua osservazione diretta, non sopraffatta da sofistici problemi di struttura del giudizio. A questo proposito il libro del Taruffo, che pure si è dato cura di tentare non agevoli ricerche giurisprudenziali, riferisce, a pag. 65, di una sentenza della Suprema Corte che aveva cassato una sentenza di merito la quale aveva respinto la richiesta di mezzi istruttori in base a una preventiva e inammissibile valutazione dei possibili risultati. Si trattava di una causa per il risarcimento dei danni derivati dalla morte in un incidente stradale, nella quale un parente del defunto chiedeva di provare per testimoni che questi aveva assunto nei suoi confronti l'impegno di corrispondergli una prestazione pecuniaria periodica a integrazione della pensione INPS. Secondo la Corte di merito la prova testimoniale doveva essere disattesa perché, quand'anche avesse avuto esito positivo, non si sarebbe potuto escludere il dubbio che le espressioni verbali profferite dal defunto fossero mere manifestazioni di riconoscenza, prive di carattere vincolativo (nota 120): e questo non poteva essere ammesso sul piano della rilevanza. Sennonché, se il Taruffi avesse continuato nella lettura della decisione (che è del 26 febbraio 1966, FI, 1754) avrebbe osservato una cosa molto singolare: ed è che la stessa Cassazione dopo aver svolto le critiche di cui si è detto, ha soggiunto che ciò che bisognava vedere era se un contratto come quello posto a fondamento della domanda fosse giuridicamente rilevante: la vera fattispecie infatti era quella di un tizio che si era licenziato da un posto di lavoro a favore del defunto, e questi si era impegnato a integrargli la pensione INPS con una parte del suo stipendio. Questa era l'indagine da compiere sul piano della rilevanza: in breve se un simile contratto fosse lecito. E a ben guardare la Corte d'Appello non aveva ragionato molto diversamente, anche se aveva detto che il risultato della prova sarebbe stato ambiguo, perché era in ciò implicito un giudizio negativo sulla giuridicità del rapporto. In fondo il giudizio della Cassazione poteva essere di rigetto con modifica della motivazione.

Il giudizio sulla rilevanza ripete sempre questo schema, in qualunque tempo e in qualunque paese, e questa è la via sulla quale lo studioso si deve incamminare se vuole procurarsi una conferma sperimentale, senza perseguire la chimera, *sub specie juris*, della struttura del ragionamento del giudice, appoggiandosi a più o meno rilevanti autorità iperboree.

TARELLO: *Orientamenti della magistratura, del giurista interprete e della dottrina sulla funzione politica*, in *Politica del diritto*, pag. 459 e sgg.

La rivista *Politica del diritto* (sulla quale v. *Quaderno* IV, pag. 113) pubblica un grosso fascicolo dedicato a « Magistratura e sistema politico ». Non è il caso di occuparsene, perché tutto quello che c'era da dire in materia è stato detto, e forse non c'era nulla da dire. Ma nel fascicolo figura un articolo di Tarello che non si può passare sotto silenzio, sia perché il Tarello è il teorico (e il dotto) della compagnia, sia perché egli si è abbandonato ad alcune deplorevoli affermazioni.

La sostanza dell'articolo è tutta nel suo titolo. Come è nel programma, a tutti i costi si vuol stabilire un rapporto tra il magistrato o il giurista con la politica, nel presupposto che l'uno o l'altro debbono fare della politica. Con questo singolare criterio, che mette nel nulla il diritto, come è facile intendere, il Tarello si sforza (e ci riesce benissimo, perché procede dichiaratamente per opinioni personali) di dimostrare che tutto il sistema europeo continentale è organizzato in modo da « procurare la sterilizzazione politica, e la subordinazione dell'organo o corpo detentore del potere giudiziale ». Questo risultato è stato ottenuto mediante l'accreditamento di una davvero singolare ideologia che è quella di negare la magistratura come potere politico autonomo, rendendola neutrale e facendo sì che essa « iterasse le scelte politiche compiute in altre sedi organizzative senza compierne di diverse in proprio ». In realtà però « le magistrature erano ben lungi dall'essere sterili, erano ben lungi dall'essere neutrali, restavano ben saldamente in possesso di leve di potere politico: insomma le magistrature esercitarono pur sempre necessariamente una funzione politica ». « Ma appunto quella funzione politica fu ancillare o servile nei confronti di centri di potere politico diversi dalle magistrature. L'ideologia di questa funzione servile fu quella della fedeltà (come si conviene alle ideologie del servire): di solito alla legge, talvolta ai diritti o al diritto; come principio gene-

rale degli ordinamenti moderni questa ideologia si chiamò « principio di legalità ».

Avete capito? L'ideologia di non avere ideologie sarebbe la chiave del principio di legalità. *Servi legum sumus*, lo aveva detto anche Cicerone: peccato che abbia aggiunto in un momento di distrazione: *ut liberi esse possimus*. Ma Tarello non era ancora nato, e non si sospettava neppure che potesse nascere, né era nata la politica del diritto. Non lo sospettavano neppure tutte le scuole e le dottrine dell'interpretazione, che dovevano fiorire nel secolo XIX, la scuola dell'esegesi e la scuola storica, che il nostro autore mette tutte in un fascio, accomunate dalla pretesa di mettere la magistratura al servizio di scelte politiche compiute altrove. Per fortuna, il panorama sembra cambiare verso la fine del secolo, e sorgono in varie parti parallelamente altre scuole che si direbbero meno servili delle altre: la scuola del diritto libero etc. Sennonché, ce lo dice lo stesso Tarello, che non rileva l'intima contraddizione, proprio queste scuole furono le più servili, e schiave del momento storico in cui furono create, o di momenti successivi, al punto che furono largamente utilizzate in Germania « in funzione di politiche (economiche, sociali, razziali) del regime socialnazionalista »!

Ecco dove si arriva quando si rinnega il ruolo « ancillare » del magistrato. Ma la verità è che questi politici del diritto concepiscono la libertà del magistrato solo in funzione della loro personale ideologia, mettono cioè al posto dello Stato se stessi. Questo è il senso di tutto il fascicolo, e prima ancora di tutta la dottrina alla quale si ispirano. Non si tratta in sostanza che di superbia. E nulla più di questo studio del Tarello, mi dispiace di doverlo dire, perché io lo stimo e ho per lui un affetto che risale ai tempi di Genova, appare improntato a superbia. Senza voler riassumere tutto, perché finisce col mettersi allo stesso livello degli altri scritti contenuti nel fascicolo, dirò soltanto che successivamente l'autore fa il discorso obbligato sulla dottrina e sulla magistratura italiana, mettendone a nudo la servilità nei confronti della legge. Padrone di farlo, ma non di dire che Carnelutti faceva un discorso aperto « solo per *épater*, senza alcuna intenzione politica diversa da quella di aderire al regime fascista », e peggio ancora di parlare di « sospirosità » di Jemolo, o di « fumisterie » di Capograssi. Non avrebbe parlato così di queste persone se fossero state vive o universitariamente vive. Ed io che sono ancora vivo, di fronte a tanto orgoglio e a tanta irriverenza non posso che dire al Tarello con le parole di Dante: fa, fa che le ginocchia cali.

RILETTURE

ROBERTO VACCA: *Il diritto sperimentale.*

Dopo aver letto quegli insulsi libri che i neo giuristi vanno pubblicando col favore, ahimè, del Consiglio nazionale delle ricerche (alludo particolarmente alla tendenziosa collana edita dal Laterza, all'insegna di una « indagine sull'amministrazione della giustizia e la società italiana in trasformazione ») ho sentito il bisogno di tornare indietro di quarant'anni, e riprendere in mano questo libro del Vacca, che nel suo titolo esprime e riassume la tendenza di un'epoca, e forse la perenne tendenza, a cercare nuove vie per lo studio del diritto. Bisogna riconoscerlo, nessuna scienza, come il diritto, appare ai profani tanto lontana e contrastante con la realtà, e sarebbe facile raccogliere una mezza biblioteca sulla satire che si sono fatte nei secoli sulle leggi e sulla giustizia. Da questo malcontento nasce la tentazione di rifare da capo il diritto, e cioè di creare una nuova e più vera scienza che abbracci il reale comportamento degli uomini, e quindi osservi le effettive e non ideali leggi che regolino quel comportamento, del resto mutevole non solo nello spazio, ma anche nel tempo.

Di qui la qualificazione di sperimentale attribuita al diritto così considerato, con un palese riferimento alle scienze dette appunto sperimentali, delle quali i giuristi hanno avuto sempre una certa nostalgica soggezione.

Esprimiamo l'avviso che nel diritto non vi sia nulla di sperimentale in questo senso. Il diritto è la realtà del rapporto umano, quale si ricava dalle leggi, dalla giurisprudenza, dall'esperienza in generale, e come tale esso prescinde da una globale considerazione della vita, dell'azione umana nella sua mutevole concretezza. Ciò comporta che esso abbia in sé una intrinseca astrazione, tante volte messa in luce da giuristi e da filosofi, che contraddice al metodo proprio delle scienze che dall'esperimento prendono il nome. L'unico « esperimento » possibile nel diritto è quello di riconoscerlo nel fat-

to, cioè di trarre dal fatto la regola che esso contiene. E questo con la scienza c. d. sperimentale non ha nulla a che fare.

Il discorso potrebbe allungarsi, ma non ne vale la pena, anche perché in questi *Quaderni* molte volte abbiamo espresso le nostre idee in proposito. Il punto invece sul quale conviene soffermarsi è quello relativo allo sperimentalismo che si conduce sulla giurisprudenza. In definitiva questo è ciò che interessa ai giuristi o pseudogiuristi della *nouvelle vague*, che inondano il paese di scritti e di volumi sulle ideologie dei giudici, sulla loro estrazione e via dicendo. Il Vacca si era posto, in coerenza col suo diritto sperimentale, questo problema, e ha scritto pagine (le ultime del testo) che i politicanti attuali farebbero bene a rileggere, se non altro per constatare la loro assoluta mancanza di originalità.

Il Vacca ha più di un'osservazione esatta e felice, e così quando mette in rilievo che il giudice, comunque si voglia concepire la sua funzione, non è mai come lo scienziato puro, un semplice spettatore e osservatore imparziale di ciò che avviene nella realtà, ma rappresenta egli stesso uno dei fattori che devono contribuire alla costituzione e al mantenimento dell'ordine giuridico, e ancor più quando, a coloro che vogliono, come è di moda oggi, concedere al giudice una larghezza di interpretazione che gli consenta di integrare le norme di diritto positivo in conformità ai nuovi postulati del progresso giuridico e sociale, risponde che con ciò si verrebbe all'assurda conseguenza che in un periodo di decadimento, il giudice dovrebbe contribuire a coadiuvare alla corruzione e alla conseguente rovina dello Stato (pag. 233). Il mio dubbio si appunta sulla tesi centrale, quella cioè che partendo dalla premessa che non esiste una soluzione unica per ogni controversia (e cioè una soluzione logica obbiettiva), si propone l'indagine dei motivi che determinano la decisione, motivi personali al giudice, che si distinguerebbero in inconsci, consci ma non apparenti, apparenti o legali; indagine che farebbe parte del diritto sperimentale. Come dicevamo oggi questo atteggiamento del pensiero è diffuso in certi ambienti, ma è questo che noi recisamente contestiamo dal punto di vista (il solo che interessi) dello studio del diritto. Tutto questo tipo di ricerche non può condurre ad altro che alla constatazione che i giudici sono uomini. Una cosa, ci sembra, abbastanza ovvia. Il diritto lo sa già, e perciò pone le leggi sostanziali e processuali per limitare quel che di cattivo ed esaltare quel che di buono nella parola uomo si comprende. Con ciò è detto tutto, almeno per chi non voglia sostituire al diritto la politica, e necessariamente la bassa politica.

Francesco Calasso, *Storicità del diritto*, Giuffrè, 1966.

Come è noto, questo volume contiene la raccolta degli scritti che Calasso aveva pubblicato nelle riviste durante la sua breve, ma operosa vita. Gli scritti minori, insomma, come si suol dire, con una espressione che dimostra come agli occhi del mondo anche le opere dello spirito *pondere consistunt*. E invece sono, questi scritti, i piú rappresentativi della personalità di un autore, perché nascono sempre da un'occasione, cioè da una reazione spirituale a qualche evento della vita. Chi abbia conosciuto Calasso ricorderà che la reattività era proprio la sua caratteristica, e forse essa è stata la non ultima causa della sua fine prematura, perché chi reagisce soffre, e grande è stata la ragione del suo soffrire. Ma lo spettacolo che oggi offre la scuola e la vita inducono a pensare tristemente che forse la morte è stata clemente con lui.

Ho riletto questo libro, per compiere un atto di omaggio all'antico preside nel momento in cui sto per abbandonare l'insegnamento. Tutto il mondo nel quale sono vissuto mi è venuto incontro: un mondo di gente proba, che credeva in quel che faceva, riconosceva e rispettava le distanze non formali ma sostanziali, pur nella coscienza della pari libertà e dignità nell'impresa comune. Credo superfluo rendere conto degli studi strettamente giuridici: basti rimandare il lettore a quella relazione sul *Problema storico del diritto comune*, che a me profano è parsa di una folgorante evidenza. A testimonianza di quel mondo remoto di cui or ora parlavo voglio invece fermare l'attenzione sulle polemiche che costituiscono una parte importante del libro. La polemica è un'arte che non si apprende, come la poesia, e Calasso ne tesse l'elogio in alcune bellissime pagine. Una di queste polemiche ha per titolo *Metodo e poesia*, ed è una singolare contesa di Calasso con Carnelutti, sulla *creatività* dell'opera dello storico, che l'avvicina all'opera del poeta. Questa comune creatività era affermata da Calasso, e Carnelutti opponeva che né lo storico né il poeta creano, ma solo *inventano*, nel senso etimologico della parola, cioè trovano o scoprono quello che già esiste. C'è in questo parlare di Carnelutti tutto lo spi-

rito sofistico che animava le sue speculazioni, e Calasso aveva buon gioco a rispondergli che invenzione in italiano ha un senso che non corrisponde alla parola latina. Ma non è questo quello che conta. Il problema che agitava Calasso, e Carnelutti non intendeva, è quello della posizione dello storico di fronte al dato, cioè della valutazione che egli ne fa (e ne deve fare, se è uno storico). Problema antichissimo che corrisponde a quello se la storia sia scienza o arte. Nessun dubbio ci può essere che lo storico crea, e la ragione è che egli non può che creare la realtà di cui i documenti o le testimonianze sono le morte tracce. E crea nello stesso modo del poeta, il quale solo apparentemente non ha documenti o testimonianze, perché i suoi documenti sono il mondo circostante, di cui egli vede e afferma la realtà invisibile agli altri.

Piuttosto, c'è da domandarsi (ed entro anch'io come terza ombra nella polemica) se questa creazione non sia propria, al di là dello storico, del giurista, inteso in senso lato, cioè comprendendo il legislatore e lo studioso del diritto. In fondo il diritto non è altro che la realtà invisibile delle cose, che il giurista riesce a vedere. Né più né meno che come il poeta, al quale assomiglia, se è veramente giurista, cioè se non è un dotto, o falso dotto, inseguitore di mode o simoniaco ricercatore di pratici fini.

CRONACHE

GLI ARTICOLI DEL "GAZZETTINO"

[091]

IL GIUDICE E LA LEGGE

Fra i tanti turbamenti che ha prodotto in ogni campo l'ultima guerra, uno dei più sconcertanti è quello che riguarda lo svolgimento della nostra vita giudiziaria. Dei tre grandi poteri in cui si suole tradizionalmente dividere l'organizzazione statale, quello giurisdizionale sembrava per definizione al di là di ogni possibile agitazione: e in effetti istituzionalmente lo era, perché i giudici sono la voce della legge, e la legge è il punto di arrivo, e quindi di serenità e di pace, delle istanze e delle lotte politiche. Si capisce che questo non deve né può essere inteso in senso assoluto, perché la legge e la sua voce sono sempre una cosa viva, e la vita inesorabilmente s'infiltra nella parola, attraverso la interpretazione: è una lenta e del tutto fisiologica penetrazione, che a lungo andare può produrre anche profonde trasformazioni, ma si svolge sempre nella stretta osservanza del gioco delle parti.

Con la fine della guerra, e soprattutto con l'avvento della Costituzione, improvvisamente questo equilibrio di forze ha cominciato ad incrinarsi. Motivo immediato sono state le rivendicazioni economiche, per cui i giudici si erano costituiti in associazione: una ed unica. Ma ben presto in seno all'associazione cominciarono a manifestarsi tendenze politiche, più precisamente si volle rivendicare per il giudice, e nell'esercizio delle sue funzioni, il diritto di partecipare alla lotta politica, e ben s'intende in qual senso. Di qui la scissione dell'Associazione in due tronchi avversi, uno dei quali prese il nome di « Unione », e raccolse in gran parte i magistrati dei gradi superiori. Ma l'Associazione residua non tardò a scindersi ancora in correnti e sottocorrenti, « Magistratura indipendente », « Terzo potere », « Giustizia e Costituzione », in discorde concordia tra loro, e « Magistratura democratica », dichiaratamente di estrema sinistra. I motivi e i moventi di questa trasformazione della magistratura italiana in un campo di Agramante sono abbastanza noti, così come la storia o la vicenda delle contrapposte azioni. Chi volesse avere un quadro obbiettivo e completo può leggere il libro di un giudice, il Ricciotti, che ha per titolo « Giustizia in castigo ».

Più di questa cronistoria, sotto tanti aspetti poco edificante, crediamo interessi il lettore, che è poi sempre un possibile cliente della giustizia, rendersi conto di quelli che sono i termini del contrasto, al di fuori dell'aspetto corporativo (praticamente di carriera e di stipendio), per quanto anch'esso sia importante e in parte strumentalizzato rispetto all'aspetto ideologico. È superfluo dire che il contrasto ripete quelle forme contestative che si sono manifestate in ogni istituzione, e non solo dello Stato, ma della stessa Chiesa. Si tratta, cioè, di elementi estremisti che (almeno in gran parte) perseguono un concreto fine politico. Ma se questo è un fatto grave, in quanto poco compatibile con la figura del magistrato, il giudizio ne deve prescindere. Sarebbe altrimenti come giudicare del divorzio, tenendo conto del fatto che buona parte dei divorzisti persegue scopi che col divorzio non hanno nulla a che fare. Ciò che importa è solo l'istanza fondamentale che viene rispettivamente avanzata e osteggiata. È valida o no, questa istanza?

Orbene, questa istanza si può sinteticamente esprimere dicendo che si vuole, da parte dei giudici estremisti, rifiutare la figura tradizionale del giudice soggetto alla legge, del giudice apolitico, per sostituirla con quella di un giudice legislatore, e s'intende a senso unico, cioè nel senso degli stessi estremisti. Mediatrice di questa metamorfosi sarebbe la Costituzione, la quale non viene intesa come una legge fondamentale, che fissa certi principi e certe garanzie, ma come uno strumento del quale il giudice deve valersi per creare un mondo nuovo, il mondo da lui personalmente vagheggiato.

Si badi bene che questa idea del giudice legislatore non è nuova: essa ricorre continuamente nella storia, ma in termini modesti, come rimedio al rigore e alla rigidità della legge (si pensi al giudice Magnaud, della fine dell'Ottocento). Nei termini attuali essa però è nuova, e bisogna dire che è inaccettabile, poco meno o poco più che una aberrazione. La dimostrazione elementare si ricava dal fatto che in regime democratico la legge deriva dal popolo attraverso organi che lo rappresentano: ma il giudice non è un organo rappresentativo, se non nella forma indiretta che deve realizzare la legge voluta dal popolo. Il giudice che si fa legislatore non crea la legge, ma la nega, perché è chiaro che ci sarebbero tante leggi quanti giudici. La stessa costituzione fa il giudice « soggetto alla legge », e non potrebbe essere altrimenti.

Ma la Costituzione ha fatto qualcosa di più. Essa, proprio perché voleva evitare che il giudice si facesse legislatore impugnando come un'arma i suoi principi, ha istituito la Corte Costituzionale, consen-

tendo al giudice soltanto di provocare il giudizio di costituzionalità. Si capisce che questo non basti agli estremisti, proprio perché il loro scopo è meramente politico. Ma essi devono contentarsi, perché, come dicevamo in principio, il diritto è tale per cui esso accoglie e assorbe tutte le istanze politiche, non ne lascia nessuna al di fuori, a disposizione dei giudici, onde la politica dei giudici diventa e non può essere altro che la politica del diritto.

Naturalmente i magistrati, anche i più estremisti, non possono sottrarsi apertamente a queste verità, che, ripeto, sono elementari. Essi perciò nascondono le loro istanze dietro l'interpretazione, e attraverso l'interpretazione che chiamano « evolutiva » vogliono compiere la loro opera di eversione. Ma anche qui essi non possono resistere alla critica più immediata: che è data da ciò, che l'interpretazione deve sempre avvenire nell'orbita del sistema della legge. La loro pretesa viene a infrangere questo sistema, e perciò è istituzionalmente e costituzionalmente illegittima.

Valga un esempio. Davanti a un pretore erano stati portati alcuni studenti imputati di aver occupato l'Università, e impedito gli esami. Il pretore li mandò assolti asserendo che gli studenti sono padroni dell'Università, e legittima è l'occupazione, come legittimo è il disturbo degli esami, quando si vuole una riforma della scuola. È evidente che qui il giudice ha creato la legge perché è uscito dal sistema, che ha stabilito tutta una organizzazione della scuola, in cui ciascuno svolge il suo ruolo.

Da qualunque parte si guardi, dunque, l'impostazione della lotta è illegittima, oltre che assurda, e non c'è dubbio che le resistenze delle associazioni e delle correnti opposte sono più che giuste. Direi anzi che in questa resistenza sta il lato positivo di questa contesa, sotto ogni altro aspetto rattristante. In definitiva è sempre una battaglia per la libertà che si combatte.

(9 ottobre 1970)

[094]

POLITICA E DIRITTO

Come è ormai noto anche a chi guarda da semplice e un po' smarrito spettatore a queste vicende, la separazione di un forte gruppo di magistrati dall'originaria associazione, con la costituzione della « Unione », formata da giudici prevalentemente di grado superiore, non ha portato la pace tra le file della maggioranza rimasta fedele. Con un fenomeno parallelo a quello dei partiti, si sono costituite nell'associazione varie correnti, una delle quali peraltro è il vero segno di contraddizione, mantiene cioè in seno all'associazione le posizioni estremistiche che avevano portato alla scissione. È questa la cosiddetta Magistratura Democratica, minoritaria ma irriducibile e attivissima. Dopo infiniti, e forse ingenui, tentativi di accordo, le altre correnti erano riuscite a formare una giunta di moderati, ed era un bel traguardo faticosamente raggiunto. È invece di oggi la notizia che la pace era illusoria, perché già alcuni dei moderati hanno contestato l'elezione, con manifesta adesione alla frazione soccombente. Ancora una volta — e non può essere che così — « Satan conduit le bal ».

Crediamo che, al di sopra e al di là di queste dolorose schermaglie, e anche per intenderle nel loro reale valore, convenga rendersi conto della posta in gioco, cioè praticamente di quel che vogliono questi magistrati democratici, indocili a ogni volontà della maggioranza. Conviene dire subito che anche tra i magistrati democratici, vi sono quelli che non spingono tanto avanti le cose; sono animati da un onesto desiderio di giustizia sostanziale e quindi di serie riforme. Ma come sempre costoro non fanno testo: anzi, quando compiono il loro dovere nell'applicare la legge, cioè quando fanno i magistrati, sono censurati e quasi tacciati di tradimento. Tutti ricordano, credo, il caso del Pubblico Ministero Occorsio che aveva perseguito con la sua azione giudiziale un certo Tollin, accusato di istigazione al delitto. Fu deplorato pubblicamente dall'assemblea dell'associazione, al punto che, sdegnato, presentò le sue dimissioni.

La tesi dei (veri) magistrati democratici si può enunciare sinteticamente in questi termini. Secondo la concezione classica del giudice, e nel giudice si comprende ovviamente il Pubblico Ministero, egli è

in una posizione essenziale di « neutralità »: la legge cioè, nel contrasto tra le parti, è realizzata da un organo che, per definizione al di sopra delle parti, è « neutrale ». Le cose, obbiettano questi magistrati, non stanno così perché in realtà i giudici, in quanto inseriti in un contesto sociale, non possono essere neutrali, ma riflettono questo contesto, onde vi è in essi e nella loro opera un elemento ineliminabile che si può e si deve indicare come politico. Come si vede, l'impostazione ha un carattere più o meno filosofico: e nei limiti della filosofia è non solo accettabile, ma rispondente ad un'effettiva e riconosciuta *ab antiquo* realtà. Si deve anzi aggiungere che in questi ultimi tempi la posizione del giudice nel concretamento del diritto è stata particolarmente studiata ed è stata ribadita la sua funzione « creativa » perché le costruzioni dei teorici l'avevano trascurata, con un fatale sbocco nel formalismo giudiziario. Finché dunque i giudici democratici si limitano a questa impostazione non c'è nulla da obiettare.

Senonché il discorso dei giudici democratici non è filosofico, o la filosofia è per loro solo un trampolino di lancio. Infatti la negazione della « neutralità » da essi affermata, e nei limiti astratti sopra accennati ammissibile, è immediatamente snaturata in quanto si tace che la creatività del giudice, se si vuole la sua politicità, opera sempre nell'orbita della legge: è cioè la legge, nella sua lettera e nel suo spirito, che rivive in lui, e in lui trova quel momento essenziale nella sua stessa esistenza che è dato dal suo concretamento: il passaggio appunto dall'astratto della norma al concreto del giudizio. La politica del giudice diventa quel che nelle intenzioni si voleva che fosse, e cioè una politica negatrice della legge, sovvertitrice del sistema, e si può dire più in generale del diritto, perché il diritto è il naturale, ineliminabile ostacolo all'appagamento delle personali ideologie, delle ideologie cioè che non sono state accolte dal diritto, non si sono giuridicizzate. Non occorre altro, crediamo, per capire che con la rivendicazione del giudice alla politica si tende a una politica di partito. Del resto è questa una tendenza che si ritrova anche nell'ambito dei professori di diritto, i quali recentemente han dato vita a una rivista intitolata senza ambagi « Politica del diritto ».

Che questa specie di politica sia incompatibile col diritto è indubitabile. E la riprova si ha proprio nel fatto che coloro che la professano lo fanno in nome della costituzione, ma, poiché anche la costituzione è una legge, si trovano costretti a negare (e pretendere che si neghi) la costituzione, inventando una costituzione non scritta, una specie di metacostituzione conforme alle loro idee. Le quali, se restassero nel campo delle idee, non farebbero male a nessuno: ma il guaio

è che essendo i giudici titolari di una frazione di potere, le fanno diventare fatti di fronte ai quali si rimane quanto meno pensosi. Basta scorrere un giornale per vedere come le sentenze « politiche » si vadano moltiplicando. Ma i casi più clamorosi sono stati quelli di due giudici di Roma e Firenze che hanno pubblicamente contestato l'intera magistratura italiana, accusandola di essere asservita a una determinata classe, di far giustizia di classe. Altri magistrati li hanno incriminati per vilipendio, ma naturalmente essi hanno contestato e contestano il reato di vilipendio, sostenendone la incostituzionalità. E d'altra parte non si deve dimenticare che da questi « democratici » è partita l'accusa di repressione, diretta contro i pubblici ministeri e i giudici che hanno incriminato scioperanti autori di delitti comuni: e il risultato si è visto nella recentissima amnistia.

Non si tratta perciò di cose da poco, e, con queste tendenze, si potrà arrivare al punto che il cliente della giustizia dovrà mettere sulla bilancia delle probabilità anche la politica del diritto. Ma il curioso è che questi giudici e giuristi che si proclamano democratici operano secondo una precisa logica: la logica dei regimi totalitari. Questi sono fondati essenzialmente su una ideologia: i giudici ed il pubblico ministero devono essere i custodi di questa ideologia, nei confronti di tutti; sono delle mere emanazioni del potere esecutivo, verso il quale rispondono per sé e gli altri. In tal modo è certo che i giudici e i giuristi democratici lavorano per la loro distruzione, perché nessun regime autoritario consentirebbe loro di contestare la legge, cioè di fare la politica del diritto. Il nostro stato, almeno « de jure », non conosce ideologie, quindi non conosce e non ha bisogno di conoscere la politica dei giudici. In questa assenza costituzionale di ideologie sta la sua debolezza, che ci spinge talora a disperate recriminazioni, ma non bisogna mai dimenticare che sta anche la sua forza, la nostra forza.

(18 ottobre 1970)

[097]

I SOFISMI DEI DIVORZISTI

La nostra antica, connaturata idea del matrimonio, indissolubile se non per la morte di uno dei coniugi, pare non voglia sparire senza lasciare strascichi di dispute e di questioni, che renderanno ancor più incerta la nostra esistenza. E non può essere che così, se è vero, come dalle vicende parlamentari ed extraparlamentari è dato arguire, che il gordiano nodo matrimoniale non viene sciolto con la ragione, ma con la spada di un Alessandro, anzi di due Alessandri, gli onorevoli Fortuna e Baslini. Dopo un secolo di assalti, sembra proprio che la volta buona (o, secondo i punti di vista, cattiva) sia arrivata. Sarà dunque bene, al di là di ogni opinione personale, considerare quali possano essere le immediate cause di attrito che si profilano nel testo stesso della legge approvato dal Senato, anche per aiutare l'altro ramo del Parlamento nel difficile varo.

Su tutte queste cause, che possono attribuirsi a difetti di tecnica legislativa, una sovrasta, perché investe la legge nel suo complesso, ed è la compatibilità del divorzio col Concordato. È una questione arcinota e arcidiscussa, tanto che pareva addirittura superata. Ma che essa sia soltanto sopita, e pronta a risorgere, lo dimostrano il tentativo fatto in extremis in sede legislativa di rimandare l'entrata in vigore della legge alla conclusione degli accordi con la Santa Sede per la modifica dei Patti Lateranensi (tentativo ovviamente respinto) e la recentissima presa di posizione di dieci professori universitari che hanno denunciato al Presidente del Consiglio la contraddizione tra il permanere dell'art. 82 del codice civile, il quale stabilisce che il matrimonio celebrato davanti a un ministro del culto cattolico è regolato in conformità del Concordato, e la nuova legge, la quale, disponendo la cessazione degli effetti civili (leggi « divorzio ») in determinati casi, viene ad ammettere la coesistenza di due matrimoni, con quali conseguenze è facile immaginare. L'eccezione sollevata da questi professori è gravissima, e non pare facilmente superabile. Bisognerebbe sopprimere l'art. 82, ma non si può sopprimere l'art. 82 senza modificare unilateralmente il Concordato, ciò che oltre tutto dovrebbe essere vietato dall'art. 7 della Costituzione.

Di fronte a questa barriera che il legislatore stesso si è posto, conviene vedere come i divorzisti hanno finora ritenuto di negare che il Concordato ostacolasse la loro libertà d'azione. Cercheremo di farlo nel modo più chiaro possibile, sebbene la sottigliezza del ragionamento giuridico sia da costoro portata all'esasperazione.

In sostanza si sostiene questo: quando l'art. 34 del Concordato dice che lo Stato italiano riconosce al Sacramento del matrimonio disciplinato dal diritto canonico gli effetti civili, esso intende riconoscere l'atto matrimoniale regolato dal diritto canonico come fonte degli stessi effetti che ha il matrimonio civile. I divorzisti cioè introducono una distinzione fra atto ed effetti, attribuendo al primo la regola concordata (quella del diritto canonico), ai secondi la regola unilaterale e quindi mutevole dello Stato. Tra gli effetti c'è la indissolubilità, sancita dall'art. 149 del codice civile, che non è inclusa nel Concordato, come non è incluso alcun « effetto » del matrimonio. In definitiva, quindi, solo le condizioni di validità del matrimonio, oltre la forma, sono vincolate al Concordato.

La sottile costruzione è tutt'altro che nuova. Essa ha anzi un singolare precedente, perché fu affacciata primamente da Mussolini subito dopo il Concordato, quando cominciò a dare segni di pentimento per il passo che bene o male aveva compiuto. Ed è singolarissimo, quasi comico, che i divorzisti di oggi, in genere facenti professione di antifascismo, si trovino sulla linea del duce, in opposizione agli epigoni del fascismo. Sono gli scherzi della politica, e non bisogna farci caso, tanto più che già sotto il fascismo vi furono illustri e insospettati autori, come lo Jemolo e il Ravà, che accolsero la distinzione. Quel che conta è vedere se essa regga, non in astratto, ma di fronte al Concordato.

L'obiezione fondamentale che si può fare è, a nostro avviso, questa. Si distingua pure su un piano teorico tra atto ed effetti dell'atto (cosa peraltro discutibile, essendo difficile concepire una regola diversa e anzi opposta per l'atto e i suoi effetti): ma il punto è che l'art. 34, letto nella sua interezza, dice che « lo Stato italiano, volendo ridonare all'istituto del matrimonio, che è base della famiglia, dignità conforme alle tradizioni cattoliche del suo popolo, riconosce al Sacramento del matrimonio disciplinato dal diritto canonico gli effetti civili ». Ora, sembra davvero poco credibile che lo Stato, per realizzare questo grandioso fine di ridonare dignità ecc., si limiti a concedere che la forma e le condizioni del matrimonio siano regolate dal diritto canonico, cioè poco più che un'inezia. E d'altra parte appare legittimo pensare che la Chiesa in tanto ha stipulato un con-

cordato in quanto voleva la regola del vincolo, non la regola dell'atto.

Forse più profondamente si può dire quasi rovesciando la argomentazione, che è l'antica, tradizionale, in senso ampio religiosa indissolubilità del matrimonio dello Stato italiano che è stata consacrata nel Concordato, o sulla piattaforma il Concordato si è eretto. Non bisogna dimenticare che prima che nel diritto canonico la indissolubilità era nel diritto italiano, e già nel codice del 1865, e a questo nostro matrimonio, così come è sempre stato e sentito, ha pensato lo stesso costituente quando ha scritto nell'art. 29: « La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio ». Non è facile, e non è giuridico, sbrigarsi di queste parole considerandole come enfatiche. Per il costituente, come per noi, il matrimonio non può essere che quello che abbiamo sempre conosciuto, il « nostro » matrimonio, col suo carattere di indissolubilità.

Dicendo queste cose non si è né divorzisti né antidivorzisti, cioè non si fa della politica, ma si è semplicemente giuristi. E di fronte alla politica il diritto mostra la sua forza radiosa, il suo autonomo valore, che non si lascia abbattere da nessuna violenza. Comunque infatti si voglia pensare (e anche fare), ecco che esso serenamente ci indica nel principio di non contraddizione i limiti del nostro pensiero e della nostra azione. Quando l'art. 2 della legge approvata dal Senato ci dice che « il giudice, nei casi in cui il matrimonio sia stato celebrato con rito religioso... pronuncia la cessazione degli effetti civili », mentre l'art. 82 del codice civile si rifà, come si è visto, alla regola del Concordato, si ha un bel sofisticare: la contraddizione tra queste due norme è evidente, e non può essere ignorata, anche perché non si può ignorare l'art. 7 della Costituzione. Non è lecito insomma togliere al matrimonio gli effetti civili, qualunque essi siano, che per il Concordato gli sono stati attribuiti, senza mettere nel nulla, unilateralmente, il Concordato stesso.

È difficile prevedere come potrà essere risolto, ma questo è certo il primo problema che si presenterà alla Camera, e di fronte ad esso non si potranno chiudere gli occhi, come pure verrebbe voglia di fare, per amore di pace. Il diritto, che è essenzialmente strumento di pace, non lo consente.

(31 ottobre 1970)

[100]

SENTIMENTO DEL DIRITTO

L'articolo « sofismi e divorzio » mi ha procurato la curiosa lettera di un lettore che mi qualifica malato di retorica e mi accusa di sprecare miliardi di parole per negare il sole. È una cosa, considerata episodicamente, senza importanza: ma importante diventa se la si considera su un piano generale, e come espressione di una mentalità, non di uno stato emozionale o di un atteggiamento in senso lato politico. La sostanza del mio discorso era che l'introduzione del divorzio in Italia non era compatibile col Concordato e con le leggi che ne sono derivate: un discorso dunque rigorosamente giuridico, che si poteva certamente contestare, ma sempre sullo stesso piano del diritto, cioè della realtà. Il mio ignoto corrispondente, con la sua esplosione, proprio questo non ha voluto ammettere, che il diritto regoli qualche cosa, costituisca l'invisibile ma invalicabile barriera che si oppone alle nostre particolari volontà e velleità. Il « servi legum sumus ut liberi esse possimus » andava bene per Cicerone non per i suoi tardissimi nepoti.

Ora questo atteggiamento non è un fatto isolato, lo si ritrova un po' dappertutto nella varie manifestazioni della lotta politica e non solo politica, così che si può dire senza esagerazione che la perdita del sentimento del diritto è una caratteristica del tempo in cui agitatamente viviamo. Non ha nessuna importanza che al fondo ci sia la passione o addirittura la malafede: il fenomeno deve essere considerato obbiettivamente, non secondo le riposte intenzioni. Si è detto che il fine giustifica i mezzi: ma se il mezzo è la negazione del diritto ciò significa che il diritto è morto nei cuori.

Sotto questo profilo devono essere intesi due recenti episodi di cui si sono ampiamente occupate le cronache. Il primo è quello del procuratore generale della Repubblica in Firenze, dott. Calamari. Questo alto magistrato, in seguito all'assoluzione di alcuni vigili urbani dall'accusa di sciopero in un pubblico servizio, aveva indirizzato al comandante dei vigili una lettera nella quale lo si ammoniva che l'assoluzione era stata determinata la mancanza di dolo, e non si doveva quindi ritenere che il giudice avesse riconosciuto la legit-

timità dello sciopero. Che il gesto potesse determinare in qualche settore politico sfavorevoli commenti, si può comprendere: ma l'incredibile è che la reazione si è concretata in una denuncia al Consiglio superiore della magistratura, il quale ha discusso seriamente se invitare il Ministro ad aprire nei confronti del dott. Calamari giudizio disciplinare, e pare che solo per uno o due voti il pericolo sia stato scongiurato. Il secondo è quello di due avvocati dello Stato che, per aver sostenuto davanti alla Corte Costituzionale che l'art. 7 della Costituzione, recependo i Patti lateranensi, li ha come si suol dire costituzionalizzati, con la conseguenza che la legge sul divorzio sarebbe incompatibile con la Costituzione, si sono visti niente di meno che denunciare da due deputati al Procuratore della Repubblica per infedele patrocinio (art. 264 cod. pen.). Ciò in quanto la tesi sostenuta dai detti avvocati davanti alla Corte contrasterebbe con la posizione assunta in sede politica dal Governo.

Riteniamo che sia la prima volta nella nostra storia che si verifichino simili cose, ed è questo che le rende interessanti e preoccupanti insieme. Si può discutere il merito quanto si vuole, ma il punto centrale, comune ad entrambi gli episodi, è questo: che si è misconosciuto quel meraviglioso gioco delle parti nel quale si articolano le strutture dell'organizzazione giuridica, cioè si è negato, più semplicemente, il diritto. Per quel che riguarda il caso del dott. Calamari, non vi può essere dubbio che l'atto da lui compiuto rientrava nello svolgimento del proprio ufficio. C'è un art. 73 dell'ordinamento giudiziario il quale stabilisce che il Pubblico ministero vigila sull'osservanza delle leggi: e nessuno può contestare che questa vigilanza possa e debba esplicarsi anche con ammonimenti di carattere normativo, quale è quello di esplicare la portata di una certa sentenza, rilevante per il rispetto della legge.

Si tratterà di un'opinione, perché il Pubblico ministero non è giudice, ma sarà un'opinione dell'organo che appunto per questo è creato, nella dialettica del giudizio. Basta ciò — e non occorre essere giuristi per saperlo — per escludere che quel che un organo compie nello svolgimento dell'officio possa costituire materia di procedimento disciplinare. Il rapporto disciplinare è un rapporto esterno all'officio: esso concerne l'aspetto amministrativo, con i suoi diritti e i suoi doveri, che non interferiscono per definizione con l'officio.

Per quel che riguarda gli avvocati dello Stato il discorso è solo apparentemente diverso. In realtà l'avvocato dello Stato (quello che

anticamente si chiamava avvocato erariale) non è in una posizione tale che egli debba svolgere la sua funzione secondo la politica di chi, in un determinato momento, regge lo Stato, cioè del Governo; tanto meno secondo la volontà particolare di questo o quel ministro, al quale non ha da richiedere e tanto meno da lui deve accettare degli ordini. Tra l'avvocato e il Governo sta precisamente il diritto, la legge che egli deve affermare secondo le sue libere convinzioni, senza riguardi alla contingente politica. Avvocato « dello Stato » significa proprio questo, e ciò si può rilevare anche nell'ordinamento positivo, tanto che vi è stato qualcuno che ha con acutezza affermato che le funzioni dell'avvocato dello Stato si avvicinano più a quelle del magistrato che a quelle del libero professionista (sebbene anche sul rapporto avvocato-cliente ci sarebbe a nostro avviso molto da dire, a questo proposito).

Nei giudizi davanti alla Corte Costituzionale, presso la quale non è stato istituito il Pubblico ministero, l'avvocato dello Stato sostanzialmente sostituisce quest'ultimo, formalmente rappresenta il Presidente del Consiglio, che per altro non ha veste politica, né è esponente del Governo, ma è inserito nella dialettica del giudizio di legittimità, che è un giudizio essenzialmente ed esclusivamente giuridico. Come tale non può certo dare ordini all'avvocatura dello Stato, la quale agisce (o non agisce) secondo la sua obiettiva valutazione.

Ora, queste cose che diciamo non sono arcane, riservate a pochi specialisti: esse vivono, più o meno consapevolmente, nel cuore di ciascuno di noi, perché, come dicevano gli antichi, ogni uomo nasce giurista. Ed ecco che questo sentimento del diritto scompare, il che significa, per dirla carduccianamente, che si smarrisce il senso dell'essere. Le parole non sembrino troppo gravi. Al di fuori di ogni astratta speculazione, il diritto non è altro che la certezza dei rapporti umani, alla quale è in definitiva ancorata la certezza stessa dell'individuo. È una certezza che si raggiunge con la forma, e il valore del diritto è proprio nell'essere forma, o, ciò che è lo stesso, nel dare forma alla vita.

Gli episodi che abbiamo narrato, compresa la lettera sul divorzio, dimostrano soltanto l'insofferenza che si è generata (e sarebbe bello indagarne le ragioni) della certezza e della forma, e quindi del diritto. È sintomatico, che nessuno, di nessuna parte, l'abbia notato. Eppure sarebbe stato sufficiente pensare che le pretese avanzate contro il Pubblico ministero (come anche contro l'avvocatura) non erano in sé e per sé insensate. In sostanza che cosa si voleva? Che il Pub-

blico ministero fosse, anche nella sua funzione, un organo amministrativo, agisse non per vegliare all'osservanza della legge, ma per obbedire al volere e all'arbitrio di un principe. Certo in tal caso non esisterebbe, per lui e per noi, che un rapporto disciplinare. È una concezione non solo astrattamente, ma concretamente, possibile e realizzabile. Basta voltare una pagina della storia.

(29 novembre 1970)

IL DIVORZIO E LA SUA LEGGE

Le luci della ribalta parlamentare si sono spente, e il divorzio è entrato ormai nel nostro ordinamento. C'è stata la tentazione, per i divorzisti, di inscenare gioiose dimostrazioni, con bande e cortei per le vie della capitale: poi — fatto singolare e sintomatico in un popolo emotivo come il nostro — la ragione ha finito col prevalere, e la vittoria è stata accolta in relativo silenzio. Si è avuta l'impressione di un campo di battaglia in cui vincitori e vinti si raccolgono smarriti insieme per contare e riconoscere i propri morti.

Bisogna compiacersene. Si è letto spesso in questi giorni che l'avvento del divorzio è un fatto storico, e anche noi pensiamo che lo sia, non però nel senso comune di un esteriore mutamento nella vita di un popolo. Quel che muta è la vita spirituale dell'individuo, nella sua proiezione più alta e più naturale (la parola si trova nella Costituzione) che è la famiglia. Per convincersene, bisogna pensare non alla vicenda episodica di questo o quel disgraziato che ha atteso la legge per liberarsi di un vincolo già distrutto, e convolare a nuove e sperabilmente meno infauste nozze, ma alla famiglia futura, a quella che nascerà con l'ordine nuovo, e ai due individui che vorranno formarla, e saranno in essa impegnati. Non c'è dubbio che il loro duplice « sì » pronunciato davanti a qualunque ufficiale, sia religioso sia civile, avrà un diverso valore: e non è possibile che questo non abbia gravi riflessi sul piano psicologico.

L'uomo guarderà alla donna e la donna all'uomo con nuovi occhi, e il senso del sacro che per migliaia d'anni ha accompagnato il matrimonio cederà più o meno lentamente all'idea del transeunte e dell'effimero. Le conseguenze sono assolutamente imprevedibili. Bisognerà aspettare che cessi la prima ondata di divorzi, che sarà determinata da situazioni già scontate, e perciò sarà relativamente poco probante. È l'uomo nuovo quello che conta, l'uomo che saprà di poter divorziare, e con l'uomo nuovo la nuova famiglia.

Di fronte a una legge che è già entrata a far parte dell'ordinamento, sembra buona regola di saggezza far tacere tutte le passioni e considerarla piuttosto nella sua obbiettività. Solo attraverso questa

serena considerazione si può entro certi limiti prevedere il futuro, perché il modo come il legislatore ha concepito il divorzio sarà determinante per l'individuo e quindi per la società di domani. Ora, mettendosi su questo piano, la prima osservazione che balza agli occhi, anche attraverso il confronto fra le varie redazioni del testo legislativo che si sono succedute, è che il legislatore abbia dato vita a un tipo di divorzio diverso da quello che era generalmente nei voti, o addirittura da quello che il divorzio è nella sua stessa natura, e quasi nella sua stessa etimologia. Divorzio deriva dal latino *divertere*, cioè esprime il dominio della libera azione e della libera volontà, paradossalmente la stessa e opposta azione, la stessa e opposta libertà da cui nasce il matrimonio. Invece nel suo testo definitivo l'art. 1 della legge, che ha carattere programmatico, sembra chiaramente interporre una barriera giudiziale tra la volontà e il divorzio.

Non basta cioè che sussista una causa tipica per divorziare (una delle cause indicate nell'art. 3 e che tutti ormai conoscono): occorre che il giudice « accerti che la comunione spirituale e materiale tra i coniugi non può essere mantenuta o ricostituita ». Non sappiamo (e non crediamo) se in altre leggi esista una simile formula: ma è chiaro che, se le parole hanno un valore, si è attribuito al giudice un compito immenso, quasi sovrumano, che è quello non semplicemente di accertare se sussista una causa di divorzio, con un giudizio del tutto formale, e quasi apparente, ma di rendersi arbitro della opportunità del divorzio. In altri termini, non sono i coniugi che divorziano, ma anche il giudice.

Potrà darsi che la pratica, in questo caso la malinconica pratica, riduca questa funzione del giudice a una mera *routine*: ma l'idea è quella che è, ed è la dimostrazione che nel legislatore si è insinuata, quasi suo malgrado, la preoccupazione della famiglia al di là delle persone che intendono divorziare, il senso della distruzione sociale che il divorzio comporta. Quanto, sotto questo aspetto, sarebbe stato meglio che si fosse proceduto a una integrale revisione dell'ordinamento familiare, e in questa totale revisione si fosse introdotto e regolato il divorzio!

La seconda immediata osservazione è quella del rapporto tra divorzio e separazione. Come è facile rilevare, la vera « causa » di divorzio è la separazione, essendo tutte le altre cause patologiche e rare. La separazione è diventata l'anticamera del divorzio: è questione di anni, ma dopo questa prima frattura della vita coniugale il divorzio sembra fatale. Orbene, in questa successione causale e temporale sorgono problemi quasi insuperabili: perché il legislatore

non si è accorto che nel nostro indissolubile matrimonio la separazione era radicata o al mutuo consenso o alla colpa con gravi conseguenze in ordine al patrimonio, ai figli, ai diritti personali dei coniugi. Se il divorzio supera l'idea della colpa, come si può conciliare con esso una separazione che sulla colpa si fonda? Il coniuge colpevole riceve una insperata assoluzione, se non addirittura un premio, dall'introdotto divorzio? La contraddizione fra i due istituti, legati, insistiamo a dire, l'uno all'altro da un nesso di causalità, non può essere più stridente, e più manifesto non potrebbe essere l'errore di aver voluto scindere il divorzio dalla riforma del diritto di famiglia.

Avviene così che questa famiglia rispunta da tutti i lati, e contesta il divorzio, se ci è lecito usare questa parola di moda. Vero è che il legislatore sembra averne avuto la sensazione, perché nella fretta di concludere il suo penoso lavoro ha dettato una norma finale, con cui stabilisce che le disposizioni vigenti sulla separazione coniugale si applicano « per quanto di ragione » anche in caso di divorzio.

Ritenuto che sia la prima volta che questa formula sbrigativa di carattere curiale si trovi in una legge, si deve purtroppo dire che l'appello alla ragione da parte di un legislatore che non ha voluto o potuto ragionare ha in sé qualcosa quanto meno di paradossale.

(6 dicembre 1970)

[107]

LA TRAGEDIA DELLA SCUOLA

Tragedia o farsa, a seconda di come la si consideri. Tragedia, certamente, se si pensa ai giovani, e sono la grandissima maggioranza, che vogliono prepararsi seriamente alla vita; alle famiglie, che ancora sentono l'impegno che grava su di esse nella organizzazione sociale. Farsa, se si considerano i termini soggettivi e oggettivi del contrasto, che non sono operai e datori di lavoro, e conflitti di interessi esprimibili in termini monetari, ma studenti di qualunque taglia e professori o maestri, tra i quali un conflitto di interessi non è neppure immaginabile. Si apprende dai giornali che cinquecento scuole sono state occupate: meglio sarebbe dire disoccupate, perché l'occupazione è lo stato naturale della scuola, dove si va per insegnare e per imparare. In fondo basterebbe che i professori e i maestri se ne stessero a casa, e tutto sarebbe finito. Alla grande chiassata succederebbe il silenzio.

Ma sarebbe un silenzio di morte, perché la fine della scuola segnerebbe la fine della civiltà. Per questo, i professori e i maestri non disertano il campo, subiscono, nella totale carenza dello Stato, le più atroci umiliazioni; e per questo chi osserva obbiettivamente la vita, cerca di rendersi conto delle ragioni della tragedia o della farsa, di scoprire quel che si vuole, se qualche cosa si vuole. L'impresa non è facile, perché è evidente che alla base c'è una speculazione politica, una volontà di disordine, che sarà appagata quando l'ordine regnerà a Varsavia (e ci consentano questi speculatori di non augurarlo neppure a loro): ma nemmeno la politica può sottrarsi alla logica, e se vuole, non dico trionfare, ma perpetuare il gioco, deve ancorarsi a qualche cosa di serio e di concreto. C'è questo serio? C'è questo concreto?

Bisogna limitare il discorso, prescindere dai fattori esterni che si adducono per giustificare il contrasto, e così la carenza di aule, addirittura di edifici scolastici, l'eccessivo affollamento, con tutte le conseguenze che ne derivano. Questo è un problema enorme, di carattere sociale, e nessuna forza umana può risolverlo senza operare direttamente sulla società. Noi viviamo in un tempo in cui la scuola si è totalmente strumentalizzata, cioè non ha più praticamente fini

di studio. Il titolo scolastico, di qualunque grado, nella sua astrazione è ritenuto il veicolo, necessario e sufficiente, per andare a corte, cioè per entrare nella borghesia, concepita come il regno del legale e redditizio far niente. E non si può escludere che la borghesia, col suo progressivo declassamento, abbia contribuito alla formazione di questo mito. La demagogia imperante ha raccolto l'intuizione e l'ha fatta subito propria, facilitando in tutti i modi la conquista di quel titolo, riducendo programmi, eliminando difficoltà. Alterando senza ragione le antiche strutture.

Questo fenomeno è particolarmente sensibile nelle università che sono state gettate nel caos, anche là dove la vita si è apparentemente normalizzata. Basta ricordare la famosa, per non dire famigerata, liberalizzazione dei piani di studio, che ha praticamente consentito ai giovani di scegliersi come credono le materie di insegnamento, con lo spolverino formale della approvazione delle esautoratissime autorità accademiche. Ed è di ieri l'apertura indiscriminata dell'università, prima a chiunque abbia un titolo di scuola media purchessia, senza alcun collegamento con la facoltà che si presceglie, poi a chiunque abbia raggiunto i venticinque anni, con la fragile barriera di un esametto di cultura, che non si sa in che cosa possa consistere. Si direbbe che la società è in preda a un'ondata di paura, e come lo scorpione circondato dal fuoco non trovi altro rimedio che pungere se stesso. Ma, ripeto, questo è un serio e grave discorso, che, pur avendo come centro la scuola, esorbita dalla scuola, e non se ne può trattare occasionalmente.

Quel che, invece, sembra opportuno, per una diagnosi preliminare, è prendere in considerazione le specifiche richieste di contenuto strettamente scolastico, e più che degli universitari, dei ragazzi e dei ragazzini che hanno innalzato, non solo metaforicamente, i vessilli o i cartelloni della rivolta. Ci siamo voluti rendere conto di persona, per quanto possibile, nella confusione determinata dalle cosiddette frange estremiste, presenti e operanti ovunque. Il motivo fondamentale ci è sembrato quello di una esigenza di partecipazione dei ragazzi al governo della scuola, come a dire la contestazione della autorità. È ovviamente il motivo di moda, che si estende a tutta l'organizzazione sociale, e non soltanto politica o amministrativa, ma perfino religiosa. Nel caso dei ragazzi il fatto assume naturalmente aspetti caricaturali, ma non bisogna sottovalutarlo, perché anzi può essere nella sua ingenuità rivelatore.

Governo della scuola può essere infatti una cosa seria, anzi è serissima se si pensa a tutto ciò che occorre per « costruire » un uomo,

e se si dà per ammesso che l'uomo debba o possa essere costruito nella scuola. Disgraziatamente questa « costruzione » sta al limite dell'utopia, di una utopia che spesso è un comodo mezzo di evasione: è qualcosa come dire che il servizio militare è fatto per creare degli eroi. Nella modesta, ma severa e nobile realtà, la scuola serve e non può servire ad altro che a stimolare e disciplinare le forze vitali che ognuno, in diversissima misura, reca in sé. Perciò occorre indubbiamente un rapporto tra docente e scolaro, dei quali l'uno deve aiutare l'altro nella difficile impresa (l'autorità tanto contestata non è che la condizione ineliminabile di questo rapporto), e l'aiuto si concreta nello studio, nella educazione, che è forse più importante dello studio, nella formazione di una coscienza individuale e sociale.

Ora, che anche lo scolaro voglia partecipare al governo della scuola, nella quale si deve formare, non ci sarebbe nulla di male. Sennonché, a giudicare da quel che si vede e si legge, la voce che gli scolari vogliono portare è quella del disagio materiale, del piccolo privilegio che sarebbe un'appendice dello studio o del fatto che si va a scuola, e su un piano apparentemente più alto, in realtà più basso, dell'inserimento della scuola nella società, termine nebuloso che giustifica in pratica la evasione per la tangente dal proprio lavoro. E, infatti, ecco il diritto allo studio concepito come diritto a essere promossi a ogni costo, ad abolire l'esame o a capovolgere il rapporto tra professore e studente, a sostituire la pensosa solitaria meditazione con gli studi di gruppo. E dopo tutto questo, sopra tutto questo, il diritto al posto, dopo la conclusione della scuola, la protesta contro la società che già sceglie i suoi collaboratori, come si fa con le bottiglie di vino, secondo le annate.

È una cosa triste, e la tristezza sta in questo, che la contesa, così come è impostata, dimostra che i giovani hanno perduto il senso della responsabilità, e riflettono perpetuandolo il difetto tipicamente italiano di aspettare tutto dal di fuori, di ritenere tutto gratuito, e, quindi, un fatto gratuito la scuola. È la scuola che vagheggiava Pinocchio, fatta di tre domeniche e quattro giovedì (nei suoi tempi beati il giovedì era giorno di vacanza). La speranza è che in un modo o nell'altro si arrivi a comprendere che ai difetti della scuola, che esistono e sono assai gravi, si rimedia come si è sempre rimediato, non dall'esterno o dall'alto, cioè con dettati e circolari e peggio con defezioni, ma dall'interno, cioè facendo anzitutto e soprattutto il proprio dovere.

(22 dicembre 1970)

BURGOS E LENINGRADO

Ora che la politica, nei giornali e sulle piazze, finalmente si tace, è forse possibile dire una parola obbiettiva e serena sui processi che si sono svolti ai due capi estremi della travagliata Europa. La politica è passione, e quindi si sottrae naturalmente al giudizio. Essa strumentalizza la storia, e perciò si pone fuori della storia. Se ce ne fosse bisogno ne offrono una dimostrazione proprio questi ultimi eventi, in cui, per gli « impegnati » di tutte le parti, non vi è stata, se non a parole, una vera rivolta dello spirito contro le forze del male, ma una dosatura di incriminazioni, e prevalentemente a carico e danno di Burgos, secondo la moda dell'ora. Nessuno, o pochi e inascoltati individui, ha pubblicamente osato di stabilire l'equilibrio della bilancia, e osservare che, se mai, in parità di orrore, il fatto di Leningrado era infinitamente più grave e tragico di quello di Burgos, non solo perché qui almeno c'era la realtà di alcuni morti, mentre là non c'era al massimo che una intenzione, ma perché a Leningrado il processo si svolgeva sullo sfondo cupo del genocidio. La protesta paradossalmente più sincera contro Burgos è stata quella dei sovietici, poiché essi tendevano a far propri i futuri possibili giustiziati. È da ritenere che Franco, con la sua grazia, li abbia delusi.

Ma questi sono dettagli che non oscurano né tolgono valore al fatto positivo che il mondo ha dimostrato di non voler accettare questi processi, al di là dello stesso giudizio di innocenza o di colpevolezza degli imputati. Non c'è stato cioè il gioco tra innocentisti e colpevolisti, che si impianta in tutti i processi di un certo rilievo, ma un autentico e nel suo fondo spontaneo rifiuto dei processi in sé e per sé. Ora bisogna dire, anche per non perdere il significato di questo rifiuto, che Burgos e Leningrado non sono fatti isolati nella storia: essi sono due episodi di quel tipo di processo eternamente ricorrente che si suole chiamare « processo rivoluzionario ». È su questo processo, e sul rifiuto di questo processo, che bisogna fermare l'attenzione.

Quando si parla di processo rivoluzionario, il pensiero corre subito al Tribunale del Terrore, nella rivoluzione francese, che è rima-

sto come un modello attraverso i secoli, sebbene largamente superato dalla industrializzazione che ne ha fatto la rivoluzione sovietica. È naturale che sia così, perché se il processo sovietico rimane avvolto in un'ombra di mistero, che minaccia di renderlo indistinguibile dall'assassinio, quello francese, anche se il risultato è lo stesso, è più marcatamente processo, vuole essere processo, e noi lo possiamo oggi conoscere e analizzare nelle cronache e nei documenti, come appunto ha fatto il Lenotre, in un libro rimasto famoso. Orbene, il primo sentimento che ispira il processo rivoluzionario è di meraviglia: gli uomini della rivoluzione, che sono per definizione onnipotenti, e potrebbero tranquillamente uccidere i loro veri o presunti nemici, preferiscono ucciderli mediante un processo. È questa la più alta testimonianza che il diritto, la legge, l'ordine essenziale della vita possano ricevere: quelli che col loro stesso atto lo negano, sentono il bisogno di rendergli omaggio, di rendere legittima la propria azione, e di farlo nel solo modo possibile, cioè col giudizio. Senonché (e questa è la seconda riflessione) il processo è un valore così alto e così assoluto che divora coloro che se ne vogliono servire per i propri fini, cioè per fini diversi dalla verità, ossia dal giudizio, altro non essendo il giudizio che la verità faticosamente raggiunta attraverso il processo.

Deriva da questo una specie di intima contraddizione che travaglia i regimi rivoluzionari, o più semplicemente i regimi, di destra o di sinistra che siano. Non possono fare a meno del processo perché vogliono legittimarsi; non possono accettare il processo, perché si oppone ai loro fini. Dalla necessità di risolvere questa contraddizione nascono appunto i tribunali rivoluzionari, che comportano praticamente l'istituzione di giudici di parte. Ma è chiaro che questa soluzione, non che risolverla, accentua la contraddizione, perché il tribunale rivoluzionario non fa che riconoscere ed esaltare *a contrariis* un tribunale e una giustizia che non sono di parte, e che si pongono, forse più nel sentimento che nella ragione, come l'unico tribunale e l'unica giustizia possibili.

Si badi bene che anche nella deformazione che ne compie l'ideologia rivoluzionaria, il processo si rivela duro da morire. È rimasto celebre negli annali il processo dei girondini, e la lettera che il tenebroso Fouquier-Tinville scrisse alla Convenzione dopo le prime udienze: « Noi siamo arrestati dalle forme che prescrive la legge. Ci si chiede: che bisogno c'è di testimoni? La Francia intera accusa gli imputati ». È la terribile spirale della violenza che riduce sempre più l'area del processo, avvicina sempre più il processo all'assassinio, ma non riesce a distruggerne l'idea. Che i processi di Burgos e di Leningrado

abbiano violato questa idea è quello che, al di fuori di ogni speculazione politica, hanno voluto affermare le proteste e le invocazioni di tutto il mondo; ma sarebbe un diminuirne la portata limitarle a questi transeunti episodi.

La civiltà alla quale noi apparteniamo, nonostante le sue inevitabili crisi, conosce e realizza quell'idea di processo in nome della quale si è protestato contro i processi o pseudoprocessi di Burgos e di Leningrado. È un'idea, come dicevo, sostenuta più dall'intuizione che dalla logica, ma è un'idea santa perché procede dalla libertà, e concreta la libertà. Ciò posto, noi non possiamo tacere, in questa occasione, che in Italia quell'idea non è più tranquilla. Non solo molti politici di determinati ambienti, ma addirittura non pochi giudici proclamano che la nostra è una giustizia di classe, dimostrando con questa e altre simili aberrazioni, che solo a parole essi combattono i processi di Spagna e di Russia, in realtà auspicano un futuro nel quale questi processi siano la regola. Sono, queste, le stesse persone che favoriscono la dissoluzione della giustizia, provocando immeditate riforme e immeditate sentenze, che rompono il delicato equilibrio fra autorità e libertà, sul quale l'idea umana del processo si fonda. Fatto pericolosissimo, perché la dissoluzione della giustizia è il più sicuro veicolo per la perdita della libertà.

L'hanno capito in America, dove, per prevenirla, hanno emanato le cosiddette leggi anticrimine, che sono autentiche sospensioni delle garanzie costituzionali. L'esperienza di Burgos e di Leningrado deve aiutare noi a comprendere e salvare il nostro processo, la nostra giustizia, altrimenti ogni protesta sarà stata vana.

(5 gennaio 1971)

[113]

LE DIMISSIONI DEL PRESIDENTE

La tesi è stata espressa dall'autorevole *leader* del Partito repubblicano in modo inequivoco: « La lotta senza esclusione di colpi per raggiungere alla fine del '71 il traguardo della Presidenza della Repubblica va enormemente aggravando la situazione politica, economica e sociale del nostro Paese, che è già abbastanza grave ». E non meno chiaramente è stato ventilato il rimedio, perché quando si è detto che bisognerebbe trovare il modo di anticipare il traguardo, non essendovi nella Costituzione alcuna possibilità di questo genere, l'indicazione non può che essere quella delle dimissioni del Capo dello Stato.

La proposta dell'on. La Malfa corrisponderebbe, nel diritto privato, a quella dei figli che litigano intorno all'eredità prima che il padre sia morto, e gentilmente lo pregano di togliersi di mezzo per poter litigare meglio. Sembra uno scherzo, ma le affinità sono più profonde di quel che non possa sembrare. Tra il Capo dello Stato e il capo della famiglia c'è questo di comune: che entrambi sono capi, cioè si accentra in essi non soltanto il potere, che è una conseguenza esteriore, ma l'istituzione, che, al di fuori di ogni superflua configurazione giuridica, è un fatto spirituale, è la vita stessa dello spirito che si proietta nella società. Come il padre riassume e unifica le *disiecta membra* della famiglia, così il Capo dello Stato riassume e unifica quelle *membra* infinitamente più *disiecta* che compongono il popolo: il che, tradotto in termini di interessi, vuol dire che fino a quando sono vivi, cioè investiti delle loro funzioni, sono e devono essere titolari esclusivi dei beni che sono ad essi affidati, e non possono volontariamente sottrarsi alla loro titolarità. So bene che, per il Capo dello Stato almeno, giuridicamente e storicamente la affermazione nella sua letteralità non sarebbe esatta, e basta pensare all'istituto dell'abdicazione: ma moralmente è così, perché solo in apparenza l'abdicazione è volontaria (ricordiamo Carlo Alberto e Vittorio Emanuele III, e lo stesso Edoardo VIII) né mai può essere giustificata dal non voler esercitare, a qualunque costo, le proprie funzioni. Celestino V è

stato messo da Dante in una scomoda posizione avendo fatto « per viltate il gran rifiuto ».

Ma il rifiuto è nulla in confronto all'invito al rifiuto, quale sarebbe quello di cui parliamo. Questa è una cosa da pretoriani, e molto bene lo ha intuito ed espresso il nostro Presidente, quando ha detto con semplice fermezza: « Sia ben chiaro che nulla è più limpido, nulla è più democratico nella Repubblica che l'elezione di un nuovo Presidente ». In realtà, le regole della democrazia si risolvono essenzialmente in una distribuzione e attribuzione di competenze, e nel rispetto delle competenze attribuite. L'attribuzione è certamente il risultato di una scelta politica, il rispetto è l'osservanza della legge. L'una cosa è in funzione dell'altra: tanto che, mancando la libera scelta, come avviene nelle dittature, il dittatore ha come suol dirsi le dimissioni in tasca, e il prescelto apprende di essersi dimesso al mattino, quando apre il giornale.

Ora il problema è bruciante, perché se è agevole affermare la regola democratica, così come ha indicato Saragat, assai meno agevole è realizzarla nel concreto. E questo è il vero e solo valore della patetica denuncia dell'on. La Malfa. Niun dubbio che oggi la libera elezione del Presidente non è affatto libera, nel senso che il gioco politico sia limitato alla ricerca dell'uomo giusto per il posto giusto: l'elezione dipende da contradittorie combinazioni, nelle quali, manco a dirlo, l'elemento fisso e per sua natura non combinabile, è un partito che di libere scelte non vuole costituzionalmente sentirne. A queste combinazioni si sacrifica il pubblico bene. Ma se così è, il punto critico è più a monte, e cioè nel generale sistema della democrazia, che è in crisi, e sono le ragioni profonde di questa crisi che bisognerebbe onestamente indagare.

La fortuna ha voluto, nel nostro Paese, che finora il prodotto, cioè i presidenti che si sono succeduti, sia stato migliore dei fattori, cioè delle combinazioni. Ma non bisogna illudersi. Il prezzo che si paga è altissimo, a breve scadenza, e Dio non voglia, come ritiene l'on. La Malfa, che lo si stia già pagando. Tutto ciò peraltro esce dal tema di questo discorso. Quel che invece preme osservare è che nella logica della crisi democratica rientrano certamente le dimissioni, che sono il segno dello scadere delle istituzioni, della perdita di quello che abbiamo altra volta chiamato « sentimento del diritto ». L'idea che un Presidente possa dimettersi perché impedisce l'ordinato o meglio disordinato svolgimento della vita del Paese può venire in mente solo quando qualcosa di fondamentale è venuto meno; ed è, a nostro modo di vedere, sintomatico che con tanta indifferenza si faccia strada, ma-

gari sul piano del pettegolezzo, la notizia che non solo le supreme cariche dello Stato, ma la suprema carica della Chiesa, cioè il Papa, hanno le dimissioni *in pectore*, o addirittura nel cassetto. Anche queste dimissioni, ipotizzate e smentite, del Papa sono in connessione con la crisi che indubbiamente la Chiesa attraversa, ed è questo che le rende più assurde: come se il Papa si stufasse di essere il vicario di Cristo. Non sarà vero, ma è grave che lo si possa pensare, perché ciò significa, almeno nel subcosciente, che non si crede più né al Papa né a Cristo, come nel caso del Presidente non si crede più né alla libertà né allo Stato.

Le dimissioni sono assolutamente incompatibili con l'esercizio di una pubblica funzione, cui tutti devono assolvere (e non solo i cardinali) *usque ad effusionem sanguinis*. Se fosse, questa, materia di scherzo, si potrebbe dire che i soli che abbiano capito questo principio morale sono quelli che in realtà dovrebbero dimettersi perché non sanno esercitare o abusano delle loro funzioni, ma si guardano bene dal lasciare la presa. Purtroppo non c'è da scherzare. C'è solo da rallegrarsi che l'esortazione dell'on. La Malfa non sia stata ascoltata.

(20 gennaio 1971)

RITI GIUDIZIARI

Col discorso del Procuratore generale presso la Corte d'appello di Torino si è conclusa la serie delle inaugurazioni degli anni giudiziari, cioè di quegli antichissimi riti che risalgono almeno fino ai parlamenti di Francia e al Senato del Piemonte, hanno attraversato immuni la rivoluzione francese e sono stati accolti dai nostri ordinamenti giudiziari del 1865 e del 1923. Si tratta di un rendiconto sullo stato della giustizia che ogni anno i Procuratori generali delle Corti fanno idealmente al loro mandante, il principe o il popolo; nel fatto, in una udienza variopinta e solenne che unisce per un'ora, in uno stesso sentimento, magistrati, avvocati, autorità civili e religiose e popolo.

E si tratta di un rito, col che è detto tutto il bene e il male possibile, perché il rito è l'ordine sacro di un'azione; meglio, è la forma in cui l'azione esprime la sua sacralità; e se il senso del sacro si perde, il rito diventa vuota forma, sia pur tenace e dura da morire. Tra le nostre grandi istituzioni, due soltanto avevano il rito inaugurale: la giustizia e la scuola. Quello della scuola è un tipico esempio di rito dissacrato, perché trasformato in goliardica burletta; e chi scrive ricorda quel che avvenne alcuni anni fa in una grande università del nord, quando nel più bel mezzo del discorso rettorale, gli studenti scatenarono una torma di topolini bianchi in mezzo alla sala. Si vide il buon cardinale coi piedi per aria e con la gonna alzata: naturalmente quella inaugurazione fu l'ultima.

Il rito giudiziario si mantiene ancora, cioè resiste ai vari tentativi di dissacrazione, ma la sua è una storia drammatica e gl'italiani dovrebbero conoscerla. Com'è noto, il discorso o relazione del Procuratore generale narra le vicende, tristi o liete, e più tristi che liete, della giustizia nell'anno trascorso, e formula, nelle critiche e nelle speranze, le indicazioni che suggeriscono le esperienze, sempre vecchie e sempre nuove, di quell'anno.

In tempi relativamente tranquilli è naturale che l'ombra della *routine* gravi su queste inaugurazioni e su questi discorsi e le diserzioni si facciano frequenti. Ma quando i tempi si fanno agitati, la natura dei riti giudiziari si svela in tutta la sua pericolosità, perché è

chiaro che un discorso sullo stato della giustizia corre, senza mai varcarlo, sul filo della politica, e il fatto stesso di essere un obbiettivo e scarno discorso contrasta con l'agitazione del tempo e ferisce coloro che si agitano nel tempo. E così è avvenuto che nel regime dittatoriale fu, prima con forme illegali, poi con una legalissima legge, attribuito al ministro della Giustizia, il potere discrezionale di consentire o di impedire le relazioni dei procuratori generali, col che in pratica il rito fu relegato in soffitta. Il mandante volentieri dispensava il mandatario dal rendiconto. Cessarono i tempi bui e con la libertà ricuperata avvenne un fatto curiosissimo: gli uomini liberi sentirono ancor meno del dittatore il bisogno del rendiconto e fecero l'inverosimile « gaffe » di appellarsi proprio a quella legge reazionaria, sia pure sostituendo al ministro il Consiglio superiore della magistratura.

Chi fossero questi uomini liberi che davano, attraverso i decenni, la mano ai servi non c'è bisogno di dire. Interessante è solo osservare che quel che i servi rimproveravano da destra, essi lo rimproveravano da sinistra, e cioè contestavano il diritto e il dovere dei Procuratori generali di proclamare la soggezione del giudice alla legge, quindi di reclamarne la osservanza da parte di tutti, senza evasioni, in nome di un preteso adeguamento dell'assetto sociale. L'assetto sociale, o contesto che dir si voglia, è la formula magica che tutti i pseudo-giuristi e i pseudo-politici, siano essi giudici o professori, invocano contro la legge: l'invocavano ieri i destri, l'invocano oggi i sinistri, e questa convergenza è sicuramente la loro condanna. Di nuovo, o apparentemente nuovo, c'è per i sinistri di oggi l'argomento che il Procuratore generale, nella relazione, esprimerebbe idee sue personali, non condivise o non comuni all'intero corpo dei magistrati: onde i ben noti episodi, qualificati come controinaugurazioni, alle quali non è stato neppure estraneo, dolorosamente, il Consiglio superiore.

Paradossalmente, il Procuratore generale di Trieste ha dato ragione ai sinistri, esprimendo idee personalissime di carattere politico, delle quali essi purtroppo non si sono potuti vantare, essendo risultato, secondo quel che dicono i giornali, che quel signore era stato Pubblico Ministero nei tribunali speciali nazisti, e in tale qualità aveva chiesto la condanna a morte niente di meno che dell'on. Fortuna. Ma, a parte ciò, il sofisma della personalità o particolarità della relazione del Procuratore generale si smaschera subito, osservando che lo Stato si incarna sempre nei suoi funzionari, e la pretesa dei sinistri si risolve quindi nell'abolizione delle strutture della società e dello Stato, pretesa ovviamente politica e non giuridica.

Ma il fatto nuovo è che da questo insostenibile sofisma il Procuratore generale di Torino è stato indotto a una decisione che costituisce certo una novità: ed è quella di rendere collegiale la sua relazione, ascoltando e riferendo le esperienze, non solo la sua, ma di tutti i Procuratori del distretto, di tutti i collaboratori diretti ed indiretti del suo ufficio, così che la sua fosse la parola di tutti, e di tutti la responsabilità della sua parola. È un fatto che merita di essere segnalato, e se esso è dovuto ai « nemici », sia data lode ai nemici, dai quali viene talora la salvezza.

Il risultato dell'esperimento è stato ancora una volta la riaffermazione concorde della soggezione del giudice alla legge, della necessità di osservarla e di farla osservare, resistendo alla tentazione di sovrapporsi ad essa, in nome di istanze sociali o politiche, che non possono essere — questo sì — che personali e arbitrarie.

Sul piano dell'informazione, il Procuratore generale, sopprimendo le tediose statistiche ha coraggiosamente tracciato un quadro desolante delle condizioni della pubblica sicurezza e ha inoltre riferito che i protesti nelle due regioni subalpine sono passati da un valore di 48 miliardi a un valore di 80 miliardi. Dal che si deduce che le diatribe sul rapporto tra il giudice e la legge non appartengono soltanto al mondo delle astrazioni, ma alla lunga sfociano nel disordine politico ed economico della realtà.

I nostri uomini di sinistra, per i quali è stata foggiata l'espressiva qualifica di impegnati, non amano sentire e leggere queste cose, e perciò non amano i riti giudiziari, che presuppongono la libertà e servono la libertà. Non a caso il più fantasmagorico di questi riti è quello delle Corti di Londra, perché in esso gl'inglesi sentono, tra la severità delle parrucche e la grazia della Regina, la celebrazione della loro giustizia e ad un tempo della loro libertà. La libertà, come la fede, quando ha raggiunto la certezza di se stessa, crea immancabilmente i suoi riti, e chi ad essi irride dimostra solo la stanchezza dell'esser libero. Forse, sotto questo aspetto, non è senza un auspicio o una speranza che quest'anno non vi sono state, almeno in modo sensibile, controinaugurazioni.

(26 gennaio 1971)

[119]

LA RIFORMA UNIVERSITARIA

È un detto ormai comune che le riforme sono l'espressione più tipica dello spirito conservatore. Il « bisogna che tutto cambi perché tutto resti lo stesso » del marchese di Lampedusa contiene una profonda verità: ed è che la rivoluzione non può essere fatta dall'*ancien regime,* perché questo non potrà che rimestare (e lo farà volentieri) il pentolone sociale, badando bene che non una goccia del brodo travasi e si perda. La rivoluzione — e non occorre che sia rumorosa o sanguinosa: anzi, io diffido di queste rivoluzioni — è l'avvento di una idea, o se vogliamo essere più solenni, il periodico ritorno dello spirito sulla terra. Lo spirito è il Dio nascosto del Vangelo: nulla è più certo, nulla più soggetto a eclissarsi. Ma quando ritorna, e noi, nostro malgrado gli offriamo sempre occasione di ritornare, le riforme sono già fatte, perché sono Lui stesso, sono quell'idea. Noi, con le nostre strutture giuridiche, le tradurremo in leggi e in fatti, ma sarà quell'idea che ci guiderà la mano. Il vecchio regime, che non è poi che il vecchio uomo, non avrà nulla da rimescolare. Il mestolo gli sarà caduto di mano.

Ecco perché io, che sono, come si deve essere, inguaribilmente ottimista quando si tratta dello spirito, considero con scetticismo questo grande riformatorio che appare oggi l'Italia. Non c'è un angolo, un ripostiglio che non si voglia riformare: si invocano anzi le riforme, in senso assoluto, senza complemento oggetto, così come si contesta per contestare. È il sintomo più evidente della sostituzione della riforma col chiasso, che non ha mai riformato nulla.

A questo destino non è, ovviamente, rimasta estranea la scuola, la grande malata di tutti i tempi di transizione. Si è cominciato con le violenze, di dubbia anzi di indubbia origine, che sono misteriosamente, ma non tanto, cessate per dar luogo ai progetti legislativi in corso di discussione. Saranno approvati? Non saranno approvati? Importa relativamente poco, a chi guardi le cose dall'alto, e capisca che nel fondo si tratta proprio di lasciare le cose come stanno: tanto è vero che ciò che a tutti interessa sono esclusivamente le « norme c. d. transitorie », quelle cioè che consentiranno a chi ne ha voglia di en-

trare in massa nel ruolo degli insegnanti, senza seccatura di concorsi.

Ritengo però che, al di là di questi rimescolii, sia opportuno considerare obbiettivamente la situazione della scuola, per rendersi conto delle reali esigenze di riforma, e per mettere a punto i presupposti di fatto che nelle discussioni che si fanno risultano alterati o artefatti. Questo è il primo lavoro che onestamente si deve fare. E lo faremo cominciando dall'università, anche se il problema sta alla base piuttosto che al vertice.

Il primo dato, che costituisce dichiaratamente l'origine e la giustificazione morale della riforma, è, come si sa, quello del numero, cioè dell'accresciuta popolazione scolastica. Che entro limiti fisiologici questo sia vero, non si può dubitare: ma qui non si tratta del normale incremento corrispondente a quello della popolazione; qui si tratta di una improvvisa proliferazione per cui i dieci sono diventati, in due-tre anni, cento, se non duecento. Gli iscritti all'università, si dice, oggi sono centinaia di migliaia, il che significa, conseguenzialmente, che le antiche tradizionali strutture devono essere cambiate, i professori moltiplicati, il tutto con una prospettiva di questione sociale, e via dicendo.

Ora, se i riformatori avessero una seria volontà di operare, dovrebbero cominciare col verificare il supposto: e allora si accorgerebbero di quel che già sanno, e cioè che il numero è un'autentica mistificazione. Basta entrare in un'aula, nei periodi di maggior frequenza (uno, due mesi all'anno) per accorgersi che gli studenti veri oscillano tra i dieci e i cento, almeno nelle facoltà più frequentate, che sono le umanistiche. Gli altri centomila sono studenti sulla carta, che aspirano a fare un esame qualunque, una laurea qualunque, in un numero qualunque di anni (ci sono studenti con venticinque anni di corso, perché in Italia è sufficiente sostenere, ed essere anche bocciati, un esame ogni otto anni per restare iscritto all'università). Questa enorme massa condiziona tutto, si capisce, perché è quella che riduce la scuola a una sede di sparuti esami, sollecita e solletica le istanze sociali, che nella specie si concretano in riduzioni di pagine da studiare e via via, fino all'abolizione delle materie di studio, sotto il nome pomposo di liberalizzazione dei piani e via dicendo. Non solo, ma, quel che è peggio, genera la fallace esigenza di una corrispondente moltiplicazione dei professori, che, come si è detto sui giornali, dovrebbero raggiungere presto la quota ventimila.

Rettificato questo punto, che nessuno finora ha messo in luce (e sarebbe fondamentale per studiare le cause e i rimedi della proliferazione studentesca) si direbbe che di riforme non c'è bisogno,

e tutto si riduce a una burletta. E invece di riforma c'è immenso e urgente bisogno, perché non si deve dimenticare che l'università è, specialmente in Italia, il passo obbligato dello studio e della scienza, assolve cioè a quella funzione di progresso del pensiero e della cultura, alla quale una società che si rispetti non può abdicare. Per questo le università sono sorte, e questo hanno realmente fatto nel corso dei secoli, fino a ieri si può dire. La ragione per la quale le università hanno l'ordinamento che hanno, cioè sono autonome, prive di strutture gerarchiche e di controlli, veramente un *unicum* nelle istituzioni pubbliche e private, è proprio questa: che esse hanno come propria vocazione lo studio, con la sua purezza e, diciamo l'abusata parola, la sua libertà.

Il guaio è che oltre l'astratto c'è il concreto; e il concreto comporta che una università che obbedisce a una simile medioevale concezione, reca in se stessa, come tutte le cose buone, i germi della dissoluzione. Non si tratta più, sul piano della riforma, degli studenti, ma dei professori, perché è evidente che la stessa libertà che dovrebbe crearli li distrugge, cioè sono fatalmente attirati nell'università professori più di quanti la funzione ne possa richiedere, e professori che, alla pari degli studenti, non hanno vocazione di studio, ma aspirazioni pratiche, cioè tendono a strumentalizzare la scuola. L'originaria esiguità degli *electi* fomenta questa strumentalizzazione, sia perché essi stessi acquistano un potere che nessun altro ha, se non in politica (e molti professori sono anche politici), sia perché hanno bisogno, per reggere il potere, di aumentare paradossalmente il loro numero, con l'assunzione di fedeli, solo perché sono fedeli. Ciò li porta a moltiplicare le cattedre, a inventare sempre nuove « scienze occulte », come le chiamava il compianto prof. Calasso, preside della facoltà giuridica di Roma, per collocarvi i loro adepti, e, quel che è peggio di tutto, a dimenticarsi di studiare. Se si apre un annuario si vede, tanto per fare un esempio, che sono state istituite due materie: una si chiama « calcolatore elettronico », l'altra « calcolatrice elettronica ».

Questo è il secondo dato che si deve verificare quando si parla di riforma. Ed è il dato più scottante.

(10 febbraio 1971)

IL CASO BONORA

Le nostre travagliate cronache giudiziarie si sono arricchite di un nuovo caso. In una grandissima azienda milanese a partecipazione statale, era stato dichiarato uno sciopero. Una parte degli operai non aveva aderito, e tra questi tre donne. Un certo Bonora (*lucus a non lucendo*, verrebbe fatto di dire), operaio investito anche di cariche sindacali, non è ovviamente soddisfatto di questa defezione e (secondo le denunce) afferrate le tre donne mentre si avviavano al lavoro, le malmena, le percuote, le insulta alzando loro le vesti, le ferisce. Cose di tutti i giorni.

Ma non è di tutti i giorni che l'operaio venga licenziato e le tre donne, che evidentemente non hanno il senso della storia, ricorrano alla Giustizia, querelandosi davanti al pretore. Ricorre anche il Bonora, in via civile, protestando per il licenziamento, e chiedendo la reintegrazione nel posto, a norma dello statuto dei lavoratori (art. 18). E qui comincia il caso, perché il pretore civile fa quel che la legge gli prescrive di fare, e cioè sospende il giudizio sulla legittimità del licenziamento in attesa che si pronunci sui fatti il giudice penale; senonché lo stesso pretore dopo un poco viene sollecitato a revocare il provvedimento di sospensione, cioè a fare quel che la legge non gli consente di fare, ed egli lo fa con l'incredibile affermazione che i fatti imputati al Bonora sarebbero stati commessi durante il periodo di sciopero, e quindi al di fuori del rapporto di lavoro: onde l'ordine immediato di reintegrazione nel posto. Intanto il pretore penale giudica sulla denuncia, che aveva comportato sei capi di imputazione: l'assoluzione è stata generale, ma in gran parte per insufficienza di prove.

Quel che però importa al cittadino, o all'uomo della strada che dir si voglia, è la sostanza della motivazione, che è opportuno riferire alla lettera, nella parte terminale. « Non può essere ignorata l'asprezza della lotta sindacale degli ultimi anni, né la tendenza a manifestarsi in forme sempre più violente; ma non può essere anche ignorato il fatto che la mancata adesione di alcuni lavoratori allo

sciopero costituisce in fatto la causa di un'estrema eccitazione degli animi. È da respingere nettamente la tesi secondo la quale l'atto di violenza contro i cosiddetti crumiri deriva da istigazioni dei rappresentanti sindacali, perché tale tesi può essere sostenuta solo da chi ignora la realtà, solo da chi non tiene conto della spontanea, violenta e degna di rispetto, perché profondamente umana, reazione del lavoratore scioperante di fronte a un atto che egli considera di tradimento da parte di un altro lavoratore. Né si può ignorare che gli animi degli scioperanti si eccitino in notevole misura alla constatazione che sostanzialmente il crumiro finirà per godere dei vantaggi dello sciopero al quale non ha voluto aderire. Di fronte a questa realtà, è veramente arbitrario negare che il ruolo dei rappresentanti sindacali può invece in fatto essere quello di calmare gli animi. Pertanto non si può escludere che Bonora sia intervenuto per svolgere opera di moderazione, anche se non possono essere ignorati gli indizi nettamente in contrasto con tale convinzione ».

Queste le ragioni che hanno portato all'assoluzione per insufficienza di prove. Per la cronaca e non solo per la cronaca, il Pubblico ministero ha appellato contro la sentenza; ma, fatto assolutamente anormale, ha rinunciato all'appello.

Secondo quel che si apprende dai rari giornali non impegnati che hanno dato notizia della vicenda, la società milanese si rifiuta di riassumere il Bonora: e sul piano tecnico-giuridico il gesto avrebbe più di una giustificazione, essendo l'ordine di riassumere del pretore emanato con totale assenza di potere, ed essendo i fatti illeciti sostanzialmente accertati nonostante l'assoluzione per insufficienza di prove. Ma non è questo che interessa il cittadino estraneo (purtroppo) alle argomentazioni giuridiche: quel che colpisce la sua immaginazione e ad un tempo mette in crisi la sua fede, è da un lato che un giudice abbia potuto in nome del popolo giustificare, e meglio si direbbe giuridicizzare, la violenza; dall'altro, che ci possa essere, nel nostro ordinamento, una legge, come lo Statuto dei lavoratori, che consenta una così radicale tutela da insidiare anche la stessa autorità su cui si fondano le istituzioni democratiche. Le risposte a questi dubbi e a queste ansie debbono essere molto sincere.

Sul primo punto, bisogna riconoscere apertamente che nella compagine della nostra magistratura si è prodotta una frana. Non è il caso di drammatizzare; si tratta sempre di frange estremiste, di un riverbero pratico delle teorie bandite da una parte, almeno, dell'Associazione dei magistrati. Ma il fatto è certamente grave, perché dimostra

la fragilità dell'ordine giudiziario di fronte alle tempeste sociali, e si badi bene non solo alle sociali in senso stretto, ma a tutte le crisi che mettono in forse i valori supremi su cui si regge una società. Tutte le istituzioni possono vacillare senza che vacilli la speranza: questa cade se vacilla la giustizia. Non per nulla la risposta dell'umile mugnaio di Sans-Souci al grande Federico, *Il y a des juges a Berlin*, ha traversato i secoli.

Ora il pretore di Milano con la sua sentenza ha negato che a Milano ci siano giudici, perché ha sostituito la politica al diritto, e per giunta lo ha fatto nel peggiore e nel più ridicolo dei modi. Il peggiore, perché si è messo sotto i piedi la Costituzione, che tutti i momenti questi giudici invocano, là dove sancisce che la Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro, senza distinguere tra scioperanti e crumiri; il più ridicolo, perché ha imitato il lupo che accusa l'agnello di intorbidargli le acque, secondo la favola della nostra infanzia. È possibile, di fronte a questo smarrimento, che non è un caso isolato, è possibile mantenere o ridare al cittadino la speranza? Io dico di sì, ma non perché pensi a sistemi od organizzazioni, che limitino l'arbitrio e la degenerazione della libertà, ma perché credo che basti, a custodire la democrazia e la libertà, la serena denuncia di questi attentati, la non accettazione di ogni volontà che non sia apertamente la volontà della legge.

Sul secondo punto, sullo statuto dei lavoratori, il discorso è naturalmente più complesso. Ma con la sentenza del pretore esso ha la comunione dell'origine: sono cioè entrambi il frutto di una frana istituzionale, là dell'organo giurisdizionale, qua dell'organo legislativo. Per quanto paradossale possa sembrare, anche l'organo legislativo può sostituire la politica al diritto, e ciò avviene quando è dominato da interessi particolari o dalla paura di soverchianti minoranze. Purtroppo anche questa è amara esperienza quotidiana. Nulla sta e deve stare in cima ai pensieri, e alle vocazioni dello Stato, più della tutela del lavoro: ma il pericolo è che le forze che si sprigionano dall'autonoma organizzazione del lavoro soverchino lo Stato, e considerino come particolari i loro interessi. La lettura dello statuto dei lavoratori genera il dubbio che questo sia avvenuto. Stando così le cose, le conseguenze sarebbero gravissime, e in primo luogo a danno degli stessi lavoratori, perché presto o tardi lo Stato riapparirebbe, agitando il lugubre stendardo dell'economia e in nome dell'economia ucciderebbe la libertà.

Ma anche a questo ci può essere il rimedio, se vogliamo essere ottimisti. E il rimedio sta nella buona volontà e nell'intelligenza di co-

[125]

loro che sono chiamati a interpretare ed applicare le leggi, riportandole a ragione là dove il legislatore ha sragionato. Questo i giuristi fanno sempre, almeno i veri giuristi. Non lo ha fatto il pretore di Milano, e sotto questo profilo il caso Bonora potrebbe costituire un monito, e, a suo modo, un esempio.

(14 febbraio 1971)

GIUSTIZIA E AMMINISTRAZIONE

È di ieri la notizia dell'arresto del Presidente della Giunta provinciale amministrativa di Verona, e già sindaco di quella città, ed è si può dire di tutti i giorni, ad apertura di giornale, la notizia di incriminazioni e mandati di cattura nei confronti di amministratori pubblici, fino a quel momento di solito stimati e insospettabili. « Oportet ut scandala eveniant »? Certo. Ma la frequenza con cui queste cose avvengono, il tipo di reati di cui quelle persone vengono imputate, l'esito spesso negativo dei giudizi, impongono la riserva e la meditazione. Se lo scandalo è di tutti i giorni ovviamente non è più uno scandalo, diventa una malattia sociale, in cui medici e malati rischiano di confondersi. Non bisogna dimenticare che a Roma, nell'antica Roma, non esisteva il Pubblico ministero, ma c'erano le azioni popolari, idealmente nobilissimo istituto, ma di cui molti cittadini avevano fatto una professione, onde veniva loro attribuito il triste nome di « quadruplatores », cioè delatori pagati col quarto delle multe o delle confische.

Volendo ragionare sul fenomeno io credo che si possa muovere opportunamente da una considerazione di carattere generale, ed è che una delle tipiche manifestazioni della crisi dello Stato (crisi che non è solo di oggi, ma periodicamente ricorre) è la confusione dei poteri o delle funzioni, come a dire delle lingue. Per qualificare questo fatto io proporrei di chiamarlo col termine di surrogatorio, e mi spiego. Come nel corpo umano quando un organo non funziona c'è un altro che cerca di prendere il suo posto (tipico il caso del compenso in certe cardiopatie) così nel corpo sociale, quando non opera come deve uno dei tradizionali e tripartiti poteri, c'è qualcun altro che si sostituisce ad esso, e fa quel che esso dovrebbe fare. Così non è un mistero che in Italia oggi il potere esecutivo non opera affatto od opera male, ed ecco che i partiti si surrogano, o tendono a surrogarsi, al Governo; il parlamento non svolge o svolge male il suo compito, ed ecco che lo surrogano i sindacati; l'amministrazione segna il passo, e la surrogano i magistrati, o più precisamente i pubblici ministeri. Che questo sia fatale, è possibile; che questo sia da deplorare è certo. E la ra-

gione è che quando alla divisione dei poteri subentra la confusione dei poteri, la legalità cede all'illegalità. Nient'altro che questo.

Di questa surrogazione, la più grave, nonostante le contrarie, apparenze, è quella della magistratura alla amministrazione. Essa infatti non si determina nella astrazione delle norme, ma nella concretezza degli individui, più chiaramente e semplicemente, c'è qualcuno che si è addormentato nel suo letto e al mattino si sveglia sul tavolaccio della prigione. Niente di male, anzi molto di bene, se ha rubato; ma la vecchia e chiara parola del settimo comandamento non si legge mai nelle rubriche delle imputazioni, anzi nessun peccato è diventato più veniale del furto. In sua vece appaiono le più strane qualificazioni, di cui la più nota è quella di peculato per distrazione. Strana la parola, ancor più strane le fattispecie nelle quali si cerca di ravvisare il reato. E poi c'è l'inquinamento, c'è la cattiva assistenza all'infanzia; insomma ogni giorno od ogni settimana c'è il reato di turno.

Lungi da noi il pensiero di intrometterci nel merito di queste faccende. Ciò che noi vogliamo mettere in rilievo, affinché sia sperabilmente meditato, è che la grande imputata non è la persona fisica che « pro tempore » viene colpita (il sindaco, il presidente, il direttore, ecc.), ma è la stessa amministrazione. Nessuno può dubitare che al corretto svolgimento delle funzioni, alla tutela della salute pubblica, all'assistenza dei bambini e dei malati ecc. provveda e debba provvedere l'amministrazione, la quale ha nel suo seno organi istituzionali di controllo. Che tutto precipiti nel baratro, trascinando con sé controllori e controllati, è storicamente possibile, per quanto sia allora difficile che dall'universale rovina rimanga indenne la magistratura, che è una amministrazione anch'essa. Quel che mi pare sicuro è che il sindacato giudiziario non possa sostituirsi al sindacato amministrativo, e tanto meno all'amministrazione attiva. Non lo può perché il Pubblico ministero non sa amministrare, non conosce, al di fuori delle fattispecie tipiche di reato, le difficoltà e le opportunità dell'amministrare, cioè dell'agire in determinate condizioni di tempo e di luogo. Del resto, è in quest'orbita di generali interessi che l'esperienza ha sempre creato barriere all'azione della magistratura: basti pensare all'autorizzazione a procedere contro i membri del parlamento, e più in generale alla garanzia amministrativa, e alle altre forme di autorizzazione più o meno giustamente contestate sotto il profilo costituzionale.

Il mandato di cattura facile non ha mai giovato alla amministrazione, e quindi al paese: serve solo a paralizzare le buone intenzioni, quando ci sono. Ma il profondo pericolo della surrogazione della giu-

stizia è, sul piano democratico, un altro, e cioè che il Pubblico ministero si sovrapponga alla legge, operando a senso unico, e si sa bene in quale direzione. Non è un caso che molti dei magistrati-censori, chiamandoli così, siano politicamente impegnati, ed è di oggi la notizia di due pretori romani i quali hanno dato corso all'azione penale in base a segnalazioni rilevate sui giornali (peccato che non si dica quali!) per colpire, il primo, « una speculazione alberghiera realizzata in un palazzo dell'ex Gil », il secondo il vice questore di Roma « per essere rimasto passivo di fronte a una manifestazione neofascista ». La notizia si è appresa perché il pretore dirigente, ricevuta, come per legge, l'informazione dei procedimenti, ha affidato, come la legge gli consente, ad altri pretori l'istruzione: e questo ha infastidito i due censori, che hanno denunciato il loro dirigente al consiglio superiore della magistratura. Come si vede, una volta infilata la via surrogatoria, ce n'è per tutti, come diceva l'arcivescovo della poesia carducciana.

Il problema dell'amministrazione è un problema grave, che non si risolve con formule miracolistiche, perché è un problema nel quale incide la storia, e la storia non si può forzare. Lo stesso si può dire della giustizia, di qualunque altra istituzione, dell'intero paese. Bisogna aver la pazienda, nel senso etimologico della parola, di attendere. E intanto fare il proprio dovere, senza sostituirsi al dovere altrui, perché allora si corre il rischio di non fare il dovere proprio, né quello degli altri.

(28 febbraio 1971)

[129]

SALVARE LA LIBERTÀ

Un pretore di Roma, chiamato a giudicare una banda di bricconi che aveva rubato in un supermercato, cioè in uno di quei grandi magazzini che sono organizzati col sistema del *Self-service* (e si trattava, sia detto a scanso di equivoci sentimentali, di un furto per l'importo di quarantamila lire, cifra enorme se si pensa al valore unitario degli oggetti offerti in vendita), ha ritenuto che il fatto non costituisse reato, ma semplice inadempienza civile o al massimo insolvenza dolosa, non punibile se non a querela di parte. Altri due pretori l'hanno seguito a ruota, con lo stesso giudizio. Un terzo, di Sampierdarena stavolta, ha ritenuto imperterrito che gli studenti non commettono reato se occupano la scuola, essendo l'occupazione un nuovo strumento di lotta sindacale (degli studenti!). Parallelamente, un giudice istruttore, incaricato di inquisire sull'atroce assassinio di un gioielliere commesso a Ostia a scopo di rapina, ha disposto una « perizia genetica » sul sangue dell'imputato per vedere se non ci fosse un cromosoma in più, che determinerebbe una predisposizione alla violenza nel qual caso l'imputato verrebbe assolto.

Poiché è da escludere fino a prova contraria che i giudici siano ignoranti (nell'ultimo caso sarebbero, semmai, superdotti) e nemmeno è lecito pensare che abbiano voluto fare dell'umorismo, si deve concludere che siamo di fronte a un'altra manifestazione politica a spese della giustizia. E infatti il quotidiano dal quale abbiamo attinto le notizie ci informa che si tratta di magistrati appartenenti alla frangia estremista della loro associazione, quindi ufficialmente impegnati.

Il fatto è gravissimo, e deve essere considerato con maggior attenzione di quel che i giornali in genere non abbiano fatto. Sorge invero il dubbio che gli assurdi provvedimenti facciano parte di una programmata azione contro l'ordine sociale, e quindi contro la libertà; della sistematica negazione, sul piano del giudizio penale, dei valori in cui e per cui viviamo, e che hanno avuto la loro sublime espressione nel titolo stesso del romanzo di Dostoevskij, « Delitto e castigo ». Non ha importanza che i magistrati impegnati siano rela-

tivamente pochi: l'esperienza dimostra che il numero non conta nulla. L'uomo della strada, e può essere anche uno dei probi magistrati della silenziosa maggioranza, si arresta impaurito, e si chiede come possano avvenire simili cose: e poiché avvengono in regime di libertà, è naturalmente portato a mettere in causa la libertà, cioè in definitiva a invocare nel profondo del suo cuore una dittatura.

Questa stanchezza e sazietà di essere liberi nel laborioso popolo italiano la hanno avvertita persino quei partiti e partitelli che hanno la vocazione dello sfacelo, e si sono messi recentemente a segnare il passo, richiamando i loro attivisti nei ranghi, per non offrire il pretesto a una paventata restaurazione fascista. Questa è la parola che si sono passata da un capo all'altro d'Italia: ed è una parola ipocrita, perché vuole minimizzare, con l'evocazione di un fantasma storico e politico, uno stato d'animo pericolosamente diffuso. Quali siano le vere intenzioni di questi signori, si è visto in sede governativa e parlamentare, quando hanno avanzato la pretesa che si debbano condannare gli estremisti di destra e non di sinistra, con una distinzione assurda, perché gli estremisti non hanno colore, portano cioè tutti alla unicolore dittatura.

Ora, io credo (o, se si vuole, credo che dobbiamo credere) che questa tragica soluzione che paradossalmente unisce gli uomini d'ordine e gli avversari dell'ordine non sia fatale, e cioè la libertà possa essere salvata. La condizione è naturalmente una sola: che si abbia fede in essa, e cioè nella sua capacità di trovare con le proprie forze, senza chiederla a un « deus ex machina », la via della salvezza. Dato questo come ammesso, altrimenti il discorso diventa impossibile, dobbiamo anzitutto proclamare e affermare pubblicamente, sempre e in ogni concreta circostanza la libertà. I fatti dimostrano che ciò è meno facile di quel che non si pensi. In secondo luogo, la libertà deve fare, con la nostra parola, quella che nei Paesi non liberi si chiama autocritica: vale a dire dobbiamo riconoscere che l'idea popolare e romantica di libertà deve cedere a severe e meditate organizzazioni che realizzino l'indissolubile matrimonio della libertà con l'autorità. Senza questa armonia, senza questa autolimitazione, la libertà degenera ineluttabilmente in licenza, e si ha quella libertà degli antichi cittadini di Corfù, di cui riferisce Atto Vannucci la formula latina iscritta a dileggio in una lapide del tempo: « *Libera Corcyra: caca ubi libet* ». Corfù è libera: sporca dove ti pare (mi scuso di riferire i termini originali, ma sono molto espressivi).

Stabilire a priori quali siano queste organizzazioni io ritengo che non sia possibile: esse saranno quello che noi vorremo, se veramente

intendiamo difendere la libertà, senza rimpianti o nostalgie dittatoriali. Di una cosa dobbiamo essere convinti: che libertà e democrazia non si identificano con una forma esteriore predeterminata e immutabile, ma costituiscono un valore assoluto che si concreta nelle forme storiche più diverse. Basti pensare all'Inghilterra, che si dice ed è la culla della democrazia: se noi esaminiamo i suoi ordinamenti al lume dei nostri concetti, essa ci appare come il più antidemocratico degli Stati. Perciò anche da noi la crisi paurosa delle istituzioni, alla cui origine sono tanti fattori e un inveterato malcostume, potrà risolversi in un bene, se essa servirà a farci capire che non si è reazionari se si vorrà che il Parlamento non sia esautorato dai partiti e dai sindacati.

Al quale proposito (e torno così all'esordio del discorso) le sentenze e i provvedimenti di cui abbiamo detto dimostrano una cosa importantissima: e cioè che la magistratura non può essere lasciata in balia di se stessa, concepita come un potere che può disporre dei nostri beni materiali e spirituali, senza il freno della legge. Sulla base della crisi che ci travaglia, e col favore di una facile scienza, noi abbiamo confuso l'indipendenza della magistratura, che è indiscutibile, con la irresponsabilità. La libertà saprà trovare la via, se noi non defezioneremo, di rettificare l'errore, e quindi, fallite le esperienze del dopoguerra, ristabilire e chiarire i rapporti della magistratura col potere esecutivo, che non sono e non possono essere in contraddizione. Anche qui l'Inghilterra ci può servire di esempio, perché quei padri della libertà e della democrazia non hanno avuto scrupolo a fare del ministro della Giustizia un altissimo magistrato, e la Giustizia non ne soffre di sicuro.

(7 marzo 1971)

COSTITUZIONE E CONCORDATO

La legge sul divorzio, come si sa, è figlia del dissenso, ma non di quel fisiologico e auspicabile dissenso dal quale nascono tutte le leggi che impegnano la società e gli individui, cioè dalla lotta politica, in cui ciascuno muove alla ricerca di una maggioranza restando fedele alla sua parte, bensì del dissenso rassegnato, che non consente neppure di distinguere tra una parte e l'altra, e accetta in partenza l'ineluttabile risultato. Per questo certamente, subito dopo il varo, anzi addirittura prima del varo, gli antidivorzisti hanno impugnato l'arma del referendum, valendosi di un mezzo che gli autori della Costituzione non avevano certo creato pensando a loro, definiti codini e reazionari (ma questa è l'eterogenesi dei fini, non mai tanto vera quanto nei rapporti tra diritto e politica); per questo nel silenzio dei loro studi gli avvocati antidivorzisti sudano a preparare eccezioni di incostituzionalità della legge, da presentare ai giudici alla prima occasione. Mi risulta che ci sono due coniugi, che vanno d'amore e d'accordo, e pensano di impiantare una causa di divorzio per poter sollevare l'eccezione di incostituzionalità.

Sennonché la Corte costituzionale, già prima della nascita della legge, era stata ripetutamente investita dai divorzisti per ottenere la dichiarazione di incostituzionalità del Concordato, nella parte relativa al matrimonio, o addirittura di quell'art. 149 del codice civile che stabilisce la indissolubilità del vincolo. Per comodità del lettore non giurista, ricordiamo brevemente due cose: la prima che alla Corte si accede per volontà del giudice della causa di merito, il quale compie preliminarmente un giudizio di rilevanza (cioè dice che la decisione sulla costituzionalità della legge è decisiva per la causa di merito); la seconda è che la difficoltà che si oppone al riconoscimento della costituzionalità del divorzio è il famoso art. 7 della Costituzione che Togliatti, nientedimeno, ha gettato tra i piedi dei suoi colleghi laici e che, almeno secondo la lettera, ha « costituzionalizzato » il Concordato, con la relativa indissolubilità del matrimonio. Già altra volta ne abbiamo discorso.

Orbene, i divorzisti *ante litteram* avevano investito la Corte

costituzionale di varie questioni marginali, in sé e per sé poco importanti, ma che avevano come presupposto proprio la critica al Concordato e al citato art. 149, in una parola al regime matrimoniale vigente, compresa la indissolubilità. La Corte si è trovata a decidere dopo la legge sul divorzio, e che cosa ha fatto? Ha emanato cinque fra sentenze e ordinanze, tutte nello stesso giorno (24 febbraio 1971), di cui le prime tre sono relative al Concordato, le altre due alla indissolubilità stabilita dal codice civile. Vediamole rapidamente, perché sono fondamentali per la diagnosi e per la prognosi, e ispirano notevoli considerazioni sul modo di agire dei nostri istituti.

Le prime due di queste sentenze rigettano l'eccezione di incostituzionalità; ma contengono una frase che è ben altro che di rigetto. Dice la Corte a proposito dell'art. 7, che questo articolo « non sancisce solo un generico principio pattizio da valere nella disciplina dei rapporti tra Stato e Chiesa cattolica, ma un preciso riferimento al Concordato in vigore, e in relazione a questo ha prodotto diritto; tuttavia, giacché esso riconosce allo Stato e alla Chiesa una posizione reciproca di indipendenza e di sovranità, non può avere forza di negare i principi supremi dell'ordinamento costituzionale dello Stato ». Crediamo sia difficile immaginare che quando due parti si mettono d'accordo, e il loro accordo sia riconosciuto dalla Costituzione, resti un margine in cui l'accordo stesso possa essere giudicato incostituzionale: perché questo è il solo senso che si possa attribuire alla poco intelligibile frase riferita. Tant'è, essa è stata messa innanzi al lettore, e per la sua stessa inutilità (dato che, come si è detto, la eccezione è stata rigettata) appare come una *excusatio non petita*, uno sforzo programmatico di superare in futuro il diritto.

Questo superamento comincia forse a essere attuato nella terza delle sentenze richiamate, che stabilisce per il matrimonio (concordatario) una raffinata distinzione tra il momento in cui si sceglie il rito di celebrazione (civile o religioso) e il momento della celebrazione. Il primo sarebbe fuori del Concordato e delle leggi conseguenti, il secondo solo sarebbe regolato dal Concordato. Se non è vera è ben trovata, è il caso di dire: peccato però che la scelta diventi concreta solo nel rito. Ma non è la teorizzazione che qui interessa: l'importanza della decisione, come delle precedenti, è che la Corte, invischiata nella Costituzione, e quindi nel diritto, non riesce a fare quello che vuole, e vogliono sopra tutto i tempi nuovi; non riesce a dire sì al divorzio che i tempi nuovi e gli uomini nuovi con grande strepito reclamano.

E infatti, ecco che con le due ultime ordinanze finalmente si pre-

senta alla Corte la buona occasione di mettere in atto i suoi principi, e dire che « i principi supremi della organizzazione dello Stato » impongono la dissolubilità del matrimonio, e pertanto non c'è Concordato che tenga. Sennonché, che cosa avviene? Non c'è dubbio che la Corte, volendo, può liberare sé e gli altri dallo spinoso problema, e dichiarare che l'art. 149 (quello che stabilisce l'indissolubilità) è ormai lettera morta, cioè il matrimonio è costituzionalmente diventato dissolubile. E invece la sua soluzione è stata quella di Pilato, e cioè... di rinvio al giudice di merito, per vedere se per la sopraggiunta legge del divorzio sia ancora « rilevante » la questione della incostituzionalità dell'art. 149.

Come si deve interpretare questa soluzione? Le opposte parti politiche la hanno intesa in sensi opposti, come è naturale. Un osservatore tranquillo, che abbia un po' di senso storico, mantenendosi estraneo alla politica, può forse giungere a un'altra interpretazione. Ed è che le Corti costituzionali (non la nostra soltanto) operano bene, o semplicemente operano, quando sono chiamate a rettificare piccole storture della legislazione, al lume dei principi generali posti dalla costituzione. Ma quando si trovino di fronte alle grandi passioni politiche che si affermano come leggi, quando la storia le pone fra le strettoie del diritto e della politica, la scelta diventa per esse veramente un imbarazzo, perché, secondo il loro stesso essere, devono seguire la via del diritto, ma seguendo il diritto negano la forza politica dominante. Di qui l'incertezza, lo smarrimento, il declino delle responsabilità.

L'ideale sarebbe per la Corte — ed è stata forse la sua speranza — che il giudice di merito al quale ha rimesso le carte negasse la rilevanza della questione, implicitamente riconoscendo il divorzio, e quindi liberandola dalle strettoie. Ma e se quel giudice prudentemente o furbescamente rimandasse la questione alla Corte? Se la Corte si trovasse di nuovo al bivio, inchiodata dalle singolari premesse che ha posto nelle riferite sentenze, e le cui conclusioni, per una specie di pudore giuridico, non ha voluto trarre? È forse meglio lasciare senza risposta, senza la troppo facile risposta, questo interrogativo.

(14 marzo 1971)

[135]

IL MINISTRO E LE IMPOSTE

Sarebbe davvero ingeneroso negare la buona volontà e le ottime intenzioni del ministro Preti. Tante volte, quando leggo sul giornale le notizie delle sue reprimende moraleggianti e delle sue concrete iniziative, me lo raffiguro (avverto subito che non l'ho mai visto di persona), simile a quella severa figura di Giustiniano che, nel mosaico di Ravenna, regge il fisco con le mani intrecciate, come un ciborio. D'altra parte, non si può negare che, a parte il debito del suo officio, il Ministro esprime il sentimento di una grande parte degli italiani, che pensano che basta una buona stretta fiscale a porre rimedio ai mali che affliggono il Paese.

Ora, il punto è proprio questo, se l'azione fiscale, intesa come inasprimento delle imposte e degli accertamenti, sia veramente un rimedio per se stessa, o costituisca soltanto un coadiuvante di ben altri e ben più ardui rimedi. A giudicare in astratto, la risposta può essere positiva; ma quel che conta è il concreto, e se il concreto sono i dati che polemicamente il Ministro ha esposto alla Camera non si può fare a meno di restare perplessi. Si tratta di modesti risultati, ingranditi dai nomi degli evasori, con una pubblicità che, tra l'altro, è sul piano giuridico discutibile (onde già si profilano le proteste), e ha un risvolto, per usare una parola di moda, persecutorio, tanto più inevitabile quanto più è lontano dal pensiero del Ministro. Quando, ad esempio, si legge che l'Ufficio delle imposte di Roma ha accertato nei confronti di un notissimo sindacalista un reddito imponibile di poco più di tre milioni, anche il più severo dei censori non può fare a meno di considerare che con tre milioni si paga l'affitto di una casa conforme al rango, e nulla più.

Naturalmente, anche il poco ha la sua importanza, e sarebbe ingiusto ritenere che il gioco, cioè il tentativo di mettere ordine in questo fondamentale settore della nostra vita amministrativa, non val la candela. Vero è, invece, che l'azione fiscale che è in atto induce a meditazione proprio per la magrezza dei suoi risultati, e cioè spinge il cittadino che, per volontà o anche per incapacità, non si colloca tra i cosiddetti evasori, a cercare obbiettivamente quali siano le ragioni

per le quali non si riesce a svolgere un'azione che, a prima vista, sembrerebbe così semplice. Fra le infinite ragioni, a mio avviso, due se ne possono individuare, e sono le seguenti.

La prima è questa. Quando si parla di evasori, e si invoca una specie di moralizzazione sociale attraverso il fisco, si pensa, di solito, a coloro che lavorano, e di cui si immaginano lucri più o meno favolosi, e non tassati o malamente tassati. Che queste persone non fiscalmente in regola esistano non si può certo negare. Ma io sono d'avviso che esse costituiscono una relativa minoranza, e la loro evasione sia la meno pregiudizievole, proprio perché lavorano, e convertono alla fine, almeno in parte, le tasse « risparmiate » in altro lavoro.

La vera e generale evasione è data, invece, da quelli che non lavorano. Quando una società, per motivi che qui non occorre indagare, entra in crisi, uno dei fenomeni più caratteristici è la determinazione di fonti di ricchezza impreviste e imprevedibili, che non hanno alla loro base un lavoro produttivo, ma essenzialmente la corruzione. Nulla rende più della corruzione, in tutti i campi, ed è essa che dà il colore, se così si può dire, alla vita collettiva, per le scandalose manifestazioni che assume e di cui si può avere un saggio tutte le mattine ad apertura di giornale.

In fondo, è a questa gente che pensa, senza avvedersene, il probo cittadino quando reclama l'intervento del fisco. Ma, disgraziatamente, questa gente è la meno raggiungibile dal fisco, che è costretto a cercare la ricchezza nelle fonti tradizionali. Bisognerebbe avere il coraggio di fare quel che hanno fatto in Francia, e cioè cercare (non so per la verità, come) la caterva delle prostitute e dei loro protettori, ricordando che sopra tutto per il fisco, anzi solo per il fisco, « pecunia non olet ». E ben inteso accenniamo soltanto alla forma più appariscente e chiassosa di corruzione, perché ben altri e più redditizi forse, sono i modi e i luoghi in cui essa si nasconde e si annida. Il problema, ripeto, è quello di individuarla e di scoprirla.

La seconda ragione di ciò che si potrebbe chiamare il fallimento dell'azione fiscale, nonostante tutte le migliori volontà, è un'altra. Ed è che l'evasione solo in parte è un fatto patologico. Bisogna essere sinceri, se non si vuole ripetere la storia delle famose grida manzoniane. C'è una triste, dolorosa fisiologia dell'evasione (l'evasione dei buoni, si può dire), che è data dal suo costituire una specie di riflesso del cattivo uso del danaro pubblico. Il cittadino che vede sperperare la moneta che versa nel fisco, sia esso quello di Giustiniano o di Preti, non la versa volentieri e tende a nasconderla.

[137]

Non sarà giusto, ma è umano. Si forma quasi l'idea, con la tesaurizzazione attraverso l'evasione, di una specie di sostituzione del cittadino allo Stato. Ora, sono sicuri, i riformatori del regime fiscale, di avere, sotto questo aspetto, la coscienza tranquilla? O non devono procedere almeno, su un doppio fronte? Penso ai concorsi universitari che sono stati banditi quasi per neutralizzare in anticipo la mastodontica riforma, nel numero mai visto di 149. E non sono che le minuzie di più vasti e generalizzati sperperi.

Io credo che in una buona amministrazione pubblica il numero degli evasori tenda a diminuire. E penso (forse per trarne consolazione), a quegli avvocati di provincia che protestavano per l'esiguità degli accertamenti fiscali a loro carico. Vero è che queste cose incredibili avvenivano prima del 1915. In un'altra era, quindi, in un altro forse irripetibile mondo.

(23 marzo 1971)

L'UNIVERSITÀ IN CARCERE

I giornali riportano, tra le notizie degli impuniti svaligiatori di banche e di gioiellerie, che ventidue clinici dell'Università di Torino, col rettore Allara in testa, sono incriminati per peculato e, se tutto va bene, varcheranno fra poco la soglia delle Carceri Nuove, prendendo il posto di quei ribelli che l'occupavano e l'hanno allegramente devastata. C'è, per l'amministrazione, da esserne contenti, perché questi prigionieri non devasteranno certo nulla, ma passeranno il loro tempo, ahimè, libero a meditare sulle strane vicende della storia.

Meditiamo anche noi, e vediamo di capire, nella confusione e nella contraddizione dei racconti, cosa mai è avvenuto: non per sovrapporci all'opera del giovane procuratore della Repubblica che conduce l'accusa, e tanto meno per rilevare gli interessi politici e non politici che affiorano nelle dichiarazioni e nei proclami dei vari gruppi, ma per trarre dai fatti quell'insegnamento e quell'ammonimento che sempre i fatti comportano.

Dico subito, in due parole, che l'origine della tempesta giudiziaria è, dichiaratamente, di carattere giornalistico: è cioè un giornale che si è fatto eco delle presunte irregolarità, con clamorose pesanti diagnosi dal punto di vista penalistico. È un sistema che si va diffondendo. Giorni fa un pretore di Roma ha incriminato per il solito reato di omissione di atti d'ufficio un questore, perché un giornale aveva scritto che non si era opposto a una certa manifestazione politica. La stampa è sacra, e giustamente chi serve a suo mezzo il Paese deve essere protetto; ma le denunce di reato si fanno su altra carta, impegnando la propria responsabilità civile e penale, altrimenti è lecito dubitare che si perseguano fini non chiari, o forse anche troppo chiari. I giudici dovrebbero tener conto di questo, prima di imbarcarsi e imbarcare gli altri in vicende giudiziarie, che diventano inopportuni scandali.

Ma, a prescindere da ciò, nel caso concreto sembra che i ventidue clinici torinesi, come la maggior parte dei clinici italiani, trattenessero e amministrassero i proventi delle attività svolte nelle clini-

che, in luogo di versarli, come vuole la legge sull'ordinamento universitario (art. 132), nelle casse dell'Università, la quale provvede poi a operare la distribuzione, anche a profitto degli stessi clinici. La difesa di costoro pare che sia nel diverso rapporto che si stabilisce per molte cliniche con gli ospedali (i cosiddetti ospedali clinicizzati o cliniche ospedaliere), che è regolato da particolari contratti, ai quali l'Università è estranea, ed escludono quindi l'applicazione della legge universitaria.

Non spetta a noi stabilire quale sia la verità, e in definitiva non interessa. Si può osservare che se anche si ritenesse esatta la prima ipotesi (cosa di cui è ragionevole dubitare, dati i controlli stabiliti dalle leggi) si tratterebbe forse di irregolarità formale più che sostanziale, perché una gran parte dei proventi sarebbe, come si è detto, rifluita per legge nelle tasche dei clinici. Basta aprire un qualunque annuario di Università, per vedere come dei proventi di clinica una percentuale altissima (e si tratta di somme notevoli) venga legalmente assegnata al direttore delle cliniche stesse, oltre che al personale. Nella seconda ipotesi, poi ogni parvenza di reato verrebbe meno. Onde ci permettiamo sommessamente di deplorare l'assalto a tante illustri persone, per un fatto che si è praticato e si pratica da quando esistono le cliniche. Lasciamo dunque che il magistrato se la sbrighi da sé, e confidiamo che abbia il senso della realtà e delle proporzioni, senza lasciarsi deviare da interessati richiami. Quel che invece bisogna riconoscere, e costituisce il lato più importante, anzi il solo importante, della vicenda, è che, o per una via o per l'altra, è dato a una parte dei professori universitari di conseguire notevoli guadagni, mentre gli altri, se non esercitano la professione, e sono in pochi, vivono del famoso ventisette.

Il problema è gravissimo, e non può essere demagogicamente risolto. È un problema di sistema, e noi diciamo apertamente che non approviamo il sistema, perché siamo d'avviso che la cattedra universitaria non debba in nessun modo, né direttamente né indirettamente, costituire un allettamento di carattere pecuniario, nell'interesse della scienza e della ricerca. Restando però coi piedi sulla terra, non si può fare a meno di notare due cose. La prima è che si deve ammettere che i clinici sostengono un peso di lavoro incomparabile con quello degli altri professori, e la disparità di trattamento diventa quasi fatale. Sotto questo profilo, si manifesta anzi (e il discorso si rivolge ora al ministro dell'Istruzione) l'assurdità e l'inattualità di concepire l'Università come un tutto unico, quando ogni facoltà è ormai un'Università per conto suo, con i suoi parti-

colari e distinti problemi, che non possono essere risolti dal centro. La seconda è che, pur con la riserva morale di cui sopra, la posizione economica dei professori (mi riferisco ai professori sul serio, non a quelli che sono il prodotto della inflazione) è inadeguata in assoluto e rispetto ad altre categorie di funzionari.

Recentemente, come si sa, c'è stato il famoso riassetto della carriera degli statali, e i giornali hanno pubblicato le tabelle degli stipendi. Orbene, è agevole rilevare che coloro che sono stati favoriti dal « riassetto » sono stati proprio i magistrati, e diciamo subito con piena ragione, salvo purtroppo anche qui l'inflazione della carriera, che si profila con le riforme in corso, disapprovate apertamente dai giudici più consapevoli. Ne sono derivate tra l'altro conseguenze assurde rispetto ai professori, tanto più se si considera che l'art. 106 della Costituzione prevede la possibilità dell'assunzione a consigliere di Cassazione dei docenti universitari più meritevoli, i quali intanto continuano a percepire uno stipendio che si avvicina, quando hanno raggiunto il culmine della carriera, a poco più della metà di quello che percepisce un consigliere di Cassazione. Anche questo, ci sembra, dovrebbe essere oggetto di meditazione.

Ma non è qui il caso di indugiare su questo problema economico, che non è se non un aspetto, o un riflesso, del più generale problema della riforma universitaria. Notiamo, per restare nel tema, che per colmo di ironia il professore che corre il rischio di andare in carcere è il rettore di Torino, cioè un docente che, per quel che mi risulta, non ha mai guadagnato un soldo oltre la busta dello stipendio. È una cosa tristissima, e non solo soggettivamente, perché con questi clamori giudiziari, con questi peculati epidemici, si raggiunge un duplice penoso risultato: di svalutare l'azione giudiziaria, generando un diffuso e pericoloso scetticismo, e di deviare l'attenzione dai veri problemi della scuola e della società. Il che può corrispondere alla volontà di qualche politicante, ma non è certo nei propositi dell'insospettabile magistratura.

(18 aprile 1971)

[141]

LA POLITICA NELLA SCUOLA

Tra le infinite e indefinite forme di contestazione che investono la scuola (e in parte stanno, ahimé, acquistando riconoscimento giuridico nelle incaute riforme in corso) c'è quella che genericamente possiamo chiamare di una sua pretesa chiusura politica. Si dice cioè che non basta insegnare la storia, intesa come vita vissuta, bisogna insegnarla come vita da vivere, cioè mostrare ai ragazzi la storia nel suo formarsi, immetterli nell'evoluzione della società, prepararli ad essere in un modo o nell'altro partecipi di questa evoluzione. Una delle più curiose espressioni di questa contestazione credo sia stata la proposta, non so se accolta, di introdurre nella scuola tra i libri di testo i giornali.

Vedremo in seguito il sottofondo, del resto facilmente immaginabile, di questa contestazione. Prima però crediamo opportuno considerarla nella sua obbiettività, e cioè chiedersi in astratto se essa sia legittima, se la politica possa veramente entrare nella scuola, se l'idea di rendere « contemporaneo » l'insegnamento sia conciliabile con la scuola. Sono cose che in altri tempi non si sarebbero concepite, ma appunto questo è il valore del nostro tempo, di rendere problematiche le cose ovvie, e costringerci a verificare ad ogni momento le nostre certezze. Non è certo impresa di poco conto.

Per spianarci la strada, forse conviene richiamare alla mente l'antica e superata contesa fra la scuola religiosa e la scuola laica. È solo il punto di partenza, ma ci aiuta a intendere il vero senso del laico, che non è sinonimo di irreligioso e neppure di areligioso, perché l'idea del laico, se bene intesa, ricomprende e assorbe in sé la religione. Se in origine il laicismo si è colorato di anticlericalismo, di « libero pensiero », come si diceva, ciò si doveva a una reazione storica e fatale contro quel tanto di politica che si esprimeva nella parola clericale, la tendenza di molti ecclesiastici e filoecclesiastici proprio a intendere la storia come una vita da vivere. Questo è tanto vero che, cessata la polemica, la scuola laica dimise il suo attributo, e fu semplicemente scuola, sia che la gestisse lo Stato, sia che la gestissero gli ordini religiosi.

Ora, l'essenza della scuola laica, o più semplicemente della scuola, non è facile da definire: ma una cosa bisogna subito escludere, e cioè che essa sia una istituzione statica di fronte alla vita che è naturalmente dinamica. Vero è invece che essa non meno naturalmente accoglie le certezze della vita, quelle che sono tali per secolare tradizione, e quelle che si vanno lentamente maturando nel travaglio costante dello spirito umano. Saranno certezze relative, nel senso che nulla vi è al mondo di sicuro: ma sono sempre certezze che si oppongono e resistono al velleitarismo dei dotti e dei falsi dotti, al soggettivismo più o meno geniale, a tutto ciò che è « ebbro di un'ombra che passa », come diceva il poeta francese. La parola « classico » esprime forse meglio di ogni altra, nella sua etimologia, questa natura e questa funzione della scuola: e classico è non solo l'antico scrittore latino o italiano, ma il pensiero storico e scientifico e letterario che ha subito o subisce il filtro della scuola. Si capisce che molto dipende dalla personalità dell'insegnante (e dello scolaro), perché queste certezze non provengono dal Governo, ma si formano nell'intelligenza dei singoli, e di qui la partecipazione appunto della scuola alla vita. Se mai, è proprio il Governo, qualunque Governo, che coi suoi programmi, astratti come tutti i programmi, ostacola la libera determinazione delle certezze.

Il valore immenso della scuola sta proprio nella sua classicità, come sopra spiegata. E poiché la scuola è formativa (la distinzione tra informazione e formazione è priva di senso), ciò significa che i giovani, gli uomini di domani, devono nutrirsi di questa classicità, che non è poi se non la stessa classicità che, al di sopra delle fazioni e delle sette, costituisce l'anima dello Stato. In tutti i campi infatti, nella giustizia, nell'amministrazione, nella scuola, si ritrovano queste posizioni. Nulla importa che coloro che domani reggeranno lo Stato operino contro gli insegnamenti ricevuti, secondo il vecchio detto che i più grandi liberali sono usciti dalle scuole dei gesuiti: ciò è fisiologico, e meglio diremmo provvidenziale, perché lo Stato non pone, con la sua scuola, nessun limite alla libertà dello spirito.

La ragione per la quale la politica non può entrare nella scuola sta proprio qui. Non esiste nulla nella politica che non sia soggettivo, incerto, transeunte. Ma appunto per questo, in tutti i tempi, fiera è sempre stata la lotta per farla entrare, perché non c'è dubbio che le serene certezze della scuola si oppongono alla parzialità essenziale dei politici (partito deriva da parte, infatti) e quindi alla loro azione. Ognuno vorrebbe formare, per questa via, i giovani alla propria scuola: avant'ieri erano i clericali, ieri i fascisti, oggi...

[143]

Ecco, questo è il sottofondo al quale accennavo in principio. Perché di questa fantasia di invischiare la scuola nella politica non possono giovarsi logicamente che i partiti che hanno o credono di avere un'idea propria da opporre allo Stato, e quindi negano lo Stato. A questi e a questi soltanto interessa distruggere il valore, e col valore le strutture della scuola, e del resto di qualunque istituzione. Gli altri, come le stelle, stanno a guardare, credendo o illudendosi che lo Stato si difenda da sé, cioè dimenticando che esso è una astrazione che si concreta in ciascuno di noi. Un episodio che è avvenuto in questi giorni a Roma è, nella sua piccolezza, estremamente rivelatore. Si tratta del liceo Virgilio, e della richiesta fatta da alcuni alunni di invitare l'on. Pertini a parlare della Resistenza in una assemblea studentesca. Si può comprendere che la data suggerisse questa proposta: che peraltro è stata inattesamente bocciata dal preside e dai professori. Apriti cielo. In un'aria da crimenlese, come in tempi che parevano lontani, squilli di tromba rimbombano a sinistra. Il ministro dell'Istruzione ordina un'inchiesta, e il preside trema. Siamo nella più perfetta logica e c'è solo da augurarsi che in nome della logica il povero preside non ci rimetta la testa. Sarebbe il primo triste frutto del connubio tra scuola e politica.

(27 aprile 1971)

LA REVISIONE DEL CONCORDATO

Abbiamo davanti agli occhi il resoconto della seduta della Camera in cui si è iniziato il dibattito sulla revisione del Concordato dopo l'introduzione del divorzio. Si tratta, per ora, della presa di posizione dei singoli partiti di fronte al problema generale, e le dichiarazioni, appena interrotte dalla intemperanza di qualche isolato estremista, sono pacate, comprensive, addottrinate. Quanto a questa distensione abbia contribuito l'inversione dei tempi e cioè la preventiva eliminazione della questione più spinosa (o forse la sola vera questione), quella del divorzio, è facile immaginare. Né è da nascondersi che alla superficiale serenità ha contribuito il fine politico, la sapienza di tirare l'acqua al proprio molino, praticamente la volontà di non precludersi la strumentalizzazione della Chiesa, o delle forze cattoliche organizzate, in un futuro più o meno lontano. Una revisione all'italiana, insomma, tanto per mantenersi nella malinconica tradizione.

Ma noi, che siamo fuori di questa schermaglia, dobbiamo considerare il problema con assoluta obbiettività, valutarlo nelle sue determinanti storiche, più che politiche. E cominciamo con l'osservare che il Concordato del 1929 è nato dall'incontro, e forse meglio dallo scontro, di due formidabili volontà, espressione di formidabile potenza, qual quella del papa Pio XI e di Mussolini. Chi dei due sia rimasto vincitore è vana domanda: entrambi hanno vinto, cioè hanno raggiunto i loro scopi, ed è stato giustamente osservato che certe defezioni da parte dello Stato erano solo apparenti, e in realtà nascondevano un accrescimento di potenza. È il procedere tipico della storia, quando è governata da mani robuste, legittime o non legittime alla storia poco importa.

Se paragoniamo quel momento lontano in cui il Concordato si è costituito al momento in cui lo si vuol rivedere, dobbiamo riconoscere che non esistono più né volontà né potenza: la storia vive cioè di una di quelle pause che si concede quando ha troppo faticato e in cui il nostro rumore dentro e fuori del parlamento è veramente, come diceva il poeta, « ronzio d'un'ape dentro un bugno vuoto ». In

queste condizioni la revisione appare o può apparire un gioco, per la semplice ragione che esso è già riveduto, e non tanto da parte dello Stato con la sua Costituzione, quanto da parte della Chiesa, con le sue radicali contestazioni o magari col suo spirito conciliare. Se si vuole essere sinceri, la vera revisione (ed è parola eufemistica) del Concordato è avvenuta con il divorzio. Non facciamo questioni giuridiche, già del resto da noi altra volta trattate: quel che è certo è che con la rinuncia alla indissolubilità del matrimonio poco o nulla c'è rimasto da salvare dello spirito dell'incontro o scontro del 1929, e si potrebbe procedere tranquillamente lasciando le cose come stanno, o meglio come non stanno.

Affinché tutto questo non sembri un paradosso facciamo qualche esempio, e anzi prendiamo l'altro di quei punti ai quali si attribuisce valore nel Concordato: l'insegnamento. Tutti sanno in verità come nei secoli sia stato sempre vivo il conflitto, o se vogliamo, la gelosia fra Stato e Chiesa in ordine all'insegnamento. Ma è chiaro che in una revisione ipotetica ben poco può pretendere uno Stato che ha ridotto la scuola nelle condizioni in cui si trova. Il severo esame di Stato di cui all'art. 35 del Concordato è, nella migliore delle ipotesi, diventato una burletta. D'altra parte, che interesse può avere lo Stato a reclamare in nome della democrazia e della laicità l'abolizione o la trasformazione dell'insegnamento religioso, quando si mettono in discussione i fondamenti della religione, se pure Stato e Chiesa non si danno la mano per fare una religione della sessuologia, tra le risate dei giovani che in materia ne sanno molto più dei maestri? Ci possono essere certe norme che fanno impressione, come quella dell'ostracismo ai preti spretati: ma sul serio si può pensare oggi all'applicazione di questa norma, non tanto per la vigilante Corte costituzionale, quanto per l'indifferenza con la quale la società considera il dilagante fenomeno? E questo per non parlare del famoso rispetto della Città eterna, centro del mondo cattolico, che appare addirittura comico in una città che è diventata il centro della dolce vita.

Si potrebbe continuare. Ma tanto basta per inquadrare storicamente il problema della revisione del Concordato, premessa alle singole particolari discussioni. Consapevoli di queste cose, molti esponenti politici si dibattono tra la revisione e la totale eliminazione del Concordato. La differenza non sarebbe molta, dopo quanto abbiamo detto. Un solo punto c'è, veramente serio e impegnativo: ma non sta nel Concordato, bensì nel trattato, all'art. 1, ed è quello in cui si enuncia che « la religione cattolica, apostolica, romana è la

sola religione dello Stato ». Noi sappiamo bene tutte le disquisizioni dei giuristi su questa enunciazione, tutti i tentativi fatti in sede teorica per ridurla a una cosa senza valore. Sarà così, giuridicamente. Ma contrattualmente essa ha un valore immenso, anzi è la sola cosa che abbia valore, perché da quella tutto il resto dipende. Questo, in una vera revisione, dovrebbe essere il punto di incontro o di scontro, comunque la si voglia pensare. Ma è da credere che proprio questo sarà evitato, e del resto noi pensiamo che per risolvere tale problema bisognerebbe aspettare la nuova legislatura, perché in sede elettorale i partiti dovrebbero presentarsi con una precisa presa di posizione, quasi provocando un indiretto « referendum ».

(1 maggio 1971)

[147]

FINE DI UN MAGISTRATO

Noi siamo d'avviso che solo un siciliano, tra gli infiniti onesti che ci sono, può comprendere appieno il male che funesta l'isola, così come solo un sardo può capire le ragioni profonde che determinano le esplosioni criminali di questi ultimi tempi, tanto diverse da quelle, se possiamo usare questa parola, tradizionali. Ci guarderemo perciò dall'esprimere giudizi di carattere generale sugli ultimi eventi sanguinosi di Palermo: cercheremo invece di considerare la loro terribile esperienza al di fuori della competenza per territorio (di Palermo e di Corleone), in quello cioè che essa ha di nazionale.

Abbiamo ora l'amara soddisfazione di conoscere, sia pure per frammenti, il favoleggiato rapporto della commissione antimafia e quindi di sapere anzitutto quel che sapevamo: che a Palermo si traffica nelle licenze edilizie, nelle aree fabbricabili, nei mercati generali, nelle bische, nella prostituzione e in chissà quali e quante altre cose. Non è certo il caso di scherzare, ma vien fatto di dire che se questa fosse la mafia, la Sicilia avrebbe il torto di aver dato un nome a cose che capitano nelle migliori famiglie. Per un fenomeno storico ricorrente, la fine della guerra o meglio la sconfitta ci ha gettato, dall'Alpi al Lilibeo, in balìa delle tentazioni, dalle quali non abbiamo chiesto a Dio di liberarci. Di proprio, in Sicilia, c'è se mai l'organizzazione, tornata come un « boomerang » dalla non più lontana America, e certo non è cosa da poco, perché organizzazione vuol dire forza, ma anche, per quanto strano possa sembrare, legalità. Non per nulla l'inventore della pluralità degli ordinamenti giuridici è stato un grandissimo siciliano, e come ordinamento giuridico ha considerato la società dei ladroni.

Quello che invece non sapevamo è che la mafia avesse raggiunto la magistratura. Da qualche anno non ignoravamo che aveva raggiunto la polizia (caso Tandoy): per un atto di fede, forse, non pensavamo che anche la magistratura poteva essere coinvolta. Ed ecco che la novità ci è rivelata nel più tragico dei modi, con l'uccisione del procuratore Scaglione. È forse la prima volta che accade; e il fatto è in sé tanto orrendo che è stato notato come egli sia stato

ucciso appena lasciata la carica, per sottolineare che, quasi per un senso sacro della funzione, la mafia non colpisce chi compie il suo dovere e finché lo compie. Ma ciò non scusa né gli uccisori né l'ucciso.

Che il delitto sia di carattere mafioso è ormai indubitato. Lo stesso rapporto parlamentare lo riconosce, e da questo si sa che i contatti della mafia col procuratore erano addirittura notori. Nello stesso tempo si apprende che la realtà di questi contatti (con relazione in particolare al caso Liggio) furono portati a conoscenza del Consiglio superiore della magistratura, il quale dichiarò il magistrato « assolutamente estraneo alla mafia siciliana ». Questo fatto è assai grave, e getta una luce malinconica sulla istituzione che esprime l'autogoverno della magistratura. Come si sa, questa istituzione, permeata di politica, è criticata dalla stessa grande maggioranza dei magistrati: sarebbe un grave pregiudizio per la libertà se non si tenesse conto di quest'ultimo fallo, e se non si dicesse ancora una volta che l'esautoramento del ministro di Grazia e Giustizia si è rivelato un errore. La democrazia deve avere il coraggio di fare periodicamente l'inventario delle sue istituzioni, che non hanno in sé nulla di eterno. L'eternità delle istituzioni è tipica solo dei paesi che hanno rinunciato alla libertà, poiché in essi c'è qualcuno « che ha sempre ragione ».

Oscure per noi, sono le circostanze concrete dei rapporti mafiosi tra il povero Scaglione e la mafia. Si parla di un contrasto tra diverse cosche, ed è probabile. Ma non è questo che interessa. Rivela solo il fatto che i rapporti, con l'una o con l'altra cosca, ci sono stati, e nella relazione parlamentare si lamenta a gran voce l'illegittimità di un dissidio tra la polizia e il magistrato, di cui l'una e l'altro fanno le spese. Ora qui a mio avviso sta il centro della questione, vista dall'alto, cioè dalla nostra disinteressata lontananza. Per quel che riguarda la polizia e il tragico esautoramento che essa ha subito e subisce, in diritto e in fatto, il discorso può per il momento essere lasciato da parte: il triste episodio non dovrà però essere dimenticato nella critica dell'organizzazione dello Stato che si è venuta determinando per un malinteso, quando sarà il momento di farla. Le conclusioni alle quali giunge la relazione sul gioco di competenze tra polizia e magistratura ci paiono — sia detto senza offesa — quanto meno astratte in presenza di un morto, e di quale morto! Il discorso attuale riguarda proprio questo morto, e ciò che egli rappresenta, o ha rappresentato, la magistratura che attraverso il morto viene dalla voce popolare e non da questa soltanto messa sotto accusa.

[149]

Che cosa ha fatto il povero procuratore? Noi non crediamo, e del resto non risulta in alcun modo, che egli si sia associato, a delinquere con la mafia, nel senso di aver perseguito i fini illeciti che questa persegue. Egli ha fatto molto di meno e molto di più: non ha fatto il suo dovere, cioè non ha osservato la legge dalla quale, dicono le bistrattate parole della Costituzione, il giudice solo dipende. Nel durissimo esercizio del pubblico ministero egli ha ceduto, perché c'era qualcuno che si era posto come legge in luogo dello Stato che egli doveva rappresentare e salvare. Ha avuto paura. Non è il caso di scagliare alcuna pietra. Quelle facce, egli potrebbe rispondere come don Abbondio al cardinale, le ho viste io. E don Rodrigo del resto è un esempio tipico di mafia, come l'azzeccagarbugli che, al solo sentire il suo nome, rende affannosamente i polli a Renzo, è uno che non voleva fare la fine del procuratore.

Questo è il peccato per cui Scaglione è caduto, e doveva cadere, perché chi si sottrae alla legge, chi accetta la legge del più forte in luogo di quella del debole Stato, mette in moto una catena senza fine, o meglio alla fine della quale c'è il viale dei cipressi (giacché ci siamo, non dimentichiamo la patetica circostanza in cui egli ha trovato la morte). Ma se così è noi dobbiamo, se vogliamo fare qualcosa di buono e di utile, ammonire tutti quei magistrati, non molti ma vivaci, che anche di qua dello stretto fanno quello che ha fatto Scaglione: cioè calpestano la legge, la negano, con parole più o meno dotte, con teorie più o meno arcane, in realtà sostituendo alla legge dello Stato, allo Stato, la legge del più forte, o del creduto temporaneamente il più forte. Ci riferiamo a quei giudici e a quei pretori che proclamano che la legge che essi dovrebbero applicare è una legge borghese, che il processo che dovrebbero rispettare è il frutto di un sistema politico repressivo, e perciò si pongono sopra la legge e sopra il processo, con scandalose assoluzioni, che realizzano (purtroppo con la tolleranza degli uomini di governo) una autentica giustizia di parte. Costoro dovrebbero raccogliere l'esperienza del disgraziato collega, che come loro aveva ceduto al più forte. In verità, messa su questo piano, è proprio vero, come dicevamo in principio, che la mafia non è che una parola.

(16 maggio 1971)

[150]

SINDACATI E POESIA

Mi è capitato tra le mani un singolare documento che meritava di essere letto nelle scuole, se i tempi non fossero poco propizi a simili letture. Si tratta di una lettera pressoché inedita, datata 21 ottobre 1924, con la quale il poeta Erik Maria Rilke rispondeva a un questionario che gli aveva posto il prof. Hermann Ponas intorno al « ricco » e al « povero », cioè al problema sociale. Perché il professore si fosse rivolto al poeta, non mi è dato saperlo.

* * *

Il poeta non poteva rispondere che da poeta, e infatti così gli scrisse (mi limito naturalmente a riprodurre le parti essenziali): « Un senso di concordia umana, di fraternità mi è naturalmente spontaneo e deve essere stato piantato nel mio essere... ma ciò che distingue nettamente dal sociale, come oggi l'intendiamo, una così lieta e naturale inclinazione, è il completo disinteresse, anzi l'avversione a mutare, o, come ci si esprime, a migliorare la situazione di alcuno. La situazione di nessuno al mondo è tale che non possa tornare singolarmente acconcia alla sua anima. E io debbo confessare, per me ogni volta che sono stato costretto a partecipare a un altro destino, questo è stato importante e urgente innanzi tutto: aiutare l'oppresso a riconoscere le proprie e singolari condizioni del suo stato, ciò che ogni volta non è tanto un conforto quanto un arricchimento, sulle prime invisibile ». Più avanti: « Se io un giorno ho potuto riversare nella forma del mio cuore le voci immaginarie del nano e del mendico, il metallo di quel getto non era ricavato dal desiderio che il nano e il mendico potessero avere la vita più facile; al contrario, soltanto attraverso una celebrazione del loro incomparabile destino il poeta poté essere vero e profondo, ed egli nulla dovrebbe temere e rifiutare più che un mondo corretto, dove i nani fossero allungati, e i mendichi arricchiti ». Infine: « Un mondo che tenta di disciogliere il divino in una specie di anonimità, doveva essere invaso da quella sovravalutazione umana, che attende dal soccorso umano, ciò che esso non può dare. E la bontà divina è così indescrivibilmente

legata alla durezza divina, che un'epoca che precedendo la provvidenza intraprende a distribuire quella, trascina insieme tra gli uomini anche le più antiche provviste di crudeltà (noi l'abbiamo sperimentato) ».

* * *

Così il poeta. Ed è chiaro che coloro che dimenticheranno questa fonte di ispirazione (e saranno in molti, certamente) lo scambieranno per un negriero, o, se sono ben disposti, per un nemico di ogni progresso, che in un antistorico mantenimento dello *status quo,* trova la propria ragione di vivere. Cosa infatti può voler dire questo completo disinteresse a mutare o a migliorare la situazione di alcuno? E come si può assumere quest'atteggiamento di fronte al grandioso movimento operaio, alle rivendicazioni e alle conquiste che hanno trasformato il mondo del lavoro, o più semplicemente il mondo, operando proprio sul ricco e sul povero, riducendone le distanze, se non addirittura capovolgendone i termini?

Un'accusa di questo genere sarebbe simile a quella che si facesse (ed è stata fatta) al discorso sulla montagna, col quale la pagina del poeta ha non pochi contatti, se pure direttamente da esso non deriva. Per il dirigente di un sindacato, il « beati i poveri » non può apparire che un'impostura, invece, mai come oggi, nel totale trionfo dei sindacati al quale assistiamo, totale al punto da costringerli ad inventarsi sempre nuove e sempre più estranee ragioni di essere, cioè di lottare contro un nemico che non esiste, mai come oggi le parole di Rilke si rivelano attuali, manifestano il valore profetico che sempre hanno le parole dei poeti. La vittoria dei sindacati è una vittoria apparente, proprio perché il povero gli è sgusciato di mano, perché hanno allungato il nano e arricchito il mendico, cioè, uscendo dalla metafora, hanno distrutto l'uomo nella sua originalità. Ciò è nella logica della lotta di classe, così come è stata impiantata, ma non meno logico è l'esito, che non può essere se non quello dello scorpione che vibra contro di sé la terribile coda.

Da che mondo è mondo, gli uomini hanno sempre intuito il valore spirituale della povertà, hanno avuto una autentica vocazione della povertà. San Francesco e i nobili penitenti della santa Russia non sono che episodi, sia pure grandiosi, di questo richiamo: e la loro storia insegna quale potenza di azione esso racchiuda, infinitamente più grande di quella che possano avere, nonostante le apparenze, le strutture e le organizzazioni collettive. Diogene, che cerca

l'uomo con la lanterna, potrebbe essere il simbolo della vocazione della povertà.

Ora, non si può certo pretendere che un Lama, o uno Storti, o un Ravenna, vadano in giro con una lanterna, ma si può certo dubitare che il loro torto, e quello dei loro antenati, sia di aver disumanizzato la giusta lotta sindacale, di aver strumentalizzato il povero, offrendogli tutti i beni di questo mondo, come nella tentazione evangelica. Lenin, nella sua tragica sincerità, diceva che dei poveri non gli importava niente. In questa luce disumana bisogna intendere anche la recente « istruzione » dettata da coloro che nel gioco delle parti hanno preso il nome di sinistra extraparlamentare, sul nuovo obbiettivo della lotta politica e sindacale, che non deve essere soltanto la grande fabbrica, ma anche e sopra tutto il modesto lavoratore, l'artigiano che col suo lavoro e il suo ingegno è riuscito ad emanciparsi, il povero, insomma, che si è rifiutato di affidare ad altri la sua povertà. Questo è il nemico vero, e quando nell'ormai oscuro linguaggio di chi non sa più cosa dire, i sindacati parlano di « riforme di struttura », non dicono e non operano molto diversamente. Siamo sempre nella logica, anzi siamo allo sbocco cui fatalmente conduce una simile logica, la chiusura del cerchio che riporta l'uomo al servaggio dal quale è partito. Gli esempi sono alla portata di tutti.

È inutile dire che con questo discorso non si vuole mettere sotto accusa nessuno, sindacati o partiti che siano. Se mai mettiamo sotto accusa noi stessi, perché siamo noi, nessuno eccettuato, che facciamo la storia. Ma se il disegno di avvererà (*quod deus avertat*) saranno forse le parole del poeta che consoleranno e faranno sopportare le nuove strutture, dando ai cuori spauriti la speranza di risalire la via del calvario.

(23 maggio 1971)

[153]

STATO DI POLIZIA E POLIZIA DELLO STATO

Un pretore di Firenze, padre felice di una figlia contestatrice che, secondo quel che si legge nei giornali, era stata condotta in caserma (e subito rilasciata) per aver partecipato all'occupazione di una scuola, non ha trovato di meglio che denunciare penalmente la polizia per non so quale reato. Un pretore di Roma, dopo aver assolto per non aver commesso il fatto una ragazza che, all'ombra magna dell'imperatore Caracalla, pareva adescasse i passanti, e invece aveva solo ridotto il peplo a una mini-minigonna, si è affrettato a denunciare la polizia per l'arbitrario fermo. Un altro pretore romano ha denunciato un questore per non essere intervenuto in una dimostrazione politica.

Si tratta, come è facile intendere, di magistrati sedicenti impegnati. Ma non è questo quello che oggi attrae il nostro pensiero: quelle denunce, per quanto tristissimo sia che le strutture dello Stato non reggano alla loro funzione, non sono che l'ultimo, e talvolta ridicolo riflesso di una battaglia che si conduce a ben più alto livello, a livello costituzionale e legislativo. La battaglia, diciamolo subito per non lasciare adito a dubbi, contro la polizia. I profani, cioè gli onesti, non sanno, ma lo sanno i birbanti, che oggi la polizia, per effetto di sentenze della Corte costituzionale e di sconvolgimenti legislativi del processo penale, è priva di ogni potere: e se qualcuno gliene rimane, ha paura di adoperarlo, per non incorrere nei guai, e trovarsi accusata invece che accusatrice.

Ora, l'osservatore obbiettivo non può trattenersi dal fare alcune considerazioni sul fenomeno, che potrebbero aprire la via, a chi la volesse percorrere, a indagini di grande portata, sul piano teorico e pratico. E cominciamo con un piccolo richiamo etimologico, cioè col ricordare che la polizia deriva da *polis*, la città greca che si identificava con le stesse libere istituzioni democratiche. Non vi è dunque nulla in questo nome che contraddica alla libertà, esso dà anzi il senso augusto della costituzione, dell'ordinamento che regge la città, e senza il quale la città non può reggersi. La polizia è, astrattamente, il punto di incontro fra l'individuo in quanto cittadino (*polites*, ap-

punto, sempre in greco) e la sua città, la città che egli stesso concorre a formare. Come è dunque che da così illustri origini la parola e il fatto della polizia si sono degradati al punto da acquistare nei secoli una nota di dispregio, quale nessuna concreta istituzione dello Stato ha mai avuto?

La ragione non è difficile da individuare; sta nel distacco che si è venuto a determinare tra il cittadino e la sua città, a sua volta dovuto a questo: che il rapporto tra il cittadino e la città è statico soltanto nei libri giuridici, nella concreta realtà è essenzialmente dinamico, è un rapporto — si può dire — di virtuale, permanente conflitto. Il cittadino ha la sua vita che non è la vita della città (ma vuole che sia la vita della città); la città ha la sua vita, che sola ritiene la vera e perfetta vita, e vuole sia anche e soprattutto la vita del cittadino.

Generalmente il conflitto si pone in termini economici: è il cittadino che vede nella città non la sua espressione ma quella di un ceto o classe dominante; e non c'è dubbio che questo è l'aspetto che ha assunto nel secolo scorso, e tuttora perdura. Ma sarebbe un errore ridurre il conflitto a una così ristretta visione: molte volte esso è il frutto di una ideologia o addirittura di una teologia, come Hitler, Mussolini, e prima di loro Calvino dimostrano. Comunque, di questi conflitti fa le spese la polizia, che inevitabilmente diventa la più immediata nemica, e con essa a torto o a ragione si identifica lo Stato: Stato di polizia, secondo la suggestiva ed efficacissima espressione, perché lo Stato ideologo o teologo o classista non può operare che strumentalizzando la forza connaturale alla *polis*, cioè la polizia, e dirigendola contro il cittadino, vero o supposto eretico. Sennonché (e qui il discorso si fa attuale) lo Stato nel quale noi viviamo, quel prodotto storico che, se non ci fosse l'equivoco politico, o meglio partitico, sarebbe esatto chiamare liberale, è caratterizzato proprio da questo: che esso ha rifiutato ogni ideologia o teologia, o piuttosto ha una ideologia sola, che è lo Stato medesimo.

Lo Stato, come noi lo concepiamo e poniamo le basi per realizzarlo, è l'antica ed eterna *polis*, e la sua mirabile caratteristica è la restituzione a se stesso di tutte le forze concrete e, diciamo meglio, degli uomini che agiscono per lui. Uno Stato come questo non ha e non può avere che un'idea e una forza, che si chiama diritto: la Legge, con l'elle maiuscola, che comprende in sé tutte le strutture, dai parlamenti alla magistratura e, prima e dopo tutto, alla polizia. La quale diventa la polizia dello Stato, segnando la fine dello Stato di polizia.

[155]

Si capisce che con questo non vogliamo idealizzare la polizia, che è fatta di uomini, come tutti gli organismi dello Stato, e nemmeno vogliamo far nostro lo spirito di quel personaggio di Graham Greene che si sentiva protetto dalla polizia anche quando i poliziotti ingiustamente lo picchiavano. Vogliamo solo dire che l'assalto che i politici che si qualificano democratici, siano parlamentari o giudici di qualunque grado, conducono contro la polizia dello Stato, è privo di ogni senso, perché è un assalto contro lo Stato, cioè contro se stessi. L'obiezione di questi politici che anche lo Stato liberale può esprimere, attraverso i suoi portavoce, idee che non garbano, e rendersi espressione di un ceto o di una classe, non vale assolutamente nulla: perché essa può essere, nella dinamica della vita, anche vera, ma vero è anche che quello Stato ha in sé i mezzi di reazione e di correzione della propria rotta.

Il guaio è che un discorso di questo genere non piace ai sullodati politici, perché comporta una grande responsabilità, ed è certo più comodo contestare in nome di una ideologia la debole polizia di un debole Stato. In fondo, la lotta contro la polizia dello Stato nasconde l'eterna aspirazione a uno Stato di polizia.

(3 giugno 1971)

TUTTI PROFESSORI

Il Senato ha concluso il suo lavoro intorno alla riforma dell'università, e presto la Camera dei deputati sarà chiamata a esprimere il suo giudizio e la sua volontà. C'è da ritenere che non ci saranno grandi sorprese, perché il nostro paese è invaso da una ventata riformatrice, in tutti i campi, e il merito, come dicono i causidici, passa in seconda linea. Si può privatamente recriminare, ma pubblicamente bisogna accettare il fatto storico, e rendersi ragione delle cause che lo hanno determinato e degli effetti che ne sono derivati.

Per capire questo problema bisogna tornare indietro di mille anni, e cioè risalire all'origine dello studio universitario. Senza ricordare i modi e i particolari della sua formazione, del resto a tutti noti, diamo per certo che l'università è sorta come centro libero di cultura, di formazione e di irradiazione del pensiero, nella concordia dei docenti e degli allievi. Solo contemplando quelle arche meravigliose che raccolgono ed elevano sulla folla, nella piazza di San Francesco a Bologna, le spoglie degli antichi dottori o la pietra tombale di Cino nella chiesa di Pistoia, immortalata dal D'Annunzio, noi possiamo avere un'idea di quel che volesse dire allora l'università, il docente, lo studente. Quale professore oggi potrebbe sperare per sé, e tanto meno per i colleghi, un simile onore? Eppure l'idea e lo spirito di quella medioevale università si è tramandato fino a noi, e si riflette, o si rifletteva fino a ieri, negli ordinamenti che reggono i nostri atenei, nonostante le statalizzazioni, e cioè l'inserimento dei professori nel grande corpo impiegatizio. Basti pensare che fino a ieri i professori non andavano mai a riposo, non avevano e non hanno alcun vincolo gerarchico, erano e sono avulsi da ogni forma di controllo, in una parola godevano e godono di quella famosa autonomia che praticamente riduce il cordone ombelicale con lo Stato a un mero rapporto economico.

Tutte queste cose sarebbero incomprensibili senza quell'idea originaria di cui abbiamo detto. Col tramonto di quell'idea (o col suo formale permanere), l'università diventa poco men che una sinecura,

la sede di un dolce far niente, salva s'intende la coscienza dei singoli, che non conosce istituzioni e regolamenti. Ma non è questo il peggior male: quell'idea infatti rimane pur sempre nella tradizione e nel rispetto quasi religioso che l'università desta presso i profani: onde le università diventano centri di potere, autentici trampolini di lancio verso le professioni, le cariche private e pubbliche e via dicendo.

Di qui procedono le « baronie », di cui tanto si è, bene o male, parlato e più spesso male che bene, cioè senza cognizione di causa o peggio mossi da invidia o da interesse. La verità è che le baronie sono un prodotto della storia, ed è assolutamente impossibile distruggerle se non si restituisce l'università alla sua vera funzione. che è quella dello studio. Come ciò possa avvenire non è il caso qui di trattare: il problema è estremamente complesso, perché affonda le sue radici nella società, nel costume, nei mutati bisogni pubblici e privati. Importa invece vedere se la riforma così come è stata finora approvata offre qualche speranza per la soluzione del problema.

Per rispondere a questa domanda, bisogna a nostro avviso partire non dal principio ma dalla fine del testo del provvedimento: e cioè dalle norme transitorie. Dobbiamo essere sinceri, e riconoscere che tutta la riforma è stata fatta unicamente per immettere nel giro di diciotto mesi ottomila professori nell'università, cioè praticamente per far diventare professori tutti coloro che se ne stavano sulla soglia, aspettando un turno che probabilmente non sarebbe venuto mai, o sarebbe venuto solo per pochi. Al di là delle chiacchiere, l'idea del docente unico (cioè la risoluzione degli incaricati, aggregati, assistenti, liberi docenti etc. nel professore di ruolo) è venuta proprio da queste represse aspirazioni. Saranno così ottomila baronetti che la legge prepara, e sarà curioso vederli operare in una scuola tra l'altro, già semideserta. Giudicando dall'esterno, non ci potrebbe essere follia più grande. Sennonché, storicamente, io credo che questa follia potrà avere un valore positivo (il positivo del negativo, se si vuole) e precisamente quello di distruggere l'università. Un'operazione di chirurgia distruttiva, qualcosa come la faccenda di Sansone: perché è chiaro che quando tutti sono cavalieri nessuno è cavaliere. Se non è un'illusione, se cioè non è un'utopia l'eternità dello spirito, avverrà questo: che nel generale declassamento si determinerà alla lontana una specie di autoselezione, cioè non si sarà più bravi perché si è professori, ma si sarà professori perché si è bravi; e saranno questi che, volendo o non volendo, faranno risorgere la vera uni-

versità, cioè riprenderanno l'opera di pensiero che gli eventi avevano ostacolato, o alla quale si era, per seguire altri fini, rinunciato.

È chiaro però che un risultato di questo genere non può determinarsi se, parallelamente, l'esigenza dello spirito non sia sentita dall'altra parte, cioè dagli studenti. In coerenza con l'inflazione dei professori la legge introduce l'inflazione degli studenti, il cui afflusso viene favorito nei modi più vari, spesso apertamente demagogici, e il peggiore di tutti è la facilitazione degli studi, fino alla perdita della serietà, come è già avvenuto con la famosa liberalizzazione dei piani di studio. Alla base della riforma sta dichiaratamente la concezione di una università di massa, secondo un termine caro ai baroni sociologici, attualmente imperanti.

L'università di massa, come in genere la scuola di massa, è una contraddizione nei termini, perché la massa come tale (se pure è un valido concetto) non può avere vocazione di studio, anzi propriamente non può avere alcuna vocazione, essendo le vocazioni, se non si tratta di comprare ai supermercati o di viaggiare in automobile, necessariamente individuali. L'impegno dello Stato deve essere quello di sorreggere e aiutare tutte le vocazioni, di qualunque genere esse siano, escludendo — questo è il punto — disparità sociali tra l'una e l'altra, e quindi tra chi è chiamato allo studio e chi non lo è. Oggi, nella presente università, anzi nella presente scuola, l'incredibile affollamento è determinato proprio dal fatto che chi non è dottore è considerato meno di chi lo è, anche se il dottore è un somaro e il non dottore è un provetto operaio o artigiano. Si tratta del resto di un fenomeno prevalentemente italiano, come è ben noto: l'università di massa è una creazione nostra, e basta addurre l'esempio della libera Russia, dove nell'antica università Lomonosov o in quella svettante sulla Collina dei Passeri, molti sono i chiamati, ma pochi gli eletti, e chi non è eletto è restituito alla zolla o alla fabbrica con una perfetta equivalenza sociale.

L'impressione che dà la riforma approvata al Senato è che per gli studenti si siano voluti risolvere in questione di numero questi problemi che sono i veri problemi sociali di fondo. Così, gli studenti da centomila diventeranno un milione. Ma anche qui non si deve essere assolutamente pessimisti. Nella caterva dei postulanti, come nella caterva dei professori, si staccheranno piano piano quelli che sentono l'attrazione del pensiero e non si curano di forme o di strutture, ma semplicemente lavorano, fanno cioè la sola cosa che c'è da fare, *nihil indesperantes*, nemmeno un supplemento di con-

[159]

grua. L'incontro fra i veri professori e i veri studenti sarà l'avvento della nuova e antica università, e se la riforma, con la sua assurda idea della scuola di massa, favorirà involontariamente questo incontro, accettiamola in nome della eterogenesi dei fini, che è poi una formula dotta e oscura per dire che le vie di cui si serve il Signore sono infinite.

(6 giugno 1971)

IL PRESIDENTE RICUSATO

« *Nulla dies sine linea* ». Oggi è la volta di un presidente del Tribunale di Milano che, impegnato in un processo, come suol dirsi, politico, cioè contro uno dei tanti rivoluzionari che avevano accusato di omicidio un commissario di polizia, da questi poi querelato, non ha trovato di meglio che recarsi in casa dell'avvocato difensore del poliziotto e confessargli candidamente che non poteva condannare l'imputato perché da anni attendeva la promozione a consigliere di Cassazione, e un personaggio influente gli aveva promesso l'appoggio presso il Consiglio superiore della magistratura se avesse dato ragione al rivoluzionario e torto al poliziotto, cioè se avesse ritenuto costui colpevole dell'omicidio. La vicenda è talmente fuori delle umane previsioni, che si stenterebbe a crederla, se non ci fosse, a parte la decisione della Corte d'appello sulla ricusazione, una parziale ammissione del presidente; comunque noi non ne parleremmo, perché riteniamo che il mestiere del giornalista sia fatto non solo di parole ma anche di silenzio, se l'episodio, così come lo conosciamo, e prima ancora così come si è presentato, non offrisse l'occasione a due o tre considerazioni di carattere generale, sulle quali è opportuno fermarsi un momento.

Diciamo subito che la figura di questo presidente è, al di là della valutazione giuridica e anche morale, una figura patetica. Pensate un poco. È un uomo di 68 anni, ha il grado relativamente modesto di consigliere d'appello; e vuol finire la sua carriera col grado di consigliere di Cassazione. Perché lo voglia, lo sa Dio. Ricordo che una volta mi si presentò all'esame un tizio, che era su per giù coetaneo del presidente. Ebbi la naturale curiosità di chiedergli perché volesse la laurea: io desidero, mi rispose, che sulla mia tomba ci sia scritto « Qui giace il dott. Tizio ». Il cuore umano, da Manzoni in poi, è un guazzabuglio. Ma l'incredibile è che quel presidente milanese attendesse da anni una promozione che oggi coi vigenti ordinamenti (e infinitamente peggio sarà domani) si dà a chiunque, senza riguardo a meriti e neppure a demeriti.

Comunque, la situazione è questa; e il nostro presidente non rie-

sce a « sfondare », quando gli si offre il destro (sempre secondo il racconto) di un processo politico di grande risonanza, e la tentazione dell'influenza sul Consiglio superiore, arbitro delle promozioni. Come non sentire l'eco di quei *cinovniki*, cioè di quei tristi impiegati di Gogol e di Dostoievskij, sempre alle prese con la speranza di un grado o di un avanzamento?

Naturalmente, il paragone si arresta qui, perché certo nessuno di quei personaggi russi avrebbe venduto giustizia, per appagare il suo sogno. E nessuno poi, di fronte all'accusa, non potendo negare l'incontro con l'avvocato, si sarebbe difeso chiamando in causa uno dei magistrati notoriamente più « impegnati », e dicendo che nell'incontro egli si era fatto solo portavoce del rammarico di lui per non essere stato incluso nel collegio che giudicava il poliziotto. Questo è un fatto che getta un'ombra su tutta la magistratura, e non c'è bisogno di dire perché; un fatto che per la sua portata generale in ordine all'indipendenza dei giudici è molto più deplorevole dell'accusa fatta al presidente. Ma restando a questa, la prima domanda che si affaccia alla mente è la seguente: come è stato possibile a un giudice disporsi ad attribuire niente di meno che un omicidio a un accusato, per fini suoi particolari? Si sarebbe tentati di dire che a priori ciò non può essere vero: neppure se si fosse trattato del più feroce mafioso, crederemmo un giudice capace di una simile infamia. Ma purtroppo ciò può essere vero (che lo sia in fatto non spetta a me dirlo) e la ragione è che colui che era l'oggetto del giudizio non era un uomo, era un poliziotto.

Nel totale (e temporaneo) sovvertimento dei valori che mille cause hanno determinato, Javert è messo in costante stato d'accusa dai nuovi Jean Valjean, che non si nascondono più nei meandri dei « miserabili » ma corrono verso l'avvenire in Jaguar e in Ferrari: nulla di più facile che anche un magistrato, se non ha la coscienza a posto, subisca la svalutazione della polizia, e del resto era la testa del poliziotto che il fantomatico personaggio del Consiglio superiore voleva sul piatto della bilancia per l'avanzamento.

La seconda domanda riguarda proprio il Consiglio superiore: come ha potuto essere tirata in ballo questa istituzione, in un modo ancora non ben chiaro, ma certo poco onorevole? Pochi italiani sanno, credo, che il Consiglio superiore è quel che si dice l'organo dell'autogoverno della magistratura. Per garantire l'indipendenza di questa, la Costituzione ha pensato di sottrarre ogni potere al ministro della Giustizia, per investirne un Consiglio formato in parte di magistrati, in parte di laici, in parte eletti, secondo certe norme.

In altro campo, è quel che è avvenuto con la Corte Costituzionale. Orbene, nessun dubbio che in astratto, cioè nella previsione di magistrati e cittadini pensosi solo del bene della patria, ciò sia stata una cosa buona.

Ma la vita è fatta di concretezza, ed ecco che il sistema elettorale ha trasferito nel mondo già sereno dei giudici il gioco delle clientele e delle fazioni, a tutti i livelli, non ultimo quello politico o pseudopolitico. Non diciamo nulla che non sia già stato detto e lamentato: e i primi a dire e a lamentarsi sono proprio i giudici, che tornerebbero volentieri sotto le ali dell'imparziale ministro, se potessero. Non bisogna preoccuparsi troppo: la democrazia non si fa con un decreto, ma col travaglio delle generazioni. Chi vivrà, vedrà. Intanto però questa politicizzazione dell'alto consesso ha reso pensabile l'attribuzione a uno dei suoi membri di una prestazione così infamante. Siamo certi che si tratterà di millantato credito, ma la moglie di Cesare deve essere al di là di ogni sospetto. Il Capo dello Stato, che è anche presidente di diritto del Consiglio superiore, potrebbe, con la sua altissima autorità, far luce su questo punto, che non è il meno grave della triste vicenda.

(13 giugno 1971)

[163]

IL COLORE DELLA VIOLENZA

Uno degli infiniti motivi che ricorrono nella polemica politica è quello della distinzione della violenza a seconda del suo colore, cioè della sua provenienza. Poiché tutti sono (o se volete siamo) violenti è in certo senso naturale che l'uno ritenga illegittima la violenza dell'altro, e viceversa.

Nell'inferno di Dante gli avari e i prodighi, quando si incontravano nell'eterna corsa, si rinfacciavano le opposte colpe (« perché tieni? perché burli? »): qui avviene lo stesso, solo che la colpa è sempre una, e l'opposizione o la distinzione è data unicamente dalla persona che la commette, se è bianca o rossa, cioè dalla provenienza del sasso lanciato, se da destra o da sinistra.

Tutto questo, fatte le debite riserve sulla universale inciviltà della violenza, fa parte del gioco politico, e Fra Cristoforo che non voleva né bastonati né bastonatori si metteva con ciò solo fuori della storia. Ma il gioco politico, nel nostro paese di teorizzanti, non si limita a questo; esso si estende alla formulazione di una autentica dottrina, per cui la parte temporaneamente più forte contesta il diritto dei terzi (di coloro che fanno professione di non violenza, cioè dei fedeli dello Stato) di mettere tutti nello stesso girone, e reclama più o meno apertamente che violenti siano considerati soltanto quelli della parte temporaneamente più debole. Lo abbiamo visto a proposito del famoso rapporto del prefetto Mazza, che denunciava i reati che si commettevano a Milano senza tener conto del colore: subito il rapporto è stato ritorto contro di lui. Lo vediamo proprio oggi nel commento che l'on. Longo ha fatto alla perdita dei voti della Democrazia Cristiana in favore della destra. Testualmente, e logicamente, egli ha dichiarato che ciò si deve tra l'altro alla « stolta campagna contro gli opposti estremisti », cioè all'aver messo l'uno e l'altro estremismo sullo stesso piano!

È una estensione del gioco politico, come abbiamo detto, e si può corrispondentemente estendere la comprensione. Cessa però il gioco, e il fatto diventa serio, quando la teoria del colore della violenza si trova accolta, come tante volte abbiamo avuto occasione di

rilevare, nelle sentenze dei giudici, con discriminazioni irrazionali che portano a non meno irrazionali assoluzioni. Serissimo poi diventa quando viene programmaticamente esposto in una intervista, quale abbiamo letto in questi giorni su un giornale milanese, concessa dal nuovo procuratore generale della Repubblica di quella grande città: nuovo rispetto a quell'alta carica, non nuovo certo come uomo e come studioso, da tutti apprezzato.

Nell'assumere le sue funzioni, l'illustre magistrato ha fatto una specie di discorso inaugurale avanti lettera, nel quale ha detto tante cose giuste, ma ne ha dette anche qualcuna che avrebbe bisogno, venendo da tanto pulpito, di più precise determinazioni. Il Procuratore Generale ha parlato dei rapporti tra il giudice e la politica, affermando che non si può impedire al giudice di fare politica come ogni altro cittadino, purché non faccia politica nell'esercizio delle sue funzioni.

Ma quel che rientra nella presente meditazione è la risposta che il Procuratore Generale ha dato a chi gli faceva notare la totale sfiducia nell'amministrazione della giustizia che, per l'atteggiamento di molti giudici, è invalsa nel nostro paese fino al punto (queste sono state le precise parole della domanda) da provocare, col solo nominarla, « una risata in faccia ». Egli ha parlato della difficoltà di giudicare, della situazione scomodissima in cui si trovano i giudici, con parole che ricordano molto i vasi d'argilla e i vasi di ferro di manzoniana memoria: e fin qui bene. Ma a tutto questo egli ha premesso un ragionamento che suona testualmente così: « molto è dovuto anche all'esistenza di un duplice assalto che viene mosso al nostro Stato: un assalto che viene da destra e da sinistra. Ritengo tuttavia che il pericolo che viene da destra sia molto più grave di quello che nasce da sinistra. Quelli di sinistra sono, a mio giudizio, dei velleitari avventurieri, per tenere a freno i quali bastano le normali misure di ordine pubblico. Il pericolo che viene da destra è invece più consistente... Io vedo più pericoloso sul piano pratico il pericolo di destra che quello di sinistra ».

Anima mia profetica, potrebbe dire il procuratore di fronte al risultato delle ultime elezioni... ma non è certo a questo esito democratico che egli si riferiva. Il suo era un discorso sulla violenza, e quanto meno nella forma sembra consacrare proprio la teoria del colore, dando adito a più di una perplessità. Ad esempio che cosa sono le normali misure di ordine pubblico sufficienti per i violenti di sinistra, in luogo del giudizio e della condanna, o forse della condanna senza giudizio, necessari ai violenti di destra? La precisazione

sarebbe tanto più necessaria per l'influenza che la parola di un capo non manca di esercitare sull'animo e sulla mente dei giudici, che possono essere indotti a chissà quali iniziative o non iniziative, in una situazione già tanto preoccupante. Amanti però come siamo della ragione delle cose, preferiamo chiedere a noi stessi il motivo per cui la distinzione in seno alla violenza, la violenza secondo il colore, è razionalmente inaccettabile.

E la risposta non appare molto ardua, anzi la si ritrae da un principio che è stato tante volte enunciato, e che del resto lo stesso procuratore non ha dimenticato di riconoscere.

L'irrazionalità della duplice violenza sta in questo: che la legge non conosce che una sola violenza, quella che essa punisce. Il giudice che si figura due violenze, che distingue una violenza dall'altra, si sovrappone alla legge, si fa una legge per conto suo, e quindi si colloca fuori del giudizio.

Per una singolare concomitanza, questi magistrati sono quelli che agitano nelle riviste, nei congressi, e fin nelle piazze il problema della indipendenza dei giudici. Mai si è parlato tanto di indipendenza come in questi tempi: ed io personalmente ritengo che non sia un buon segno. Chi è indipendente nel cuore, come chi è onesto, non sta a fare astrazioni sulle sue naturali virtù. Il fatto è che si vuole estendere la teoria del colore della violenza all'indipendenza, si vogliono introdurre anche in questa delle distinzioni, si vogliono insomma creare due indipendenze.

Ci permettiamo di dire a questi giudici impegnati di stare ben attenti perché procedendo per la loro via, il problema della indipendenza dei giudici può diventare il problema della indipendenza dai giudici. Se pure non lo è già diventato.

(20 giugno 1971)

DOSSIER VIETNAM

Le cronache di questi giorni sono piene dei contrasti che in sede giudiziaria ha provocato la tentata pubblicazione del cosiddetto « dossier Vietnam », e la singolare vicenda viene esaltata come un grande esempio che l'America ci offre del rispetto alla costituzionale libertà della stampa. Ciò è, ovviamente, innegabile; ma a nostro avviso il positivo dell'episodio, che supera i suoi aspetti negativi, per non dire tenebrosi, specie in relazione alla provenienza e all'approdo dei protagonisti (queste sono cose interne che non ci riguardano), trascende la libertà della stampa. Se invero si trattasse solo di questo, più di un dubbio potrebbe sorgere nell'animo dello spettatore italiano, o addirittura europeo continentale, perché alla libertà di stampa, come bene supremo della vita associata, si potrebbe opporre, quasi su un altro piatto della bilancia, il bene non meno supremo del segreto di Stato. Le parole con le quali il Dipartimento della Giustizia ha motivato la sua azione contro i due giornali di New York e di Washington sono ineccepibili: « un governo non può svolgere la sua politica estera nei migliori interessi del popolo americano se non può trattare con le potenze straniere in maniera confidenziale, e ciò è la essenza stessa del processo di politica estera ».

Il valore esemplare del caso è da ricercarsi altrove. Ricordiamo brevemente di che cosa si tratta. Il sottosegretario alla difesa del presidente Johnson (pare) aveva compilato tra il 1967 e il 1968 una voluminosa raccolta di analisi e di documenti sulla guerra del Vietnam, appunto il famoso « dossier », e ne aveva fatto quindici copie, che erano state affidate a persone qualificate. Una di queste copie è stata consegnata al New York Times, un'altra al Washington Post, che ne hanno iniziato la pubblicazione. Da chi, come, a quali fini non ci interessa, almeno in questa sede. Il fatto è che dopo la pubblicazione della prima puntata il Ministero della Giustizia ha chiesto al giudice di Washington e rispettivamente di New York che emanasse un ordine ai giornali di sospendere la pubblicazione. Dopo una serie di interventi della magistratura, a vari livelli (giudici distrettuali, giudici federali e corti d'appello) ora tutta la questione è giunta alla Corte Suprema, che sta vagliando il caso che oramai riguarda una

quindicina di giornali. Sarà quindi la Corte Suprema — che ha deciso la sospensione delle ferie estive per esaminare l'oramai voluminoso dossier della vertenza tra Governo e stampa — a dire l'ultima parola.

Il nodo della questione è stato individuato dai giudici nei seguenti precisi termini: si tratta di trovare il punto di equilibrio tra il principio della libertà di stampa, che nessuno, neppure il governo, vuole indebolire, e l'esigenza di un governo, che anche i giornali riconoscono, di proteggere gli interessi più vitali per la sicurezza della nazione. I giudici, e in ultima istanza la corte federale, diranno, dopo averlo individuato, se in fatto quel punto di equilibrio è stato o meno superato.

Ora, quel che vi è di veramente originale, e che non è stato, a quel che ci sembra, notato, è che a dirimere una siffatta questione, in diritto e in fatto, sia stato chiamato il giudice. Per rendersi conto di quel che questo significhi credo che la via migliore, anche se la più empirica, sia quella di immaginare che la questione fosse sorta nel nostro paese (non parliamo dei paesi a regime comunistico, dove non sarebbe stata neppure concepibile): avrebbe mai il Governo pensato di rivolgersi a un giudice, e prima ancora ci sarebbe stato un giudice al quale avrebbe potuto rivolgersi? Le domande sono apparentemente due, in realtà sono due facce della stessa domanda. La risposta non può essere che negativa: e la ragione profonda è che la nostra mentalità latina, nel suo carico o sovraccarico di storia, non può neppure immaginare che della ragione di stato possa essere giudice altri che lo Stato stesso, inteso praticamente come potere esecutivo. La norma del nostro codice che regola il divieto di esame di testimoni determinato dal segreto d'ufficio ne dà una impressionante conferma, perché l'art. 352 del codice di procedura penale, dopo aver stabilito tale divieto, ha cura di aggiungere che se l'autorità giudiziaria non ritiene fondata la dichiarazione fatta da chi si trincera dietro il segreto di Stato, ne fa rapporto al Procuratore Generale, che ne informa il Ministro della Giustizia. Non basta: ma l'art. 256 del codice penale, quasi fiutando il pericolo delle cavillazioni curiali, si affretta a esplicare che fra le notizie che debbono rimanere segrete nell'interesse politico dello Stato sono comprese quelle contenute in atti del Governo da esso non pubblicati per ragioni di ordine politico, interno o internazionale.

Speriamo che nessuno voglia sfuggire per la tangente del fascismo o della Costituzione: si tratta di norme veramente autentiche, perché riflettono il nostro spirito sotto qualunque regime, e la riprova

si può avere facilmente configurandosi la difficoltà in cui si troverebbe un giudice italiano che dovesse lui decidere sul segreto di Stato. Non saprebbe che pesci pigliare, e non per difetto di intelligenza, ma per la strutturazione che lo rende inadatto a vivere fuori di un gioco che non sia puramente logico, e quindi lo estranea dai grandi interessi della vita. Il caso del « dossier Vietnam » ci rivela un giudice del tutto nuovo: un giudice, e uno Stato che non conosce la divisione dei poteri nel senso formale da noi accolto, ma la conosce in un senso sostanziale, come inserzione di ciascuno, con i suoi poteri, nella indissociabile unità dello Stato, onde non vi è fra il legislatore, l'amministratore, il giudice che una distinzione di competenze, concorrendo tutti alla formazione dello Stato. Per questo il giudice americano sa dove comincia e dove finisce la libertà di stampa rispetto al segreto politico; per questo il ministro si rivolge a lui nel contrasto degli interessi sicuro di non imporgli un rompicapo, ma di chiedergli soltanto di dire la volontà dello Stato. Da dove egli trarrà questa divinatrice conoscenza, negata ai nostri giudici? La risposta è sempre quella: la trae dalla vita, la vita dello Stato che è anche la sua vita, la vita della « polis ». In una parola, egli è un giudice « politico ».

L'insegnamento del « dossier » è tutto nella scoperta di questo giudice. Ma è davvero un insegnamento, cioè propone qualcosa che noi possiamo imitare? Tutto concorre a una risposta improntata al più nero scetticismo. Noi invero (e recenti gravissimi fatti lo dimostrano) stiamo facendo l'esperimento dei giudici politici, dopo secoli di serena e modesta giustizia. Ma politica per costoro significa non inserzione nella vita dello Stato, ma erosione della sua vita, ribellione alla legge, opposizione di una legge propria alla legge di tutti. Inutile indugiare su cose già dette: questi rumorosi giudici, messi di fronte al problema sollevato dalla pubblicazione del « dossier », non indugerebbero in profonde meditazioni, ma crederebbero di fare il loro dovere negando a priori che lo Stato, o se vogliamo il Ministro della Giustizia, potesse avere ragione. La politica, evidentemente si può intendere e praticare in vari modi.

Eppure, noi siamo inguaribilmente ottimisti, e crediamo nel meglio, cioè che l'esempio del giudice americano possa essere imitato. In fondo non si tratta neppure di imitare; basta restare in casa, contemplare le rovine del Foro, e pensare che là rendeva giustizia il pretore romano, il modello al quale la futura America si sarebbe ispirata per crearsi i suoi giudici.

(30 giugno 1971)

[169]

LA RIVOLTA DEI GIUDICI

Gli ormai vecchi antifascisti (vogliamo dire quel che rimane degli oppositori di quel che fu il fascismo nella realtà della storia, e che in questa realtà vissero e soffrirono) possono testimoniare che se ci fu un corpo che tenne fede al proprio dovere istituzionale, resistendo a ogni lusinga o timore di gerarchi, questo fu quello dei magistrati di ogni grado: l'eccezione ci potrà essere stata, come ci potrà essere stata la smanceria esteriore e innocua di qualche singolo, ma la tradizione, e con la tradizione il prestigio, rimasero intatti. Ciò è tanto vero che quando il regime ebbe bisogno di un giudice sulla sua misura, se lo dovette creare, e così nacque il famigerato Tribunale speciale. Com'è allora che dopo la fine della guerra e la sconfitta, il problema dell'indipendenza dei giudici fu messo in prima linea dai costituenti e la Costituzione non solo la proclamò nella nota formula solenne: « I giudici dipendono soltanto dalla legge », ma si preoccupò di garantirla realizzando quella vaga e permanente aspirazione che prende il nome di autogoverno dei giudici, cioè in pratica lo scioglimento del rapporto tra la magistratura e il ministro della Giustizia, e la costituzione di quel nuovo organo che è il Consiglio superiore della magistratura?

Le ragioni sono due, e la prima si può ravvisare nel bisogno che hanno tutte le Costituzioni e i costituenti di enunciare principi generali: una specie di vanità collettiva, come tale trascurabile, se non sapessimo le funeste conseguenze che i *verba-generalia* hanno nella storia (libertà, quanti delitti in tuo nome!) e sopra tutto che coloro che li scrivono sulle tavole di carta o di bronzo sono nella stragrande maggioranza persone di buona fede che hanno l'occhio volto al passato, in minima, ma voracissima parte, persone di mala o comunque diversa fede, che hanno l'occhio volto al futuro. Con questo abbiamo praticamente enunciato la seconda ragione, e cioè che, nascendo da ogni sconfitta un mistico desiderio di *revanche*, e non contro il nemico vincitore, ma contro la società che si è lasciata sconfiggere, la critica delle istituzioni (e quindi in prima linea dei giudici che, nella loro dipendenza dalla legge, rappresentano la conti-

nuità o la perennità della vita e della storia) è la valvola di sicurezza dell'odio accumulato. La prova migliore è che molti di questa minoranza, anche oggi operante, provengono dalle organizzazioni fasciste, e fascisti debbono chiamarsi, sul piano storico, anche se hanno scambiato la camicia nera con la camicia rossa, o del fascismo non abbiano ormai che una vaga memoria.

Sulla scorta di queste due positive ragioni ben si può comprendere come quella teorica proclamazione dell'indipendenza dei giudici sia diventata rapidamente il suo contrario, e cioè il vessillo della loro dipendenza. Quando si dice che il giudice dipende solo dalla legge, quando in concreto lo si isola dal mondo dello Stato, rappresentato anche dal ministro della Giustizia, è una bandiera di rivolta che gli si mette in pugno, perché la legge non verrà intesa come la volontà universale, la volontà di quella società contro la quale si vuol combattere, ma come la volontà particolare, la volontà politica di una classe e di un partito, mitizzati l'una e l'altro a padroni dell'ignoto futuro.

Si spiega così la pretesa del giudice di farsi legislatore di se stesso, cioè di identificare la legge con la sua arbitraria volontà, che è il massimo della dipendenza, poiché la sua volontà non potrà essere che quella della classe o del partito. E si spiegano le mostruose sentenze che tutti ormai conoscono, le inverosimili assoluzioni, che sono ad un tempo abdicazioni e rivolte, e quel che è peggio il tentativo che si va conducendo di legalizzarle con la riforma del processo del lavoro e l'istituzione dei giudici di pace, di cui si dovrà riparlare. Potenza delle parole, potenza delle tenebre, vien fatto di dire.

Ma quel che oggi vuol essere oggetto di puntualizzazione è il tabernacolo istituzionale dell'indipendenza, cioè il Consiglio superiore. Anche questo è un tipico esempio di fortuna delle parole, per usare il titolo di un libro della nostra giovinezza. Se si legge la Costituzione come potrebbe leggerla uno storico di qui a cento o mille anni, quando le nostre pene non saranno nemmeno un ricordo, si vede che il massimo legislatore, organizzando questo consiglio e realizzando, come abbiamo detto, una onesta e modesta aspirazione teorica, non pensava affatto all'arma che esso metteva nelle mani di una parte della magistratura. In definitiva, che cosa si voleva? Che il ministro della Giustizia non disponesse della carriera dei giudici, e al suo posto operassero alcuni *boni viri*, scelti in vario modo ma tutti col solo criterio possibile che fossero onesti e amanti della giustizia e della libertà, termini di cui bene si conosceva il significato.

Su per giù lo stesso animo che ispirava la formazione della Corte costituzionale, e su per giù la stessa illusione e lo stesso destino.

Che cosa infatti doveva avvenire? Lasciando da parte l'esposizione dei testi legislativi, che interessano poco se non si tiene conto del costume, è avvenuto che la bandiera non precisamente tricolore dell'indipendenza ha portato a una progressiva scissione del corpo giudiziario, di cui è segnacolo la formazione originaria di una associazione, e poi la sua divisione in due, una tradizionale e fedele alla legge, un'altra rivoluzionaria, e come tale subito ulteriormente frantumatasi in varie sottocorrenti, a seconda del grado di recepito spirito innovatore. Orbene, questa autentica politicizzazione della magistratura si è trasferita al Consiglio superiore, così come si è politicizzata la nomina dei membri demandata al Parlamento. Ne è venuto fuori un organo di dubbia costituzionalità sostanziale, nel duplice senso che non risponde al modello della costituzione, e mette in pericolo la stessa indipendenza dei giudici. Il recentissimo fatto del presidente ricusato ne ha dato una prova che forse ha spaventato, per la sua enormità, lo stesso Consiglio. Ma questo non è che un episodio, il più saliente se si vuole: tutti gli annali sono pieni di queste facili rivolte, che spesso trascendono sul piano personale.

L'ultima, la più grave di tutte, è stata impedita col suo alto prestigio in questi giorni dal Presidente della Repubblica. Si voleva niente di meno che contestare il Consiglio di Stato, che aveva annullato una deliberazione concernente l'elezione di un consigliere. L'on. Saragat è presidente di diritto del Consiglio superiore, e tutta la nazione, o almeno quelli che credono che la vita della nazione non sia un gioco, devono essere a lui riconoscenti di avere evitato il più assurdo dei conflitti tra supremi organi dello Stato. Auguriamoci che il Consiglio, del quale fanno parte persone degnissime, ricordi l'ammonimento. Se pure non se ne è già dimenticato.

(4 luglio 1971)

REFERENDUM E DIVORZIO

È possibile dire una parola serena in materia tanto agitata dalle passioni? Bisogna riconoscere che non è facile, perché tutti siamo, per dirla con Dante, « cittadin della città partita ». Eppure bisogna provarcisi, se non altro perché non vada perduta l'esperienza delle oscure, incoerenti, ma umane, o se cediamo al pessimismo, italiane, vicende che ancora non si sono concluse. Ma non è la conclusione che interessa (se il referendum si farà o non si farà, e quale esito in ipotesi avrà): è piuttosto l'incontro e lo scontro delle forze che costituiscono l'intreccio degli avvenimenti, come a dire il formarsi della storia. Poiché di storia si tratta.

Naturalmente, per fare e seguire il discorso, bisogna dare per ammesso che il matrimonio è una cosa seria, la più seria della vita individuale e associata. Che in pratica sia o possa essere la più frivola non conta nulla. Anatole France, che non aveva certo odore di sacrestia, diceva che il matrimonio è un sacramento, e perciò nella maggior parte dei casi è un sacrilegio. La prima domanda che si pone è allora questa: la battaglia per e contro il divorzio è stata condotta con la consapevolezza di quella serietà e in modo ad essa adeguato?

Ci riferiamo, obiettivamente, all'una e all'altra parte, e guardando anzitutto ai divorzisti rileviamo che essi hanno commesso l'errore di portare nella loro causa il peso di una vita politica, aggravata dalle plateali dimostrazioni di cui tutti abbiamo il ricordo. Il meno che si possa dire è che essi sono riusciti a rendere antipatico il divorzio anche a chi ne riconosceva l'opportunità, e hanno tristemente confermato che l'educazione democratica è, nel nostro Paese, una meta ancora lontana. L'obbiezione è che essi hanno vinto. Ma non è dalla vittoria che si misura il combattente, specialmente quando la vittoria non è frutto di convincimento dell'avversario, bensì di un compromesso.

Che il compromesso faccia parte della politica, anzi ne sia quasi il simbolo, nessuno vuol contestare. Ci sono tuttavia dei casi che, per definizione, si sottraggono al compromesso, rispetto ai quali la sola

politica possibile è quella di rispettare e far rispettare il diritto. Non vi è dubbio che l'indissolubilità del matrimonio rientra fra questi casi. Non intendiamo riprendere la nota e ormai stanca questione del Concordato e della sua costituzionalizzazione ma i cavilli sono una cosa, l'osservanza dei fatti e la dignità sono un'altra. La parte laica, cioè lo Stato nelle sue varie componenti, potrà invocare lo stato di necessità, che, come si suol dire, non ha legge. Ma la Chiesa?

Qui il discorso diventa difficile, perché non dovrebbe limitarsi al divorzio ma dovrebbe estendersi alla crisi che travaglia le istituzioni ecclesiastiche non meno di quelle civili: uno dei fatti più imponenti ai quali assistiamo, e di cui è impossibile presagire l'esito. Il fedele non può opporre alla storia che la speranza, ed è fedele per questo. Certo, nel caso del divorzio, l'atteggiamento della Chiesa è apparso esitante, incline al compromesso, quasi dominato da preoccupazioni terrene. E continua ad esserlo o ad apparire, con i recenti provvedimenti che sembrano risolvere la indissolubilità del matrimonio in una questione di procedura.

Attraverso questo gioco di forze o di debolezze, il divorzio è entrato, senza gloria, nella nostra vita. Ci rimarrà? Qui s'innesta il problema del referendum, di questo nuovissimo strumento introdotto dalla Costituzione. Che cos'è il referendum? L'articolo 75 dice che « è indetto referendum popolare per deliberare l'abrogazione totale o parziale di una legge quando lo richiedono cinquecentomila elettori ». È, dunque, la manifestazione tipica della democrazia diretta, per cui i cittadini non danno mandato ad altri di formare la loro volontà, ma la esprimono con voto immediato per un caso concreto. L'importanza teorica è immensa, in quanto il referendum dimostra che il parlamento non è più sovrano assoluto, ma soprattutto non sono sovrani di fatto i partiti, perché il voto del cittadino non è più politico, ma è determinato dai suoi particolari interessi e convincimenti sulla questione che gli viene posta.

Nulla si può immaginare di più libero e di più democratico. E in nome della libertà gli antidivorzisti si sono affrettati ad impugnare l'arma, a chiedere al popolo che dica, fuori da ogni compromesso, se vuole o non vuole il divorzio. Apriti cielo. I divorzisti, come si è letto, in nome del popolo si sono scagliati contro il referendum, cioè contro l'invocazione diretta del popolo.

Diciamo subito che nemmeno ci poniamo la domanda se sia bene o se sia male questo ricorso al popolo. La questione del divorzio si è talmente inquinata da tutte le parti che ha finito col perdere ogni interesse. Non si è fatta l'offerta, da parte del principale promotore

del referendum, di una specie di concubinato registrato col quale i divorzisti potrebbero consolarsi? Ma quel che veramente stupisce, e fa quasi naufragare nel comico la vicenda, è questo terrore dei divorzisti nel vedere la democrazia (e la più raffinata democrazia) voltarsi contro di loro. Hanno invocato tutti i santi (si fa per dire) per lanciare l'anatema contro il referendum, hanno proposto una legge modificativa della Costituzione, hanno presentato denunce contro i raccoglitori di firme, hanno accusato i tribunali di sabotare il divorzio, infine hanno minacciato e minacciano una guerra di religione. Ma la più straordinaria di tutte è che hanno gridato e scritto che in grazia del referendum, « una maggioranza non può imporre la sua volontà a una minoranza! ».

Come si vede, la democrazia non è un nome vano. E il bello si è che nel mezzo della mischia la Corte Costituzionale ha ritenuto, in una recentissima sentenza, infondata la eccezione di illegittimità della legge sul divorzio sollevata da un giudice di Siena. Feste e luminarie nel palazzo dei divorzisti, si capisce. Ma essi non hanno rilevato che per la prima volta nella sua vita, la Corte ha preso una decisione con sette voti contro sette. L'ottavo, che ha fatto pendere la bilancia, è stato quello del presidente che pochi giorni dopo ha lasciato la Corte per il compiuto dodicennio. Un argomento più decisivo in favore del referendum i divorzisti non potevano trovarlo.

(11 luglio 1971)

[175]

DIFFICILE DEMOCRAZIA

Si racconta di un ricco americano che una volta, invitato da un antico signore inglese, e stupito del mirabile giardino che circondava la sua casa, gli chiese come avesse potuto realizzare tanta bellezza. La risposta fu: « Roulez, moulez, roulez, moulez, et cela pendant quarante generations ». Lo stesso discorso potrebbe fare l'Inghilterra per la sua democrazia: solo che la successione delle generazioni dovrebbe essere portata almeno a quattrocento.

Nulla è invero più facile, nulla è più difficile della democrazia. Nelle sue forme e strutture esteriori si può conquistarla in quarantotto ore, proprio come la ricchezza; nel suo reale senso e contenuto non si conquista mai; è una quotidiana battaglia con se stesso che la morte individuale finisce ma non conclude. Democrazia infatti significa tante cose false, come un parlamento dove si parla troppo o troppo poco, una organizzazione del lavoro dove i pochi comandano ai molti, una scuola o una famiglia dove i rapporti si capovolgono, e la licenza prende il posto della libertà. Ma significa anche poche cose vere, e tra queste la prima, se non unica, il senso dell'essere, la responsabilità e la dignità della persona, la risoluzione di ciascuno nel tutto, perché il tutto si riflette in ciascuno. In fondo quella formula tanto abusata e tanto incompresa con cui i papi si autodefiniscono « Servus servorum Dei » è la migliore espressione della democrazia, perché esprime la alternativa di servitù delle potenze terrene nel nome di un unico padrone che nella parola religiosa si chiama Dio, nella parola laica si chiama libertà, due nomi e una cosa sola. Come lo esprimeva bene Dante (ed era Dante) quando, nell'atto di inginocchiarsi davanti al prono Adriano V si faceva dire da lui: « Conservi siamo ad una potestate »!

Una delle cose più incompatibili con lo spirito democratico, così inteso, è il prevalere di una persona sull'altra (poiché sempre di persone si tratta) in relazione a una autorità di cui si è investiti, a una carica che si ricopre, a una qualunque distinzione che si acquisti nella vita associata. Intendiamoci bene: non che si debba negare quella scala di valori, che si esprime anche in una gerarchia formale.

Queste forme di negazione, che si dice sussistano in certi paesi a sfondo comunistico, sono autentiche ipocrisie, perché nessuno può contestare la necessaria presenza in un contesto sociale di soldati e ufficiali. La prevalenza di cui affermiamo la negatività non sta in questo: sta nel cercare e chiedere, e peggio ancora nell'ottenere senza che sia chiesto, ossequio servile ed esaltazione da parte dei sottoposti, e diciamo pure, allargando il senso, dei sudditi. È questa la via per la quale si arriva al gerarchismo politico, di qualsivoglia colore, che è la via che, quando è percorsa, porta diritto alla distruzione della democrazia non solo nelle istituzioni, ma, quel che è peggio, negli animi.

Per uno dei tanti strani paradossi di cui si compiace la storia, questa verità è stata intesa (naturalmente, non sappiamo con quanta sincerità) dal massimo gerarca sovietico, quando ha bandito la crociata contro il culto della personalità. Qualunque fosse il recondito e politico fine di questa levata di scudi o alzata di testa nel paese dove la democrazia non ha da secoli albergo, è certo che meglio non si poteva penetrare lo spirito democratico che con il rifiuto di questo culto forzato (perché non può essere che forzato) e quindi degradante di una persona umana verso un'altra persona umana. Ed è per questo che molto ci siamo rattristati nei giorni scorsi quando su certi giornali abbiamo letto i panegirici del presidente della Corte costituzionale, il prof. Branca, che dopo due anni circa lascia, per decorso di tempo, la carica. Noi non sappiamo che cosa abbia pensato l'amico e collega Branca di fronte a tanta festevolezza. Egli è un romanista, e forse si sarà ricordato che i magistrati romani (della antica Roma) venivano liberamente posti in stato di accusa dopo lasciato l'officio; egli è un socialista, ed è sperabile che abbia sentito il contrasto di questi ossequi col rispetto del popolo al quale spiritualmente appartiene.

Ma soprattutto egli è uno storico. Ora, come la Corte costituzionale è una esperienza storica in atto, con tutte le asperità che incontra l'esperienza nel suo formarsi, così la presidenza della Corte è un fatto o un momento di quella esperienza che attende il suo giudizio dalla storia, e non da un panegirico. C'è indubbiamente del vero, anzi di molto e di troppo vero, quando si dice che sotto la cessata presidenza sono state prese dalla Corte costituzionale decisioni di immensa portata. Non c'è dubbio, ad esempio che essa con le sue decisioni abbia inciso radicalmente nel processo penale, portando a limiti inimmaginabili la applicazione del diritto di difesa; non c'è dubbio che in nome di altri principi, vaghi e vagamente

espressi dalla Carta costituzionale, essa si sia fatta arbitra e quasi legislatrice, in materia di lavoro e in quel settore delicatissimo della organizzazione della società che risulta dalla legge penale; non c'è dubbio che essa, superando il detto dell'antica saggezza, per cui tra moglie e marito non si deve mettere il dito, è penetrata nel talamo, e ha inciso profondamente nella vita della famiglia. Direttamente con le sue sentenze, o indirettamente con lo stimolare gli organi legislativi, la presidenza Branca ha fatto fare al popolo italiano molto cammino. Ma è stato un bene o è stato un male? È un cammino avanti o indietro?

Questo è il problema. Nel generale sconvolgimento della vita e delle istituzioni nelle quali la vita si esprime, quale ruolo, positivo o negativo, ha avuto la Corte? È una domanda alla quale non possiamo, non dobbiamo rispondere. L'ardua sentenza ai posteri. Al professor Branca, che è nato a un tiro di fionda dalla Corsica, non dispiacerà il richiamo napoleonico. Quel che non è consentito è il panegirico. La democrazia impone il silenzio.

Non è da escludere che l'infatuazione di certi giornali sia dovuta al recentissimo episodio terminale della sentenza che ha negato l'incostituzionalità della legge sul divorzio. La passione fa di queste cose. Ma noi, che pur siamo perplessi di fronte all'istituto del referendum, insistiamo a dire che quella sentenza, frutto della spada di Brenno o di Branca gettata sulla bilancia, pochi giorni prima del congedo, non è stata un esempio di democrazia. Questo non c'è bisogno di aspettare la storia, per dirlo.

(18 luglio 1971)

L'ISTINTO DELLA FELICITÀ

È il titolo, come qualche lettore ricorderà, di un romanzo già famoso di Mauriac: in francese « l'Instinct du bonheur ». E il profondo pensiero espresso in quel titolo mi è tornato alla mente leggendo della singolare esperienza toccata al prof. Sandulli, uomo come tutti sanno di primo piano per le altissime cariche seriamente ricoperte (fu il quarto presidente della Corte Costituzionale) e il valore scientifico universalmente riconosciuto (il maggiore forse degli amministrativisti italiani, per la semplicità e la concretezza delle idee). Come giurista e come studioso del diritto pubblico egli è naturalmente portato a considerare la società nella quale viviamo, e poiché non è uomo di parte, a rilevarne i difetti, a denunciare gli smarrimenti della diritta via (quella di cui Dante nel primo verso della Divina Commedia ci assicura l'esistenza) a indicare i possibili, e i soli possibili, rimedi.

Così nei giorni scorsi, in un convegno romano ad alto livello, che aveva per tema « istituzioni e certezze », Sandulli ha tenuto un discorso di capitale importanza, nel quale ha detto le cose che tutti pensiamo, e in questo sta appunto la sua importanza. Con assoluta serenità, e senza inutili pessimismi, egli ha indicato l'origine prima delle nostre incertezze nella mancanza di unità delle forze politiche di maggioranza, per cui si determinano in seno a ciascuna di esse frange estremistiche o posizioni personali che si mettono in conflitto con l'intesa comune di governo. Tali posizioni, che sono comunemente qualificate col termine significativo di disimpegno, hanno la gravissima conseguenza di condizionare i partiti di governo alle forze politiche contestatrici: onde a poco a poco può venir meno non solo lo Stato parlamentare, ma lo stesso Stato di partiti, e possono insorgere forze particolari, che, legittime nel loro proprio settore, illegittimamente finirebbero con l'imporsi agli organi dello Stato, usurpandone le funzioni.

Sandulli svolge questo concetto richiamando l'esperienza dei sindacati, che, con le loro pretese spesso esorbitanti dallo scopo per cui sono sorti, tendono ad erigersi ad una specie di nuova costituente,

quasi ignorando ogni legge di economia, e introdotti nel parlamento come opportune fonti di conoscenza, rischiano di sovrapporsi al legislatore e di compromettere la stessa politica di programmazione.

Le inquietudini che ne derivano si estendono, come un male oscuro, a tutti i rapporti della vita privata e della vita pubblica, aggravate dalla mancanza di corrispondenza tra l'opera della Corte Costituzionale e quella del Parlamento, con i vuoti che essa produce a tutto vantaggio della violenza e della delinquenza, per non parlare della incertezza che si è insinuata nel giudizio, della indissociabile e dissociata relazione tra il giudice e la legge, di cui ogni giorno abbiamo incredibili esempi. Sandulli prospetta i pericoli che la democrazia corre, ma il suo pensieroso racconto si chiude con una parola di speranza, cioè di fede nello stato di diritto che non può essere inconciliabile con lo stato sociale, anzi è condizione per la realizzazione dello stato sociale, come le tristi e negative esperienze d'oltre cortina dimostrano.

Un discorso come questo dovrebbe essere letto e meditato da tutti gli italiani, per trarne alimento alla loro volontà di resistenza, che in questo momento deve essere assistita non meno di quando si esercitava contro i nazisti: la stessa sempre uguale resistenza, perché sotto diversi aspetti e forma si tratta sempre di salvare la libertà e la democrazia da colui o da coloro che la vogliono sopraffare. Sennonché gli italiani né leggeranno né mediteranno questo discorso perché è avvenuto un fatto strano: ed è che mentre esso era stato sollecitato dai rappresentanti di alcuni dei massimi giornali italiani, che erano presenti al convegno e si fecero entusiasticamente consegnare il manoscritto per la diffusione, nessuno di quei giornali lo pubblicò, anzi nemmeno tenne parola del convegno. Ei fé silenzio, si potrebbe dire se ci fosse di mezzo un Napoleone. Del curioso avvenimento dà notizia lo stesso Sandulli in una nota al testo oscuramente stampato, quasi come un « Samizdat », per usare un termine diventato di moda per i libri che arrivano clandestinamente dalla Russia.

A nostro modo di vedere, il fatto è grave, e se ne devono cercare le cause, come sempre cerchiamo di fare per tutte le cose che incidono in qualche modo nella nostra vita associata. Perché un discorso così sincero e così sereno, perché la verità espressa in quel discorso da un uomo tanto notevole è stata improvvisamente celata? Se ci fosse un « alto », quell'alto dal quale vengono gli ordini secondo la sua volontà, sostitutiva della ragione, noi potremmo in fondo rassegnarci e comprendere. Ma il regime giuridico nostro, scolpito nien-

tedimeno che nella Costituzione, ha proprio la caratteristica di non avere né alti né bassi: l'Italia è una repubblica democratica, dice l'art. 1 della magna carta. E allora? Allora la risposta non può essere che una sola, ed è quella che risulta dal titolo di questo articolo.

Tutti e nessuno ha detto l'ordine del silenzio. Esso è nato dal bisogno che abbiamo, come individui e come collettività, di sentirci felici, di nascondere a noi stessi le nostre piaghe, di credere in un mondo dove tutto è gioia, pace, serenità, dove nessuno sequestra le persone, assalta le banche, vende favori amministrativi e giustizia, dove il lavoro si svolge senza fatica, l'avvenire come il presente sono nelle nostre mani. Un mondo insomma nel quale i volti sono sempre atteggiati al sorriso.

Io non condanno certo questo atteggiamento di fronte alla vita e a se stessi, né faccio il richiamo irriverente dello struzzo che nasconde la testa nella sabbia, o quello più gentile della colomba che la nasconde sotto l'ala. Penso solo che un simile atteggiamento l'abbiamo già conosciuto per oltre vent'anni quando, come i meno giovani ricorderanno, nessuno si suicidava; e penso che lo conosciamo anche oggi, lo vediamo nei volti sempre ilari dei compagni russi e cinesi stampati sulle loro oleografiche riviste. Si tratta, forse, di una coincidenza, che non sposta la questione della differenza tra tirannia e libertà. L'una e l'altra possono avere, di fronte alle tristezze del mondo, i loro sorrisi. Il punto è vedere cosa conviene di più al domani, che obbedienti alle leggi umane e divine siamo impegnati a costruire: se è meglio ignorare, dimenticare, o sapere. Ma qui entriamo nella profezia.

(25 luglio 1971)

[181]

LA NUOVA UNIVERSITÀ

Ogni giorno reca la sua tristezza: ora è lo scandalo delle aste truccate, ora è la scoperta di una cellula mafiosa nell'appena nata, e perciò presunta innocente, Regione del Lazio. L'animo nostro, reso fragile da tutta la storia che ci è caduta addosso, trema ogni mattina nell'aprire il giornale, e ben a ragione. Ma io credo che non siano questi i fatti più importanti: essi vivono, come il poeta diceva della rosa, lo spazio di un mattino, operano il loro limitato male, e si dileguano. Ben più gravi sono certi fatti che avvengono nel silenzio e nella generale distrazione. Gli esempi sono molti, e dovranno essere meditati: basta pensare a ciò che si fucina nel campo dei rapporti di lavoro, del diritto di famiglia, del diritto penale e dello stesso processo civile. È come se una smania del nuovo avesse invaso tutti. Del nuovo purchessia, un bisogno di meravigliare, simile a quello che il secentista cav. Marino indicava come fine del poeta. Lo ricordate, dai banchi della scuola? « È del poeta il fin la meraviglia. Chi non sa far stupir vada alla striglia... ».

Questi pensieri mi vengono in mente nel leggere il testo, ora pubblicato, della legge di riforma dell'Università, che ha ricevuto il battesimo del Senato e attende quello della Camera. Per la verità non è una riforma che si sia fatta nel silenzio dell'alcova legislativa: se ne parla e se ne strepita da anni. Ma l'attenzione è stata attratta quasi esclusivamente dalla storia del docente unico, della moltiplicazione dei professori, delle norme transitorie, cioè in definitiva degli interessi personali che venivano favoriti o colpiti. La vera portata appare solo oggi, ed è nascosta nelle pieghe della legge, nelle parole astratte che vengono poste all'inizio, come in un proemio o in un'epigrafe. Si tratta certamente della più grossa trasformazione che abbia mai subito una nostra istituzione dal tempo dei tempi.

Non occorre leggere tutti i 104 prolissi articoli del testo. Basta fermarsi alla lunghissima definizione (artt. 1-3) dell'Università, perché tutto il resto si può immaginare. Dopo aver detto che le università sono istituzioni di alta cultura (sembra una traduzione dell'*haute*

couture francese, che però è una cosa seria) si legge testualmente che « ogni Università costituisce una comunità di docenti, ricercatori, studenti. Alle sue attività partecipa nelle forme previste dalla legge il personale amministrativo, tecnico, ausiliario ». Cos'è questa roba? Il lettore dal naso fino arriccia subito il medesimo, e si chiede che cosa sia una siffatta comunità. La comunità è una cosa grave e severa, sotto tutti i profili, dal comune antico e moderno ai laboriosi conventi. Ma una accolta di professori, studenti, personale amministrativo, dal direttore ai bidelli, non è una comunità, è una promiscuità, ed è chiaro che il personale intorno al quale ruota (o sta ferma) la nuova Università sono quegli studenti messi lì quasi a caso, e sono non gli studenti che studiano ma quegli stessi che hanno preparato l'ambiente della riforma distruggendo e occupando, cioè i non studenti. C'è, in altri termini, in queste vaghe parole un'aria di sovietizzazione, un soviet naturalmente all'italiana, senza una rivoluzione che lo preceda e lo giustifichi.

Se un dubbio potesse sussistere, esso è dissipato subito da un altro passaggio della definizione, là dove si dice che le Università « concorrono mediante il libero confronto culturale allo sviluppo scientifico... promuovendo forme di collaborazione con le Regioni, le Province, i Comuni e con le forze sociali e produttive del territorio ». Queste parole sono da prendere in attenta considerazione, perché non hanno alcun senso; e non si tratta di un paradosso. Non è invero possibile immaginare che cosa sia e come si possa svolgere una collaborazione tra i nominati enti eterogenei, o peggio i non enti (le « forze ») e l'Università. Sono le parole senza senso che fanno crollare i muri, perché c'è sempre qualcuno in agguato che dà ad esse il senso che più gli conviene: il legislatore fa le leggi, la storia le applica. E non occorre molto per capire che, come nelle comunità di professori e studenti, così in questa infeconda combinazione lo scettro del comando sta in quelle forze sociali e produttive del territorio che, se appena il vento spirerà favorevole, strumentalizzeranno l'Università, del tutto indifferenti al « controllo culturale » e allo « sviluppo scientifico ». E fossero davvero forze sociali e produttive, ma si sa bene quale realtà si nasconda sotto questa formula, del resto aggiunta all'ultima ora: è la realtà delle forze che non sono né sociali né produttive, sono le forze politiche eversive per le quali nulla conta se non il fine che tendono a conseguire, e alle quali si è fatto il borghese omaggio di una legge che esse si guarderebbero bene dal conservare se conquistassero il potere.

La riprova di questo spirito sovietizzante che anima la legge si ha nelle sue strutture organizzative. In disaccordo con le autoqualificazioni di istituto di « alta cultura », di « centro primario » della ricerca scientifica etc., la nuova Università apre le porte a tutti gli incolti e gli inadatti, pur che abbiano un qualunque titolo di scuola secondaria, o se hanno raggiunto la veneranda (per uno studente) età di venticinque anni, senza alcun titolo, col solo spolverino di un esamuccio attitudinale. Come si sa, questa parte della legge è stata addirittura stralciata (tanto può la demagogia) e già oggi la facoltà di Legge, ad esempio, si è riempita di maestri, periti, ragionieri, che rimangono agli esami stupefatti se qualche professore fa un'elementare domanda di diritto (parlo per esperienza personale) e dopo tutto hanno ragione. Purtroppo la moltiplicazione degli studenti è più facile di quella del pane e dei pesci, e tristi giorni attendono queste forme ingannate.

Ma il tragico o il comico si ha quando si passa agli organi di governo. Nella legge sono previsti tre organi fondamentali: il Consiglio di dipartimento (l'equivalente del vecchio Consiglio di facoltà), il Consiglio di ateneo (un misto del Senato accademico e del Consiglio di amministrazione, che elegge un esautorato rettore) e il Consiglio nazionale (che sostituisce il Consiglio superiore). Ebbene, sapete come questi Consigli sono composti? Il primo di quaranta membri, il secondo di novantasei, il terzo di cinquantaquattro. Questo per la quantità. Ma la qualità spiega la quantità, perché nel Consiglio di ateneo ci sono 36 docenti, 24 studenti, 20 tra ricercatori e amministrativi, 8 designati dalla Regione, di cui almeno tre rappresentanti del mondo del lavoro, e 8 designati dalla Provincia e dal Comune. Nel Consiglio nazionale, poi, si aggiungono otto membri designati dal Parlamento, ripetendo l'infausto esperimento che ha portato alla politicizzazione del Consiglio superiore della magistratura e della Corte costituzionale.

Si potrebbe, si dovrebbe continuare, ma tanto basta per giustificare il sospetto che qualcuno abbia voluto preparare con la riforma dell'Università un esperimento di sovietizzazione *ante litteram*. Noi siamo tanto liberi di spirito che riteniamo pensabile un organismo di questo genere, se la storia lo impone: solo che allora non si parlerà di Università, ma di qualche altra cosa che con la cultura e la scienza, e tanto meno con l'alta cultura, non avrà nulla a che fare. Oggi come oggi la nostra storia vuole la sua antica università, dove i professori insegnino e gli studenti studino, e vuole che essa non sia deformata,

ma liberata dalle incrostazioni del tempo, che l'hanno deviata dalla sua funzione. Questa legge, così come è congegnata, non può passare, perché non serve allo scopo. La Camera dei deputati, alla quale sarà sottoposta, è fortunatamente ancora in grado di liberamente riflettere, e non vorrà assumersi la grande responsabilità di andare contro la storia.

(5 agosto 1971)

[185]

IL SALUMAIO IN PRETURA

Questo è un racconto estivo, e io l'offro alla meditazione e al diletto dei nostri lettori che si riposano al mare e ai monti. È probabile che già lo conoscano, perché i giornali ne hanno dato ampia e sorridente notizia: ma forse essa non è stata compresa in tutto il suo significato.

Dunque, un povero salumaio sorprende la moglie a letto con il suo garzone di bottega. Fra tutte le possibili reazioni, egli sceglie la più immediata e la più incruenta: caccia il drudo fuori dai piedi. Il guaio è che, cacciandolo fuori dai piedi, lo caccia anche fuori della bottega, dove rimane solo ad affettare il salame: e il drudo, che non è certamente cavaliere, trascina se stesso, la donna e il marito davanti al pretore di Milano, contestando la legittimità del licenziamento in tronco e chiedendo il pagamento delle indennità dovutegli. Ha fatto, dal suo punto di vista, bene, perché il pretore gli ha dato ragione, e ha condannato il povero marito, che diventa così il classico cornuto e bastonato.

Come è possibile, dirà il lettore, una cosa simile? La risposta è che i rapporti di carne non affumicata che il garzone teneva con la padrona si sarebbero svolti fuori dalle ore di lavoro, almeno secondo la opinione del pretore, che non sappiamo se abbia tenuto conto del possibile anticipo dell'orologio.

La storia è boccaccesca, e non sarebbe giusto inibire ai lettori una sana risata. Ma boccaccesca non è la motivazione che il giudice dà del singolare giudizio: anzi, essa è tale, che rende la storia tristissima. La tesi fondamentale è questa: che « nell'attuale fase di sviluppo economico-produttivo, tutti gli elementi del rapporto di lavoro presentano la caratteristica di essere svincolati da ogni contenuto personalistico, riducendosi ad uno scambio tra forze di lavoro e salario ».

È probabile che il pretore appartenga a quella classe di giudici cosiddetti impegnati, che fanno della tutela dei lavoratori il loro cavallo di battaglia, mettendosi sotto i piedi la legge. Ora io non so

come costoro, come il pretore in questione, non abbia sentito quale disumanizzazione del rapporto di lavoro vi sia in questo ridurlo ad uno scambio tra forza e salario, che viene ad equiparare il lavoratore ad un bue che riceve una manciata di biada (o magari due, tre manciate) per il solco che ha tracciato. Ritengo indubitabile che i primi a ribellarsi alla tesi pretorile sarebbero proprio i lavoratori, offesi dal degradante accostamento. Tesi che va non solo contro l'etica ma contro la storia, che pur all'insegna della lotta di classe ha sempre cercato di rendere umano il rapporto di lavoro, nel reciproco riconoscimento dei diritti delle parti.

La scissione tra uomo e lavoratore è la nota triste di questa sentenza. Ma non è la sola, perché il pretore ci propone qualche dubbio. Il primo, quello che in fondo più naturalmente si presenta al nostro animo, è che la sua decisione potrebbe essere in contrasto con l'opinione comune che le corna sono una rilevante offesa, alla quale « la risposta del licenziamento » potrebbe sembrare una reazione troppo blanda. Ma che vuol dire questo?, dice il pretore. Gli italiani sono borghesi e provinciali, non hanno studiato la sociologia del diritto dello Schur, il quale ci ha appreso che esiste una « forma culturale », che il diritto è una « forma culturale », e non è come tale necessariamente conservatrice, ma può essere utilizzata anche al fine di promuovere e consolidare l'evoluzione sociale, cioè nella specie la tolleranza delle corna.

Non è uno scherzo, che sarebbe di pessimo gusto. Letteralmente si legge nella sentenza che « la giurisprudenza può essere adoperata per introdurre forme più tolleranti di vita ». Non so cosa ne pensi il disgraziato salumaio, di questa programmatica paternale. Noi, che siamo borghesi e provinciali, esprimiamo il dubbio che la sociologia operi sul cervello di certi giudici come la cavalleria sul cervello di Don Chisciotte.

Né basta. L'altro dubbio che il pretore ci propone è che il fattaccio non poteva non determinare in un'azienda a carattere familiare uno stato di tensione non giovevole al lavoro. Ebbene, risponde il pretore, questo può essere: ma la tensione non deve risolversi col sacrificio del contraente più debole, che nella specie sarebbe il garzone. Così, l'ipocrita « slogan » trova una grottesca applicazione nel padrone cornificato, che recita la parte del contraente più forte!

Dobbiamo trarre una morale da questa vicenda? Ognuno, nella pace estiva, può trarla da sé. Noi diciamo soltanto che la sentenza del pretore è una dimostrazione di quel che avviene quando il ma-

gistrato, applicando a se stesso la sua teoria, scinde l'uomo dal giudice, lasciando l'uomo fuori dall'aula in cui rende giustizia. E ancora una volta sorge sempre più imperiosa e più grave la domanda se sia lecito che un giudice, in nome della famosa indipendenza, possa rendere simili giudizi, sia pure nei confronti di un povero salumaio.

(12 agosto 1971)

UNO STRANO DUELLO GIUDIZIARIO

Il problema dei giudici politici torna improvvisamente alla ribalta in questa afosa estate. Non è stato finora un problema grave. Nonostante lo strepito che si è fatto, e giustamente, sul piano teorico, in pratica tutto si è ridotto a qualche manifestazione di piazza, a un conflitto certamente penoso fra associazioni e correnti, e nel peggiore dei casi a qualche scandalosa assoluzione di pretori invasati o di tribunali intimoriti. Le cronache hanno registrato però un episodio che, a nostro avviso, non è stato valutato nella sua effettiva portata e che induce a reclamare in opportuna sede indifferibili provvedimenti. Si tratta del caso Pinelli, e dell'accusa promossa dal procuratore generale di Milano contro due commissari di polizia, in relazione ad esso.

Brevemente richiamiamo l'antefatto. Nelle indagini sull'efferata strage alla Banca dell'Agricoltura di Milano, viene fermato per accertamenti l'anarchico Pinelli. Condotto in questura, costui si butta da una finestra. Nel clamore delle sinistre, la Procura della Repubblica conduce un'inchiesta, che si conclude per le vie di legge con una dichiarazione di suicidio. Qualche tempo dopo, un giornalista di estreme idee scrive che il Pinelli è stato ammazzato dal commissario Calabresi. Questi denuncia la calunnia, e il processo si svolge davanti al Tribunale di Milano. È in questo processo che si verifica la penosissima vicenda del presidente Biotti, che tutti certamente ricordano: si tratta di quel magistrato che avrebbe niente di meno che patteggiato una sua promozione con un membro del Consiglio superiore contro l'assoluzione del giornalista. Il presidente viene rimosso dal posto, e il processo rinviato.

È nelle more di questo processo che esplode il fatto Bianchi d'Espinosa, cioè il Procuratore generale di Milano: il quale improvvisamente assume l'iniziativa di incriminare il dott. Calabresi (e un altro funzionario di polizia, che qui non interessa) per omicidio colposo del Pinelli. Le reazioni giornalistiche sono state varie; c'è stata la presa di posizione di un deputato in sede politica, ma, a quel che sembra, non è stato centrato il punto giusto. Vediamo di farlo noi, naturalmente prescindendo da ogni valutazione che non sia stretta-

mente giuridica, perché è solo sul piano giuridico che il problema si risolve. La valutazione morale segue da sé.

Dunque: c'è un processo pendente nel quale è indiscutibile che la posta, la vera e unica posta, è se il dott. Calabresi sia o non sia un assassino. Questa era stata l'accusa del giornalista; contro questa accusa il dott. Calabresi afferma la sua innocenza. È indubitabile che, dopo la triste vicenda Biotti, il processo prende una piega favorevole al dott. Calabresi; ma questo non ha importanza. È sempre *sub judice*, in un pubblico dibattimento, il giudizio sul fatto o sul misfatto. Il processo è solo rinviato. Orbene, quando il Procuratore generale dal suo altissimo seggio incrimina o fa incriminare il dott. Calabresi per omicidio colposo, è chiaro che egli, a parte tutto il resto: 1) interferisce in un processo pendente che è già allo studio del pubblico giudizio; 2) si sostituisce al giudice di quel giudizio dando per scontato che il Calabresi non sia colpevole di omicidio, ma di un minore reato, e tuttavia infamante per un uomo di polizia.

Su questa diagnosi non ci possono essere dubbi. Allora, il quesito è se il procuratore generale poteva fare quello che ha fatto. Si deve ritenere assolutamente di no, come facilmente ci si può convincere pensando che il giudice del dibattimento non saprà più che pesci pigliare, perché già il Procuratore generale ha escluso l'omicidio volontario, che costituiva il preciso capo di accusa. Un penalista potrebbe addirittura giungere a questa conclusione: che il dott. Bianchi d'Espinosa si è reso colpevole di un vero e proprio reato, quale ad esempio l'abuso dell'ufficio, punito rigorosamente dal codice penale. E se sporgesse, come gli sarebbe consentito, denuncia?

Noi non possiamo, come è logico, prendere partito su questa possibilità, perché ci mancano gli elementi di giudizio. È certo però che come cittadini dobbiamo esprimere il più profondo rammarico per questa nuova prova di impulsiva partecipazione dei magistrati alla vita politica. La magistratura ha da sanare molte ferite, che sono (ci si perdoni il bisticcio) autentiche ferite di guerra. Non è certamente questa la via della rigenerazione che tutti auspichiamo. E risorge ancora una volta l'angosciosa domanda se l'indipendenza dei giudici, garantita dalla Costituzione, non debba essere temperata da acconce limitazioni che non inciderebbero sul principio.

(2 settembre 1971)

IL FISCO E LE ANIME MORTE

Una delle cose più difficili da definire è l'umorismo. Non mi attento neppure a farlo: ma non avrei pensato che esso potesse trovare ricetto anche nel fatale cestello che i romani chiamavano fisco, quello che Giustiniano regge nel mosaico di Ravenna, senza pensare che dentro c'è un « rapporto di imposta », come dicono gli studiosi moderni del diritto tributario. E invece proprio dalla massima giurisdizione fiscale, cioè dalla Commissione centrale delle imposte, ci arriva una notizia che dimostra come tra quegli squallidi moduli si insinui l'umorismo, e ci offra una delle più alte manifestazioni di sé. State a sentire.

Come tutti sappiamo, accade di frequente che testatori pensosi dell'al di là dispongano il pagamento di una data somma di danaro a enti religiosi per la celebrazione di messe in suffragio della propria anima. È anche noto che i legati agli enti religiosi non sono gravati da imposte di successione. Orbene, la Commissione centrale (e questo vuol dire che ci sono state altre due commissioni che si sono occupate del caso, e ci saranno poi chissà quanti giudici ordinari impegnati nella risoluzione definitiva) ha sentenziato che bisogna distinguere: una cosa sono i legati agli enti religiosi, una cosa sono i legati per la celebrazione di messe. Testualmente: « Non c'è dubbio che il desiderio di assicurarsi suffragi per la propria anima presuppone la volontà di beneficiare se stesso, mentre al contrario l'esistenza di un legato presuppone la volontà di beneficiare colui cui esso è destinato. In sostanza, l'elargizione non va ad allargare il patrimonio dell'ente religioso cui è fatta, ma costituisce il corrispettivo di un servizio, cioè il suffragio dell'anima ». Dunque, si paghi.

Non sarebbe stato possibile immaginare che le anime morte di Gogol avrebbero acquistato in virtù del fisco una così alta verità e attualità. Quel modesto funzionario, che amiamo pensare all'antica col « rond-de-cuir » e le mezzemaniche di raso, ha risolto con poche parole, anzi con poche cifre, altissimi problemi teologici. Si è pronunciato contro Epicuro e i suoi seguaci, « che l'anima col corpo morta fanno », e ha spinto fino alle estreme conseguenze il dogma

della resurrezione della carne. Non è opera da poco, perché, ritenuta legittima quest'ultima soluzione, restava da superare il modesto fatto della morte; e il funzionario lo ha fatto con estrema coerenza: « Vita non tollitur sed mutatur ». E in questo « mutatur » c'è in sostanza il superamento del dubbio giuridico, che potrebbe nascere dal fatto che, per quel che io ne sappia, la legge fiscale, come la legge civile, non conosce il legato a se stessi. « Alius et idem », avrà pensato orazianamente il nostro uomo.

Tuttavia rimangono per il giurista metafisico alcune perplessità marginali. Quale è, ad esempio, la situazione dell'obolo di Caronte? E, restando al mito di oggi, quale è la situazione della somma legata per le messe? I preti dovranno defalcare dal corrispettivo delle messe l'importo dell'imposta di successione, e ridurre in proporzione le preghiere? O ci sarà una specie di legato giacente, in attesa che la resurrezione si verifichi?

Noi personalmente, ma senza un serio motivo giuridico, optiamo per quest'ultima tesi. Perché ci piace pensare che la carne risorta dovrà, prima di presentarsi a San Pietro, sostare allo sportello dei tributi per assolvere all'ultimo suo dovere come cittadino della terra.

(17 settembre 1971)

[192]

IL PRETORE DI VENEZIA

Così anche Venezia, questa città che è tutta un equilibrio tra cielo e mare, quest'isola alla quale non approdano soltanto le torme variopinte dei turisti, ma anche e sopra tutto gli spiriti che cercano e trovano nella sua composta armonia un rimedio al « malor civile » che sempre più ci corrode, così anche Venezia ha avuto il suo pretore.

Una recente sentenza del pretore veneziano che i giornali hanno pubblicato ha infatti ritenuto illegittimo, sulla base dello « Statuto dei lavoratori », un provvedimento disciplinare adottato a carico di un dipendente che aveva insultato il suo diretto superiore, con la motivazione essenziale che il fatto « ha come protagonista non già un elemento indisciplinato ed un capo ufficio scrupoloso, sibbene il sindacato da un lato coi suoi dirigenti e l'azienda dall'altro coi suoi funzionari ».

La pronuncia si aggiunge a quella di tanti altri pretori che hanno politicizzato la giustizia, e sotto questo profilo non meriterebbe di essere segnalata. I nostri repertori giudiziari sono ormai diventati un'antologia delle stravaganze, la cui ispirazione non è la legge, ma la favola esopiana del lupo e dell'agnello (il lupo di turno nella storia, vorremmo dire) o peggio ancora la famosa giustizia di Pinocchio. Solo per far sorridere il lettore, si può ricordare quella decisione del pretore di Iseo che, per dimostrare l'intendimento antisindacale di un datore di lavoro che aveva licenziato un operaio, ha addotto l'argomento che, essendo stato proclamato uno sciopero nella fabbrica come reazione a quel licenziamento, al mattino scoperò solo quell'operaio, nel pomeriggio « essendo egli presente » scioperarono tutti. « Segno, commenta il pretore testualmente, che egli era colui che riusciva a dare coscienza sindacale agli operai della fabbrica, fino a dar loro il coraggio di esercitare un diritto come quello di sciopero ». Lo spirito di Alessandro Manzoni riesce ad aleggiare persino tra la carta curiale...

Sennonché, nella pronuncia del pretore veneziano, vi è qualcosa che trascende l'umorismo, e per questo essa ha attirato la nostra attenzione. Si tratta proprio di quella disumanizzazione del lavoro

che il pretore, forse senza rendersene conto, ha operato quando ha posto di fronte, come sopra abbiamo riferito, non più persone concrete, ma vere e proprie astrazioni, quali il sindacato e l'azienda. A prescindere dal fatto che riesce difficile accogliere l'idea che un sindacato possa impunemente vituperare l'imprenditore, o comunque perseguire i suoi fini mediante reati, questa distruzione del rapporto umano, questa risoluzione dell'uomo, in una pedina del gioco ideologico, non è il « filar caligo », come dicono appunto a Venezia, di un teorizzante, è il procedere tipico dei regimi comunistici o totalitari, ed è anche la conseguenza logica dell'idea e della lotta di classe, che non lasciano né possono lasciare margine a nessuna forma di individualità, e quindi alla più alta espressione della individualità che è la giustizia, e magari la grazia e giustizia. Gravissima cosa è che siffatta concezione del mondo sia penetrata nei giudici: e non ha importanza che operi in essi o in taluno di essi la velleità politica, o l'illusione di anticipare un futuro che immaginano pieno di promesse, o anche soltanto il tedio di svolgere il vecchio e faticoso lavoro di « suum cuique tribuere ».

Si potrebbe obbiettare a questa recriminazione che la cupa giustizia che si è andata instaurando nel settore del lavoro non è da imputare ai pretori, ma alla legge e precisamente allo « Statuto dei lavoratori » che è indubbiamente di ispirazione classista, anche se a formarlo hanno contribuito organi di uno Stato che classista certamente non è. In altri termini, il pretore politico sarebbe la logica conseguenza di una legge politica, che ha investito quel giudice della sua volontà, gli ha dato i poteri per realizzarla. E così, per esprimersi più concretamente, avendo il legislatore costruito o cercato di costruire un mondo non più fondato sulla parità dei diritti, ma sulla prevalenza della parte ritenuta più debole sulla parte più forte, il pretore abbia avuto il mandato di esercitare con siffatto non giusto criterio la sua giustizia. Se questo fosse vero, noi dovremmo dire che in Italia si è creato un giudice speciale, contro i dettami della Costituzione, o peggio ancora si è trasformato in un giudice speciale un giudice ordinario, cosa per la verità mai immaginata. Il rapporto di mandato tra legislatore e giudice non è della nostra civiltà: esso è tipico dei regimi comunistici, ed è ben naturale che sia così, solo che nei regimi comunistici non esistono « statuti dei lavoratori ».

Vero è invece che nella presenza di una legge così fortemente politicizzata, di una legge, si può dire senza ambagi, di classe, l'antico ed eterno problema del rapporto tra il giudice e la legge non muta i suoi termini, ma si arricchisce di una nuova esperienza. Per-

ché, se il giudice deve rispettare ad ogni costo la legge, in ciò che ha di buono e in ciò che ha di cattivo, deve anche interpretarla: e interpretare significa, in un paese civile, non indagare le riposte volontà di un padrone, il che è tipico dei servi, ma adeguare la legge, che vive di vita propria (« avulsa ab utero materno » ci dicevano a scuola), alla realtà umana e sociale in cui è destinata a operare. Questa è la grande funzione del giudizio, per cui è stato figuratamente ma efficacemente detto che la legge è come un personaggio in cerca di autore, e l'autore è appunto il giudice. Ora, per non rendere il discorso filosofico, lo « Statuto dei lavoratori » come tutte le leggi, deve essere interpretato, e nell'interpretazione il giudice può e deve restituirgli quella umanità che talora le leggi, per il modo stesso come sono state formate non hanno. Umanità, precisiamo, che non è parola vaga, perché con essa si esprimono il senso della solidarietà sociale, l'esigenza di una cooperazione nel lavoro in vista del fine dell'opera, il rispetto della persona umana, e infine, più concretamente, l'obbedienza alle leggi dell'economia. Il legislatore che è, esso sì, veramente astratto, di questa umanità può anche non curarsi; ma non se ne può disinteressare il giudice perché è il suo officio di rendere umane le leggi, qualunque legge.

Noi abbiamo fede (anche a costo di passare per esponenti della destra, come ci fa apparire il massimo organo comunista in un recente articolo) che i pretori lasciate da parte le stravaganze del primo momento, si accingeranno a quest'opera di umanizzazione dello « Statuto », nell'interesse dei lavoratori. E già ne vediamo i segni.

Proprio in questi giorni, un pretore di Brescia, dopo aver dichiarato illegittimo lo sciopero a singhiozzo, ha anche negato che sia nell'arbitrio dei lavoratori tenere assemblee nell'interno della fabbrica, cioè senza concordare con il datore di lavoro in quale locale dell'unità produttiva essi possono riunirsi. Il pretore ha testualmente detto: « L'individuazione unilaterale, da parte dei lavoratori, di un particolare locale contrasta non solo con i principi informatori e la natura contrattuale del rapporto di lavoro, ma dopo averne degradato la funzione fino ad annullarla, pone anche il datore di lavoro, che con i suoi mezzi e la sua produzione contribuisce alla produzione, di fronte a responsabilità civili e penali ».

I giornali hanno riportato questa decisione su quattro colonne, quasi stupefatti dall'audacia. Ma in fondo non si tratta che di una versione moderna dell'apologo di Menenio Agrippa.

(2 ottobre 1971)

[195]

LA LEZIONE DEL CARDINALE

Non c'è nulla di più affascinante della composizione del giornale nella profondità della notte. Più che rendere conto del giorno passato, il piccolo esercito di maghi che attendono alla redazione e alla stampa sembra impegnato nel preparare ai dormienti lettori il loro domani: e, in effetti, questa surrealistica visione ha una certa rispondenza nella realtà, quanto meno psicologica, perché l'ieri è proiettato attraverso la notte nel futuro e viene accolto dal lettore come presente, un attimo pulsante della sua vita.

Questo è tanto vero che nulla sembra più antico e addirittura irreale del giornale di ieri, mentre nulla appare più vuoto di una giornata che resti priva del suo giornale. Vi è insomma, nella « notizia », una specie di improvvisazione, che manca alla radio e alla televisione, forse perché è negato ad esse stabilire con l'ascoltatore massificato un rapporto umano.

Questi curiosi pensieri mi sono balzati alla mente stamane nello sbirciare, come di solito faccio senza fermare l'attenzione, quell'angolo a destra in alto dove il mio giornale dà esemplare notizia delle ribalderie compiute dai miei simili, e stavo per dire da me stesso. Al posto di quelle facce che un tempo si chiamavano ottimisticamente proibite, mi è apparso un vecchio, vecchissimo signore in abito ecclesiastico (quello lungo, s'intende) al quale Paolo VI tendeva le braccia col gesto accogliente che è tipico dei Papi.

Quel vecchio era il cardinale Mindszenty e bene faceva il Papa a dargli il benvenuto, perché egli veniva da Budapest, un viaggio di due ore, che a quell'età rappresenta sempre un rischio. Ma perché il proto notturno l'aveva fatto tornare, imponendo ai nostri occhi una stanca e quasi perenta figura della quale, nel nostro occidentale benessere, ci eravamo più o meno dimenticati? Qui sta la « improvvisazione ». Perché il vero è che il viaggio del Cardinale non è durato due ore, ma durava da almeno ventitré anni, ed era un viaggio che non avrebbe dovuto aver mai termine su questa terra, e tanto meno a Roma, dove invece proprio oggi si è concluso.

Non occorre ricordare, forse nemmeno ai più giovani, che cosa

queste parole significhino. Travolto dalle orde rivoluzionarie (e per lui rivoluzione significava negazione di Dio e della Chiesa alla quale egli apparteneva), nel 1948 fu rinchiuso nelle carceri, e condannato dopo una clamorosa « confessione », all'ergastolo. Questa parte del suo calvario è stata raccontata in un mirabile film inglese, intitolato, se mal non ricordo, « Il prigioniero », che per non avere sufficiente carica sessuologica tenne lo schermo per tre giorni. Ma il vero viaggio, verso l'infinito, cominciò più tardi, nel 1956, quando il Cardinale fu liberato dalla illusa rivolta ungherese, e di fronte all'incalzare del nemico si rifugiò nell'ambasciata americana di Budapest, che per essere giuridicamente extraterritoriale non era perciò meno suolo della sua patria. Si iniziò, allora, la più straordinaria guerra che si sia mai data: non solo tra la potenza più grande della terra (più grande, perché sull'America il mondo orientale ha il vantaggio di non avere pregiudizi), e un povero uomo abbarbicato su una roccia, ma tra questo povero uomo, immobile ed inerte, e la storia che si svolge e si avvolge intorno a lui.

È probabile che molti non abbiano notato questo aspetto dell'avventura, che però è dominante. Perché il tragico dell'uomo che opta per la solitudine è che egli rimane indietro, è travolto dalla vita, dalla più o meno cieca volontà di vivere. Tutto cambia; si trasformano gli stessi termini del problema. Nemico e amico non sono che parole, e intercambiabili parole. E infatti, per ventitré anni, si è assistito all'incredibile fenomeno per cui in definitiva il sacrificio del Cardinale cominciò a pesare non solo sui diavoli, che del resto ben potevano liberarsi della sua presenza, e si sarebbero liberati se appena vi avessero visto qualche interesse, ma sulla Chiesa, per la quale il martiro, cioè la testimonianza, veniva sofferto. Tutti ricordano i viaggi del Card. Koenig, di Mons. Casaroli e di non so quali altri messaggeri per indurre il porporato a lasciare la sua tebaide. « Anche questi santi sono curiosi », avranno forse pensato con Don Abbondio quelle alte gerarchie.

La verità è che questo prete ungherese non era un santo capriccioso o caparbio: egli sentiva che la sua reclusione era la sola autentica libertà che potesse vivere, perché essa, al di là delle finzioni giuridiche, significava la sua presenza in patria. Patria celeste o patria terrestre, non fa differenza. Si potrebbe dire, cogliendo un senso nuovo del celebre verso del Pasolini: patria è soltanto là dove si vive. Dove, cioè, il nemico può spadroneggiare, vietare l'amore di Dio, uccidere e torturare, ma non sarà mai vincitore se c'è, e finché c'è, il Pastore che afferma, anche con la morte, la vita. I grandi ri-

fiuti del Cardinale volevano dir questo, e fanno di lui una figura che sta spiritualmente all'altezza di Tommaso Moro.

Ed ecco, dalla notte laboriosa del giornale, scaturisce la notizia che il Card. Mindszenty, Arcivescovo di Strigonia e Primate d'Ungheria, è giunto a Roma. La vita eroica è improvvisamente finita. Che cosa è accaduto? È accaduto quel che dicevamo. E cioè che la storia ha sopraffatto l'eroe. Non vi può essere infatti dubbio, perché traspare da una sua dichiarazione, che egli è stato richiesto dal Capo della Chiesa di non essere più martire, e ha risposto obbedisco. In un tempo che si pregia e si gloria di contestare ogni struttura della vita associata, in un tempo in cui la contestazione penetra nella Chiesa, auspici non pochi Cardinali e Vescovi che sono rispettabilissimi, ma non hanno conosciuto il martirio, il martire Mindszenty ha detto la sola parola che può dire un fedele: sia fatta la tua volontà. E ha lasciato per sempre la patria. Nella universale dissacrazione prodotta dal benessere, la inattesa lezione dell'uomo che conobbe il carcere e la solitudine non deve essere dimenticata.

(6 ottobre 1971)

I LIBRI DELLA SCUOLA

In un importante quotidiano della capitale è apparso in questi giorni un articolo che è probabilmente sfuggito al lettore distratto, certamente a coloro che si occupano di pedagogia. La crudezza del titolo: « Le tante sciocchezze dei libri dell'obbligo », ha attirato la mia attenzione e così mi sono trovato immerso in uno dei tanti insolubili problemi del nostro tempo: quello dei libri scolastici, cioè dei libri destinati alla formazione e all'educazione dei giovani.

Per la verità, si tratta di due problemi, come al solito, concomitanti. Il primo, gravissimo, ma forse meno grave dell'altro, è di ordine quantitativo. Non è di questo che voglio occuparmi: i padri di famiglia sanno per diretta esperienza la speculazione commerciale di cui sono oggetto gli studenti di qualunque livello. Vi fu un tempo remotissimo in cui i figli studiavano sui libri dei nonni (oh, la sintassi del veneziano Zenoni!): oggi i testi vengono mutati non ogni anno, ma spesso nel corso dell'anno, attraverso una fitta rete di interessi che è carità non descrivere. Ogni nuova stagione il ministero lancia una grida, ma le cose rimangono come sono, per una ragione molto semplice: che il traffico dei libri fa parte della civiltà dei consumi, che sugli scolari si impiantano centinaia di piccole e non piccole industrie, che « moralizzare » le cose significa creare disoccupazione e via dicendo. Lo stesso, del resto, avviene per i malati e per le medicine. È la catena che la nostra civiltà si trascina appresso, e quindi è vano cercare una soluzione per settori di un problema che impegna l'intera società.

L'altro problema è di ordine qualitativo, e quindi non è o non sembra complicato da questioni strettamente sociali: esso riguarda semplicemente il contenuto dei libri, quello che i libri devono dire ai ragazzi, per educarli e formarli. Orbene, nell'articolo di cui parlo, si denunciano appunto le sciocchezze che materiano i nostri libri di testo. E in che cosa consistono? Ecco: « Nelle scuole elementari e medie inferiori hanno diritto di cittadinanza libri che raffigurano una società italiana del passato, una società statica, prevalentemente agricola, con forti caratterizzazioni religiose e patriottiche... Sono libri

al di fuori della realtà, che non possono preparare i ragazzi ad affrontare responsabilità in una società in trasformazione ». L'articolista prosegue censurando la descrizione del contadino e del pastore « come beneficiari felici e contenti della creazione di origine divina », e il fatto che all'attuale crisi dell'agricoltura e all'inquinamento della natura si preferiscano descrizioni di voli di rondini, la presentazione serena del lavoro e dei lavoratori, magari in chiave di ricompensa ultraterrena; e infine, per quel che riguarda la città, lamenta la romantica esaltazione del vigile urbano in luogo della rappresentazione della giungla d'asfalto ecc. ecc. Nota quasi comica: nella generale deplorazione sono vituperate e derise alcune finissime poesie riportate nei libri, in cui è facile riconoscere il canto del Pascoli e di Arturo Graf. Le stesse, per incidenza, che si trovavano nelle antologie della nostra infanzia.

Vien fatto di domandarsi che cosa si dovrebbe sostituire alle « sciocchezze » dei libri dei nostri ragazzi. Una visione veristica del mondo che riveli (e speriamo che sia una rivelazione) ai fanciulli che le strade delle città sono piene di meretrici e di lenoni, che la circolazione è pericolosa non solo per il traffico ma per le bande di rapinatori che le infestano, che le campagne sono abbandonate e deserte, che il vigile urbano è irriso e deriso, quando non è insultato e percosso, che il lavoratore non canta ma sciopera? Altra alternativa parrebbe che non ci sia.

Non si tratta di uno scherzo, ma di una questione terribilmente seria, che ha agitato da tempo immemorabile gli animi dei pedagoghi, e oggi la piega che ha preso la nostra civiltà ha reso particolarmente acuta. È il problema dell'educazione in tutte le sue forme, il quale a sua volta è un aspetto del più generale problema dell'arte, della storia, del cinematografo, di tutte le rappresentazioni della realtà che sono proprie dello spirito umano, per le quali si pone la stessa domanda, se lo scrittore o l'artista assolve al suo compito intingendo la sua penna o il suo pennello nelle miserie della vita, o se deve affermare la vita a di là di queste miserie, cercare le tracce dello spirito, che esiste e si nasconde, proprio come il Dio nascosto del Vangelo. L'età nostra, come sappiamo, ha risolto il problema in termini mercantili, sfruttando, come fanno veramente i protettori, gli istinti, e naturalmente in primo luogo quello del sesso. Ma non è una soluzione, è anzi un aggiungere miseria a miseria.

Comunque sia, e lasciando da parte questa generale considerazione, che potrebbe prestare il fianco a inutili polemiche, quel che ora interessa è che il dilemma si presenta nei suoi veri termini in un

campo apparentemente così modesto come è quello dei libri di scuola. È questo il vero banco di prova del nostro razionalismo, anche perché riguarda la nostra carne viva, i nostri figli, dei quali siamo chiamati a porre le fila (solo le fila) del destino. Ed è importantissimo che esso sia stato espresso nell'articolo citato in termini concreti, materiali, quasi in figurine da presepio, senza sofisticazioni teoriche. Deve nei libri dei nostri ragazzi restare il contadino che canta, la rondine che guizza, il vigile che aiuta la vecchiarella? o queste « sciocchezze » devono scomparire? Qui è tutto. I pedagoghi possono rispondere (e purtroppo fare) quello che credono, sul piano di una astratta intellettualità; noi diciamo serenamente che debbono restare. E debbono restare proprio perché sono irreali, perché l'educazione, la formazione dei ragazzi e dei bambini (e del resto anche degli adulti, essendo la scuola essenzialmente una) deve passare attraverso l'irrealtà per poter affrontare la terribile realtà. Non sembri un paradosso: per rendersi conto che è una grande verità, basta chiamare quell'irrealtà poesia.

L'uomo che dalla scuola e nella scuola ha ricevuto questo lieve tocco della poesia è infinitamente più preparato ad affrontare il male, di chi sia stato introdotto alla vita attraverso il museo degli orrori di una falsa pedagogia o sociologia.

(12 ottobre 1971)

[201]

TEMPESTA NEL NULLA

Si direbbe che la democrazia sia diventata l'arte di rendere difficili le cose. In mezzo al travaglio delle grandi riforme (della casa, della scuola, della famiglia), il Parlamento si è dovuto riunire, in seduta comune, per la elezione di un giudice costituzionale in sostituzione dell'uscente Branca. Si sarebbe detto un momento di riposo e di concordia, e invece si è scatenata un'altra tempesta.

Un'autentica tempesta nel nulla, ma che tiene divisi senatori e deputati da circa quattro mesi; tanto che la Corte ha saggiamente ripreso a funzionare, senza il nuovo giudice, senza neppure un presidente, dando la migliore dimostrazione che né dell'uno né dell'altro c'è, a stretto rigore, bisogno.

Il dissidio, come sanno i non molti che si occupano della nostra vita costituzionale, è sorto da questo: il giudice uscente era di estrazione parlamentare, e spetta quindi al Parlamento sostituirlo. Ma il Parlamento ha instaurato una singolare prassi: ha cioè stabilito che spetta al partito che ha nominato l'uscente designare il subentrante; onde, risultando l'attuale uscente di estrazione socialista, è il Partito socialista che dispone del seggio. In vista di questa prassi, il Partito socialista ha fatto un nome, come nella cavallina storna del Pascoli; e mai nitrito più potente e più negativo si levò da parte democristiana nell'aula di Montecitorio, perché il nome fatto era o è sembrato quello di un uomo eccessivamente impegnato, che avrebbe politicizzato la Corte. Di qui ire, tradimenti, minacce, che durano tuttora: ma a noi questo non interessa. L'episodio è importante solo perché consente di fare alcuni rilievi su questo massimo nostro organo costituzionale e sul suo modo di essere e di operare.

Cominciamo col dire che la prassi instaurata dal Parlamento è assolutamente illegittima. Se si legge la Costituzione si vede sì che i giudici della Corte sono nominati per un terzo dal Presidente della Repubblica, per un terzo dal Parlamento in seduta comune, e per un terzo dalle supreme magistrature ordinaria e amministrativa; ma si vede anche che l'art. 135 stabilisce, con norma generale, che « i giudici sono scelti tra i magistrati anche a riposo delle giurisdizioni su-

periori, i professori ordinari di università in materie giuridiche, e gli avvocati dopo venti anni di esercizio ». Se le leggi devono essere intese secondo il loro spirito — e la Costituzione non è altro che una legge — le indicazioni sulla scelta dei giudici rivelano in modo non confutabile che il costituente ha voluto creare un organismo che, per l'esperienza, la serenità, la neutralità dei suoi membri, desse affidamento che non si tramutasse, com'era possibile a un siffatto incontrollato livello, in uno strumento politico, concorrenziale rispetto al Parlamento. È lo stesso spirito che ha animato l'istituzione del Consiglio superiore della magistratura, la scelta dei cui membri deve avvenire anch'essa tra professori ordinari di università in materie giuridiche ed avvocati dopo quindici anni di esercizio. Ma se così è, logica vuole che quando il Parlamento affida ai partiti la scelta, e questi si mettono d'accordo per fare una scelta secondo criteri che non possono essere che politici, viola per primo la Costituzione, e nel peggiore dei modi, perché determina la politicizzazione di un giudice che, come tutti i giudici, il costituente ha voluto apolitico.

L'accettazione della Costituzione, col rispetto ad essa dovuto, è naturalmente la cosa più difficile che esista per i professionisti della politica. Ad alcuni addirittura la nostra Costituzione è sembrata più un ostacolo che una conquista, più un mezzo che un fine. E di qui sono nate tutte le strane teorie sulla Costituzione non scritta, sulla Costituzione strumentale, sulla metacostituzione, sull'interpretazione evolutiva, e via dicendo: ma è nato sopra tutto il concetto di una Corte costituzionale messa a guardia non di valori riconosciuti e affermati, ma di non valori, che tali sono certamente i vagheggiamenti rivoluzionari di partiti o di membri di partiti, prima che la storia li concreti in realtà. In effetti si tende, sempre all'italiana, a far fare la rivoluzione ai giudici!

Uno dei mezzi, anzi il solo vero mezzo, per politicizzare in questo senso la Corte è proprio la scelta dei giudici assegnata ai partiti. E disgraziatamente bisogna dire che il gioco è in parte riuscito, anche perché la tentazione di essere rivoluzionari è fortissima negli uomini d'ordine, che hanno un certo complesso d'inferiorità di fronte agli estremisti, e dimenticano che il miglior modo di fare la rivoluzione è quello di lottare, e anche morire, per conservare i valori che si esprimono nell'ordine, e purtroppo tendono quasi fatalmente a degenerare. Molte tra le sentenze che la Corte è venuta emanando in questi ultimi anni presentano un crescendo impressionante nell'ero-

sione dei valori di cui parliamo, con quali conseguenze nello svolgimento della vita associata tutti possono vedere.

Se queste cose sono vere, si capisce da un lato l'insistenza dei socialisti per la nomina del loro candidato, dall'altro la resistenza dei democristiani. Il contrasto, bisogna aggiungere, è inasprito dalla recentissima decisione sulla costituzionalità della legge sul divorzio, che si è salvata per un solo voto, e proprio quello del socialista uscente. Dicono i socialisti (stranamente spalleggiati dai liberali) che il candidato proposto assicura la « laicità » delle decisioni. Ma appunto questo è quello che, in regime libero, non può essere consentito. I giudici costituzionali, né alcun altro giudice, possono rendersi garanti di nulla, e tanto meno di quel che si esprime col vago termine ora riferito. Giustamente perciò la Democrazia Cristiana si oppone a un'indicazione così qualificata. E il cittadino che vuole solo giustizia, in tutti i gradi e supergradi, la incoraggia non senza ansia a resistere, filtrando accuratamente, al lume del passato e del presente, i nomi che le vengono proposti.

(7 novembre 1971)

USCITE DI SICUREZZA

È un sintomo confortante che le cose della giustizia attirino l'attenzione di strati sempre più larghi del popolo italiano. Molto probabilmente qualche anno fa una notizia, come questa che oggi occupa alcune colonne dei giornali, sarebbe passata del tutto inosservata, quasi come una « res inter alios acta »: vogliamo dire il fatto che i procuratori generali presso le Corte d'Appello della Repubblica si siano dati convegno a Roma per consultarsi e prendere comuni decisioni intorno ai problemi concreti, problemi di azione vorremmo dire, che fa sorgere lo stato presente della giustizia. E chi mai sapeva del resto, o si curava di sapere, che cosa fosse un Procuratore generale? Ricordo che una volta, a Genova, dovevo recarmi a far visita, in casa sua, niente di meno che al primo Presidente della Corte d'Appello di quella città: pieno di timore riverenziale fin dal portone, mi avvicinai al « pipelet » e gli chiesi a che piano abitava sua eccellenza il primo presidente, eccetera, eccetera. Mi guardò con occhio poco benigno e mi rispose che avevo sbagliato casa. Al che io insistendo e fornendo i connotati fisici del personaggio, finalmente parve riscuotersi, e disse: « Ah, lei forse cerca quell'*impiego du tribunal* (impiegato del tribunale) che abita al quinto piano... ».

Quel portiere non era un ignorante, ma rifletteva lo stato d'animo della generalità degli italiani di fronte a quella sezione della vita dello Stato che noi comprendiamo sotto il nome di giustizia: la quale è una parola augusta, se la si considera nella sua filosofica astrazione, ma nella vita quotidiana non è (o non era) che un'attività burocratica diretta a riempire il vuoto nell'ordine giuridico determinato dai conflitti tra cittadini o dall'inosservanza della legge penale. Nelle stesse definizioni dei trattati la giurisdizione, in quanto veniva qualificata come attività secondaria, vale a dire estranea allo svolgimento normale della vita, e meramente eventuale. In effetti i giudici, con tutti i loro paludamenti, erano come avulsi dalla vita corrente, o più semplicemente dalla vita, che per loro era la legge alla quale ricondurre il fatto, e il fatto era un evento passato, che bisognava riportare nel presente solo per ristabilire la legge. Un'ope-

ra estremamente tecnicizzata che poteva destare echi mondani per la qualità dei personaggi in determinati processi implicati, non certo per il giudice che operava, e assolveva o condannava, seguendo le regole. È estremamente rappresentativo quel giudice francese, che richiesto se mai si era sbagliato nei suoi giudizi, rispondeva: « Può darsi, ma se ciò è avvenuto, je me suis trompé dans les règles ».

Con la fine della guerra, con la libertà, la democrazia, più semplicemente con la storia, le cose sono radicalmente cambiate anche nel settore della giustizia. Non occorre molto per individuarne le ragioni: ce ne sono di astratte e di remote, come quella della rivendicazione dei giudici, che si sono ribellati alla legge, dichiarandosi stufi di servirla e capaci di sostituirsi ad essa. È, come si sa, un moto che ha un sottofondo politico e come tale, nonostante il chiasso, ha poca o nessuna importanza. Ma ce ne sono di concrete e presenti, e quindi importantissime, la prima delle quali è la diffusione del crimine, meglio sarebbe dire la sua universalizzazione, per cui le strutture vitali, prima ancora che sociali, non sono più sentite. Parafrasando il titolo di un celebre film, possiamo dire che siamo diventati tutti assassini. Ma questa dissacrazione del delitto non interessa qui per se stessa, ma per i riflessi che essa ha « de l'autre coté » cioè in chi fa le leggi e deve custodirle.

Sono due posizioni correlative e immancabili, per quanto paradossale possa sembrare, perché la dissacrazione del delitto genera una specie di *favor rei*, che si esprime nell'indulgenza del legislatore, nell'amnistia facile e, peggio, nella disarticolazione del giudizio, che si manifesta in mille forme, specialmente nella dichiarazione di incostituzionalità di molte leggi di polizia e del processo. Non è qui il caso di indugiare su questo fenomeno, che meriterebbe di essere studiato dagli spiriti liberi, che ancora ci sono: basta, per il filo del discorso, accennare che questo atteggiamento individuale, sociale e politico determina fatalmente un vuoto istituzionale, per cui a un certo punto gli amministratori della giustizia non sanno che pesci prendere o, meglio, come prendere i pesci.

Orbene, in mezzo a questo non lieto quadro, ha avuto luogo il vertice dei procuratori generali di cui i giornali hanno tanto parlato, per la verità ponendosi le più strane domande, il che vuol dire elevando i più strani sospetti, anche per la scelta del luogo di riunione, che essendo un albergo in piazza Montecitorio, è stata da taluno vista in funzione antiparlamentare. Un'accusa di questo genere dimostra soltanto come le nostre menti siano, nonostante la democrazia verbale, dominate dallo spirito formalistico, che è tipico

dei regimi assoluti: perché, in effetti, l'autentica struttura democratica delle istituzioni è caratterizzata proprio dallo spontaneo formarsi di centri normativi, che senza alcuna concorrenza con gli organi tradizionali, assolvano alle esigenze che il concreto presenta nel suo agitato svolgersi. L'organizzazione pluralistica della società riconosciuta dalla stessa Costituzione, e messa in luce dalla dottrina, anche se talvolta su uno sfondo sociologico che è del tutto fuori luogo, comporta proprio la legittimità di questi centri normativi, che fanno con maggiore consapevolezza e con maggiore immediatezza quello che nessuna assemblea legislativa potrebbe fare.

Non si tratta di cose arcane. La singolarità è se mai in ciò, che l'esigenza di questo centro normativo si sia sentita in seno alla magistratura, voglio dire della nostra magistratura, poiché già forse il pretore romano offriva in modello col suo editto, e certo lo vediamo attuato in altri ordinamenti, dall'americano al russo, nel quale ultimo, ad esempio, le disposizioni della Cassazione in materia processuale hanno valore di legge. Da noi, questo che registriamo è il primo passo, che può essere destinato ad abortire miseramente (dipenderà, come al solito, dalla politica), ma può essere la via per risolvere nel migliore dei modi i problemi che paralizzano la nostra esistenza, a tutto vantaggio della criminalità dilagante.

(17 novembre 1971)

[207]

DIETRO IL REFERENDUM

Ricordate quel San Giorgio nella malinconica satira di Trilussa all'indomani del Concordato? « Pista la testa al diavolo ma pare — che se lo guardi con compiacimento ». Sono passati quarant'un anni da quando « lo stato italiano volendo ridonare all'istituto del matrimonio la dignità conforme alle tradizioni cattoliche del suo popolo riconosce al sacramento del matrimonio gli effetti civili », e la raffigurazione del poeta romanesco sembra più che mai attuale. Che allora il diavolo fosse Mussolini, e San Giorgio Pio XI, e oggi le parti, o i successori delle parti, appaiano rovesciate o almeno alternate non ha importanza: ciò che importa nel quadro sacro è il sorriso, il vero protagonista della nostra vita politica. Non sono passati troppi mesi da quando il diavolo, liberandosi dalla stretta, ha rimandato il matrimonio canonico in sacrestia, e ha proclamato il divorzio; ed ecco che San Giorgio gli ficca nelle costole la spada del referendum, presa di soppiatto dall'arsenale della sua democrazia. Le reazioni, come tutti sanno, non potevano essere più violente: il popolo italiano diviso in due, le coscienze dilacerate, la reazione clerico-fascista, addirittura la guerra o la guerriglia minacciata, e chi più ne ha più ne metta.

Questo episodio, che mette a dura e a quanto pare insuperabile prova la nascente o rinascente democrazia italiana, non può passare sui giornali come un fatto di cronaca, perché esso è estremamente significativo, e va ben al di là del presente. Come tutti sanno, per l'esperienza che ormai anche l'uomo della strada ha delle cose giuridiche, la nostra Costituzione non ha soltanto dettato le grandi romantiche norme dirette a tutelare il paesaggio, la cultura, l'individuo nei suoi molteplici diritti, ha dato anche una solenne organizzazione allo Stato, nelle tradizionali strutture della legislazione, amministrazione, giurisdizione, creando nuovi centri di arroccamento come la Corte Costituzionale e il Consiglio superiore della Magistratura. Per quel che riguarda la legislazione, che è quella che qui interessa, la Grande Carta ha mantenuto sostanzialmente il principio che i tecnici chiamano del mandato rappresentativo, cioè in parole volgari ha con-

sacrato la regola per cui il popolo per definizione sovrano delega i suoi poteri a senatori e deputati. È quel che individualmente facciamo ogni tanti anni quando deponiamo la scheda nell'urna, nell'illusione (comune a tutti, compresi i comunisti) di votare per gente che, come nella preghiera domenicale, faccia la nostra volontà. E fin qui nulla di nuovo. Ma il nuovo c'è, e sta nell'art. 75, col quale si è introdotto l'istituto del referendum c. d. abrogativo, cioè si è data la possibilità al popolo, attraverso uno speciale meccanismo, di riprendersi per un momento la sua sovranità, e deliberare la abrogazione di una legge votata dai suoi rappresentanti, cioè in una parola di sconfessarli.

Esposto in questi termini è chiaro che il referendum di cui parliamo costituisce la massima espressione della democrazia, che prende perciò il nome significativo di democrazia diretta. Nulla dunque dovrebbe essere più accetto, nel clima democratico in cui viviamo, di questo istituto, che fino ad oggi per altro non aveva mai avuto applicazione, anzi era solo noto agli specialisti di diritto costituzionale. Se vogliamo essere sinceri, possiamo dire senza ombra di malizia verso noi stessi, che il referendum, di antica conoscenza e perfino consuetudine in altre nazioni, da noi evocava tutt'al più l'eco di canzonissima, o su un piano più elevato del premio Campiello. Il nostro costituente ha pensato evidentemente che il nostro popolo, pieno della speranza alimentata nel lungo corso della dittatura, ed esercitato nelle virtù represse e compresse per tanti anni, fosse maturo per il nuovissimo esperimento.

Non si può ovviamente che essere d'accordo, e credere nella maturità del popolo di cui facciamo parte. Sennonché il referendum reca in sé un elemento di contraddizione di cui il costituente forse non ha tenuto conto. Egli cioè non ha pensato che la stessa organizzazione del mandato rappresentativo rende fatalmente professionale l'investitura. Ed infatti il rapporto elettore-deputato è diventato formale, se non si è addirittura annullato nel partito. Visto in questa luce il referendum è un anacronismo, perché esso implica l'esautoramento dei partiti (di tutti i partiti), un'autentica abdicazione che può serbare spiacevoli sorprese. Una volta accolto il mandato rappresentativo non si può quindi senza una certa contraddizione accogliere il referendum.

Si capisce che la paradossale contraddizione trova il suo superamento nel costume; ma questo è quello che a noi manca, purtroppo. Perciò il referendum è stato sentito come un colpo basso, perciò si sono avute le reazioni di cui abbiamo detto, perciò si è

accesa intorno al referendum la più grottesca battaglia che si sia mai combattuta in nome della democrazia. Vi è stato persino chi ha proposto di modificare la Costituzione limitando il ricorso al referendum, in modo tale che era praticamente come abolirlo: e ci sembra che questa estrema soluzione si inquadri perfettamente nella tesi che abbiamo sostenuto. La democrazia è una cosa tanto seria che può rovesciare la democrazia...

Meno drammaticamente, ma più politicamente, c'è stata a questo punto la strizzatina d'occhio tra San Giorgio e il diavolo di Trilussa. Pacatamente, l'uno e l'altro (per uscir di metafora i divorzisti e gli antidivorzisti, meglio i partiti che si sono schierati pro e contro il divorzio) si sono detti reciprocamente che questo referendum non è necessario farlo. Gli antidivorzisti vogliono che la legge sia abrogata attraverso il referendum? Ebbene, noi andiamo per le vie più spicce, e abroghiamo la legge. Naturalmente, senza abrogarla.

Il gioco non è solo di parole, è un gioco politico sul quale bisognerà fermare l'attenzione. Perché la riuscita della finta abrogazione dipende da molti e gravi fattori non solo di carattere politico, ma di carattere giuridico. E il diritto, come si sa, è un guastafeste.

(20 novembre 1971)

DIVORZIO NUMERO DUE

Se le ultime notizie sono esatte, l'Italia cammina già verso il suo secondo divorzio, cioè verso la edizione riveduta e corretta della prima legge, fatta a uso esclusivo di eludere il referendum. Così la democrazia sfuggirebbe alla grande prova offertale dalla nostra Costituzione. Questo è quello che — divorzisti o antidivorzisti che si sia — solo si deve in questo momento registrare. L'appello diretto al popolo sovrano sembra essersi dissolto; con il rischio di perpetuare nel nostro Paese, in perenne ricerca di esprimere se stesso nelle sue istituzioni, il gusto per le decisioni esterne, incomprensibili ai più e tali da ricordare Kafka, se ci fosse almeno un'ombra di angoscia.

Non può, chi pensa o scrive queste cose, non rendersi conto delle ricorrenti esigenze della politica, che è appunto l'arte del compromesso. Ma il guaio è che questa volta il compromesso rischia di essere con la Costituzione, con quella Carta alla quale si sono affidate tante speranze per il rinnovamento dei nostri costumi. Il costituente, uscito fresco fresco dal bagno di sangue, sapeva quel che faceva quando istituiva il referendum abrogativo: conosceva, si può dire volgarmente, i suoi polli, cioè aveva l'esperienza della facile degenerazione cui è soggetto il potere, nelle sue strutture precostituite. Non era un italiano quello che disse: a che varrebbe avere il potere se non se ne abusasse? E così aveva lasciata aperta questa valvola di sicurezza, questo diretto richiamo al mandante, cioè al popolo. Un sogno, ditelo pure, una illusione, che forse era alimentata più da spirito romantico che da senso della realtà. Ma era sempre una porta o uno spiraglio aperto nell'avvenire. Ora tutto si direbbe finito. Si ha l'impressione che le forze organizzate abbiano messo la Costituzione fra i ferri vecchi, ed è sintomatico, per un giudizio integrale, che l'impresa sia stata sollecitata soprattutto da quei laici che ad ogni momento hanno la Costituzione sulle labbra, e la invocano per giustificare i loro permanenti attentati contro la democrazia; da coloro cioè che auspicano il giudice politico, e nello stesso tempo si oppongono alla regolamentazione del diritto di sciopero.

È doloroso, quasi tragico che il prevedibile fallimento del referendum avvenga in relazione alla legge sul divorzio, o meglio sulla indissolubilità del matrimonio, cioè della più alta creazione dello spirito umano (comunque si voglia pensare in argomento: questa è una cosa di secondaria importanza). Ma veramente si tratta di un fallimento dichiarato? Veramente i politici riusciranno a troncare sul nascere le velleità del referendum?

La questione che ci proponiamo è di carattere giuridico, e conviene spiegarne chiaramente i termini. Dunque, la Costituzione ha istituito il referendum abrogativo, cioè il potere di rivolgersi direttamente al popolo per abrogare una legge. Una legge speciale ha disciplinato le forme del referendum (raccolta di firme etc.) e ha attribuito a due altissimi organi due importanti funzioni. Il primo di questi, in ordine temporale è la Cassazione o meglio un « ufficio centrale per il referendum » costituito presso la Corte di Cassazione, il quale ha il compito di verificare che la richiesta di referendum sia conforme alle regole stabilite dalla Costituzione e dalla stessa legge di attuazione. Il secondo è la Corte Costituzionale che verifica la sussistenza delle condizioni di ammissibilità previste dalla Costituzione. Infine (e questo è il più importante) la citata legge prevede nell'art. 39 che l'ufficio centrale dichiari che il referendum non ha più corso se la legge sottoposta a referendum è abrogata.

Su quest'ultima disposizione si è appuntata la battaglia contro il referendum, perché lo spirito laico degli oppositori ha subito pensato: noi facciamo votare una nuova legge sul divorzio e siamo a posto. Senonché il diritto, come ho scritto altra volta, è un guastafeste e subito esso fa sorgere due sottoquestioni. La prima è a chi spetta giudicare del carattere abrogativo della nuova legge; la seconda è quando si può affermare che sussista un'abrogazione. Sulla prima la risposta è indubbia, per la stessa formulazione dell'art. 38, e cioè la competenza spetta all'ufficio, non alla Corte Costituzionale. La seconda è delicatissima. I contendenti hanno prima pensato addirittura che bastasse varare una legge che riproducesse interamente la vecchia, con l'avvertenza di scrivere che questa era abrogata. Un'abrogazione meramente formale, cioè, come a dire una presa in giro del popolo e della Costituzione. Questa tesi ipocrita non regge in modo assoluto, perché tutti gli atti giuridici, nessuno escluso, devono avere un valore che non può essere che sostanziale. Scartata questa idea, il problema resta aperto in tutta la sua difficoltà. Quando un'abrogazione è sostanziale? L'uomo della strada risponderebbe che essa può aversi solo quando sussista una assoluta incompatibilità fra

le due leggi e l'incompatibilità non può avere altra formulazione che questa: divorzio e no. Ma l'uomo della strada non è esercitato alle schermaglie curiali ed ecco che è sorta l'idea che basti modificare qualche disposizione marginale (es. quella sulle attribuzioni patrimoniali o della prole) per aversi abrogazione, cioè per abrogare il divorzio senza abrogarlo.

Lo schema proposto dai cosiddetti laici che i giornali hanno pubblicato, ha seguito questa via. Quale via, sotto il segno del « pro bono pacis » seguirà la Democrazia cristiana? Ancora non è dato saperlo e perciò non crediamo sia il caso di considerare nel merito per il momento lo schema che ci sta davanti. Attendiamo. L'augurio è che se il referendum deve a tutti costi, e per arcane ragioni che a noi sfuggono, essere evitato, i proponenti la nuova legge e il Parlamento che dovrà approvarla, abbiano presente, per il buon nome del Paese, la grande formula dei padri gesuiti: « Servata tamen pudicitia ».

(28 novembre 1971)

[213]

I COMPITI DEL PRESIDENTE

Questa volta, se le cose non si intorbidano all'ultimo minuto, coloro che, di diritto e di fatto, dispongono della nostra vita politica, sembrano aver messo giudizio. Dopodomani si comincerà a votare per l'elezione del Presidente della Repubblica, e tutti appaiono preoccupati di assicurare che il nuovo Capo dello Stato non sia frutto di gelosie e di compromessi. Mai come oggi c'è stata sul tappeto tanta materia di mercato: basti pensare al divorzio e al referendum da un lato, dall'altro al seggio del giudice costituzionale. Eppure, mai c'è stata tanta premura, da parte di tutti i partiti, di mettere le mani avanti, e di far professione di buone intenzioni su uno sfondo nostalgico di purezza.

Che dobbiamo dire? Rallegrarcene, certamente, anche da un punto di vista estetico. Ma vorremmo, nella speranza o nell'illusione, che l'atteggiamento dei politici fosse il segno di un progressivo acquisto di conoscenza del rilievo che il Presidente della Repubblica ha e deve avere nella Costituzione, e più ancora nella concreta esperienza della nostra vita associata.

Non si esagera se si afferma che il referendum e il Presidente sono tra le più concrete espressioni della nostra democrazia. Ma se per il referendum ciò è evidente e perfino intuitivo, meno chiaro può sembrare per il Presidente, a chi legga gli articoli della Costituzione che lo riguardano, e che sembrano ispirati piuttosto a una delimitazione di poteri che a una attribuzione. I trattatisti di diritto costituzionale, nell'analizzare i precetti di legge, sembrano congiurare per rendere sempre più evanescente la sua figura, per ridurla a una brava persona che si rallegra o si duole quando eventi lieti o funesti toccano la vita della patria.

Noi non crediamo che sia così, e pensiamo che ancora una volta i giuristi, prigionieri dei loro schemi, non abbiano colto la realtà delle cose. Già bisogna cominciare col dire, su un piano storico, che la riduzione del Presidente a una vuota forma, è irrazionale. La storia rigetta, spesso in malo modo, le cose inutili: dunque, se così recenti legislatori l'hanno conservato, è segno che il Presidente ha

una sua precisa funzione. Proprio per questo noi siamo portati a ritenere che l'espressione usata dalla Costituzione « Il Presidente è il Capo dello Stato e rappresenta l'unità nazionale » non sia una enfatica formula, da iscrivere su un timpano così alto che nessuno la legga, ma una profonda realtà. Per comprenderla bisogna rappresentarsi il quadro della democrazia, non nella sua astrazione, ma nella sua quotidiana concretezza: che è non santificata dall'unione, ma travagliata dalle lacerazioni. Il bene e il male della democrazia è tutto qui: che essa, come Cristo, porta sulla terra la divisione. La democrazia sono due parti che si affrontano, in un autentico processo, per il trionfo del diritto, o meglio perché il diritto sia in un certo modo: e si affrontano chiuse nelle maglie di delicate e pur potenti strutture che, proprio in quanto accettano di essere nella Costituzione, convengono di rispettare. A denti stretti, come fanno i *boxeurs*, ma lo convengono.

Di fronte a questa divisione democratica, e in funzione di essa, c'è qualcuno che sta agli antipodi, perché rappresenta l'unità. La non meno democratica unità (che non è poi se non quella stessa legge che deve essere rispettata nella lotta) è un valore immenso che né i partiti né gli uomini di parte possono salvaguardare, per la contraddizione che non lo consente. Solo un uomo che neghi in sé (nel suo spirito) i partiti e la parte, può provvedere a questa suprema esigenza. Si spiegano per questo le tendenze che costantemente affiorano a mutare il sistema di nomina del Presidente, attribuendola direttamente al popolo: così come per converso si spiega o si capisce il tentativo di ogni partito di volere al posto supremo un uomo proprio, o che non sia almeno un uomo d'altri, e i compromessi che ne scaturiscono. Questo conflitto è in fondo il riconoscimento della « realtà » del Presidente, il quale, al di là delle formule testuali, ha poteri tanto più vasti quanto più sono indefiniti e, bisogna aggiungere, tanto più incidenti nella vita democratica del Paese quanto più forte è la personalità dell'uomo chiamato a rivestire la carica.

I passati Presidenti hanno moderatamente fatto sentire la loro presenza (ricordiamo i famosi messaggi di Einaudi) senza travalicare nella Repubblica presidenziale. Ma più da fare avrà il nuovo, perché non c'è dubbio che la lotta dei politici si manifesta sempre più insofferente delle regole democratiche. Peggio, questa insofferenza si è trasferita nei giudici, come dimostrano anche gli ultimi avvenimenti della Procura di Milano, nella quale la posizione del giudice è ormai ridotta a schermo di attività politica. A questo proposito, non si può dimenticare l'altro aspetto del Presidente, che è quello di essere an-

che presidente del Consiglio superiore della magistratura. Anche questa funzione non è stata, a nostro avviso, ben individuata: perché non si tratta evidentemente di un qualunque presidente di un qualunque collegio, che può essere messo eventualmente in minoranza da un giudice di tribunale, ma sempre di un Capo di Stato che regge e sorregge la democrazia in quella sua vitale manifestazione che è la giustizia. Perciò egli è, anche in seno a quel collegio, custode dell'unità nazionale e non può consentire che la giustizia venga deviata dal suo corso per seguire fini contrari alle strutture democratiche.

Bismarck disse: « L'uomo di Stato non può che tendere l'orecchio, ascoltare il passo del Signore attraverso la storia universale ». Non si potrebbero esprimere meglio i compiti del Presidente e il voto che accompagna l'attesa trepidante del popolo italiano.

(7 dicembre 1971)

L'UOMO GIUSTO AL POSTO GIUSTO

I giornali stranieri di questi giorni si mostrano poco teneri verso l'Italia per lo spettacolo che ha offerto nella scelta del suo Presidente: non più tardi di giovedì, la Televisione inglese, con apparente obbiettività e impassibilità, ha rappresentato la serie dei ventuno scrutini in uno sfondo di teatro dei pupi, nel quale, al suono di mandolini, si alternavano i candidati, con un'allusione alle marionette che non poteva essere più chiara. Nemmeno si può nascondere, restando nel nostro Paese, che molti italiani hanno sofferto dello spettacolo dato dai nostri rappresentanti al Parlamento, e non pochi hanno pensato che la democrazia è un'idea superata, o quanto meno non connaturale al nostro popolo.

Sarebbe inopportuno e forse impossibile difendere nel merito, come si dice in gergo curiale, l'andamento dell'elezione. L'irrazionale antagonismo fra due partiti al Governo, le schede bianche, i franchi tiratori, il braccio di ferro prolungato oltre ogni limite di sopportazione, per non parlare dell'ennesima manifestazione del prepotere dei partiti, sono fatti negativi che non possono trovare giustificazione. I giornali stranieri (e noi stessi nel nostro intimo) dimenticano però una cosa fondamentale: che la critica giusta e severa è in funzione di una democrazia in atto, di una civiltà democratica raggiunta e consolidata dal tempo.

Dall'alto di questo pulpito si può guardare con pena o addirittura con pietà alle vicende che abbiamo vissuto. Ma non è di là che si deve guardare. La democrazia, prima di essere una pacifica conquista, è una durissima battaglia: una battaglia, si può dire paradossalmente, tra non democratici che lottano fra di loro per diventarlo, e lottando sembrano dar luogo a quella che, con termine carducciano, può veramente apparire una mischia oscena. L'Italia, si può rispondere agli stranieri, non è « ancora » un Paese democratico, ma vuole diventarlo, e lo vuole in condizioni estremamente difficili, con un esercito di comunisti che tentano di risospingerlo nelle tenebre della servitù.

Dunque, niente burattini e niente scherni, ma rispetto per chi

soffre, di una sofferenza le cui cause è meglio per gli stessi stranieri non ricercare. Quel senatore Fada che nella notte precedente al penultimo scrutinio è stato mortalmente colpito da un infarto, può essere eretto a simbolo della nostra durissima condizione.

Ma più che con le parole, la risposta alle frettolose ironie è stata data dal risultato al quale hanno condotto le certo non edificanti schermaglie di queste due settimane. Il nuovo Presidente è stato eletto con lieve maggioranza, ma che è da preferire alle votazioni totalitarie, nella persona di Giovanni Leone. Altri valuterà i rapporti di forze politiche che hanno portato a questa nomina, altri dirà dei riflessi che essa potrà avere nella lotta democratica che continua. A me sia concesso dire come e perché si debba ritenere che dal caos apparente sia emerso l'uomo di cui la democrazia in questi critici momenti aveva bisogno, come sia stato messo *the right man in the right place*, secondo il motto dei democratici inglesi. E mi sia, a tal fine, titolo di legittimazione la lunghissima colleganza che ho avuto con Leone, l'averlo seguito nella sua ascesa restando « vergin di servo encomio », come egli mi può attestare.

Per intendere la verità della mia affermazione, bisognerebbe premettere un discorso sulla posizione che è fatta al Presidente della Repubblica, nella Costituzione italiana. Non occorre un discorso tecnico, da costituzionalisti: basta ricordare che egli rappresenta la unità nazionale (art. 87). Ricordarlo, e credere in questa formula, che può essere una retorica indicazione, ma può essere una realtà, la più grande realtà di una nazione che l'unità forse più certa di quanto non abbia raggiunto.

Ora Giovanni Leone, a mio giudizio, dà il massimo affidamento di avere fede in questa realtà, e lo dà non con le parole, ma con gli atti, con tutto il suo presente e il suo passato. Egli, per cominciare, è un giurista. Mai, come nella oscura notte di questi tempi il diritto è stato la stella luccicante dell'antico motto. Offeso, vilipeso, negato da chi più doveva rispettarlo, ridotto da molti giudici e politici all'arbitrio del singolo, esso continua a reggere la nostra vita: e questo solo un giurista può sentirlo e praticarlo. Leone, per le opere che ha scritto, dimostra di essere anche sotto questo aspetto un vero giurista: e se si pensa che tra i compiti che l'attendono c'è quello di rappresentare l'unità del Consiglio superiore della magistratura, di cui è presidente, ben si capisce quanto giusta sia stata la scelta.

Ma Leone non è solo un giurista, cioè un uomo di libri, come molti intendono questa parola: è un avvocato, tra i primi d'Italia, quindi un uomo adusato alle civili battaglie. Non bisogna illudersi:

l'unità nazionale non si rappresenta assumendo pose più o meno statuarie. In un Paese discorde, che cerca di farsi la sua democrazia, il Presidente deriva certo il suo prestigio e i suoi poteri dall'essere sopra la mischia, ma ciò non vuol dire che sia estraneo o indifferente. Egli deve lottare perché la tesi e l'antitesi si compongano nella sintesi. È quel che accade in ogni processo, e quindi nel processo della democrazia. L'esperienza che Leone ha, da buon napoletano, quasi innata dell'agone giudiziario, gli farà trovare la giusta e comune via, senza pericolo di degenerazioni: e del resto di ciò egli ha già dato prova nella lunga presidenza della Camera, che egli tenne anche tra i marosi col rispetto di tutti.

La provenienza da una professione, cioè da un lavoro fino a ieri nobilmente esercitato, è a nostro avviso un altro pegno della bontà della scelta. Non c'è dubbio che il senso della responsabilità e della libertà si acquista meglio nella partecipazione alla concretezza della vita che nell'astrattezza della politica, e i più sicuri reggitori della cosa pubblica, da Cincinnato in poi, sono stati quelli che hanno dietro di sé e davanti a sé (poiché gli offici sono temporanei) un mestiere.

Ma vi è nella vita di Leone un'altra nota, ed è forse quella che dà la migliore certezza dell'avvenire. Tutti ricordano come quest'uomo, per ben due volte, quando per le discordie interne l'Italia pareva veramente una nave senza nocchiero, non esitò ad assumere l'impegno di formare il Governo, rinunziando al lustro, al prestigio, e perché no?, agli agi della presidenza della Camera. Era, come infatti fu, un invito a bruciarsi. Ma le crisi angosciose vennero per suo merito superate.

Non sappiamo se di questa capacità di sacrificio abbiano tenuto conto i grandi elettori della vigilia di Natale. Gli italiani sì; e per questo mi è capitato di sentire molta gente del popolo esclamare, all'annuncio della fumata bianca: « Abbiamo vinto ». Era il miglior saluto che il nuovo Presidente potesse ricevere.

(27 dicembre 1971)

[219]

PUNTI FERMI

La cerimonia dell'insediamento ufficiale del Presidente della Repubblica è stata più che solenne, regale. Non si pensi a un bisticcio, a un'espressione ironica che sarebbe oltre a tutto di pessimo gusto. Gli italiani hanno dimostrato di intendere una cosa fondamentale per la loro esistenza: e cioè che il Presidente da essi eletto e il monarca inviato da Dio si distinguono e si oppongono per mille cose nel diritto positivo e nei libri scolastici, ma costituiscono un'unità nella storia, cioè assolvono storicamente all'ufficio di rappresentarli nella loro unità. Bene perciò è stato fatto tuonare il cannone sotto il cielo grigio di Roma, bene sono stati fatti sfilare gli equipaggi, bene è stata fatta varcare al sig. Giovanni Leone, tra la riverenza delle massime cariche dello Stato, la soglia del Quirinale, che fu dimora augusta di Re e di Pontefici. E poiché la gioia degli italiani si è comunicata a noi, diciamo che anche Dio ha manifestato il suo consenso, perché ha bagnato la cerimonia con la sua pioggia, segno di benedizione e di auspicio nelle credenze del popolo.

Tra le salve dei cannoni che si dissolvono nell'aria, tra il fasto che si perde nella memoria, il nuovo Presidente ha prestato il suo giuramento, e ha detto la sua parola: la prima, che non è, né può essere, caduca. Non siamo stati presenti a Montecitorio, ma dal profondo silenzio e dall'unanime applauso si è capita subito una cosa: che il processo, per molti versi non laudabile sul piano democratico, che ha portato all'elezione, è passato in seconda linea, anzi si è totalmente annullato nell'eco di quella parola. La misera contabilità dei voti e delle schede bianche hanno ceduto di fronte alla voce di Leone, alla quale l'accento partenopeo sembrava dare il crisma della naturalezza, e quindi della verità.

Il discorso del Presidente, non è, a considerarlo superficialmente, diverso da quello dei suoi predecessori, né poteva esserlo. Il suo particolare valore gli viene da due fattori. Uno è il momento storico nel quale si inizia la sua magistratura. Con devozione sincera egli ha salutato le forze molteplici che concorrono a tessere la trama della nostra vita associata: ma certo non potevano non essere presenti al

suo spirito le discordie che la travagliano, gli antagonismi spesso feroci, gli individualismi per non dire gli egoismi che ne minano l'opera. L'accento posto sull'unità della nazione riceve un altro senso ed un altro significato da questa consapevolezza e ci dà la certezza che, nel rispetto della legge, la sua figura non sarà meramente rappresentativa né egli si limiterà a guardare dal suo Olimpo i nostri contrasti.

Con lo stesso spirito va inteso l'accenno pur devotissimo alla Chiesa. Come si sa, una delle alternative che i politici ponevano nell'elezione, era quella tra un presidente cattolico e un presidente laico. Con le sue serene parole ci sembra che Leone abbia dimostrato la falsità di questo contrasto. Essere laico (abbiamo scritto altra volta) non significa non credere in Dio e neppure nel Dio rivelato: significa ricordare e credere fermamente che l'asse tra l'uomo e Dio passa per la Terra. Pensiamo di non sbagliare ritenendo che questo concetto, che supera il gretto anticlericalismo di stampo ottocentesco, è stato accolto dal Presidente e sarà esso che ispirerà la sua azione nelle aspre contese che dividono gli italiani in questo campo.

L'altro fattore che avvalora il discorso, riguarda le sue ripetute affermazioni di lealtà costituzionale. Anche qui saremmo nel generico. Ma gli italiani sanno che le maggiori dissonanze, per non dire i maggiori odi, sono sorti appunto nel nome della Costituzione, di cui molti estremisti, nella teoria e purtroppo nella pratica, hanno spesso alterato il senso, vedendo in essa non il documento (la « magna charta » appunto) della conquistata libertà, ma un programma astratto da concretare col proprio arbitrio sulla base della distinzione tra cittadini. È quella che alcuni dottrinari hanno qualificato col nome contraddittorio di Costituzione strumentale. Il giurista che oggi è stato assunto alla Presidenza non ignora il male che questa stortura ha portato al Paese, soprattutto con la pretesa legalizzazione del diritto libero. Perciò non vi è dubbio che a questa suprema esigenza di legalità ha pensato Leone, quando ha serenamente detto: « È alla carta fondamentale della Repubblica che il Presidente, come le altre istituzioni, chiederà la risposta ai grandi interrogativi, alle diffuse preoccupazioni ed incertezze che si colgono nella società italiana ».

Come italiani, noi speriamo che la concordia manifestata dai parlamentari sulle parole del Presidente non sia un fatto emotivo, ma sia l'espressione di una ferma volontà di unione, di mirare combattendo, sia pure per diverse vie, ad un unico fine. Il problema dell'unità nazionale è tutto qui. E mi sia concesso a questo proposito

ricordare la mirabile chiusa del discorso di Giosuè Carducci per la morte di Giuseppe Garibaldi: « Nei tempi omerici della Grecia intorno ai roghi degli eroi si aggiravano i compagni d'arme e di patria gettando alle fiamme quelle cose che ciascuno aveva più care... Io non chieggo tanto agli italiani: io voglio che i partiti vivano perché sono la ragione della libertà. Ma vorrei che i partiti gittassero intorno alla pira non le cose loro più care, ma tutto quello che hanno più tristo ».

L'augurio, nei dolorosi e nei fausti eventi della nostra storia, è sempre lo stesso.

(30 dicembre 1971)

I DELITTI IN AUMENTO

L'aumento della criminalità è stato denunciato in tutte le relazioni dei procuratori generali: e questo non è purtroppo che una conferma di quello che come privati cittadini sappiamo, per quotidiana esperienza. Il fatto è sotto tutti i profili gravissimo, anche perché contrasta con le nostre tradizioni morali, col carattere individuale e marginale che il delitto in Italia ha sempre avuto. Occorre soffermarsi e considerare le cause di questo fenomeno, per poterne senza abbandonarsi a inutili pessimismi profilare i rimedi. Ma per far questo è anche necessario essere sinceri, liberarsi da pericolose guide ideologiche, infine essere animati soltanto da spirito di verità.

Una delle prime cose che dobbiamo riconoscere (forse la prima) è che la criminalità non è solo in aumento: l'aumento è anzi l'indice di un profondo mutamento della sua natura. Se guardiamo al passato, noi troviamo nei libri, siano essi romanzi o trattati di criminologia, la delinquenza accoppiata sempre alla povertà: Jean Valjean è il modello del criminale in perpetua lotta con la giustizia. Che questo potesse avere un fondamento nella realtà, è da ammettere senz'altro. Oggi bisogna riconoscere che la criminalità non può essere guardata con spirito romantico, e non esiste Jean Valjean come non esiste, nel campo opposto, un giudice Magnaud. Chi delinque oggi generalmente non è affatto povero: è da solo, o in rapporto alla organizzazione di cui fa parte, ricco, e non ruba o uccide per bisogno, ma per disporre di larghi mezzi che col lavoro non si possono procurare. C'è tra il delinquente isolato di ieri e quello organizzato di oggi la stessa differenza che c'è tra il contrabbandiere con la bricolla e l'armatore della nave che sfida sui mari la finanza.

Di questo dato positivo bisogna rendersi ragione. E non si può negare che una prima fondamentale ragione va ricercata nelle trasformazioni che ha sentito la società. Il delitto è sempre un fatto individuale, ma è inserito nella società in cui si determina. L'aumento di ricchezza generale e l'accresciuto tenore di vita spingono paradossalmente al delitto: per imitazione, per rivalità, per deside-

rio di godimento. Sono cose ben note sulle quali non c'è bisogno di soffermarsi.

Ma l'inserimento sociale del delitto deve essere visto sotto un aspetto più grave, ed è quello morale. Non si può infatti dubitare che nella cosiddetta società del benessere, quando il benessere è spinto oltre un certo limite, i freni morali si allentano. Posto il fine, i mezzi non contano più. Si arriva così a una « dissacrazione » del delitto, che si manifesta nella protervia con la quale viene consumato, e sopra tutto (rovesciando Dostojewskij) nella pretesa di un delitto senza castigo.

Di fronte a questa confessione, che dobbiamo fare, se vogliamo capire il fenomeno? Quale deve essere il nostro atteggiamento?

È chiaro che la logica porterebbe ad agire sulla società, ed entro certi limiti questo è possibile. Ma si tratta di lente trasformazioni. L'azione immediata va naturalmente portata sul delinquente, perché, come ho detto, il delitto è sempre un fatto particolare (non tutti i membri della società delinquono). Questa azione, che è la tradizionale persecuzione giudiziaria, risente purtroppo anch'essa delle condizioni generali sociali, che peraltro sono più agevolmente governabili, tenendo presente che l'indebolimento di tale azione è un altro più specifico e diretto fattore di aumento della delinquenza.

Enunciamo le cause che hanno prodotto questo indebolimento. Esse sono essenzialmente due:

La prima è la deformazione dei rapporti tra delinquente e società. Questi rapporti, per effetto di malintesi principi politici e costituzionali, sono stati fissati su una specie di antagonismo legale tra delinquente e società. Si è cioè astrattizzata la figura del delinquente, e si è vista in esso una non meno astratta personalità umana, rivestita di un fascio di diritti che limitano oltre ogni ragionevolezza l'opera degli organi di inquisizione e di giudizio. Oggi è noto che la polizia è spesso esautorata: ma lo sono anche i giudici, impediti da selve di nullità, guardati con diffidenza, assoggettati continuamente a plateali censure. Bisogna riconoscere che il livello dei giudici si è abbassato, e non è facile rialzarlo. Opportuni rimedi, che la nostra Costituzione consente per rendere più efficiente la giustizia, possono essere facilmente escogitati. In definitiva si tratta di interpretare la Costituzione con un po' di buon senso o di senso della realtà, e questo oggi è al legislatore possibile, in pieno accordo con la Corte costituzionale.

La seconda causa è la politicizzazione di certi giudici, che consiste essenzialmente nel contestare la legge, e quindi non applicarla.

Questo fenomeno, largamente noto, non è sporadico (anche se la maggioranza dei giudici si mantiene nella tradizione) né si limita ai delitti cosidetti politici. Per meglio dire, quando un giudice si è messo su un certo piano, tutto per lui diventa politico, perché è la società intera che egli viene a contestare. Si è letto su un giornale che un certo giudice giustificava gli assalti alle banche dicendo che si trattava di soldi dei ricchi. Non c'è dubbio che questo fenomeno è uno dei fattori della delinquenza in aumento, perché nulla favorisce il crimine più della disorganizzazione della giustizia.

C'è un rimedio a questa situazione? Ritengo di sì, perché i giudici che così dovessero operare sarebbero illegittimi, cesserebbero di essere giudici nel momento stesso in cui non applicano la legge. Il Consiglio superiore della magistratura qui potrebbe fare molto, pur avendo anch'esso sofferto fino ad oggi di interferenze politiche.

Sarà bene prevenire una obbiezione, e cioè che non si può vietare ai giudici di partecipare alla vita politica. L'obbiezione è falsa, e si potrebbe rispondere che la parola « politica » deve essere intesa nel senso della politica che riconosce e rispetta lo Stato. Questa politica i giudici hanno sempre fatto, ed è naturale che facciano. La politica che non possono fare è quella che programmaticamente vuole sovvertire con violenza lo Stato. Questa politica, se così si vuol chiamarla (ma non merita neppure tal nome) è quella che certi giudici praticano, mettendosi contradittoriamente fuori della società e continuando a operare dentro di essa.

(4 gennaio 1972)

[225]

QUALCOSA DI NUOVO

Non è stato un caso (o, se si tratta di caso, bisogna riconoscere che il caso ha molti punti di contatto con la provvidenza) che il primo atto solenne della presidenza di Leone sia stata la sua partecipazione all'inaugurazione dell'anno giudiziario. Atto gravido di significato, bisogna subito aggiungere, per chi ricorda le contestazioni degli anni scorsi, culminate spesso in carnevalesche controinaugurazioni, e peggio ancora i tremebondi e addirittura illegittimi atteggiamenti del Consiglio superiore della magistratura di fronte a un rito che tutto il mondo mantiene, a cominciare dalla democratica Inghilterra. Tutto, quest'anno, a Roma si è svolto nel più religioso silenzio: e anche questo, è lecito pensare, si deve alla presenza di Leone, del quale i contestatori non potevano dimenticare che proviene dal libero esercizio della professione, ed è giunto quindi alla suprema carica con una diretta esperienza dei problemi della giustizia. La sua partecipazione è stata un atto di fede, quindi di ottimismo, che si è trasfuso in noi, da lungo tempo disabituati e quasi senza speranze.

E si è trasfuso — non crediamo con questo di mancargli di rispetto — anche nell'oratore ufficiale, che era il presidente Guarnera. Con fermezza serena egli ha messo il dito sulle piaghe della nostra giustizia: che sono molte e varie, ma in definitiva hanno una sola radice, ed è il rifiuto della legalità. Questo concetto è difficile da definire sul piano teorico, ma nella pratica, o meglio nella vita concreta, la legalità è, per usare una parola di moda, l'ideologia dello Stato moderno, il quale non pone agli individui un fine che sia esterno ad essi, ma chiede soltanto che gli individui, se vogliono perseguire un loro fine, fosse anche quello di conquistare lo stesso Stato, debbono osservare certe forme, politiche, amministrative, giudiziarie. Questo è quel che distingue lo Stato moderno dallo Stato assoluto: il quale ha un suo fine da raggiungere, e quindi non riconosce libertà se non in quanto sia adesione a quel fine, non essendo disposto a lasciarsi conquistare in nessun modo. Purtroppo bisogna riconoscere, anche se sembri paradossale, che lo Stato moderno, con la sua legalità (in definitiva di carattere procedurale) è il meno accetto agli individui, che pure

trovano in esso il massimo possibile di libertà, perché c'è negli individui una vocazione verso l'assoluto, quindi una impazienza e una intolleranza delle forme, che si traduce nella imposizione agli altri della propria volontà.

Metternich racconta nelle sue memorie che Napoleone un giorno gli aveva detto: « Il sistema rappresentativo non è fatto per gli italiani. Essi non lo comprenderanno mai ». Io non credo che questo sia un nostro triste privilegio: penso che il fenomeno sia universale. Certo la presente situazione, in tutti i campi, sembra dar ragione a Napoleone, tale è il disordine che regimi, guerre, sconfitte sono venuti creando nel nostro Paese.

Il rifiuto della legalità è dichiarato in quei gruppi che non per nulla si chiamano extraparlamentari, ed assume aspetti clamorosi, e persino ridicoli, nel campo della scuola, come in quel liceo di Roma dove quattro ragazzi sono riusciti a cacciar fuori i professori, o nel triste mondo delle prigioni dove i carcerati si agitano perché vogliono un delitto senza castigo. Ma il vero e autentico rifiuto non è da attribuirsi a queste piccole o grandi ribellioni, che in fondo hanno carattere episodico, per quanto doloroso; esso è da imputare invece a chi queste cose consente e legittima, ai custodi cioè non ai custoditi, a coloro che per interesse, per impotenza o anche per convinzione (il motivo non importa) ispirano la loro azione che non dovrebbe conoscere altra ideologia che quella dello Stato e del diritto, a un'ideologia opposta e personale, e si fan ribelli coi ribelli. Di costoro ce n'è in ogni campo, compreso quello legislativo (basti pensare al progetto della nuova disciplina del processo del lavoro, che è tutta ispirata a un sorpassato concetto classista) e quello costituzionale (basti ricordare tante sentenze della Corte che hanno alterato l'equilibrio di forze su cui si basa la legalità democratica); ma il campo dove il rifiuto della legalità è stato più tragico, perché meno concepibile, è quello in cui la custodia della legalità è istituzionale, cioè il campo della giustizia.

Ci sembra inutile ripetere le manifestazioni che ha avuto questo rifiuto da parte di alcuni giudici (alcuni, ma bastano pochi a creare la dissoluzione): troppo se ne è parlato. La più nota è quella della libera creazione della legge, che nel concreto equivale alla instaurazione di una giustizia politica, da parte di certi magistrati che felicemente sono stati battezzati col nome di « pretorini d'assalto ». Ora, quel che interessa è questo: che per la prima volta nella sala del Campidoglio sostitutiva dell'aula magna della Cassazione, alla presenza del Capo dello Stato, un procuratore generale insospettato e insospettabile ha difeso la legalità, ha difeso lo Stato di fronte a questi facili rivolu-

zionari che operano sotto la protezione delle leggi che ad ogni momento rinnegano. Lo ha fatto con parole nelle quali ci è addirittura sembrato di sentire l'eco dei pensieri tante volte espressi in questo giornale: ma forse la comunanza di idee dipende dalla loro semplicità e quasi banalità, perché in fondo si tratta sempre dell'*honeste vivere* consacrato dalla saggezza romana. Ciò che conta è che la denuncia sia stata fatta, e fatta davanti a una persona che dalla carta costituzionale è chiamata a rappresentare l'unità nazionale. Perché di questo in definitiva si tratta: di salvare l'unità nazionale restaurando la legalità che ne costituisce il maggiore, anzi il solo presidio.

Noi dobbiamo registrare con gioia questo in sé piccolo avvenimento. La giustizia italiana soffre di molti mali, che solo l'educazione, il costume, la scuola potranno scoprire e sanare. Uno degli ostacoli maggiori a questo rinnovamento è il rifiuto della legalità, cioè l'egoistico arbitrio, da parte di certi giudici. Non sarà facile, data la confusione che regna, distruggere questo ostacolo. Ma tutto sta cominciare, e ci sembra che con questo rito giudiziario, qualcosa sia cominciato.

(11 gennaio 1972)

LA SENTENZA SUL REFERENDUM

In una intervista, concessa dopo la sua nomina, fu chiesto al presidente Chiarelli con quale animo la Corte si disponesse a emettere il suo giudizio sul referendum; ed egli rispose: voi credete che qui (nel palazzo della Consulta) si facciano delle grandi litigate; invece tutto si svolge sulla base di sereni ragionamenti. Risposta di un saggio, quale è, per chi lo conosce, il nuovo presidente; ma risposta anche di carattere programmatico, cioè riaffermazione in modo elegante della funzione di giustizia alla quale la Corte è e deve restare, resistendo a ogni tentazione, saldamente ancorata.

La sentenza che la Corte ha pronunciato sulla ammissibilità del referendum abrogativo della legge sul divorzio sembra una dimostrazione pratica di questo modo di operare del nostro massimo consesso. Tutti sanno i marosi tra i quali si è incamminata e tuttora procede la fragile barchetta del referendum: Eolo non ebbe in custodia tanti venti quanti si sprigionarono dai rigonfi petti del divorzisti per arrestare e possibilmente capovolgere la barca. Superato lo scoglio praticamente formale del controllo delle sottoscrizioni da parte della Cassazione, fu preso di mira il secondo scoglio, quello della Corte costituzionale, nell'aspettativa che pareva legittima di trascinare la Corte stessa nell'agone politico, cioè di trasformare il suo giudizio in una valutazione di convenienza o di opportunità. Vi era di ciò la giustificazione in una certa ambiguità che, per la sua stessa origine, aveva fino a ieri circondato l'istituto, e diciamo pure il ricordo così vicino dell'ultima sentenza emanata sotto la presidenza Branca.

Invece, ecco che la Corte chiude il discorso con quattro righe, tante quante erano necessarie, non una di più, non una di meno. Essa cioè, dopo aver rifiutato l'intervento della Lid perché escluso dalla norma, ha detto che il suo compito era limitato a riscontrare se la materia regolata dalla legge di cui si chiede l'abrogazione fosse tra quelle vietate dalla Costituzione; quindi, visto l'art. 75 della Costituzione medesima che fa divieto di sottoporre a referendum le leggi tributarie, di amnistia e di ratifica di trattati internazionali; considerato che la

disciplina del matrimonio non rientra fra queste leggi; « per questi motivi » ha dichiarato ammissibile la richiesta.

« Per questi motivi » (che si abbrevia di solito in Pqm, sigla usata singolarmente, come si sa, anche nelle lapidi funerarie, per dire « pose questo marmo ») è una formula che simboleggia e riassume nelle sentenze tutto il processo di concretamento del diritto, dal più modesto pretore alla Cassazione, e ora alla Corte Costituzionale. Nel nostro caso, essa ha un valore che trascende la quotidiana routine della giustizia: un valore filosofico, vorremmo dire, perché esso esprime che in un paese civile la incomposta politica si rivolge a un certo punto nella augusta banalità del diritto. Io non so, dopo tanti anni di esperienza giuridica e non solo giuridica, se la nostra patria abbia la vocazione del diritto, di cui si dice che fu madre: certo è che gli uomini di parte (di ogni parte) sono rimasti stupefatti di fronte alla linearità della corte, a « questi motivi » che hanno ridotto al loro nulla le ire funeste. Uno dei massimi nostri quotidiani ha parlato di « giudizio limitato »: ma sempre è limitato il giudizio, che, parafrasando Dante, si può dire che tolga dalle vicende umane il troppo e il vano. La forza del diritto è nella sua semplicità, e penso sempre a Balzac, che era un lettore entusiasta del codice civile e diceva che ogni articolo costituiva un modello di stile per i letterati, sebbene nella sua immensa opera temo non facesse pieno tesoro della giusta osservazione.

E ora, ora che, per la bocca del medesimo giudice, noi sappiamo quale è la realtà nella già travagliata materia, continua a serpeggiare nella scena politica il conflitto sul referendum. Altro che serpeggiare: si arriva, secondo quel che si legge, a condizionare al farsi o non farsi del referendum, addirittura la formazione di un governo. Noi non ci chiediamo, come molti, come tutti gli italiani si chiedono, se davvero in un Paese in cui non mancano i problemi seri, la politica si debba polarizzare su questa diatriba, che seria non è, come dimostra lo scarso successo pratico che la legge contestata ha avuto. Ricordiamo, con Terenzio, che siamo uomini e nulla di umano riteniamo a noi estraneo: perciò comprendiamo le delusioni, lo spirito di rivincita, e guardiamo con interesse alle escogitazioni che si fanno per evitare il referendum, elevato niente di meno che a una lotta di religione. Sembra che si cerchi di varare una legge abrogativa all'italiana, cioè che uccida il divorzio lasciandolo in vita, e un esercito di persone di buona fede aguzza l'ingegno per trovare il bandolo del rompicapo. Altri pensa a una futura impugnazione in sede costituzionale della legge sul referendum. Tutto può far difetto agli italiani fuor che la fantasia del cavillo, trasmessaci da Bisanzio. Sarebbe un fuor d'opera pronunciarsi nell'uno o

nell'altro senso. Bisogna invece comprendere serenamente la lotta politica, accettarla anche quando ci appaia irrazionale, e seguirne le vicende, che poi concorrono a fare la storia. Ma allo stesso modo i politici che si azzuffano devono rendersi conto che sulle loro passioni si libra il diritto, e, come dimostra la sentenza della Corte, l'ultima parola spetta alla giustizia, che passioni non conosce. Naturalmente, in un paese civile.

(30 gennaio 1972)

[231]

IL TERRORE DELLO STATO

Tra le vittime della carneficina di Stalin ci fu un poeta che gli italiani dovrebbero ricordare con gratitudine: un russo di religione ebraica che si chiamava Osip Mandelstam. Questo sventurato scrittore ebbe altissimi meriti, che gli assicurarono un posto nella letteratura russa e mondiale: a noi è particolarmente caro perché capì profondamente la « Divina Commedia » e lasciò un « Discorso su Dante » che pochissimi italiani, tra i pochi che ancora studiano Dante, saprebbero scrivere. Nel mandarlo a cuor tranquillo sul rogo, Giuseppe Stalin commise un piccolo errore: non ci mandò anche sua moglie.

Nadiezhda Iakovlevna Mandelstam era infatti una donna prodigiosa, che custodiva nella testa i ricordi e le opere del marito. Heine racconta di aver detto una volta a un doganiere che gli frugava le valigie: « Frugami nella testa se vuoi trovare del contrabbando ». Era forse una battuta di spirito: ma per Nadiezhda fu proprio così; e mai più raffinato contrabbando fu celato come nella testa di questa piccola donna, che gli anni e i decenni andavano lentamente incanutendo. Come è a tutti noto, la merce proibita ha di recente passato la grande frontiera sovietica, sotto forma di un *Samisdat* che prende il nome di « Ricordi » ed è stato tradotto anche in italiano col titolo « L'epoca e i lupi ».

Ma ben più cocente, amiamo pensare, sarebbe il rimorso di Stalin se potesse leggere un breve scritto che la piccola inesorabile vedova riesce oggi a far penetrare in Occidente. Si tratta semplicemente del suo testamento, che è anche il testamento del marito e di tutti gli spiriti liberi che vivono e muoiono in silenzio nella sempre santa Russia. L'ansia che le ha ispirato quest'atto di ultima volontà è la stessa che l'ha portata a fermare nella memoria i pensieri e i sentimenti del marito: ansia di conservare nel futuro e per il futuro la grande voce spenta così barbaramente dal mostro. La singolarità del fatto sta in questo: che esso ha un'origine prettamente giuridica. In uno degli atti di contrizione ricorrenti dopo la morte di Stalin, Mandelstam fu, come tanti altri, riabilitato, e alla vedova furono restituiti i diritti di eredità (praticamente i diritti sulle opere del marito) per quindici

anni. Il termine sta per scadere, ormai, e i diritti passeranno quindi per legge allo Stato, unico erede.

La successione dello Stato esiste anche da noi, per l'ipotesi in cui non vi siano parenti entro il sesto grado. È un istituto che non ha pratica applicazione, come è facile capire, data la possibilità di fare testamento. Ma evidentemente in Russia non è così, e la vedova di Mandelstam vede profilarsi il rischio che il suo patrimonio spirituale, le opere e i diritti sulle opere del marito tornino a quello Stato che ha impedito a suo marito di scrivere, e infine gli ha tolto la vita.

È indubbiamente la più paradossale delle situazioni: e questa vecchietta, che non sa una parola di diritto, si erge di fronte a questo pericolo con tutta la maestà della sua impotenza, e si rivolge a un misterioso Futuro (con l'F maiuscola) che nomina suo erede, e lo prega di eseguire la sua ultima volontà. « Chiedo al Futuro — ella scrive — di difendermi contro tali leggi e contro tale erede. Non sono i carcerieri che devono ereditare dal galeotto, ma quelli che sono stati inchiodati insieme a lui alla galera ».

« Non voglio sentir parlare delle leggi che lo Stato fa e revoca, applica o calpesta, sempre in funzione del suo bisogno e profitto, come ho avuto modo di convincermi dopo una vita intera passata nello Stato più legalitario del mondo ». Come in una esaltazione febbrile, Nadiehzda Mandelstam nomina una « commissione di giusti » alla quale affida il suo patrimonio morale, e dà ad essa questo comandamento: « Prego i membri della commissione a non scordarsi mai che in noi, nelle persone umane, esiste un valore autonomo, che non siamo noi a dover servire lo Stato, ma è lo Stato a dover servire noi, che la poesia parla agli uomini, alle loro anime, e lo Stato non c'entra per niente, tranne i casi in cui il poeta stesso gli indirizza un appello o un rimprovero ».

« Prego infine di non dimenticare che l'ucciso è sempre più forte dell'uccisore, che l'uomo semplice sta sempre al di sopra di chi lo vuol sottomettere ».

Un autentico terrore dello Stato promana da queste sublimi parole. È certamente lo Stato sovietico, totalitario (« il mostro assiro nella sua forma più pura ») che le ha ispirate alla vedova Mandelstam: ma esse si dirigono anche e soprattutto a noi, agli uomini dell'Occidente, che attraverso millenni di storia, cioè di sofferenze, siamo riusciti a dare al nostro vivere uno Stato che nella sua idea fondamentale compone in una mirabile armonia l'individuo e l'autorità, in cui non c'è un rapporto tra servitore e padrone, perché individuo e Stato sono ad un tempo e indissociabilmente, servitori e padroni l'uno dell'altro.

Uno Stato come questo, la eroica Nadiezhda non lo ha mai conosciuto, e forse nemmeno immaginato.

E di qui deriva il suo terrore. Ma è un terrore (ed ecco il valore universale del suo testamento) che si comunica a noi, perché lo Stato quale noi lo abbiamo concepito e costruito è una idea sì, e come tale eterna e inviolabile, ma non nega la storia, anzi vive perennemente immersa nella storia che noi facciamo, accettandone le continue contraddizioni, esponendosi, perché non può farne a meno, sotto pena di negare se stesso, alle forze che lo vogliono travolgere, vogliono farne uno Stato che si regge col terrore.

Il costante pericolo dello Stato liberale, o per dir meglio libero, è proprio questo: che si rompa, in nome di una qualunque ideologia, l'equilibrio instabile che lo caratterizza, e quasi lo definisce. Per ovviare a questo pericolo non vi sono armi che soccorrano: una sola cosa è necessaria, la fede, cioè che tutti noi, e in particolare tra noi quelli che hanno officio temporaneo di governo, crediamo nel nostro Stato. Non è una cosa facile, purtroppo, perché credere nello Stato significa credere in noi stessi. E sotto molti aspetti ci assale il dubbio amaro che questa fede abbiamo perduto, o vacilli.

Quando al mattimo apriamo il giornale e leggiamo che la scuola è diventata un campo di battaglia, che nel paese e nella stessa aula di giustizia si organizza una controgiustizia nel nome dell'anarchico Valpreda, quando la vita è quasi impunemente messa in forse da bande di armati, a parte (last not least) i sintomatici esibizionismi dei soliti intellettuali, noi siamo indotti in temenza, per usare una bella parola dantesca. Occorre un nulla perché lo Stato libero ceda allo Stato del terrore. E se questo malauguratamente dovesse avvenire, penso che il terrore dello Stato sarebbe ancora più grande che in Russia, e difficilmente una vedova Mandelstam (dato che ci fosse un Mandelstam) troverebbe dei giusti ai quali affidare la sua povera eredità.

(27 febbraio 1972)

[234]

IL CONTRATTO DI NON LAVORO

Quel pretore di Milano che ha ritenuto, come si ricorderà, illegittimo il licenziamento del garzone di un salumaio trovato a letto con la moglie di quest'ultimo, non sembra avere soste nella sua opera di creazione del diritto. E l'altro giorno, secondo quanto hanno riferito i giornali, ha superato se stesso nel risolvere una controversia di lavoro sorta in occasione di uno sciopero così detto a singhiozzo. Si trattava di una catena di montaggio: gli operai a monte avevano incrociato le braccia, così che tutta la catena restava ovviamente inutilizzata. Il datore di lavoro non aveva potuto far altro che mettere in cassa di integrazione gli operai a valle, che non ricevevano la materia su cui svolgere la loro opera, e restavano disoccupati. Si direbbe che non c'era altro da fare: ma alcuni di quegli operai si sono rivolti al pretore perché dichiarasse illegittimo il provvedimento, e fossero reintegrati nel salario anche se non avevano lavorato. E il pretore ha dato loro ragione, con una sentenza di carattere metafisico, di cui vale la pena di riprodurre la parte saliente della motivazione.

Dice il pretore (ed è la base del suo argomentare) che « il salario non è il corrispettivo di una certa quantità di lavoro effettivamente prestato ma il corrispettivo della privazione di libertà cui il titolare della forza lavoro è assoggettato per tutta la durata del rapporto. Basta dunque che il lavoratore abbia adempiuto alla sua obbligazione primaria di restare a disposizione dell'azienda ». Questa proposizione è integrata dalla filosofia della catena di montaggio, che non sarebbe « un feticcio alle cui esigenze la comunità di fabbrica debba inchinarsi rispettosa», ma « una tecnica di lavorazione la cui manchevolezza è sempre opportuno correggere con opportuni interventi integrativi o sostitutivi da parte del ' management ' ». Peggio per chi l'ha scelta, come a dire « ubi commoda ibi incommoda ». Ergo, il titolare della forza lavoro ha diritto alla percezione dell'intero salario, anche se non lavora.

Quest'idea del lavoro come privazione della libertà, sebbene il pretore non se ne sia reso conto, deriva direttamente dalla Bibbia. Tu lavorerai col sudore della tua fronte, disse il Padreterno all'uomo. È

cioè la concezione del lavoro come condanna. Di nuovo, e di insospettato crediamo anche per il Padreterno, il pretore milanese ci ha messo il corrispettivo dovuto per la privazione della libertà, che non è ovviamente nella logica della condanna: saremmo anzi molto curiosi, sempre sul piano della logica, di sapere come il pretore accorderebbe con la sua teoria la retribuzione del lavoro del carcerato, di colui cioè che già per altro titolo è stato privato della libertà. Ma forse la trovata del pretore ha un'origine più modesta e meno mitica: egli in fondo non ha fatto altro che istituzionalizzare la tendenza degli italiani, di molti italiani, a considerare la retribuzione come un appannaggio, pretendendo di essere pagati, magari sotto forma di laute mance, quando si chieda loro una qualunque prestazione.

Si potrebbe continuare all'infinito lo scherzo, evidentemente, e così per quel che riguarda la catena di montaggio osservare l'affinità, nel pensiero del pretore, tra il salumaio tradito e il datore di lavoro che subisce lo sciopero. Solo chi ha qualificato il povero salumaio come la parte più forte di fronte al giovane e valido garzone poteva scrivere che il datore di lavoro doveva correggere le manchevolezze della catena di montaggio dovute agli scioperi con interventi integrativi o sostitutivi, cioè ingaggiando altri operai, leggi crumiri, al posto degli scioperanti! Ma non è il caso di indugiare oltre, e piuttosto si deve osservare, in linea di diritto, che la concezione del lavoro come privazione della libertà è incompatibile con la nostra Costituzione, la quale, come si sa, ha rettificato la Bibbia stabilendo, nel primo articolo, che l'Italia è una repubblica fondata sul lavoro, per non parlare degli articoli 35 e seguenti che consacrano « il diritto » al lavoro, un diritto che sembra non possa intendersi come diritto al non lavoro. Il pretore milanese si è così sovrapposto anche alla Costituzione, si è fatto ancora una volta un diritto per conto suo.

Non resta allora che tirare la morale della favola. È sempre la stessa favola, e quindi la stessa morale. Il pretore milanese e i non pochi suoi colleghi imbevuti di ideologie non possono fare impunemente queste cose, non possono sostituire un proprio diritto al diritto di tutti. Lo abbiamo sostenuto più volte e ancora lo ribadiamo. La indipendenza dei giudici, intesa come arbitrio della loro volontà, è un non senso. I giudici come tutti i cittadini dipendono dalla legge, e la inosservanza della legge è un gravissimo atto di indisciplina, per non dire di peggio. È inconciliabile con lo spirito democratico che un giudice, e tanto più se è singolo, possa creare diritto, se diritto queste aberrazioni possono chiamarsi. Un organo che custodisca i custodi è indispensabile: e la Costituzione lo prevede. Intendiamo ri-

ferirci al Consiglio superiore della magistratura, che purtroppo non ha fino ad oggi operato in questo senso.

Oggi però ha alla sua presidenza un uomo che di diritto se ne intende, e si intende di giudici. Nel suo recente primo discorso al Consiglio egli ha avuto sia pur riguardose parole sul lavoro dei giudici: noi pensiamo e ci auguriamo che nel prossimo discorso, ma soprattutto nell'azione che è chiamato a svolgere, consideri questo aspetto della sottrazione dei giudici alla legge, non ultimo tra i motivi della confusione nella quale si dibatte la nostra vita associata.

(5 aprile 1972)

[237]

I REATI D'OPINIONE

Una delle ricorrenti trovate della propaganda estremista è quella dei « reati d'opinione ». Non si tratta, come è facile intendere, della riconsacrazione dell'antica massima, da nessuno mai contestata: « Cogitationis poenam nemo patitur », che fa riferimento all'azione, come elemento costitutivo del reato, e naturale condizione di esso; si tratta invece di qualificare come opinioni determinate azioni, che il Codice nostro punisce come reati, al fine di purgare il Codice stesso dalle relative norme. Per avere un'idea concreta della estensione che i più accesi fanatici danno ai reati di opinione basti dire che essi, costituiti in « Comitato nazionale per le libertà politiche e sindacali », ne hanno elencato quarantasette, e tra questi figurano: l'istigazione dei militari a disobbedire alle leggi, l'offesa all'onore e al prestigio del Presidente della Repubblica, il vilipendio della Repubblica e della nazione, la cospirazione politica mediante associazione, l'interruzione di pubblico servizio, il vilipendio della religione di Stato, il sabotaggio, il plagio, la diffusione di notizie false e tendenziose, l'abuso della credulità popolare etc. etc. Si tratta, come si vede, di un autentico tentativo di rivoluzione, cioè di instaurare un regime che come primo suo atto restaurerebbe quelle norme.

Naturalmente, gli italiani, nella loro antica saggezza, non prendono sul serio queste bravate, le considerano veramente come opinioni. Ma così non è purtroppo di una certa classe politica, la quale, per il solito timore riverenziale, ha portato in Parlamento, sia pure in termini più pacati, il problema dei reati d'opinione, ed è riuscita anche a mandare avanti una legge, il cui iter è stato interrotto dallo scioglimento delle Camere. Recentemente poi, come tutti sanno, in margine al caso Feltrinelli è accaduto che una giornalista, appena trapelata la notizia della morte, si è data ad accusare la polizia di assassinio. Un'accusa evidentemente a priori, perché la giornalista improvvisava e non poteva che improvvisare, sia l'assassinio, sia la attribuzione dell'assassinio alla polizia. Se c'era una opinione, era davvero questa. Ma la magistratura a sua volta è stata di diversa opinione e ha denunciato la giornalista per vilipendio e pubblicazione di notizie false

e tendenziose. La vicenda non avrebbe bisogno di commenti, se non fosse accaduto che uno dei nostri maggiori giornalisti, di spiriti indubbiamente liberali, dopo aver stigmatizzato l'operato della sua collega, non avesse sentito il bisogno di reagire contro la magistratura, tirando fuori il reato d'opinione e cioè sostenendo la tesi che della opinione giudicano i lettori dei giornali, non i giudici dello Stato. In tal modo egli faceva propria la posizione dei più accesi estremisti.

La confusione delle lingue non può andare più oltre. Per cercare di mettere ordine nelle idee (comprese le nostre) conviene forse procedere da una banale osservazione, e cioè che anche la diffamazione è un'opinione. Non crediamo ci sia nessuno disposto a sostenere che sia lecito diffamare una persona: ma allora si deve anche riconoscere che la formula reato d'opinione, così come si vuole intenderla, è un non senso giuridico, e prima ancora morale. La libertà di opinione, universalmente riconosciuta, trova il suo limite nella vita di relazione, che è regolata dall'antico principio del *neminem laedere*.

Sono, come si vede, concetti elementari. Il problema è se questa vita di relazione, giuridicamente tutelata, esiste non solo tra gli individui, ma tra l'individuo e lo Stato. Qui il discorso potrebbe farsi ampio, addirittura solenne, ma crediamo che l'essenza si possa esprimere in poche parole, e precisamente queste. Lo Stato è indiscutibilmente, come la persona umana, un valore. Lo è nell'idea che lo ispira, lo è nella organizzazione in cui si concreta, cioè nelle sue strutture create dall'esperienza, e che si identificano con esso. Come al solito, la prova migliore di questa verità si ha quando l'idea degenera in ideologia, quando cioè lo Stato diventa autoritario: e infatti nessuno Stato è più geloso di se stesso, e prevede tanti « reati d'opinione », come lo Stato autoritario. Ma anche lo Stato liberale, o più semplicemente libero, è un valore, e le sue istituzioni (Parlamento, amministrazione, magistratura, esercito etc.) sono la espressione e la custodia di questo valore. La sua forza ideale è nella sua apparente debolezza: perché esso è per definizione aperto a tutti, pronto a lasciarsi conquistare purché ciò avvenga secondo le regole.

Uno Stato come questo deve difendere le sue istituzioni, le sue strutture, perché esse sono la salvaguardia di tutti i cittadini, il presidio delle libertà. Di qui nascono le zone di rispetto di cui si circonda, e sono concretamente i limiti posti dalla legge penale a chi vuole diffamarlo. Si può ben dire che lo Stato liberale sia il più vicino alla persona fisica, e quindi il vilipendio si può efficacemente definire come una diffamazione pubblica.

[239]

Purtroppo noi italiani, o almeno molti di noi, sentiamo molto di più le barriere del diritto privato che quelle del diritto pubblico, che è scarsamente considerato, per non dire che è considerato come una irrealtà. I reati d'opinione nascono di qui: gente che non diffamerebbe un privato è pronta a diffamare lo Stato. Il fenomeno non è certo nuovo. Tutta la storia delle lotte sociali e pseudosociali è intessuta di diffamazioni pubbliche. Il fatto nuovo è se mai che, con la politicizzazione della magistratura, la diffamazione avviene nell'interno dello Stato, come si è visto avvenire di recente in un congresso delle fazioni più accese dei giudici, che ha dato luogo a più o meno vane incriminazioni. Sono queste forme plateali, che agiscono allo scoperto: ma vi sono forme più nascoste, di procuratori della Repubblica che, nel formale esercizio dei loro poteri, ostacolano giudizi in pieno svolgimento davanti alle Corti, incriminando persone diverse dagli imputati e rendendo quindi il giudizio praticamente impossibile. Data per ammessa la buona fede, non si può ritenere questo legittimo. In Inghilterra il Pubblico ministero che ciò facesse, in luogo di presentarsi alla Corte per denunciare fatti di cui sia a conoscenza, come un qualunque testimone, commetterebbe un reato che si chiama *contempt of Court*, cioè disprezzo della Corte. È il reato tipico dello Stato veramente libero, e nessuno lo ha mai considerato, lassù, un « reato d'opinione ».

(12 aprile 1972)

25 APRILE

È difficile dire, in questa ricorrenza annuale, qualche cosa che non sia già stata detta. Ma quest'anno la festa della Liberazione ci coglie in un momento delicatissimo della vita nazionale, cioè a dodici giorni da una prova elettorale che, per essere anticipata, ha tutta l'aria di un referendum, o, se vogliamo evitare equivoci, di un collaudo. È impossibile non mettere in rapporto una data con l'altra.

Disse Tacito che il solo giorno felice dopo la tirannia è quello in cui essa finisce. La frase è sconsolata e sconsolante. Tuttavia essa può essere intesa anche in chiave non pessimistica, ma storica e morale: può cioè voler significare che, caduta l'euforia che la morte del tiranno naturalmente porta con sé, il problema della libertà si presenta ben diverso da quello che appariva nell'illusione e nella speranza. La liberazione non è una vita che finisce, ma una vita che comincia, perciò la libertà non è qualcosa che si trova già fatta quando si sia spalancata la porta della prigione, ma è qualcosa che si deve fare, con una lotta virile, che non consente la felicità del riposo.

Quest'ultimo senso noi vogliamo dare al 25 aprile 1945, di cui oggi ricorre il ventisettesimo anniversario. E veramente, se ci volgiamo indietro, dobbiamo dire che così subito lo intesero i grandi italiani, cui toccò in sorte di riprendere il cammino interrotto: e furono fedeli al comandamento, per taluno fino al sacrificio della vita. Nessuna eredità è stata più difficile di quella raccolta in quel fausto giorno, e oggi appare chiaro che la più grande difficoltà, per non dire l'unica, o quella che tutte le altre comprende, è stata la determinazione in partenza del concetto stesso di libertà, che dopo la lotta contro la tirannia appariva, come sempre accade, offuscato. La ragione prima è che quando si è combattuto contro la tirannia non si avverte che non si può con gli stessi metodi combattere per la libertà. La storia di questi anni ha dimostrato anzi che i meno adatti a governare nella pace sono quelli che l'hanno preparata con la guerra.

La ragione seconda, che per molta parte si identifica con la prima, è che la libertà è un termine ambiguo, il più ambiguo che si possa immaginare, a tal punto che esso può essere accolto per qualificare la peggiore delle tirannie. Stalin e Hitler volevano certamente la libertà dei loro popoli e di tutto il mondo: e così si formò o risorse dopo la guerra da noi il partito comunista, che brandiva e brandisce più di ogni altro la bandiera della libertà. Non si dicono cose nuove dicendo che la risoluzione di questa ambiguità sta nei mezzi, non nel fine che è sempre sostanzialmente comune. Si tratta cioè di affermare il principio che libertà non è quella che viene impartita dall'alto, ma quella che ognuno si costruisce da sé, così come il mondo libero è quello in cui ciascuno, nell'ossequio alla legge comune, si fabbrica il proprio destino. Gli italiani del dopoguerra si sono trovati a questo terribile bivio, di optare per tale libertà, o lasciarsi adescare da una nuova tirannia camuffata di libertà. Il 25 aprile merita di essere ricordato perché essi scelsero la prima via, e accettarono l'impegno di essere e diventare liberi.

Questi ventisette anni che sono trascorsi sono la storia di un Paese che ha lottato per la sua libertà, cioè paradossalmente ha continuato la lotta per la libertà condotta contro il tiranno. Ciò significa che il tiranno non è esterno, ma interno: quello esterno è in un certo senso un episodio. Non è certo qui il caso di riandare il corso della storia, e descrivere le alterne vicende di questa lotta. Quel che invece si deve dire è che, mentre fino a qualche anno fa, nei limiti del possibile, il « fair play » veniva rispettato, da qualche tempo le forze eversive sembrano aver preso il sopravvento, e ridotto alle corde i campioni della libertà. Come sempre succede di questa sopraffazione ha risentito tutto il corpo sociale e le strutture dello Stato: chi non avesse fiducia nei valori perenni che la libertà rappresenta potrebbe tracciare un quadro fosco della situazione in cui versiamo, e cancellare dal calendario il 25 aprile. Ma non è così. Ne danno affidamento le imminenti elezioni, che sono, al di là di ogni cabala politica, la reazione della libertà contro chi vuole conculcarla.

Per questo dicevamo in principio che il 25 aprile e il 7 maggio sono idealmente una sola data. Il popolo italiano deve saper dimostrare che vuole restare libero, e restaurare la libertà minacciata da tutte le parti. Spetta a lui in una parola fare in modo che il giorno che oggi lietamente celebriamo non sia l'ultimo, o non diventi, in un mondo non libero, una formalità. Gli eventi di questi ultimi

tempi, nel parlamento e fuori, i dissidi creati dalle ambiguità di certi partiti, le violenze impunemente perpetrate, il rifiuto opposto alla instaurazione di una vita ordinata, sapranno guidargli la mano nel segnare sulla scheda elettorale la piccola croce, con la quale negherà, oggi come ventisette anni fa, il passo a tutti gli illiberali estremismi.

(25 aprile 1972)

[243]

NEL CHIUSO DELLA CABINA

Che il voto debba avvenire, e sia altrimenti nullo, dentro una cabina non è stabilito soltanto per la tutela della segretezza, che ha un valore importantissimo, ma pur sempre pratico. La ragione è che colui che deve esprimere questa grande volontà deve trovarsi veramente solo, di fronte alla propria coscienza e alla propria responsabilità. Si dice tante volte che molti sinistri votano destra, quando nessuno li vede: ma non è una malignità, o può non esserlo. È che tra il dire e il fare c'è di mezzo il mare, l'angoscia in quella solitudine di sentirsi la goccia che fa traboccare il vaso.

Il 7 maggio, tra pochi giorni, decine di milioni di italiani si troveranno isolati l'uno dall'altro, per stabilire le basi della vita in comune. È pensabile che per molti di questi, se vogliamo la maggior parte, non esista l'angoscia di cui abbiamo detto: sono la legione di coloro che votano, è il caso di dire, per partito preso, ed è una legione rispettabilissima, perché i partiti hanno nella vita civile una funzione inalienabile, costituzionalmente riconosciuta. Sarebbe un bel guaio se tutti si presentassero alle urne come « nantes in gurgite vasto », cioè volgarmente senza sapere che pesci pigliare. Ma al di fuori di queste legioni disciplinate ci sono altri italiani (sono legione anch'essi) che non hanno altro partito che la loro ragione, e vogliono dare un voto consapevole, individualmente responsabile. Sono in definitiva questi che dispongono delle elezioni, ed è soprattutto a questi che il Presidente della Repubblica ha inteso rivolgersi sciogliendo anticipatamente le camere.

L'atto è stato da alcuni criticato come un segno di debolezza, e invece è un segno di grandissima forza morale. È chiaro che il Presidente non è stato indotto al passo estremo da motivi formali, come quello della impossibilità di formare un governo stabile per il disaccordo dei partiti, ma ha visto in questo disaccordo il riflesso delle tristissime condizioni alle quali si è ridotto in pochi anni il Paese. Senza scendere in dettagli, e senza ripetere cose che tutti conoscono, perché ne sono gli artefici e le vittime ad un tempo, basterà dire che non uno dei valori che costituiscono lo Stato ha resistito alle forze

eversive: non la famiglia, non la scuola, non la giustizia, non quella che si chiama, senza retorica, la moralità del vivere individuale e sociale. Si determina in queste condizioni il disaccordo tra i partiti, che assume forme politiche, ma è in realtà perdita di fede, accettazione del male come ineluttabile, incapacità di lotta e di sacrificio.

Ora, con l'elezione anticipata, che non ha nulla a che fare col normale avvicendamento o con la normale verifica che è nella logica della legislatura, la parola è quasi tolta alle strutture rappresentative obbligate, e torna al popolo, né più né meno che come in un referendum. È una grande prova di fiducia che gli viene data, una grande speranza che è riposta in lui.

Il problema, la grande incognita, è come il popolo risponderà alla chiamata. Non è certo da questa tribuna che debbono venire suggerimenti, che tra l'altro, facendo noi stessi parte del popolo, non sapremmo assolutamente dare. Tuttavia alcune cose possono essere dette, perché costituiscono le condizioni essenziali per la determinazione di una volontà, qualunque essa sia nel concreto.

La prima è questa. Come abbiamo accennato, il nostro Paese ha subito uno dei più paurosi sbandamenti della sua storia: tutto sembra perduto, anche l'onore, a chi consideri la realtà quotidiana, quella che si rivela nei giornali. Ebbene, recandosi alle urne, il cittadino non impegnato deve essere dominato da una assoluta certezza: e cioè che per quanto grandi siano i mali, essi devono cessare. È una certezza storica, o se si vuole metafisica, ma è un dato sicuro che i valori sui quali si regge una società non possono venir meno, e alla lunga devono essere ristabiliti. È quasi una necessità biologica, anche se i chiacchierini sociologi si guardano bene dal registrarla, che il male sia transitorio.

Se si è raggiunta questa certezza, il problema del voto è impostato nei suoi precisi termini. Si tratta di vedere se i valori possono essere restaurati nella libertà. Il grande dilemma, il grande significato delle elezioni del 7 maggio è proprio questo. È in grado la libertà, che in una delle fatali degenerazioni che storicamente subisce ha distrutto o lasciato distruggere quei valori, di riaffermarli e di mantenerli « usque ad effusionem sanguinis », come dice o diceva la chiesa?

Qui sta il punto. Che i valori debbano essere restaurati sono tutti d'accordo, e i più d'accordo sono i partiti estremistici, quelli che hanno la naturale vocazione di erodere le istituzioni, di creare il disordine, ispirandosi al principio del tanto peggio tanto meglio. Per i soliti paradossi della storia, questi partiti sono anzi quelli che

[245]

se trionfassero più immediatamente ristabilirebbero i valori che hanno con la parola e con l'azione negato: e per questo esercitano qualche lusinga anche sui non impegnati. Ma il prezzo che costoro domandano è altissimo, e si chiama libertà.

Di queste cose l'elettore deve avere piena coscienza. Il voto che è chiamato a dare deve essere la risposta alla domanda, che il Capo dello Stato ha implicitamente posto con lo sciogliere le Camere. È possibile mantenere l'ordine, e non solo nel suo contenuto formale, ma nella sua profonda spiritualità, salvando la libertà? Nessun teorico può rispondere a questa domanda. Può solo rispondere l'elettore, tracciando un piccolo segno sulle schede. Nella solitudine della cabina.

(20 aprile 1972)

IL GOVERNO FORTE

Tra gli infiniti « slogans » inventati dalla propaganda politica in vista delle imminenti elezioni, il più sincero mi è apparso quello che riassumeva il programma di un partito con queste parole: no a un governo forte. Non so di che partito si trattasse: certamente di un partito comunista o cripto comunista, cioè di quella tal gente che aspira a instaurare il governo più forte che si possa immaginare. Il significato di quelle parole non lascia infatti dubbi. Il governo forte che si depreca è quel governo che vive e non lascia vivere, cioè non consente che vivano e operino quelle forze che contraddicono alla sua stessa esistenza. Esplicato in tutti i suoi risvolti, per usare una parola oggi tanto di moda, lo slogan è il programma di chi vuole perpetuare la situazione nella quale si è andata riducendo l'Italia, nella vita politica e nella vita civile, e quindi esso è la negazione mefistofelica dell'ordine divino, e di riflesso dell'ordinamento della vita sociale che Dio ha affidato alla nostra responsabilità di realizzare e di mantenere.

Sarebbe, vogliamo precisare, un grave errore credere che il no al governo forte sia diretto al partito di destra o di estrema destra, il Movimento sociale italiano, e più in generale al fascismo nella sua veste antica o rinnovata. Se così fosse, lo slogan non avrebbe evidentemente nessun valore, perché non sarebbe esclusivo dei comunisti e dei loro compagni di viaggio. Esso si dirige contro gli uomini liberi, i quali vogliono restaurare la libertà, facendo storica ammenda degli errori commessi, di quella che giuridicamente si potrebbe chiamare omessa custodia. No al governo forte vuol dire no alle stesse elezioni che sono state indette (questo è quello che duole) perché gli italiani dicano che credono ancora, e nonostante le infinite delusioni provate, nella libertà e nella sua capacità di conservare i valori morali e spirituali che si riassumono nella parola Stato; vuol dire no allo Stato, e non c'è bisogno di aggiungere altro.

Ora, bisogna con tristezza rilevare che, se anche il mefistofelico no proviene materialmente da questo o quel gruppuscolo eversore, da questo o quel ramo del grande tronco comunista, esso esprime

anche lo spirito e la volontà di molti, troppi uomini, se non addirittura partiti, che pure si sentirebbero offesi di essere accomunati agli autori dello slogan. Direi anzi che questi ultimi, più o meno consapevolmente, hanno detto in linguaggio chiaro e franco quello che tanti uomini e partiti che sono inseriti nelle strutture dello Stato e fruiscono della sua protezione, hanno fatto e si propongono di fare, o di continuare a fare dopo le elezioni. La crisi della libertà è stata determinata non da quei pochi o molti barbuti che mettono a soqquadro le università o introducono la ridicola e tragica contestazione tra i ragazzi di scuola; e nemmeno, oserei dire, dal tardo, anacronistico romanticismo di quei pochi o molti fuori legge che hanno avuto in Feltrinelli il loro esponente: essa è stata voluta da chi, per amore del particolare, ha con le parole e coi fatti, non escluse dai fatti le leggi e le sentenze dei giudici di ogni grado, disconosciuto e minato l'autorità dello Stato. Il no, allo Stato forte, è un grido che percorre tutta la storia d'Italia di questi ultimi dieci anni, ma non soltanto la storia.

La negazione dello Stato (non occorre aggiungere aggettivi, perché se lo Stato non è forte non è neppure Stato) non è solo un dilettamento pratico di veri o falsi rivoluzionari, essa ha un suo supporto nella scienza o pseudoscienza, nella cultura o pseudocultura, in tutti quei professori e studiosi che hanno abdicato al loro compito di giuristi e più in generale di pensatori (per svolgere il quale, tra l'altro, lo Stato li paga) per rifugiarsi nel largo seno e tra le ampie braccia di una sedicente sociologia, che è la tipica matrice del loro incruento rivoluzionarismo. Nei prossimi giorni si terrà a Catania, sotto l'egida e a spese di quell'Università, un congresso di tale gaia scienza il quale ha per oggetto niente di meno che il seguente tema: « L'uso alternativo del diritto ». Che è mai codesto? Le parole difficili sono le più facili, purtroppo. Ciò significa grosso modo che non esiste, per questi dotti il diritto come un valore, e un unico valore, ma esistono due (o perché no, infiniti) diritti, quello statale e quello che ognuno si può fare per conto suo, a seconda delle circostanze, che, manco a dirlo, sono sempre in funzione delle posizioni politiche di chi deve applicare il diritto. No al diritto, in altri termini. E si capisce allora quale sia l'origine del no al governo forte. I due slogans sono uguali, solo che il secondo è più ingenuo e meno addottrinato del primo.

Siamo ormai prossimi al momento della solitudine nella cabina. L'incertezza del voto è sempre grande, quando la preferenza deve concretarsi in questo o quel partito, o in questo o quel nome. Ma

non vi può essere incertezza quando si tratta di optare tra un governo forte e un governo debole, o un non governo. Bisogna che l'elettore col suo voto smentisca l'interessata identificazione tra governo forte e governo autoritario, tra autorità compagna indissolubile della libertà e formale autoritarismo.

Gli ultimi sviluppi della vita italiana dimostrano che basta poco a ricacciare nell'ombra gli eversori teorici e pratici. Né gli uni né gli altri possono far paura. Bisogna insistere, bisogna, per indirizzare il proprio voto, chiedersi semplicemente: questo partito o quest'uomo dice sì o no al governo forte? La stessa domanda guiderà la mano nel tracciare il segno di croce sulla scheda o nel dare la preferenza: e allora si potrà forse dire che lo slogan dei nemici della libertà potrà anche essere stato utile, o addirittura provvidenziale.

(5 maggio 1972)

[249]

IL SEGRETO ISTRUTTORIO

L'episodio di cui è stato protagonista il « Corriere della sera » ha suscitato, come era da prevedersi, grande clamore in Italia ed anche nel mondo. Come sempre, si sono scritti su tutti i giornali articoli più o meno sdegnati per l'attentato alla libertà della stampa, mozioni sono state fatte da organi di tutti i generi sempre sullo stesso motivo, e l'eco arriverà certo in Parlamento, forse con precedenza rispetto alla costituzione del Governo.

Non c'è che da rallegrarsi per la sensibilità della opinione pubblica per il problema che il gesto di un giovanissimo magistrato (autentico David di fronte a un non meno autentico Golia) ha posto sul tappeto: ma non saremmo sinceri se dicessimo che la lettura di tutto quel che è stato scritto abbia fugato i nostri dubbi. In realtà, nessuna esaltazione romantica della libertà di stampa può superare l'esigenza che tutti sentiamo di una disciplina di quella libertà, la necessità di un suo coordinamento con gli altri beni pubblici e privati degni di tutela e tutelati. Vediamo dunque di renderci ragione delle cose, ispirandoci a quell'antico criterio di giudizio che si chiama diritto.

I dati oggettivi sono noti. Un giornalista — anzi, diciamo più efficacemente, un cronista — inseguendo le rare tracce della vicenda Calabresi si scontra in un ombrello nuovissimo che il feroce delinquente aveva dimenticato nell'automobile usata per consumare il delitto. Da quell'ombrello risale al negozio, al commesso, al compratore, e manda al giornale le notizie che ritiene opportune. Il guaio è che quell'ombrello era stato già trovato dalla polizia e dalla magistratura: e di qui sorge il conflitto, perché ci sono due articoli del codice di procedura penale, uno dei quali (307) istituisce il segreto istruttorio, l'altro (164) vieta la pubblicazione, a qualsiasi titolo, di documenti, atti scritti od orali, relativi all'istruttoria non ancora definita. È sul fondamento di questi due articoli che il giovane magistrato milanese ha fatto quello che ha fatto.

Dal complesso delle lagnanze che si sono elevate mi è sembrato che nessuna colpisca la persona di questo giudice, e ritengo che ci sia

da compiacersene, perché le sue buone intenzioni nel valersi della legge mi sembrano indubbie; e la legge, nella sua letterale espressione, si presta ad assecondare quelle intenzioni. La verità è che, con siffatta legge, noi ci troviamo di fronte ad uno dei più grossi contrasti con la realtà che si possano immaginare, e si badi bene non nel caso inaccettabile e politico dell'evoluzione sociale, che porta a negare la legge e alla creazione arbitraria del diritto, ma nel senso delle modificazioni oggettive della realtà che rendono inattuale e inattuabile la legge. Converrà spiegarsi chiaramente.

Il complesso delle norme richiamate, e in generale del sistema del rito penale, è ispirato al principio del cosiddetto segreto istruttorio. Questo principio è in sé e per sé accettabile, e direi naturale in ogni ordinamento. Tutta la vita ha un suo segreto svolgersi, che condiziona l'azione, e non solo la vita privata ma anche pubblica. Nel mondo del crimine, poi, il segreto è un mezzo di difesa e di lotta nello stesso tempo, del quale nessun tipo di processo, accusatorio o inquisitorio, può fare a meno. Il problema è solo pratico: cioè riguarda il modo di assicurare il segreto, e l'art. 307 lo fa imponendone l'obbligo a tutti i partecipanti all'istruzione, cioè sostanzialmente a tutti i funzionari, di qualunque ordine e grado. Significativamente esclude da questo obbligo le parti private e i testimoni, con ciò volendo dire che il segreto si conserva nell'interno del gruppo operante.

Diciamo subito che se il segreto esce dal gruppo, perché qualcuno ha violato il suo obbligo, esso non è più tale, e assurda mi sembra l'accusa del magistrato di concorso nella violazione dell'obbligo, fatta al giornale ed al giornalista. Ci potrà essere un reato se io corrompo un funzionario, non se più o meno subdolamente gli carpisco la segreta notizia. Proprio per questo c'è l'altro articolo che abbiamo citato, il 164, che vieta « a chiunque » la divulgazione. Questo è il reato dei non addetti ai lavori, se così possiamo chiamarli.

Ora, a questo punto sorgono i sospetti, ai quali abbiamo accennato, sull'anacronismo della legge. Ci sembra sicuro che il segreto istruttorio sia strettamente legato all'idea di una esclusività della indagine persecutoria dei reati da parte dell'ufficio giudiziario. Entro questi termini esso è pienamente valido ed efficiente. Sennonché la vita ci ha fatto assistere ad una progressiva estensione di questa indagine al di fuori dell'orbita statale. Basta pensare ai *detectives* privati come alla fattispecie più macroscopica. Ebbene, proprio in questa estensione bisogna collocare l'attività che svolge la stampa, la quale, è inutile negarlo, è anzitutto una valente collaboratrice dell'inquisitore ufficiale, ma so-

prattutto è di lui più agile, lo precorre, scopre quello che egli ha scoperto e anche quello che non ha scoperto.

Su per giù, c'è tra questi due organismi, affatto indipendenti, lo stesso rapporto che corre tra iniziativa privata e mano pubblica. Il fenomeno è così imperioso che dilaga ogni giorno più, tanto da inserirsi in quella libertà di stampa che in questi giorni è stata più o meno confusamente invocata. Non è in realtà discutibile che togliendo alla stampa quello che si chiama diritto di cronaca o di informazione — e non si può ridurre ad un semplice riferimento delle notizie di seconda mano che le autorità ritengono di propalare — si incide sulla sua libertà.

Non avevamo dunque torto nel dire che le norme sul segreto istruttorio sono state sopravvanzate dalla vita e dalla storia. Il problema che solo rimane è quello delle interferenze, perché non si può certo disconoscere l'esistenza anche attuale dell'obbligo del segreto e del divieto di divulgazione. Si capisce che la stampa anche oggi deve osservare l'art. 164. Ma ammettendo che essa divulghi una notizia, come si farà a dire che essa è stata ripresa da un documento o atto dell'istruzione giudiziaria, e non piuttosto frutto della perspicacia del cronista?

Qui si apre il discorso sulle radioline, che poi sono quelle che hanno dato luogo all'invasione notturna del « Corriere ». Pare infatti che la polizia comunichi per questi piccoli arnesi, e si scambi le notizie con la magistratura, e pare che non solo i birbanti, ma i cronisti facilmente intercettino queste trasmissioni, che sarebbero la fonte delle informazioni di stampa. Se fosse vero, verseremmo nell'illecito? Tecnicamente, dipende da ciò che significa « atto scritto e orale », ed io sarei propenso a dubitare che rientrino nella fattispecie i colloqui che si scambiano gli uomini della legge. Nel diritto privato si tratterebbe di un caso di illecita concorrenza. Nel diritto pubblico, si deve dire che siamo in presenza di una grossa lacuna legislativa, ed in attesa di riempirla bene farebbero gli uomini della legge a sostituire gli apparecchi, naturalmente qualora ciò sia tecnicamente possibile.

(28 maggio 1972)

[252]

IL NUOVO CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA

Il presidente Leone ha insediato, come suol dirsi con una parola brutalmente realistica, il nuovo Consiglio Superiore della magistratura; e lo ha fatto in una cerimonia alla quale ha partecipato, con le altre autorità dello Stato, il Consiglio Superiore uscente. È un fatto la cui importanza dipende più che dalle funzioni che la legge attribuisce al Consiglio, da quelle che il Consiglio si saprà attribuire, cioè dal modo come eserciterà le prime. Nell'occasione il Presidente ha pronunciato un discorso che non si può chiamare di circostanza. Egli ha detto che il magistrato deve trovare in se stesso la custodia della sua indipendenza, e fin qui nulla di nuovo: ma ha aggiunto, e questo è nuovissimo, che bisogna anche accompagnarlo e difenderlo in questa ricerca di indipendenza, garantirlo non solo da eventuali ingerenze di altri poteri, ma anche dalle suggestioni e dalle tentazioni che vengono dal turbamento dell'opinione pubblica e di interessi particolari.

Queste parole, che vengono da un capo dello Stato che è anche presidente del Consiglio Superiore, hanno un significato programmatico, e io non so con quanto piacere alcuni dei consiglieri uscenti le abbiano ascoltate. Non è il caso certo di ripercorrere qui il cammino del vecchio Consiglio, anzi dei vecchi Consigli, ma è certo che, forse per la stessa novità e inesperienza della istituzione, molte cose buone non sono state fatte, e molte cattive sono state fatte: in termini generali, e senza offendere nessuno, si può dire che il Consiglio Superiore ha mostrato in molti casi proprio di non resistere alle suggestioni e alle tentazioni di cui ha parlato il presidente, di inquadrare la propria esistenza in quella società permissiva che costituisce la caratteristica del nostro tempo. Il che può comprendersi e compatirsi per qualunque pubblico officio o funzione, non per l'organo di governo della magistratura, che deve vigilare perché la legge non sia soppiantata dalla permissività: vale a dire che i giudici governati non si facciano espressione del turbamento dell'opinione pubblica e tanto meno di interessi particolari, ma abbiano sopra di sé e dentro di sé soltanto la legge.

Poiché noi conosciamo il presidente Leone siamo sicuri che nelle

sue parole c'è questo severo e sereno ammonimento. L'autogoverno della magistratura è una realizzazione che ha prestato il fianco a molte critiche, e noi stessi abbiamo espresso in proposito i nostri dubbi. Il pericolo maggiore (o forse il solo che tutti gli altri ricomprende) è che l'autogoverno venga inteso come il governo dei magistrati, e non del Consiglio, come a dire che comandi la piazza e non i rappresentanti del popolo legalmente eletti. È purtroppo questo il significato che varie fazioni di giudici hanno dato all'indipendenza che è sancita dalla carta costituzionale, ma è nell'essenza stessa della funzione: la libertà di fare quello che si vuole, cioè quello che vuole quella setta politica alla quale il singolo magistrato appartiene. Qui si tratta di vedere se il Consiglio Superiore deve estendere il suo governo al sindacato del modo di operare dei giudici, su un piano strettamente disciplinare, o se deve limitarsi a provvedere alla loro carriera, cioè a un governo meramente burocratico ed esterno, salvo a pubblicare le prolisse e inutili relazioni sullo stato della giustizia che da due anni il Consiglio uscente ci ha propinato. In termini molto concreti, è lecito al singolo magistrato dettare sentenze che sono chiaramente un oltraggio alla legge, in nome di arbitrarie visioni personali, o non costituisce questo fatto, purtroppo diventato frequente specie tra i giudici singoli, la violazione di un dovere che l'organo di autogoverno deve rilevare e colpire? E peggio ancora, al di là delle sentenze, che in definitiva possono essere riformate o cassate, è lecito prendere provvedimenti che saranno formalmente leciti sul piano del potere discrezionale, ma non lo sono sostanzialmente, perché il potere discrezionale è e deve essere soggetto al controllo dell'organo di autogoverno?

Per una singolare combinazione, proprio in concomitanza con la cerimonia dell'insediamento, i giornali hanno dato notizia dell'orrenda tratta degli schiavi che si è svolta attraverso il nostro paese (e forse si sta ancora svolgendo) sotto la guida di un pericolosissimo gangster, che i carabinieri avevano colto sul fatto e arrestato denunciandolo al procuratore della repubblica. Costui ha trovato che non c'erano indizi sufficienti, e ha scarcerato il delinquente; dopo pochi giorni gli indizi sono stati trovati, ed è stato emesso mandato di cattura, ma naturalmente non è stato più trovato il catturando. Sembra di essere nella Chicago degli anni venti (e anche di oggi). Il comportamento del procuratore in questo e in cento altri casi può sottrarsi al giudizio del Consiglio, o deve essere valutato in nome dell'autogoverno? Non esprimiamo idee solitarie: i giornali oggi pubblicano la notizia di un cittadino che ha citato in giudizio lo Stato perché un giudice non ha applicato la legge. Sono segni che inducono a pensare, e in-

dicano che è giunto il momento di affrontare il problema, che il vecchio Consiglio ha eluso. Le parole del presidente Leone, nella loro prudenza, vogliono esprimere questa suprema esigenza, che è una esigenza di libertà. Anche il risultato delle elezioni al Consiglio, che risulta ormai composto, nella quasi totalità, di persone moderate e consapevoli, è certamente un indice di quello che il popolo italiano si attende dall'autogoverno della magistratura.

(luglio 1972)

[255]

IL CASO VALPREDA

Non si è troppo ottimisti se si riconosce che da qualche tempo gli italiani si sono messi a pensare. Si sono eletti un savio Presidente della Repubblica, un non meno savio Presidente della Corte Costituzionale, hanno capito che l'economia è una cosa seria, e nessun sistema consente di non lavorare, hanno ridimensionato il problema dei giovani e della scuola, per i quali vale la stessa malinconica regola, cioè non esiste riforma di struttura che dispensi dallo studio. Persino i giudici, dopo aver agitato per tanti anni la bandiera della liberazione dalla legge, danno segni di ravvedimento, e cominciano a capire che il solo modo di essere liberi è proprio quello di osservare la legge. Rimangono naturalmente qua e là focolai di ribellione come, nel mondo dei giudici, quel pretore di Sampierdarena che ha stabilito e attua nelle sue funzioni il principio che non si deve consentire alcuna vendita forzata, perché i debitori devono essere protetti contro i creditori. Ma si tratta di spiriti bizzarri, che ci vogliono anch'essi, non solo per ragioni di colore, ma perché non si perda il senso del pericolo sempre incombente. Se i criminali volessero pensare anche loro, e diminuissero il numero delle impunite rapine, i presagi per la nostra vita associata potrebbero essere rosei.

La nota stridente in mezzo a questa moderata concordia è quella di Valpreda, il disgraziato ballerino imputato della strage di Milano, che da tre anni languisce nel carcere, in attesa del processo, e ora, secondo quanto si apprende, sarà spedito a Catanzaro, per essere giudicato in quella città, lungi dalla tempestosa metropoli lombarda, come la legge consente nei casi di legittima suspicione. Si tratta di cose molto dolorose, che in un Paese veramente ordinato non dovrebbero avvenire. E infatti si sono levati alti clamori, non solo sui giornali di sinistra, ma anche su quelli di destra. Ultimo, il massimo giornale indipendente ha in questi giorni elevato la sua protesta in nome della giustizia e contro la nostra organizzazione della giustizia.

È difficile non essere d'accordo in astratto con siffatti protestatari. Ma l'astratto è quello di fra' Cristoforo, che voleva che non ci

fossero né bastonati né bastonatori. In concreto ci sono gli uni e gli altri, c'è una spaventosa strage e ci sono degli imputati. Perché questi ultimi, con Valpreda in testa, non sono stati ancora giudicati? È a questo perché che bisogna rispondere, prima di lanciare tante querele contro i magistrati e la magistratura, che del resto non abbiamo il compito né l'intenzione di difendere dalle sue colpe. Riepiloghiamo brevemente i fatti.

Valpreda è in carcere da tre anni, in attesa di giudizio, il che significa che se fosse assolto avrebbe trascorso tanto tempo recluso, senza alcuna ragione al mondo. Sennonché bisogna ricordare che Valpreda fu in un termine relativamente breve portato davanti ai giudici romani per difendersi, come era suo diritto, dalla terribile accusa. Che cosa avvenne in quel processo? Il disgraziato si presentò con una coorte di avvocati, certamente volontari, i quali per una decina di giorni trasformarono l'aula della corte romana in un pubblico comizio, pronunciando arringhe interminabili, tra i canti dei subrostrani. Disgraziatamente, nella foga tribunizia, si diedero a sollevare infinite eccezioni al preciso scopo di impedire la celebrazione del processo in generale, e a Roma in particolare. Eccepirono cioè l'incompetenza del foro romano a favore del foro milanese. Io non so se questa eccezione fosse fondata, né mi interessa saperlo: certo è che quel povero presidente della Corte si aggrappò alla medesima, e rimandò carte e uomini a Milano. Ho ancora nelle orecchie il grido di vittoria di quei valentuomini. La sola persona di buon senso si dimostrò Valpreda, il quale innocentemente (è proprio il caso di dirlo) si levò protestando: « Ma perché rinviano a Milano? Io voglio essere giudicato ».

Da quel giorno lontano l'imputato cominciò a portare la sua croce. Ma non bastava. Mentre era in corso la fissazione del nuovo processo, avvennero a Milano gravissimi fatti, come quello del povero Calabresi, accusatore e poi accusato dal defunto Bianchi d'Espinosa, e poi la incredibile interferenza della pista nera padovana, che ha portato in carcere altre persone a far compagnia a Valpreda nell'attesa del giudizio. A questo punto, invece di gridare allo scandalo, i sopra citati giornalisti e dottori, dovrebbero chiedersi onestamente: di chi la colpa? E la risposta obbiettiva non potrebbe essere un'accusa a senso unico, dirigersi contro questo o quel magistrato, o contro l'apparato giudiziario strettamente inteso. Essa deve estendersi a tutta la società, al nostro costume, alle leggi che se sono da riprovare per il loro formalismo, non sono meno da riprovare per

le possibilità che offrono di sfruttare il sacrosanto diritto alla difesa ai fini di ostacolare il corso della giustizia.

E qui si innesta il discorso sul trasferimento del processo ad altra sede che non sia quella di Milano. Si sono lette a questo proposito cose di una penosa inesattezza: e così da parte del citato organo indipendente è stato detto che attraverso la legittima suspicione si è sottratto Valpreda al giudice naturale, come se il giudice naturale non fosse quello che risulta dalle obbiettive indicazioni della legge, tra le quali è compresa anche la ipotesi della suspicione. Nessuno contesta che della suspicione si debba fare un ragionevole uso, ma appunto per questo la competenza a disporre il trasferimento è affidata niente di meno che alla Cassazione. Si tratta di uno dei tanti mezzi che tendono ad assicurare la civiltà di cui il processo ha bisogno. Nell'operato della Cassazione non c'è che da avere fiducia, e mai essa la merita come in questo caso, per i precedenti che abbiamo indicato, e che dimostrano, a nostro avviso, una autentica incompatibilità della sede milanese per la celebrazione del processo. Nessuno si deve offendere o fare campanilisticamente la voce grossa. Certo è doloroso che questo porti a una ulteriore detenzione preventiva degli imputati. Ma che fare? Si dice che il Parlamento dovrebbe provvedere con una legge. Ma quale legge? L'alternativa al carcere preventivo sarebbe la cauzione, come usano in America. Ma è, secondo l'esperienza americana, una alternativa accettabile?

METAFISICA DELLA PORNOGRAFIA (1)

Il fenomeno della pornografia dilagante — nel cinematografo, nel teatro, nei libri — è di solito considerato da un punto di vista pratico: è il punto di vista dei genitori che pensano alla nefasta influenza sui figli; quello dei politici che temono i riflessi sociali del malcostume e si sforzano di prevenire; quello dei giudici che sentono la violazione delle leggi, che pure ci sono, e tentano di reprimere. Diciamo subito che questa dei giudici è la situazione più infelice, perché l'esperienza dimostra che le manifestazioni pornografiche, di qualunque genere, sono più forti delle leggi, o ciò che è lo stesso, i giudici sono costituzionalmente impari a farle osservare. C'è un articolo del codice penale, il 528, che sembra dettato da Giove tonante, così gravi sono le minacce e le pene: ma c'è l'articolo successivo, certamente suggerito dal diavolo, che dice semplicemente: Non si considera oscena l'opera d'arte o di scienza. Ve lo immaginate voi un giudice che dica che cosa è l'arte o che cosa è la scienza? Sono, queste idee fondamentali, i limiti naturali del giudizio. E infatti tutti i processi che si sono intentati sono finiti in clamorose assoluzioni: peggio, sono serviti di esca agli impresari della pornografia, che li proclamano in grandi strisce sui tabelloni, facendo fare alla giustizia la figura, diciamo così, del paraninfo.

Per questo, sono sempre stato d'avviso che dal punto di vista pratico non c'è niente da dire o da fare, intendo socialmente: la sola reazione possibile è quella individuale. Ciascuno si regoli come crede, e aspetti il futuro, secondo le sue speranze o la sua fede. Ma al solitario osservatore della realtà la pornografia presenta sul piano teorico, e direi metafisico, un aspetto enigmatico, perché egli è portato a chiedersi per quale ragione è nata la pornografia, e secondariamente che cosa significhi il suo dilagare nella presente età. Non è la prima, una domanda da poco. Cominciamo col dire che la pornografia, cioè tutto ciò che pone il sesso come centro di turpe raffigurazione, è antica quanto l'uomo. I primi pornografi (o porno-

(1) Dalla *Fiera letteraria*, 1972, n. 30.

logi, perché nell'inferno non c'è la scrittura) sono le anime dannate di Dante, nel vestibolo dell'inferno. Ricordate?

> *Bestemmiavano Iddio e i lor parenti*
> *l'umana spezie, il luogo e il tempo e il seme*
> *di lor semenza e di lor nascimenti.*

Lasciando da parte i dantisti e le loro interpretazioni ufficiali, non c'è dubbio che questi sublimi versi esprimano il turpiloquio di quelle anime, che sfogano la loro disperazione con potenti richiami al sesso (il seme di lor semenza), e ognuno di noi potrebbe trovare nel moderno ed eterno linguaggio le parole e le frasi corrispondenti. Non le posso qui riferire, ovviamente: ma senza andare lontano si pensi ai comunissimi appellativi tratti dagli organi sessuali per manifestare il dispregio verso una persona. Perché tutto questo? A mio avviso c'è al fondo della pornografia o della pornologia, e naturalmente inavvertita, una concezione pessimistica della vita, un tragico senso di peccato e di colpa, che può miticamente essere ricondotto all'idea di un irredimibile peccato originale. Il pornografo o il pornologo crede forse di fare dello spirito, e invece si fa portavoce di una universale maledizione, veramente dantesca, di una volontà di annientamento che si appiglia per affermarsi alle fonti fisiche della vita. Sarebbe interessante a questo proposito una ricerca etnologica, ma a me manca la competenza. Ora se questo è esatto, bisogna dire che alla remota base della pornografia c'è una sublime ansia metafisica, che paradossalmente testimonia anch'essa dello spirito. E allora in questo sfondo bisogna anche vedere l'esplosione pornografica del tempo presente. Siamo d'accordo: nell'impresa pornografica letteraria o teatrale vi è la sollecitazione erotica, e quindi il lucroso bordello. Ma ciò non sposta la questione, anzi la fa più stringente. Perché sempre il richiamo al sesso e tanto più quanto più è ossessivo, mette l'uomo di fronte alla propria inguaribile miseria. Per questo le opere pornografiche, e in particolare quelle che si esprimono per immagini, hanno in sé qualcosa di triste e di tristo. Ma per questo, vi è anche in esse, contro le apparenze, qualcosa di positivo, che, superando ogni reazione sentimentale, deve essere tenuto nel debito conto da chi giudichi il tempo presente, o speculi sul futuro.

I sei volumetti che compongono i *Quaderni del diritto e del processo civile* furono pubblicati da Salvatore Satta fra il 1969 e il 1973. Nel presentare il primo di essi Satta ci informa di aver avuto «la tentazione di dare alla pubblicazione il titolo di Critica giuridica: ma ho temuto di apparire immodesto per via di certi solenni precedenti. Ho preferito parlare di *Quaderni*, perché i quaderni ricordano la scuola, soprattutto l'elementare». La scelta dei *Quaderni* era maturata dalla volontà dell'Autore di realizzare una pubblicazione periodica, che gli consentisse di seguire «lo svolgersi dell'esperienza, e cioè la vita nel suo perpetuo moto» e «di sorprendere, quasi nel suo determinarsi, la cieca mobilità della vita». Nonostante questi ambiziosi intenti, i *Quaderni* furono accolti con molta freddezza dagli ambienti accademici dell'epoca e non ricevettero l'attenzione sperata. Dopo cinquant'anni dalla scomparsa dell'Autore se ne ripropone la ristampa, nella convinzione che essi, vivificati dal suo sguardo attento alla realtà quotidiana e impreziositi dalle sue acute e pugnaci riflessioni (o «confessioni»), siano in grado di «parlare» anche alle generazioni di giuristi che vivono l'attuale, complessa, fase storica.

SALVATORE SATTA (Nuoro, 1902 – Roma, 1975). Laureatosi nel 1924 presso l'Università di Sassari, dopo aver insegnato a Camerino e Macerata, nel 1937 diventa ordinario di Diritto processuale civile ricoprendo presso l'Università di Padova la cattedra che era stata di Francesco Carnelutti, per trasferirsi successivamente a Genova, a Trieste, dove ricoprì anche il ruolo di Rettore, e infine, nel 1958, alla Sapienza di Roma. Autore di un manuale di diritto processuale civile che per oltre 50 anni è stato adottato in tutta Italia e di numerose e note opere giuridiche, è annoverato fra i più importanti narratori del '900 per le sue straordinarie opere letterarie (*De Profundis*, 1948; *Il giorno del giudizio*, 1977; *La veranda*, 1981).

ITALO BIROCCHI, già ordinario di storia del diritto medievale e moderno alla Sapienza di Roma, negli ultimi anni le sue molteplici pubblicazioni si concentrano su importanti figure di giuristi dell' '800 e del '900 (Pasquale Stanislao Mancini, Emilio Betti, Aurelio Candian) curando anche il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*.

ROMANO VACCARELLA, allievo di Salvatore Satta e già ordinario di diritto processuale civile alla Sapienza è stato dal 2002 al 2007 giudice della Corte costituzionale ed è autore di numerose opere monografiche fra cui un *Manuale di diritto processuale del lavoro*.

Roma Tre