

**CMC**

CENTRO CULTURALE DI MILANO

**L'Assolutismo giuridico**

I perché e le prospettive della crisi della giustizia in Italia

intervengono

**Paolo Grossi**

professore

**Gianfranco Mor**

**Giovanni Pellegrino**

avvocato e senatore

coordina

**Luca Antonini**

Milano

29/01/1999

©CMC

CENTRO CULTURALE DI MILANO

Via Zebedea, 2 20123 Milano

tel. 0286455162-68 fax 0286455169

[www.cmc.milano.it](http://www.cmc.milano.it)

**Domanda:**

L'espressione "assolutismo giuridico" è singolare; in genere il concetto di assolutismo viene affiancato a religioso o a politico ma mai a giuridico. A che cosa lei voleva alludere con questo accostamento originale ?

**Grossi:**

Intanto mi corre l'obbligo di un ringraziamento al Centro Culturale di Milano per aver trovato lo spunto di questo incontro estremamente interessante in una mia pubblicazione, quella pubblicazione che citava l'amico Fornasieri e che si intitola: "Assolutismo giuridico e diritto privato". Ne sono doppiamente lusingato perché è una pubblicazione scritta da uno storico del diritto ed è una pubblicazione di storia del diritto. Chi vi parla non è un politico o un costituzionalista o un cultore del diritto vigente; è però uno storico del diritto che ha sempre avuto chiara una percezione, quella che forse il giurista di diritto positivo non va mai lasciato solo con la sua norma vigente e che lo storico del diritto poteva avere un'enorme funzione per lui, come una sorta di buona o cattiva coscienza. Lo storico maneggia delle cose morte, direbbe uno sprovveduto, io dico invece che maneggia delle cose che hanno avuto un'esistenza compiuta, che si sono espresse in tutto il loro valore; il suo compito è quello di situarle in una linea che arriva fino al presente, scavalca il presente e va verso il futuro. Lo storico è il depositario del senso della linea, ecco perché il suo colloquio con colui che di questa linea coltiva un solo punto è un colloquio prezioso. Quindi sono lusingato ma anche soddisfatto che da un libro che è un libro di storia del diritto nasca l'occasione per una riflessione sul nostro presente, riflessione di cui ci parleranno l'amico Mor e il senatore Pellegrino. Un libro di storia del diritto, un libro che ha per oggetto l'assolutismo giuridico; ma che cos'è quest'assolutismo giuridico? È la prima volta che questo sostantivo viene coniugato con questo aggettivo. Ho di fronte a me un pubblico certamente elettissimo ma eterogeneo fatto in larga parte di non giuristi, quindi cercherò di semplificare il mio discorso perché noi giuristi abbiamo il vizio di coltivare dei vocaboli misterici; cerchiamo viceversa di comunicare perché qualcosa vi resti del nostro incontro. Io ho cominciato a parlare di assolutismo giuridico all'incirca undici anni fa nel 1988, cioè quando in tutto il mondo, soprattutto in tutta Europa, ci si dava un gran da fare per preparare le celebrazioni del bicentenario del 1789. La cosa che mi aduggiava soprattutto era la bassa retorica sempre apologetica con cui l'89 veniva presentato. E mi aduggiavano i luoghi comuni di cui tutte queste celebrazioni erano molto ben provviste. È certamente un grosso fatto storico l'89, una grande rivoluzione quella francese, con delle grandi conquiste non smentibili; però da giurista mi posi qualche problema ulteriore. Io imputavo alla rivoluzione francese di avere segnato nella nostra storia dell'Europa continentale uno spartiacque, un prima e un poi separati da quella grossa muraglia costituita proprio dalle conclusioni della rivoluzione. E quali erano queste

conclusioni? Le conclusioni sul piano del diritto erano ferree: il diritto interessa al potere politico, il diritto è un cemento importante per il potere politico e il potere politico non può disinteressarsi del diritto, di nessuna branca del diritto. E' ovvio che la conseguenza è un monopolio che il potere politico esercita sul diritto, ed ecco che dalla rivoluzione in poi noi abbiamo avuto un diritto che è diventato legge. Che cos'è legge? Legge è la dichiarazione di volontà di chi è investito del supremo potere politico, è un atto supremo di autorità, è una regola generale astratta. Ed ecco il messaggio della rivoluzione: il diritto è soltanto legge, cioè è soltanto ciò che il potere politico afferma essere diritto. La legge incarna il diritto, esaurisce il fenomeno giuridico perché esprime la volontà generale. Soltanto la legge esprime la volontà generale. Che cosa era successo? Era successo che la rivoluzione francese, erede dell'illuminismo giuridico, aveva consegnato nelle mani del principe la lettura del mondo delle cose sociali e il cittadino se ne era fatto suddito, aveva affidato a lui la sua felicità. Aveva affidato a lui la lettura della natura delle cose e la sua traduzione in regole precise. Il risultato primo della rivoluzione era stata la codificazione del diritto nei codici. Ecco il grande principe moderno Napoleone I che produce la più grande codificazione che la storia abbia mai constatato. L'età del liberalismo economico, l'età delle libertà per il giurista è diventata l'età dell'assolutismo giuridico. Il vecchio pluralismo giuridico che aveva mantenuto la sua vitalità anche sotto i sovrani assoluti, anche sotto Luigi XIV e Luigi XV, era diventato un monismo. Il diritto era diventato la voce del potere e si era in qualche modo immiserito nel timbro di voce che il potere aveva. Io credo che non si debba fare nessuna professione di fede marxista quando si constata che il diritto ottocentesco è un diritto borghese, nel senso che è un diritto prodotto dai detentori del potere che sono espressione della classe borghese. Tutto questo mi faceva riflettere che c'erano delle grosse conseguenze negative, c'era un impoverimento della dimensione giuridica. Questo legame diritto-potere era un condizionamento forte. Il diritto deve essere voce sì, ma della società nella sua complessità. Il diritto deve mantenere il suo legame col sociale perché il diritto è ordinamento del sociale, guai se il diritto si lega troppo all'autorità e diventa soltanto voce dell'autorità. Allora io capisco oggi l'uomo della strada che quando si parla del diritto evoca immediatamente due personaggi sgradevoli: il giudice ed il funzionario di polizia. Io temo che si sia cominciato a perdere dalla fine del settecento questo sentimento che il diritto fa parte della nostra quotidianità, fa parte della fisiologia del sociale. Certo noi ci accorgiamo del diritto soltanto quando esso viene violato, cioè quando è il funzionario di polizia o il giudice a entrare in ballo. Ma il diritto è come l'ossigeno che noi respiriamo e di cui ci accorgiamo soltanto quando viene a mancare; ecco quindi il punto che io volevo segnalare e lo volevo segnalare allo storico del diritto come dato storico ma anche come pungolo per il giurista di oggi a non perdere quello che deve essere il fine specifico di ogni giurista. Il diritto, espressione della società nella sua complessità, il diritto recuperato al sociale pluralisticamente vissuto nell'esperienza quotidiana, cioè assolutismo giuridico vuol dire un mondo che si apre con la Rivoluzione Francese, che è durato

fino a ieri, che noi stiamo superando, ma forse non con quella decisione con cui sarebbe auspicabile. Ha significato se non la perdita, almeno l'attenuazione del diritto come dimensione di una civiltà. Il diritto oggi è troppo spesso separato dalla vita, dalla società, dalla storia, tanto è vero che i giuristi fanno un discorso che pochi intendono, che pochi ascoltano. Poter recuperare la dimensione giuridica alla vita sociale mi sembra che sia un messaggio da raccogliere e da far nostro. Sono questi saggi raccolti nel libro , saggi storico-giuridici, scritti da uno storico che vede la linea dove nasce, come prosegue, vede che questa linea non solo tocca l'oggi, ma prosegue verso il domani. Ecco perché dico che lo storico è la cattiva o buona coscienza del giurista di oggi. Lo pungola, lo stimola a riflettere su se stesso e soprattutto a relativizzare ciò che, guardando soltanto il vigente, gli può sembrare eterno e perfetto.

**Domanda:**

I cittadini in questi anni sembrano smarriti e confusi circa la pratica della giustizia; abbiamo l'impressione che regni l'incertezza del diritto e ciò corrisponde ad un disagio diffuso nel popolo. Lei cosa pensa a questo proposito?

**Pellegrino:**

Ho letto con grande interesse il libro del professor Grossi, ritrovando il ricordo di tanti maestri del diritto che hanno fortemente segnato gli anni della mia formazione : Cesarini Sforza, Francesco Galasso, Niccolò Filippo Vassalli. Il libro ha suscitato in me un senso di nostalgia di ciò che poteva essere e non è stato, di qualcosa di cui in questi anni ho sentito la mancanza impegnandomi in sede politica nel dibattito internazionale intorno ai problemi della giustizia. Ho girato l'Italia e sono venuto spesso a Milano per discutere di questi temi. Ricordo la prima volta nell'aprile del '93 all'università Bocconi e poco dopo, nel giugno del '93, in una trasmissione di Milano Italia durante la quale un magistrato di punta della procura generale di Milano e il presidente dei giovani industriali milanesi mi attaccarono violentemente. In quel periodo il terremoto giudiziario che stava avvenendo a Milano sollevava grandi entusiasmi; provare ad introdurre un momento di riflessione critica in quel periodo era quasi impossibile, mentre, secondo me, proprio allora ci sarebbe stato molto bisogno di un momento di riflessione critica, come ce ne sarebbe bisogno oggi. Io infatti trovai eccessivi gli entusiasmi di allora come trovo eccessivi gli scoramenti di oggi. Quello che sarebbe servito allora e che serve anche oggi è proprio una riflessione teorica su quello che è avvenuto in Italia, per sentirlo come parte di ciò che sta avvenendo nel mondo, anche avvalendosi del magistero della storia. E' importante capire come siamo arrivati a questa situazione e che cosa sta cambiando: infatti nel mondo, non solo in Italia, il ruolo del giudice sta diventando sempre più diverso, allontanandosi dallo schema che abbiamo ereditato dalla rivoluzione dell'89. Il legislatore ha il monopolio della legge, la legge si esprime per categorie gerarchiche generali ed astratte e il giudice invece è soltanto signore del fatto e deve

semplicemente applicare la norma in maniera meccanicistica. Questo è lo schema cui siamo mentalmente abituati e a cui leghiamo il valore della cosiddetta certezza del diritto, schema che non si è mai realizzato in pieno. La rivoluzione francese vietava al giudice l'interpretazione della legge: il giudice doveva solo dire se il fatto di cui era arbitro si incasellava nella norma. Questo schema del giudice "voce della legge" non si è mai realizzato pienamente: chiunque faccia giurisprudenza pratica sa che non è possibile applicare una legge, se prima non la si interpreta. Il giudice Roy Binn, personaggio mitico del West americano che vendeva birra ghiacciata e amministrava giustizia al di là del Pecos, assolse uno che aveva ucciso un cinese perché disse che non aveva trovato nessuna norma che vietasse di uccidere i cinesi. Questo schema, che è tipico di un sistema centralizzato e della concezione tradizionale che noi abbiamo dello stato è uno schema che sta saltando in tutto il mondo per molte ragioni. Innanzitutto la complessità della società moderna determina una tale proliferazione delle regole e il giudice ha tali e tanti riferimenti normativi che finisce per usare il riferimento che gli aggrada per poter meglio risolvere, secondo il suo personale sentimento di giustizia, il caso che gli viene proposto. In realtà stiamo andando verso un orientamento non più monista nella produzione delle fonti ma pluralista e questo avviene soprattutto in Italia. In Italia il mondo ha cominciato a cambiare con l'introduzione di una costituzione rigida, il che significa attribuire al giudice la possibilità di discutere la legge che deve applicare. Non solo, quindi, di individuare la regola in una vastità di riferimenti normativi, ma anche di domandarsi se quella regola sia o no coerente con le norme della costituzione che sono spesso clausole generali, norme aperte, che rinviano al dinamismo della società. Ad esempio il principio di uguaglianza ci dice che è irrazionale e incostituzionale ogni legge che tratta in maniera diseguale situazioni uguali o che tratta in maniera uguale situazioni diseguali. Ma l'uguaglianza o la disuguaglianza sono dati che emergono dalla società e mutano nel tempo. Abbiamo avuto esempi concreti come il problema dell'età pensionabile delle donne. Inizialmente la corte costituzionale disse che era sbagliato fissare lo stesso tetto di età pensionabile perché la situazione dell'uomo e la situazione della donna non sono uguali, quindi sarebbe stata necessaria una disciplina differenziata per realizzare il valore dell'uguaglianza. Poi, quando la donna entrò nel mondo del lavoro e si iniziò a capire che facendola andare in pensione prima le si sottraevano possibilità di carriera, lo stesso giudice costituzionale è intervenuto in direzione opposta.

Il quadro si è complicato ulteriormente con l'Europa. Oggi abbiamo principi sovraordinati rispetto alla stessa costituzione : la Corte Costituzionale ha distinto, all'interno del testo costituzionale, alcuni principi fondamentali che non sono superabili dalla normativa europea e parti della costituzione che invece vengono superate dalla normativa europea che si applica direttamente. Quindi oggi il nostro giudice deve applicare contemporaneamente la legge costituzionale italiana e questo riferimento europeo che detta una serie di norme concretamente applicabili. In questa situazione il monismo, il monopolio del potere politico riguardo alla produzione delle

norme , si è fortemente ridotto. Ciò è avvenuto non solo in Italia, ma in tutto il mondo. Lo ha detto con chiarezza la Corte di Giustizia Europea: il potere politico non è un potere libero ma un potere discrezionale che può scegliere liberamente i mezzi per il perseguimento di alcuni fini. Ma ci si chiede: quei fini sono fissati nelle norme del trattato o vengono desunti dai principi costituzionali comuni? Quindi questa debolezza del potere politico che noi avvertiamo è una situazione generalizzata che sta portando ad una grossa espansione del potere giudiziario. Questo significa che il problema essenziale della democrazia sta diventando in tutto il mondo questo: come si organizza il potere giudiziario? Per darvi l'idea di come il problema sia epocale e planetario vorrei leggervi quello che in sede di Nazioni Unite è stato detto dal relatore sulla Commissione dei Diritti dell'Uomo: un altro tipo di ordine e di valori sovranazionali prevalgono sulle legislazioni nazionali e il giudice è chiamato ad applicarli direttamente. Qualsiasi cosa facciano o non facciano i giudici, la questione della politicizzazione del corpo giudiziario costituirà sempre oggetto di dibattito perché i giudici non operano nel vuoto. Si potrà sempre rafforzare il carattere professionale del corpo giudiziario ma non per questo esso sarà meno chiamato, ai nostri giorni, a decidere questioni di natura politica. Se voi riflettete su quello che è il normale dibattito italiano sui problemi della giustizia vedrete come sia completamente inadeguato alla gravità della situazione. Come ci si divide in sede politica e in sede degli opinionisti? Fra gli amici dei giudici il giudice ha sempre ragione, i politici sono sempre corrotti, i mafiosi sono quello che sono. Invece, chi sostiene che il giudice abbia sempre torto e si fa alfiere del garantismo propone una prospettiva culturale debole che soprattutto pone fuorigioco quello che è il reale problema di come si organizza oggi la funzione e il servizio giustizia nell'epoca della modernità. Chiudo il mio primo intervento segnalando la mia sorpresa nell'aver sentito dichiarare da un ex ministro di Grazia e Giustizia, il collega avvocato Flick, dire giorni fa, in previsione di una sua possibile candidatura alle Europee: "Ma sì, forse mi candido in Europa, perchè i problemi dalla giustizia italiana possono risolversi solo nel quadro europeo". Io sono perfettamente convinto che sia così; la mia sorpresa sta nel fatto che mentre eravamo in Bicamerale, il ministro Flick era proprio quello che ci diceva: "Ma perchè vi state occupando di giustizia in sede di riforma costituzionale? Per riparare i guai della giustizia bastano le leggi ordinarie". Io sono profondamente convinto che quest'ultima affermazione non sia vera. I problemi della giustizia non sono problemi soltanto italiani: sono problemi epocali, riguardano principalmente l'Europa e io sono convinto che in questo stia l'aspetto positivo delle cose che sto dicendo. Siccome in Italia non siamo capaci di risolvere i nostri problemi, alla fine sarà l'Europa che ci imporrà di risolverli. Noi avremo nei riguardi della giustizia lo stesso problema che abbiamo avuto con i conti pubblici: eravamo un popolo di spendaccioni, avevamo i conti pubblici completamente fuori controllo, il vincolo europeo ci ha obbligato ad una politica di serietà. Abbiamo avuto un maestro severo che ci ha imposto la disciplina. Abbastanza presto questo avverrà anche con i problemi giudiziari.

Ai giovani qui presenti vorrei dire che questo è un paese che viaggia sull'onda dell'emotività del momento: c'è la fase in cui tutti inneggiano ai giudici, considerandoli alla stregua di veri eroi e dopo due o tre anni sono già pronti a denigrarne l'attività. Questi problemi non possono essere affrontati in questo modo. Un atteggiamento culturalmente critico avrebbe impedito, tre o quattro anni fa, un eccesso di entusiasmi e oggi un eccesso di delusioni: a mio avviso sono entrambe reazioni sbagliate.

**Domanda:**

Parto dall'osservazione del fatto che tante leggi, poi applicate dai magistrati, sono state volute dai politici. E anche un eccesso di penalizzazione, in effetti, nasce dalla politica. Chiaramente in seguito i magistrati hanno cavalcato questa penalizzazione del diritto. Quindi la prima domanda è: come vede lei il rapporto tra politica e magistratura? La seconda domanda vorrebbe entrare un po' più nel vivo del problema di Tangentopoli e cioè evidenziare alcune contraddizioni. Soprattutto questa: un giudice, appena all'inizio del fenomeno, dichiarò: "Noi abbiamo già vinto", ancor prima che i processi venissero attuati. Questa mi sembra giustizia sommaria e mi lascia un po' perplesso. Inoltre i processi di Tangentopoli, con tutto il dissesto da essi provocato dal punto di vista economico e umano, vedono ancora un numero di condanne definitive piuttosto basso, nonostante l'enorme numero di coinvolti. I soldi spesso non sono tornati al popolo. Quindi, secondo lei, questo rapporto tra potere politico e potere giudiziario non porta con sé il rischio che la magistratura stia perseguendo fini diversi da quello primario dell'applicazione della legge, che comporta processare giustamente gli imputati?

**Pellegrino:**

Io lo penso in parte. Non ritengo che l'espansione del giudiziario e il correlativo restringersi degli ambiti che tradizionalmente venivano attribuiti alla decisione politica sia una patologia. Io penso che sia un aspetto della modernità, la caratteristica della nostra società. Nella nostra società c'è oggi una maggior domanda di giustizia e una minor domanda di politica. Siamo noi ad essere così. Posso farvi un esempio. Fino a qualche anno fa quando un ragazzino veniva bocciato agli esami di scuola, il padre e la madre lo punivano. Adesso lo portano dall'avvocato. E l'avvocato fa una causa: impugna il giudizio della commissione d'esame che è un atto amministrativo. Era un atto amministrativo anche vent'anni fa, solo che a nessuno veniva l'idea di impugnarlo. Non è colpa dei giudici, perchè poi i giudici amministrativi rigettano costantemente la maggior parte di questi ricorsi.. Ogni anno il numero di questi ricorsi cresce: perchè un arbitro ha dato un rigore, perchè una società di calcio è retrocessa. Si va dal giudice. C'è una domanda di giustizia.. E c'è una generale impopolarità della politica: ancora una volta il fenomeno è epocale. Qui io vorrei affidare il tema al prof. Mor e al prof. Grossi, dato che il piano dell'osservazione teorica è molto alto. Io mi limito a un'osservazione. Probabilmente la borghesia ha

affidato a lungo la tutela dei propri interessi al monopolio della legge attribuito alla politica. Questa è la lettura che avete dato. Oggi non lo fa più: perchè? Perchè in realtà il modello borghese ha vinto: ha vinto il mercato, il pericolo è sfumato. Sta nascendo una specie di diritto naturale del mercato, cioè il modello economico che vuole regole a sé coerenti. Il mercato non vuole essere diretto, quanto piuttosto essere arbitrato. Ed ecco quindi che il ruolo del giudice diventa più coerente col tipo di società che abbiamo costruito. L'anomalia italiana è stata nella panpenalizzazione, cioè nel fatto che questo ruolo arbitrale, regolatore è stato assunto soprattutto dal giudice penale. E' questa l'anomalia italiana, non l'espansione del giudiziario. Ciò è avvenuto in parte perchè di fronte a una serie di emergenze il legislatore ha seguito la pressione popolare ma anche la forte pressione culturale della magistratura associata, con norme che hanno esteso l'ambito d'intervento del giudice penale. Ma il fenomeno non si limita a ciò. Il problema è che è nata in tema di applicazione della legge penale una tendenza all'interpretazione estensiva della norma che è contraria ai principi liberali. Perchè anche chi come me crede e ha sempre creduto alla funzione creativa della giurisprudenza ha sempre posto su due piani diversi il rapporto tra giudice e norma e il rapporto tra giudice e norma penale. E' la garanzia dell'articolo 25 della Costituzione: la norma penale non può essere interpretata estensivamente perchè colpisce con una sanzione che incide sulla libertà. E' quello che è avvenuto invece in Italia. In Italia non si colpiscono solo i mafiosi. Attraverso questa fattispecie vaporosa dell'associazione a delinquere di stampo mafioso, per esempio, uno non viene punito per ciò che ha fatto ma viene punito per ciò che si è accordato a fare, indipendentemente dal fatto che l'abbia o meno commesso. Nell'associazione mafiosa non è ciò che fai che viene punito ma l'intesa raggiunta per ciò che potresti fare. La giustizia italiana si è inventata il concorso dall'esterno dell'associazione mafiosa. E questa fattispecie labile e vaporosa è stata estesa al massimo. Ha ragione il professor Mor a chiedersi il motivo per cui i politici italiani hanno fatto la norma sul finanziamento illecito della politica. I problemi sono due: a riprova della debolezza storica che deriva secondo me da ragioni strutturali e dalla politica, pur volendo abrogare quella norma con effetto retroattivo (trattandosi di norma penale) non sono stati in grado di farlo perchè tre sostituti procuratori andarono in televisione ed è successo quel che è successo. Il problema è un altro: la magistratura italiana ha trasformato tutti i fenomeni di finanziamenti illeciti alla politica in fatti corruttivi.. Quanti conflitti di attribuzione sono stati risolti dalla Corte Costituzionale dicendo che non spetta alla magistratura fare o non fare una certa cosa? Pochissimi. Personalmente, come presidente della Giunta delle autorizzazioni a procedere del Senato, io costrinsi la Procura di Milano a un conflitto di attribuzione e sono tuttora convinto di aver avuto ragione e che la procura avesse torto. Ci arrivò una richiesta di autorizzazione a procedere per corruzione. C'era un finanziamento illecito. Io chiesi dove fosse il pubblico ufficiale. Mi venne risposto che se dei soldi erano stati dati illecitamente, in qualche parte d'Italia doveva esserci un pubblico ufficiale che aveva commesso un atto che non avrebbe dovuto commettere. Io decisi di negare

quell'autorizzazione a procedere. La Procura della Repubblica di Milano propose un conflitto di attribuzione dicendo che non spetta al Senato decidere quale norma essa dovesse applicare, perchè la persecuzione che può legittimare il diniego di autorizzazione può stare solo nella ricostruzione del fatto. Era un argomento singolare. La Corte Costituzionale, che in genere decide i conflitti di attribuzione, in pochi mesi aspettò che noi abrogassimo l'istituto dell'autorizzazione a procedere, per dichiarare cessata la motivazione del contendere, perché la vita è fatta anche di rapporti di forza, non voleva dar torto a Borrelli, questa è la verità. Tornando a quel problema, io sono convinto che la patologia italiana sta nel panpenalismo, cioè il giudice italiano invece di assumere il ruolo alto del regolatore tende piuttosto ad assumere il ruolo del punitore. Questo però non basta constatarlo, dovremmo domandarci come questi problemi si risolvono; e io sono convinto che non si possono risolvere, come non si può risolvere il problema dell'ingolfamento giudiziario, se non incidendo sui principi costituzionali, sulle norme organizzative, per esempio separando il Pubblico Ministero dalla magistratura giudicante. Ma bisogna discutere di un altro problema: anche ora che il ruolo della politica è diventato recessivo permane l'idea del monismo giudiziario, cioè che l'intera funzione giurisdizionale debba essere affidata a un corpo di burocrati; anche qui dovremmo introdurre il pluralismo, riaprendo alla società. Io sono convinto che la società dovrebbe riappropriarsi per grossi settori della capacità sua di dirimere i conflitti creando collegi arbitrali, luoghi dove i conflitti si compongono infrangendo il monopolio di una burocrazia che ha moltissimi meriti verso il Paese ma che in questa situazione corre il rischio di diventare troppo potente. Abbiamo fatto il processo accusatorio, che non ha senso se non diventa un processo di giuria, dove il giudice dirige il dibattito e ci sono quindici cittadini che senza dover motivare, principio che viene anch'esso dalla rivoluzione francese, devono soltanto emettere o no un giudizio di colpevolezza, poi il giudice decide quale pena assegnare. Tutto il problema del 513 dipende dalla strana posizione che in Italia ha il Pubblico Ministero, queste sono le banalità su cui nessuno riflette. La posizione del Pubblico Ministero influenza anche il criterio di valutazione delle prove perché in Italia vale il principio per cui si è condannati soltanto se la prova della colpevolezza è raggiunta al di là di ogni ragionevole dubbio, invece è certo che non è così perché questo è un Paese in cui il Procuratore esercita l'azione penale, conclude per l'assoluzione e il Tribunale ti può condannare; questo è un Paese in cui puoi essere condannato anche se il tuo accusatore dubita della tua colpevolezza. È l'incardinamento del Pubblico Ministero nella giurisdizione che crea queste forme di supplenza reciproca: il Pubblico Ministero chiede l'archiviazione e il GIP gli ordina di esercitare l'azione penale, questo non può attenere al rito accusatorio in un processo che non è dominato dal principio della domanda. Noi in Italia non abbiamo un rito accusatorio, abbiamo un processo in cui tendenzialmente la prova si forma di fronte al giudice e non è ammissibile che quello che viene detto al Pubblico Ministero e non si vuole confermare poi in aula venga buttato via, anche se non è presente l'imputato né il suo

difensore e spesso accade come per l'Alletto che non ci sia neanche una telecamera che dia testimonianza di ciò che succede durante l'interrogatorio. Ma il Pubblico Ministero è un magistrato, non possiamo disperdere nessuna prova perché il processo cerca la verità. Questi sono i nodi che noi dovremmo sciogliere, rilanciando la giustizia civile perché non è possibile che qualsiasi conflitto vada davanti al giudice togato. L'altro giorno ero in sezione unita della Cassazione, c'erano due avvocati padre e figlio che impugnavano un provvedimento del Consiglio Nazionale Forense, che aveva confermato un provvedimento sanzionatorio del consiglio dell'ordine della loro città, il quale consisteva solo di un avvertimento e si è discusso per un'ora. Se non si modifica l'articolo 24 e 113 della Costituzione questi sono fatti ineludibili, il legislatore non può fare niente; la grande occasione che abbiamo perduto è stata la Bicamerale e io sono convinto che sarà l'Europa ad imporci di dare alla giurisdizione la possibilità di svolgere la sua grande funzione di civiltà, non per limitare il potere dei giudici o per dare al potere politico uno spazio che non è più suo. C'è un altro problema di cui nessuno parla e su cui io mi arrovello: oggi ci sono settori grossissimi della società che sono diventati anomici, dove si sa già in partenza che non esiste una norma in base alla quale risolvere il conflitto; questo dovrebbe essere il terreno dell'autorità indipendente, perché le autorità di regolazione e garanzia risolvono il conflitto proprio come i vecchi giudici di equità: creano la regola nel momento in cui la applicano. Questi sono giudici tecnici, nuovi, fra poco avremo le autorità indipendenti europee e noi siamo sempre a litigare fra garantisti e giustizialisti. Io penso che dovremmo iniziare ad affrontare più seriamente questi problemi occupandoci di ciò che attiene alla modernità.

**Domanda:**

Prof. Grossi, nel suo libro lei parla di un'Italia ammalata di giacobinismo, di una società espropriata. Che cosa intendeva?

**Grossi:**

Rispondere a questa domanda mi consente di riprendere anche dei motivi che hanno accennato in dialettica con me sia il collega Mor sia il senatore Pellegrino. Siccome sarò breve nella risposta, raccolgo gli spunti dei due colleghi. Certo, lo schema interpretativo da me proposto dell'assolutismo giuridico è provocatorio. Quindi ritengo legittimo anche l'atteggiamento di chi veda benefica la statalizzazione del diritto nei due secoli che stanno alle nostre spalle. Quando io parlavo del diritto borghese mi riferivo ovviamente alle codificazioni ottocentesche; però in ogni caso, anche in una società pluriclasse ove si sia legato strettamente potere politico e produzione del diritto, c'è il rischio di pesante e profonda ideologizzazione, questo è inevitabile. Ideologizzazione significa particolarizzazione, significa segnare la dimensione giuridica con delle tinte che sono sempre delle tinte di unilateralità. C'è un altro pericolo della statalizzazione, quindi della legalizzazione, è il pericolo che segnalava non un giurista remoto, ma il nostro grande cultore del diritto commerciale,

quel Tullio Ascarelli che ricordava come suo grande maestro il senatore Pellegrino. Ascarelli, che era un grande cultore del diritto commerciale, cioè un diritto vivo, un diritto che ha bisogno sempre di pescare nella pratica degli affari. Ascarelli aveva un terrore, cioè il terrore di un diritto che si identificava in un testo. Questa è la frase ricorrente in ogni opera di Ascarelli. Guai se il diritto, che è in realtà regola esperienziale, che è dimensione di vita, diventa un testo, si cristallizza in un testo! Allora c'è un ulteriore pericolo: il giurista che diventa esegeta, cioè un semplice spiegatore di un testo, e la vita è al di là del testo, e il testo fa da schermo tra il giurista e la vita. Ora gli storici del diritto sanno bene che c'è una cosiddetta scuola dell'esegesi dell'Ottocento, però è allarmante che un notevole civilista italiano (facciamone nome e cognome: Natalino Irti) qualche anno fa abbia fatto lui la proposta di una nuova esegesi. Io dico, guai se il giurista si riduce ad esegeta! Il giurista è un interprete, interprete di una regola sociale, di un contesto sociale. Questi sono i rischi reali dello statalismo giuridico e conseguentemente del legalismo giuridico. Quello che dice il senatore Pellegrino - richiamare, recuperare il diritto alla società, come dato che contrassegna l'oggi e, speriamo, il domani - mi trova assolutamente consenziente. Questo lo si sta facendo per esempio a livello sovranazionale. Il mondo degli affari, che ormai non è più legato a questa o a quella nazione, ma è proiettato a livello internazionale, è un mondo che vede nella prassi mercantile, nei principi che i commercianti e gli uomini di affari elaborano a livello internazionale, proprio in queste molle precise di carattere economico, il suo divenire, i suoi istituti che sono tutti nuovi, forgiati sul piano pratico e abbiamo a quel livello non solo principi universali, ma una giustizia la quale è ben spesso arbitraria. Naturalmente giustizia privata, che vale se gli uomini di affari le si affidano, che non ha la protezione dello stato, che non ha la coazione da parte di uno stato a sua disposizione, ma che è rapida ed efficace ed è soprattutto il frutto di queste forze spontanee. Giustamente il senatore Pellegrino diceva: "Perché non ricorriamo sempre di più a questo fenomeno delle giustizie private?" A livello sovranazionale lo si sta facendo con una frequenza che è addirittura conturbante.

Vengo alla domanda di Antonini. Giacobinismo giuridico vuol dire credere che la legge, come voce dello stato, della sovranità, come volontà che la sovranità impone sulla comunità, non solo monopolizza il giuridico, ma è al di sopra di ogni altra manifestazione del giuridico. Significa culto della legge, onnipotenza della legge. Voi direte che questo è ormai svanito, questo ormai si è dileguato in questi duecento anni. Basta avere a che fare, qui mi permetto di dirlo al nostro legislatore, basta contemplare lo squallido episodio delle leggi finanziarie che il parlamento nazionale ci offre negli ultimi anni, leggi che dovrebbero essere soltanto relative ai conti dello Stato per un certo anno solare e che hanno con quei collegati un universo giuridico in cui si seppelliscono le più svariate disposizioni, in cui addirittura relevantissime questioni inerenti la vita stessa dei cittadini trovano una collocazione indebita. Da cosa sorge tutto questo? Dal fatto che il parlamento è onnipotente e che la legge è il testimone di questa onnipotenza. Se noi vogliamo andare nella direttrice che ci indica

con enorme saggezza il senatore Pellegrino, cioè il recupero alla società del fenomeno giuridico, questa certamente non è la strada da battere. Senatore, le ultime finanziarie sono degli esempi di deformazione, di snaturazione della legge, così come illuministicamente nel Settecento la si credeva, un'espressione della razionalità giuridica. Ecco perché io dico che il nostro nemico è ancora il giacobinismo giuridico, perché ancora noi crediamo che il legislatore sia onnipotente, sia un personaggio luminoso, incontrollabile. La finanziaria è l'esempio dell'abuso del legislatore. Si parla dell'abuso del giudice, di quello dell'amministratore. Vogliamo cominciare a parlare dell'abuso del legislatore? La corte costituzionale ci dà molti esempi in questa direttrice quando ha cominciato a parlare di ragionevolezza della legge e ha iniziato un discorso innovativo, a mio avviso pienamente condivisibile.

**Domanda:**

Nel testo lei parla di un circolo vizioso tra individualismo statalista e uno statalismo individualista.

**Grossi:**

Sembra un bisticcio e una contraddizione. Quando io devo spiegare i caratteri di questa civiltà giuridica moderna, ai miei studenti dei corsi universitari io parlo sempre del matrimonio segreto. Chi sono i nubendi di questo matrimonio segreto? Sono il borghese che nasce nel Cinquecento, l'uomo provveduto, l'uomo abbiente, sia egli proprietario terriero o mercante, e lo Stato. Matrimonio significa patto reciproco, scambievole. L'uno ha bisogno dell'altro. L'individuo sa di doversi appoggiare ad un ente protettore che lo tuteli. Ma a questo ente deve dare fedeltà, deve garantire a sua volta tutto il peso della propria rilevanza sociale. Questo è quello che avviene dal Cinquecento fino all'Ottocento. Noi abbiamo un legislatore che tutela certe situazioni economiche private, e un privato abbiente che garantisce l'appoggio sociale al principe, allo Stato. Ed ecco i nostri codici civili, ed ecco perché il primo codice civile unitario del Regno d'Italia del 1865 fa dire al suo grande legislatore, Giuseppe Pisanelli, che questo codice ha un solo pilastro portante, uno solo. Questo pilastro è la proprietà privata individuale. Ecco lo Stato che chiede alla legge di tutelare certe situazioni economiche ritenute rilevanti, addirittura le crea come situazioni "costituzionali", cioè fondanti del suo ordine e naturalmente il borghese che promette allo Stato e poi attua il suo appoggio sul piano sociale ed economico.