

Dott. EMILIO ROSINI
Deputato al Parlamento

LA COSTITUZIONE SOTTO TUTELA

Estratto dalla « Rivista Penale »
Luglio 1954 — Fasc. N. 7

SOCIETÀ EDITRICE « TEMI »

Dott. EMILIO ROSINI
Deputato al Parlamento

LA COSTITUZIONE SOTTO TUTELA

Estratto dalla « Rivista Penale »
Luglio 1954 — Fasc. N. 7

SOCIETÀ EDITRICE « TEMI »

Pubblica Sicurezza — Art. 113 Legge P.S. — Abrogazione per effetto dell'articolo 21 della Costituzione (L. P.S., art. 113).

Tribunale di Padova, ud. 10 febbraio 1953. Pres. ed est. BURATO, Imp. *Polo e Bozza*.

L'art. 113 L. P.S., sull'obbligo di licenza per le affissioni di manifesti, è abrogato per effetto delle nuove norme costituzionali (1).

(1) Così motiva la sentenza:

« In esito all'odierno pubblico dibattimento, sentiti gli imputati, il loro difensore ed il P.M.; ascoltata la relazione fatta dal Presidente; letti gli atti; ritenuto e considerato che: il giorno 17 novembre 1951 in Monselice i CC. sorprendevo i giovani Polo Gino e Bozza Gianfranco « che muniti di colla e pennello affiggevano sulla pubblica via manifesti murali di vario colore nei quali viene tra l'altro mossa critica all'attuale governo per l'inerzia dimostrata nell'affrontare la drammatica situazione delle regioni alluvionate (Polesine) ». Poichè i due non erano in possesso della licenza di cui all'art. 113 del T.U. 1931 delle leggi di P.S. venivano arrestati e denunciati al Pretore di Monselice assieme a Busetto Franco, che per successivi ulteriori accertamenti i carabinieri potevano assodare essere autore della diffusione dei manifesti. Il 22 novembre 1951 ai due arrestati veniva concessa la libertà provvisoria e tutti e tre venivano quindi portati a giudizio del Pretore di Monselice per rispondere di concorso nel reato di cui agli artt. 113 T.U.P.S. e 663 modificato del C.P. per avere il Busetto distribuito e gli altri due affisso senza licenza dell'autorità locale di P.S. manifesti murali. Con sentenza del 19 settembre 1952 il Pre-

tore mandava assolto il Busetto per insufficienza di prove e condannava gli altri due alla pena di giorni 5 di arresto e lire 1000 di multa colla sospensione condizionale e colla non menzione. Contro tale condanna appellavano a questo Tribunale il Polo ed il Bozza denunciando la violazione dell'articolo 21 della Costituzione della Repubblica italiana e pertanto venivano tratti nuovamente a giudizio di questo Tribunale il quale giudica l'appello fondato e da accogliere.

Sul fatto nulla vi è da dire e tanto meno da osservare essendo accertato e pacificamente ammesso.

La questione è se (la vendita, la distribuzione o comunque la messa in circolazione e) la affissione in luogo pubblico senza la licenza della autorità di P.S. (o senza osservarne le prescrizioni) di scritti o disegni (o il fare uso di mezzi luminosi od acustici) costituisca reato (art. 113 P.S. e 663 C.P.), anche dopo la entrata in vigore della Costituzione della Repubblica italiana, art. 21 in altri termini sul rapporto tra tale norma e le suddette; in generale tra le norme costituzionali e preesistenti; più in generale ancora, tutte le altre norme giuridiche anche successive.

Intanto è da osservare subito che le sfere degli art. 113 P.S., 663 C.P. e 21 Cost. sono solo, in parte coincidenti, essendo invece eccentriche e di diversa ampiezza, quindi l'una diversa da tutte le altre, ma non totalmente. L'art. 663 non distingue tra le diverse materie, limitandosi da altra parte a porre delle sanzioni penali per certi fatti ben definiti quando però questi siano in contravvenzione a particolari dettati di legge; e l'art. 113 P.S. comincia con l'escludere dalla propria sfera la materia ecclesiastica e la stampa periodica. L'art. 21 Cost. afferma ancora una volta esplicitamente e so-

lennemente non tanto quello che senza dubbio è un fondamentale principio di libertà, quella di pensiero, quanto la sua garanzia giuridica, cioè nei rapporti esteriori, non tanto la inalienabile ed anarchica od indifferente libertà di pensare quello e come si vuole (questa sarebbe una questione biologica o filosofica o psicologica o pedagogica ecc., non ad ogni modo giuridica; e nessun patibolo o carcere potrà mai ed ha mai potuto irretire o coercire) ma appunto il suo riflesso esterno, che significa ed implica, importa e presuppone assieme la libertà di manifestarlo, il proprio pensiero, qualunque esso sia in qualunque campo ed aspetto e modo. Il bene giuridico è la formale libertà di comunicazione espressiva, irrilevante o indifferente in questo piano il suo specifico contenuto ed oggetto.

Ora, il principio così fissato nell'art. 21 pp. della Cost. è in assoluto contrasto con quello dell'art. 113 P.S. Mentre infatti (questa elementare analisi di raffronto è necessaria stanti le gravi ed autorevoli deviazioni verificatesi) quello afferma la libertà di manifestare (rendere palese portare alla conoscenza altrui) dicendo che hanno diritto di manifestarlo liberamente (cioè senza impedimenti e limitazioni) il proprio pensiero, con qualunque mezzo di diffusione (notisi bene che la libertà considerata è quella di comunicazione e non quello di considerare uno o altro contenuto o risultato); l'art. 113 postula invece il principio opposto, quello del controllo preventivo di merito (cioè proprio sul contenuto) ed i due principi sono ciascuno in armonia coi presupposti ideologici e politici dello stato di polizia quest'ultimo, dello stato di diritto o democratico liberale il primo, e pertanto tanto in contrasto radicale ed insanabile tra di loro quanto le due concezioni statuali.

Il contrasto giuridico letterale non occorre dimostrarlo per affermarlo essendo evidente e da tutti ammesso, proprio quando e dove si cerca una impossibile conciliazione. Il D.L. dell'8 novembre 1947, n. 1382 dà la conferma testuale di tali considerazioni e conclusioni nel senso che si tratta di un vero e proprio controllo preventivo di merito se contro il diniego dell'autorità locale di P.S. è concesso ricorso al Procuratore della Repubblica. Se la legge di P.S. imponesse e stabilisse non un tale controllo

da parte dell'autorità amministrativa ed in sede di riesame da parte di un magistrato, che peraltro non ha potere giurisdizionale, ma soltanto una regolamentazione esteriore di modo, tempo, di persona, di luogo ecc., si porrebbe e sarebbe discutibile il problema della compatibilità della coesistenza delle due norme, che invece così come stanno sono radicalmente contraddicentesi. Infatti se pure la licenza di cui all'art. 113 non è soggetta alle rigide e gravi limitazioni dell'art. 11, tuttavia, ed anche peggio, la legge riconosce sempre all'autorità locale di Pubblica Sicurezza la facoltà di negarla alle persone che ritenga capaci di abusarne: onde controllo di merito (capacità di abuso) ed assoluto potere discrezionale (sempre facoltà) che la legge del 1947 non ha limitato né regolato ma soltanto esteso al magistrato del P. M.

Prosegue nei capoversi l'art. 21 Cost. statuendo che la stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure: ora, o si intende stampa in significato ristretto di pubblicazione periodica, ed allora la norma non interessa; si intende in senso più generale ed allora il principio è la conferma in senso negativo di quello positivo affermato nel comma primo. Poi regola il sequestro nei suoi presupposti, modi, competenze ecc. (reati commessi *colla* stampa (elemento materiale o mezzo di esecuzione del reato non fatto costitutivo di reato); o per difetto di identificazione); dispone per la possibilità di imporre la notizia dei mezzi di finanziamento; infine vieta le manifestazioni contrarie al buon costume affidando alla legge i provvedimenti di prevenzione e repressione. Ora per quanto ampia sia la nozione che si voglia assumere del buon costume oltre la indicazione della sfera sessuale, non potrà con tutta la buona o cattiva volontà in tale concetto farsi rientrare anche la critica alla politica ed all'azione del governo.

Senza un'ulteriore analisi del diverso contenuto e del diverso valore giuridico delle norme dell'art. 21 Cost. pare sufficiente mettere in rilievo che proprio l'art. 21 è paradigmatico ed esemplare dei diversi tipi di norme che una legge costituzionale può contenere e che la costituzione italiana contiene.

La Costituzione è la legge fondamentale che un popolo libero e liberatosi o co-

munque pervenuto allo stato di libertà si dà, cioè pone a se stesso in quanto organismo, o forse meglio geneticamente, è la legge stessa del farsi di questo organismo; cioè pone a per tutte le sue parti ed aspetti, la Nazione, lo Stato, il Governo, il Giudice, il Legislatore, le collettività di ragione sia pubblica che privata, gli enti, gli uffici, tutti i suoi organi e membri in una parola, i singoli, infine. E' questione più che altro tecnica e di opportunità pratica quella per cui la legge costituzionale per il suo carattere di fundamentalità è prevalentemente al sommo generale universale ed astratta, cioè ideologica e politica più e prima che giuridica e regolativa immediatamente, si pone cioè come sintetica al massimo e poco articolata. La cosa poi non cambia se si distingue la costituzione rigida dalla comunque diversa; ed ugualmente non cambia qualunque sia la sua origine ed il suo modo di formazione, nell'effettuale storia politica per sedimentazione spontanea di principi e regole, per concessione più o meno graziosa del principe, per mediazione sacerdotale da un principio teologico, per conquista insurrezionale o rivoluzionaria, per conseguita indipendenza, per accordo di stati sovrani, con validità per tutto il popolo o per parte, o in modi diversi per le varie classi (oligarchie, aristocrazie, partitocrazie ecc.). La costituzione pone in se stessa i suoi limiti, la sua denotazione e connotazione per usare una vecchia ma chiara terminologia scolastica; ed è e può considerarsi veramente tale quando la sua vitalità e coerenza sono tali da impedire il suicidio o la sopraffazione o la inefficienza. Essa pone i suoi limiti anche quando in particolare ed in quanto prescrive a se in se stessa esplicitamente la propria applicabilità diretta o immediata o meno; o implicitamente fissando norme che non hanno bisogno di altre per funzionare. La costituzione italiana non pone alcuno di questi limiti in via generale, ma per singole materie contiene dei rinvii e delle riserve espresse; ed inoltre non solo per queste disposizioni esplicite ma anche sotto altro aspetto la costituzione italiana non è un organismo in tutto ed in tutte le sue parti senz'altro efficiente, perchè molti e fondamentali istituti, principi o direttive affermati per quanto categoricamente non possono funzionare ed operare senza l'intervento

legislativo e regolamentare successivo. Come premesso e come lo stesso art. 21 nei capoversi dà esempi.

Le norme che contengono rinvii e riserve e quelle che enunciano principi politicamente concreti ma giuridicamente astratti, non sono ancora norme giuridiche perfette, non possono trovare diretta ed immediata applicazione, ma valgono tuttavia sempre come principi generali di diritto ai quali la norma giuridica particolare non può contrastare né contraddire: può avere quindi la norma costituzionale imperfetta oltre che efficacia direttiva ed interpretativa anche abrogativa e modificativa di legge preesistente: per es. il diritto, di fronte al delitto, di sciopero. Ma vi sono, come premesso, altri casi in cui anche la norma costituzionale si presenta come norma giuridica perfetta, di immediata e diretta applicazione. La prima parte dell'art. 21 è tale nella sua enunciazione generale, nella positiva affermazione di un diritto di libertà che ha necessariamente posto nel nulla limitazioni e divieti precedenti. Lo stesso fatto che nei capoversi per singole materie o per speciali aspetti sono posti limitazioni, rinvii e riserve, lo conferma applicando la regola *« ubi lex voluit dixit »*, onde se e quando e per quanto non ha detto non ha voluto o ha voluto il contrario o ha voluto tenere fermo il principio generale fondamentale. L'argomento opposto, che cioè se sono poste certe limitazioni anche altre sono ammissibili, è antiggiuridico. Comunque quella che è cosa certa è questa, che il legislatore se e quando fa delle leggi in materia in cui vi sia il rinvio e la riserva della costituzione o in altra in cui la norma costituzionale non si presenti altro che come principio regolatore ed informatore della legislazione oppure infine la norma costituzionale si presenti come perfetta, in nessun caso, mai, per nessuna buona o cattiva ragione, il legislatore ordinario può disporre in contrasto e non in ossequio della costituzione; e se lo facesse la costituzione stessa prevede il rimedio ed il modo.

Se pertanto una norma di legge nuova non si limitasse a regolare come sopra accennato la estrinsecazione della libertà di stampa, ma questa assoggettasse a controllo preventivo dell'autorità amministrativa o anche altra, subordinandone l'effettivo esercizio ad una licenza, e non soltanto, ripetesi, per

aspetti secondari ed esteriori e bene precisati ad ogni modo, una tale legge non regolerebbe la libertà di stampa ma la negherebbe e pertanto sarebbe incostituzionale: così altrettanto ed a maggior ragione, la norma di una legge passata che in contrasto con la nuova costituzione imponga quel controllo, non è e non può essere applicabile perchè è come contrastante dalla costituzione abrogata. Sarebbe strano ammettere l'abrogazione tacita per incompatibilità nei rapporti fra leggi dello stesso piano, ed escluderlo per la legge fondamentale e di fronte non solo alle leggi nuove ma anche alle vecchie leggi di un regime liberale.

Si dice che necessità di salute pubblica postulano ed esigono un qualche controllo dei mezzi di comunicazione espressiva. Intanto è da dimostrare che tali necessità possano sussistere e di fatto in un dato caso sussistano, e poi che un organo di autorità locale di pubblica sicurezza sia o possa essere competente (in tutte le accezioni della parola) ad apprezzarle discrezionalmente. In secondo luogo la costituzione dice il contrario: ed in terzo luogo l'argomento non ha alcun pregio né politico né giuridico né logico. Infatti considerando lo aspetto logico, si confonde la libertà di esprimere e comunicare il proprio pensiero a tutti garantito colla possibilità che nella esplicazione di tale libertà si ammettano reati o abusi pericolosi o dannosi. Ma ciò è possibilissimo e del tutto normale, ma è anche del tutto irrilevante perchè altra cosa è la libertà di stampa altra la possibilità che per abuso o cattivo uso o comunque per mezzo della stampa si commettano reati: alla stessa guisa che la possibilità di commettere reati in genere non esclude, anzi ne è postulata dalla libertà di circolazione, di movimento nello spazio, di disponibilità del proprio corpo più in particolare, ad es. il diritto di percorrere una strada pubblica, di accedere ad un pubblico esercizio non possono e non sono limitati ed esclusi dalla possibilità di danni colposi, in ingiurie, essendo se mai soltanto regolati quando la pericolosità del mezzo per le sue caratteristiche tecniche impone la patente, o per applicazione di misura di sicurezza è imposto dal giudice un divieto. Patente e divieto che non trovano alcuna controindicazione nella costituzione.

Un ordinamento liberale postula il massimo di libertà col massimo di responsabilità: in questa proposizione trova la sua seria espressione giuridica il concetto di dignità umana, e non in altri riferimenti ipocritamente tendenziosi anche in opposte direzioni; la prevenzione criminale deve agire e sussistere in campo sociale economico assistenziale ecc. non giuridico, penale o poliziesco, cadendosi altrimenti nello stato assolutistico, di polizia, totalitario, quanto meno ma non men peggio paternalistico (la immorale concezione totalitaria dello stato etico; l'antistorica medievale concezione teologica). La costituzione italiana pone invece (almeno vuole porre come sta scritta ed anche con tutte le sue antinomie e contraddizioni) il fondamento di uno stato liberale democratico, ed anche il giudice ha il dovere di ricercare e difendere, contro chiunque e a favore di chiunque, tale concezione, che anche a lui come al legislatore, come al governo, come a tutti i cittadini si impone non più e non tanto come principio ideologico, una volta fissato nella legge costituzionale, ma quale norma giuridica fondamentale.

Richiamando dei concetti già accennati è da osservare che l'art. 113 del T.U. P.S. del 1931 parla anche di mezzi luminosi o acustici per comunicazione al pubblico: ora in quanto con tali mezzi si estrinsechi una manifestazione espressiva di pensiero, vale il principio della pp. dell'art. 21 Cost.: ma in quant con tali mezzi o per lo più si esplica la propaganda commerciale, potranno ben trovare applicazione certe norme di polizia, in particolare urbana, e di finanza, senza che questo contrasti colla libertà costituzionale, come d'altro canto se coi suddetti mezzi si reca disturbo ecc. soccorre l'applicazione degli artt. 659 e segg. C.P.: ne da altra parte la possibilità di tale abuso e la sua repressione contraddicono o escludono la libertà di diffondere la conoscenza del proprio prodotto, nè che per tal modo si commettano violazioni di diritti di privata, concorrenze sleali ecc.; come ancora la possibilità di commettere diffamazione per mezzo della stampa non esclude anzi postula proprio la libertà di stampa e lo abuso che cade sotto una determinata sanzione e come tale represso non significa limitazione ma sempre anzi postula sempre il contrario.

La costituzione sotto tutela (*)

Questa sentenza merita di essere sottolineata non tanto per il valore (che pure è notevole) delle argomentazioni strettamente giuridiche in essa contenute, quanto per il tono (chiaramente polemico, pur nei limiti in cui può esserlo una sentenza) ispirato a una sensibilità costituzionale che è purtroppo inconsueta a gran parte della nostra giurisprudenza.

L'ampiezza della disamina fatta dal Tribunale di Padova potrebbe sembrare eccessiva se non si trattasse d'una sentenza che, andando contro corrente rispetto all'ormai costante giurisprudenza della Suprema Corte, doveva essere motivata con particolare diligenza. E se non può non essere motivo di fiduciosa soddisfazione il constatare come non tutti i giudici di merito si uniformino, in questa scottante materia, senza vaglio critico, agli insegnamenti della Cassazione, dà però da pensare il fatto che per dissentire da quelli debbano invocarsi argomenti che dovrebbero essere addirittura ovvii...

La tesi della possibile coesistenza tra l'articolo 21 Cost. e l'articolo 113 L. P. S. sembra avere esaurito tutti i suoi argomenti con la sentenza 15 aprile 1950 delle Sezioni Unite (« Riv. Pen. » 1950, II, 377): argomenti demoliti, con critica tanto precisa quanto contenuta, dalla nota di Aloisi pubblicata nello stesso fascicolo, a non parlare della copiosissima letteratura successiva. Le posteriori sentenze della Cassazione sono servite, se mai, a rafforzare le perplessità e i dissensi. Sicchè oggi è il caso di domandarsi accortamente se valga la pena di criticare decisioni che, a quanto sembra, « la ragion somettono al talento ».

Questa nota comunque non pretende di ribadire cose già dette nè di aggiungere argomentazioni alle tante che hanno sviscerato l'argomento sul piano strettamente giuridico. Ma può essere non inutile fermare l'attenzione su alcuni aspetti singolari di questa ormai lunga e maturata controversia.

Che presenta anzitutto il suo aspetto più singolare in ciò, che a ben guardare non merita la qualifica di controversia dottrinale. Il suo contenuto sembra addirittura elementare, e non richiede all'interprete uso di strumenti ermeneutici più che rudimentali: si può, in sostanza, ripetere con Aloisi che « l'unica soluzione possibile si raccomanda a un sillogismo dei più semplici ». Se ciò è vero, è il caso di chiedersi se siamo davvero in presenza d'una disputa giuridica, che sarebbe inadeguata al suo oggetto.

E in realtà chi esamini le opposte tesi s'avvede che non c'è un punto nel quale esse si scontrino o divergano: perchè non si incontrano mai. Il dialogo (che perciò non è tale) si svolge in due piani diversi.

Sembra infatti assai difficile collocare nel campo dell'interpretazione della norma positiva un'affermazione come questa: « La applicazione letterale ed assoluta dell'art. 21 della Carta costituzionale porterebbe disordini irreparabili, giacchè le più nocive e maligne espressioni del pensiero, dall'ingiuria all'oltraggio, dal vilipendio all'istigazione a delinquere, acquisterebbero impulsi tali da infirmare lo stesso principio di sovranità dello Stato » (Cass. III Sez. Pen., 12 ottobre 1950, in « Giust. Pen. » 1951, II, 14). E ancor meno queste: « La civile convivenza e più ancora la vita stessa dello Stato impon-

* In conformità alla costante prassi di questa rivista, aperta sul piano giuridico a ogni dibattito, si pubblica la seguente nota, la quale va riportata esclusivamente al pensiero del suo autore.

gono che le libertà dei singoli si svolgano in modo da poter coesistere tra loro e da non compromettere l'esistenza dello Stato; onde il diritto e il dovere dello Stato di regolarle, disciplinarle, affinché non si degeneri nell'anarchia... Lo Stato, per realizzare i suoi fini etici e giuridici... ha il preciso dovere di preservare l'ordine, la tranquillità sociale, la sicurezza delle persone, la proprietà, la moralità, da qualunque attentato che a questi beni possa derivare dall'azione antiggiuridica dei singoli» (Cass. III Sez. Pen., 12 febbraio 1951, in « Giust. Pen. » 1951, II, 587).

È evidente che quando si tratta dei fini dello Stato e dei mezzi per attuarli, per difendere la sovranità statale e per salvare la patria dall'anarchia, non ci si muove più nel campo giuridico, ma in quello politico: ci si trova cioè nel momento della statuizione della norma; non in quello dell'interpretazione e della applicazione di essa.

Pare dunque che sia necessario ricordare che l'ordinamento giuridico italiano, basato sul principio della separazione dei poteri, non attribuisce affatto alla magistratura il grave compito di salvare lo stato dal caos né di stabilire, a quel fine, in che dose la libertà possa essere concessa agli italiani; a ciò è sufficiente il potere legislativo; che (pare necessario ricordare anche questo) non è affatto insensibile a quelle esigenze che tanto preoccupano i giudici della Cassazione. Soltanto, il legislatore (anzi, il costituente) ha ritenuto di salvaguardarle altrimenti che con norme di polizia.

La Costituzione repubblicana si ispira, in questo campo, ai principi liberali: secondo i quali il cittadino è libero di manifestare il proprio pensiero con tutti i mezzi a ciò idonei, salvo a doverne rispondere se, abusando di quella libertà, viola precetti sanzionati penalmente. Il Manzini (« Giur. Compl. Cass. Pen. », 1950, I, pag. 131) ritiene « improvvida » e dannosa la « massima liberale del reprimere e non prevenire » accolta dalla Costituzione, ma dopo aver manifestato tale opinione, osserva che ciò non autorizza a violare la norma positiva, pur criticata « de iure condendo ». Questa posizione è molto più corretta di quella che, dopo avere riconosciuto (non si sa con quanta sincerità) che « il principio della libera manifestazione del pensiero costituisce di certo una fondamentale esigenza del rinnovato ordinamento dello Stato », conclude che però quel principio (pur positivamente concretatosi nell'art. 21 della Costituzione) va inteso non altrimenti che « come una mera aspirazione (sic) all'avvento di un consorzio politico nel quale il massimo di libertà dei consociati venga ottenuto col minimo di limitazioni » (Cass. III Sez. Pen., 12 ottobre 1950 cit.); e in attesa dello « avvento » di quell'ideale « consorzio », affida intanto i « consociati » alla legge di P. S. del 1931!

Legittima e leale è la posizione del giurista che si sforza d'interpretare correttamente la norma positiva, e nel contempo ne nega l'opportunità e l'adeguatezza al fine politico che egli propugna. Ma non è né legittimo né leale confondere, in via d'interpretazione, l'opportunità politica della norma con la sua validità. E non è chi non veda come la Corte regolatrice, con la giurisprudenza qui criticata, giunga in sostanza a disapplicare una norma di indiscutibile chiarezza solo perché ritiene erroneo il fine politico cui il legislatore nel dettarla s'è ispirato, o inidoneo lo strumento legislativo a quel fine statuito.

Ora, se l'argomento in discorso offre l'adito a paventare un pericolo per le istituzioni, questo pericolo (lungi dall'essere costituito dalla libertà concessa dalla legge costituzionale ai cittadini italiani di manifestare liberamente il proprio pensiero) s'adombra proprio nell'evidente tendenza della suprema magistratura a invadere una sfera che non le è propria, e che anzi le è rigorosamente preclusa.

Nè la questione che qui specificamente interessa offre l'unico esempio di esorbitanza del potere giurisdizionale dal campo che istituzionalmente gli è assegnato: tanto

per fare un esempio, le numerose decisioni della Cassazione che hanno affermato l'incriminabilità dello sciopero politico (come se fosse possibile distinguere lo sciopero politico da quello economico, se non su un piano affatto empirico e comunque non giuridico), costituiscono appunto tanti casi di disapplicazione, in parte qua, dell'art. 40 della Costituzione, attraverso la pretesa di disattendere la non equivoca espressione letterale della norma per rifarsi agli scopi politici che il costituente si sarebbe proposto (dove è evidente, tra l'altro, l'accantonamento della cosiddetta teoria obbiettiva dell'interpretazione).

Intendiamoci: il principio della separazione dei poteri ha anch'esso una validità meramente storica; e se è accaduto, e accade, che il Giudice crei talora la norma per via d'interpretazione, in questo fenomeno di regola si riflette la prepotente vitalità della mutevole struttura sociale, che tende a conformare a sé schemi giuridici spesso inadeguati o superati. Finché questo fenomeno si svolge nell'ambito dei principi generali del diritto vigente, l'ordinamento non ha da temerne, e piuttosto vi incontra la riprova della sua flessibile vitalità. Ma ciò che preoccupa, nel caso che ci interessa, è l'imprecisabile constatazione che qui il Giudice non si presenta affatto come interprete d'una evoluzione della struttura sociale e d'una diffusa rinnovata coscienza frutto di quella evoluzione ma riconosce, invece, l'esistenza di interessi e valori superati e privi di ogni vitalità storica; meglio, di concezioni che lo stato democratico ha esplicitamente dichiarato estranee a sé, nell'atto stesso in cui s'è dato la Costituzione che lo regge.

Finché l'interprete forza la norma per meglio adeguarla, in mutate condizioni, allo spirito che informa l'ordinamento di cui è parte (e di tale uso del potere giurisdizionale abbiamo esempi anche recenti), soltanto chi è chiuso in un bizantinismo dommatico può accusarlo di violare la sua funzione. Ma in questo caso, invece, la massima affermata dalla Cassazione non va semplicemente contro la lettera d'una norma: va contro lo spirito di tutto l'ordinamento, contro i principi generali che positivamente lo ispirano.

E invero, se gli argomenti della Cassazione a questo proposito non possono condividersi sul piano giuridico, ancor meno, ciò è a dirsi sul piano storico-politico. È da lamentarsi che il Supremo Collegio non abbia mai considerato come l'art. 21 della Costituzione della Repubblica Italiana riproduca puntualmente l'analoga statuizione di più antiche venerabili carte statutarie, che hanno costituito e costituiscono il fondamento di ordinamenti nei quali non s'è mai posto in dubbio che l'affermazione costituzionale di tale principio renda illegittima ogni censura di polizia.

L'art. 11 della « Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino », approvata dall'Assemblea Costituente francese il 26 agosto 1789, è ancor oggi la più sicura esegesi dell'art. 21 della nostra Costituzione: « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits le plus précieux de l'homme: tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi ». E la Costituzione del 3 settembre 1791 in proposito ribadiva e precisava: « La constitution garantit... la liberté à tout homme de parler, d'écrire, d'imprimer et publier ses pensées, sans que les écrits puissent être soumis à aucune censure ni inspection avant leur publication... ». E identiche sono le formulazioni di questo principio contenute nelle costituzioni di tutti gli stati federati nel Nord-America.

Se tali storiche affermazioni trovavano la loro prima giustificazione teorica nell'ambito delle teorie giusnaturalistiche, il successivo affievolirsi dell'influenza di que-

ste non implicava però un rinnegamento, nelle moderne costituzioni, dei cosiddetti «diritti di libertà», sempre ritenuti connaturati a ogni regime democratico: il loro fondamento teorico ritrovandosi nella concezione che fa di ogni diritto, non una elargizione della sovranità né un portato di natura, ma piuttosto un mezzo insostituibile per l'adempimento di civiche funzioni. Sicché la tutela e lo sviluppo di quelle libertà sono condizioni della vitalità d'un regime democratico, lungi dal costituirne un pericolo.

Ci voleva la legislazione fascista (si noti che il T. U. del 1931 non è che un rifacimento del T. U. approvato col R. D. 6 novembre 1926 n. 1848, che s'inquadra in un'annata di produzione legislativa, eccezionalmente intensa, tutta tesa all'integrale fascizzazione dello Stato) per insegnare, a chi gradiva di apprendere, che la soppressione della libertà è il miglior modo di evitare che se ne abusi.

L'art. 21 della Costituzione non solo è incompatibile con quel principio, ma è evidentemente (polemicamente, direi) teso a negarlo. Viene a proposito citare la categorica, appassionata affermazione del costitutore francese del 1793: « La nécessité d'annoncer ces droits suppose ou la présence ou le souvenir récent du despotisme! ».

Ma tanti anni di illibertà pare abbiano offuscato il concetto stesso di libertà, almeno nella mente di chi, anche solo nel chiuso dell'anima, non se ne sia fatto vestale. E della libertà pare s'abbia paura e sospetto; e che si sia perduta l'esperienza che a difenderla vale soltanto l'esercizio di essa...

E quando si legge (Cass., III Sez. Pen., 12 dicembre 1951 cit.) che nonostante l'art. 15 Cost. garantisca la libertà e la segretezza della corrispondenza, « non è discutibile che costituisca illecito penale il recare offesa ad altrui per mezzo della corrispondenza » per evincerne che « la libertà non può mai spaziare nell'assoluto », non è chi non veda quali imprevisi (anche se già sperimentati) orizzonti apra al popolo italiano siffatta giurisprudenza: stando alla quale, pare che non sarebbe affatto incompatibile con la nostra legge fondamentale la potestà data a un pubblico ufficiale di leggere la corrispondenza altrui al lodevole fine di prevenire eventuali reati di ingiuria...

Giunti a questo punto, è evidente che non solo s'è dimenticato che la responsabilità è l'altra faccia della libertà (onde giustamente la sentenza annotata afferma che la legge postula la libertà nel momento stesso in cui ne reprime l'abuso), ma anche che s'è perduto il concetto di libertà: che se come concetto politico può dar luogo a innumeri controversie, come concetto giuridico non offre l'adito a nessun arzigogolamento.

La libertà come concetto giuridico (come positivo diritto soggettivo), non è una « aspirazione », e tanto meno è una medicina che si debba somministrare in piccole dosi per non essere dannosa; ma è, semplicemente, « il diritto di fare tutto ciò che le leggi permettono » (Montesquieu, *Esprit de lois*, libro XI, capo III). Tale definizione, se non offre alcun ausilio per giudicare se in un dato ordinamento è data ai soggetti maggiore o minore libertà nel senso politico di autonomia, cioè di democrazia, comprende però tutte le notazioni del concetto giuridico di libertà, insegnando: a) che la libertà è un diritto soggettivo, e che perciò non può esistere al di fuori d'un ordinamento giuridico; b) che la sfera dell'illecito può essere stabilito soltanto dalla legge, e non da un altro potere.

In materia, non sono lecite confusioni. La libertà del soggetto coesiste con la legge repressiva; non coesiste col potere discrezionale dell'Amministrazione: rispetto al quale, difatti, il cittadino non può far valere un diritto soggettivo (che di fronte alla discrezio-

nalità altrui, come è noto, s'affievolisce fino a scomparire, mentre non s'affievolisce di fronte alla norma penale repressiva dell'abuso), ma solo un mero interesse legittimo.

La legge attuale di P. S. esclude la libertà di manifestare le proprie opinioni perché dà all'Amministrazione un potere discrezionale nel limitarla. Né questa discrezionalità è negata dalla facoltà data al privato di chiedere al Procuratore della Repubblica di sindacarne l'esercizio, perché tale facoltà non coincide col contenuto d'un diritto soggettivo.

Quando l'ordinamento riconosce ai soggetti la libertà di tenere, se lo vogliono, un certo comportamento, ciò significa, senza possibilità di dubbio, che garantisce loro che quel comportamento non può essere impedito o limitato da un comportamento altrui diretto a ostacolarlo; la qual garanzia implica (e anzi, pone esplicitamente) una limitazione alla libertà di tutti gli altri soggetti, e dunque anche alla libertà (cioè alla discrezionalità) della Pubblica Amministrazione, che in uno stato di diritto è anch'essa soggetta alla legge. E anzi, il precetto dell'art. 21 della Costituzione è evidentemente diretto a limitare la discrezionalità della Pubblica Amministrazione: ché per quanto riguarda gli eventuali attentati dei privati alla libertà altrui, questa è sufficientemente tutelata dall'art. 610 del Cod. Pen.

Il significato innovatore, cioè la portata espressamente abrogante, delle norme costituzionali che affermano i diritti di libertà, già nel secolo scorso non era posto in dubbio: « I singoli diritti fondamentali non sono ordinati secondo un sistema determinato, ma traggono la loro origine dal contrasto col preesistente ordinamento dello Stato... Nella loro concreta forma legislativa essi non possono spiegarsi che storicamente. E' da tutti risaputo che essi costituiscono innanzi tutto la negazione delle restrizioni che erano state in vigore fino allora. Perché prima vi era stata una censura, fu proclamata la libertà di stampa; perché vi era stata la costrizione religiosa, fu proclamata la libertà di fede. Ciò risulta nella maniera più evidente dalle leggi costituzionali di quegli Stati nei quali, fino all'introduzione della costituzione, avevano imperato speciali limitazioni della libertà individuale, e presso i quali, in conseguenza, proprio l'abolizione di queste caratteristiche restrizioni della libertà ha portato a comprendere nel catalogo dei diritti fondamentali numeri speciali... Lo scopo legislativo di questa enumerazione di diritti fondamentali era duplice: essa doveva servire per tutelare la libertà individuale, in quelle determinate sue manifestazioni, non solamente contro l'amministrazione dello Stato, e cioè contro la costrizione giudiziaria e specialmente contro quella della polizia, quanto anche contro la legislazione » (W. Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici subiectivi*, pag. 106 e 107 della trad. it.).

Pare proprio che W. Jellinek (o perlomeno il suo traduttore italiano) abbia lavorato invano!

Ma per applicare la Costituzione non c'è bisogno neanche di leggere Jellinek: basterebbe considerare che essa è pure un momento nella storia del nostro popolo.

S'era detto che più che un contributo alla dimostrazione di certi errori della più autorevole giurisprudenza in questa materia (esercizio che sarebbe tanto facile quanto superfluo), questa nota voleva essere un tentativo di individuare, su un piano meta giuridico, le scaturigini di quegli errori. E ci sembra di poterli conclusivamente individuare in una specie di riluttanza a riconoscere che la Costituzione non è soltanto un complesso di norme, ma è soprattutto un sistema di principi giuridici che informano tutto l'ordinamento innovandolo radicalmente, talché non si può negarne la efficacia

in quanto contrasti con certi principii per l'innanzi vigenti, mentre invece quei principii si appalesano superati proprio in quanto siano contraddetti dalle positive (anche se talora generiche) statuizioni costituzionali. Al fondo di questa posizione c'è pur troppo una difficoltà a capire la democrazia come conquista nazionale, come realtà acquisita (anche se ancora imperfettamente) alla nostra legislazione; a capire che una legislazione democratica *si pone istituzionalmente come strumento di sviluppo della libertà anzichè necessariamente come strumento di limitazione e di repressione della libertà*; a capire, infine, che il popolo italiano è maggiorenne, e che avendo scelto lo stato di diritto e ripudiano lo stato di polizia, la sua scelta non ha bisogno dell'expedit di chicchessia.

Il contrasto non è, dunque, fra correnti dottrinali: si tradurrebbe, se fosse tale, in una feconda dialettica. Il contrasto non è neanche fra leggi vecchie e costituzione nuova, come da taluno è stato detto: perchè non esistono leggi nuove e vecchie, ma soltanto leggi in vigore e leggi abrogate.