Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova serie - Vol. XII (1998)

ANDREA PUGIOTTO

L'IRRESISTIBILE *ULTRATTIVITÀ* DELLA LEGGE INTERPRETATA AUTENTICAMENTE (*)

1. Una sentenza (pericolosamente) emblematica della Cassazione penale in tema di interpretazione autentica legislativa. - 2.1. La natura (pseudo)interpretativa dell'art. 14, comma 4, l. n. 537 del 1993, in materia di tassazione dei proventi illeciti. - 2.2. Ultrattività ventennale della legge interpretata autenticamente e conseguente creazione retroattiva di una nuova fattispecie penale. - 2.3. Il mancato riconoscimento dell'errore di diritto scusabile. - 2.4. Precomprensione giudiziaria, velleitarismo legislativo, danni ordinamentali prodotti dal legislatore-interprete. - 3. La teoria dell'interpretazione autentica legislativa come mero atto di conoscenza. - 4.1. Corollario: l'applicazione della legge interpretata, sulla base di un significato normativo non autentico, configura un errore di diritto incontrovertibile. - 4.2. Conseguenze sul piano diacranico: a) inoperatività del limite temporale della tutela dei diritti acquisiti. - 4.3. b) legittimazione di una legge interpretativa che travolga gli effetti della cosa giudicata. - 4.4. *c*) inoperatività dell'art. 25, comma 2, Cost. e di ogni altro divieto costituzionale alla retroattività legislativa. - 4.5. d) impossibilità di ricondurre la legge interpretativa entro lo schema del giudizio di ragionevolezza. - 4.6. Un coerente paradosso: la legge interpretativa non è mai retroattiva benché operi secondo una sostanziale retroattività incondizionata. - 5.1. L'impossibilità logica di distinguere tra legge realmente interpretativa e innovativa: l'interpretazione autentica è un ossimoro. - 5.2. Le difficoltà di ordine metodologico: la legge interpretativa è sempre innovativa. - 5.3. Pericolosità, pratica e teorica, della strategia giudiziaria che distingue tra legge interpretativa e innovativa. - 6.1. I contestabili presupposti dell'interpretazione autentica come mero atto di conoscenza: a) la *fictio* ideologica dell'identità dell'autore. - 6.2. b) l'insostenibile univocità normativa della disposizione legislativa interpretata. - 6.3. *c*) l'interpretazione autentica come attività interpretativo-ricognitiva e non legislativo-innovativa. Una ipotesi ricostruttiva alternativa. - 6.4. Alcune conferme (ed una puntualizzazione) dell'ipotesi avanzata. - 6.5. Conclusione: la legge interpretativa è una comune legge ordinaria. Inaccettabilità della teoria della sua natura dichiarativa.

(*) Il presente scritto è destinato alla pubblicazione nella rivista Giurisprudenza costituzionale.

Registro Generale n. 45360/96 Sentenza n. 1011
Udienza pubblica del 6.5.1997
Depositata in cancelleria il 31.7.1997

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

TERZA SEZIONE PENALE

Composta dagli Ill.mi Signori

Dott. Ugo DINACCI	Presidente
Dott. Umberto PAPADIA	Consigliere
Dott. Pierluigi ONORATO	Consigliere
Dott. Ferdinando IMPOSIMATO	Consigliere
Dott. Aldo FIALE	Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da SCICOLONE Giuseppe, nato a Napoli il 21.10.1950, avverso la sentenza resa il 23.10.1996 dalla corte di appello di Napoli.

Vista la sentenza denunciata e il ricorso,
Udita la relazione svolta in udienza dal Consigliere Pierluigi Onomto,
Udito il Pubblico Ministero in persona del Sostituto Procuratore Generale Luigi Ciampoli, che ha concluso chiedendo il rigetto del ricorso,
Udito il difensore della parte civile,
Udito il difensore dell'imputato,
Osserva:

Svolgimento del processo

1. - Con sentenza del 23.10.1996 la corte di appello di Napoli ha confermato quella resa il 27.4.1994 dal tribunale della stessa città, che aveva dichiarato Giuseppe Scicolone colpevole del reato continuato di cui all'art. 1, comma 1, della legge 516/1982 e lo aveva condannato alla pena di mesi quattro di arresto e lire 12.000.000 di ammenda, oltre alle pene accessorie di legge (pene condonate).

Il reato era stato contestato allo Scicolone in concorso con Angela Maria Villano perché, quali titolari della omonima ditta, esercente distribuzione abusiva di g.p.l. per autoveicoli, avevano omesso di presentare le dichiarazioni obbligatorie ai fini delle imposte sui redditi e sul valore aggiunto per gli anni 1984 e 1985, ammontando i proventi non dichiarati a lire 314.995.000 per l'84 e lire 295.731.000 per l'85.

2. - Avverso la condanna ha proposto ricorso lo Scicolone deducendo violazione di legge sostanziale e processuale, nonché vizio di motivazione. Sostitene a) che illegittimamente la corte napoletana ha ritenuto lo Scicolone responsabile sulla base di una "chiamata in correità" da parte del teste Pinto, priva dei necessari riscontri, ex art. 192, comma 3, c.p.p.; b) che comunque i proventi non andavano dichiarati perché provenienti da attività illecita e come tali non tassabili; c) che peraltro il reato era ormai prescritto.

Motivi della decisione

3. - Il ricorso è *infondato e va respinto.*

3.1. - Quanto alla prima censura, basta osservare che il Pinto è *stato sentito come teste e non come coimputato, sicché la sua testimonianza doveva essere valutata prescindendo dagli altri elementi di prova atti a confermarne la validità, come richiesto dal terzo comma dell'art. 192 c.p.p. solo per le chiamate in correità da parte di coimputati.*

Sul punto la corte di merito ha motivato in modo esauriente e logico, incensurabile in questa sede, osservando in sostanza che la titolarità in capo allo Scicolone del punto di vendita abusivo di g.p.l. di via della Pigna si desumeva a) dalla dichiarazione esplicita del dipendente Renato Pinto, secondo cui lo Scicolone era proprietario del distributore, ritirava gli incassi e provvedeva personalmente a retribuire lo stesso Pinto; b) dalle ammissioni dello stesso Scicolone, che aveva detto di occuparsi del citato distributore, ma di essere estraneo agli altri distributori gestiti da Angela Maria Villano.

3.2. - Quanto alla seconda censura essa è *priva di fondamento giuridico.*

3.2.1. - Il tema della tassabilità o meno dei proventi da illecito penale, oggetto di travagliate discussioni in dottrina e giurisprudenza, ha ormai ricevuto una soluzione legislativa con l'entrata in vigore della legge 24.12.1993 n. 537 (interventi correttivi di finanza pubblica). Secondo l'art. 14, comma 4, di questa legge, infatti, fra le categorie di redditi tassabili classificate nell'art. 6, comma 1, del testo unico delle imposte sui redditi approvato con D.P.R. 22.12.1986 n. 917, "devono intendersi ricompresi, se in esse classificabili, i proventi derivanti da fatti, atti o attività qualificabili come illecito civile, penale o amministrativo, se non già sottoposti a sequestro o confisca penale".

Questa soluzione adottata dal legislatore tiene evidentemente conto del dibattito dottrinale e giurisprudenziale che sul tema si era sviluppato, ed ha

assunto il carattere della interpretazione autentica della normativa vigente, contenuta nel testo unico delle imposte sul reddito. In tal senso si è pronunciata in modo perspicuo e condivisibile la giurisprudenza delle sezioni civili di questa corte, statuendo che il citato art. 14 costituisce interpretazione autentica della normativa contenuta nel D.P.R. 22.12.1986 n. 917 e criterio ermeneutico decisivo per giungere ad identica conclusione anche con riferimento alle disposizioni di legge raccolte nel testo unico (Cass. Civ. Sez. I, n. 4381 del 19.4.1995, Ammin. Finanze c. Rodighiero, rv. 491883; Cass. Civ. Sez. I, n. 12782 del 13.12.1995, Romano c. Ammin. Finanze, rv. 495056).

3.2.2. - Che trattasi di norma interpretativa, e non di norma innovativa, si desume da tutta la coerente giurisprudenza elaborata dalla Corte costituzionale in materia di interpretazione legislativa autentica.

Ricordando solo le pronunce più significative, basta citare la n. 233 del 1988, secondo cui sono qualificabili come leggi interpretative "quelle leggi o quelle disposizioni che, riferendosi o saldandosi con altre disposizioni (quelle interpretate), intervengono esclusivamente sul significato normativo di queste ultime (senza, perciò, intaccarne o integrarne il dato testuale), chiarendone o esplicitandone il senso (ove considerato oscuro) owero escludendone o enucleandone uno dei sensi ritenuti possibili, al fine, in ogni caso di imporre all'interprete un determinato significato normativo della disposizione interpretata".

Sulla stessa linea la sentenza n. 424 del 1993 ha precisato che Si deve riconoscere il carattere interpretativo a quelle norme che hanno il fine obiettivo di chiarire il senso di norme preesistenti owero di escludere o di enucleare uno dei sensi fra quelli ritenuti ragionevolmente riconducibili alla norma interpretata, allo scopo di imporre a chi è tenuto ad applicare la disposizione considerata un determinato significato normativo. Le leggi interpretative, pertanto, vanno definite tali in base al loro contenuto normativo, nel senso che la loro natura va desunta da un rapporto tra norme – e non fra disposizioni – tale che il soprawenire della norma interpretante non fa venir meno la norma interpretata, ma l'una e l'altra si saldano fra loro dando luogo a un precetto normativo unitario".

Ancora, la sentenza n. 397 del 1994 ha sottolineato che la funzione propria della legge interpretativa è "quella di chiarire il senso di norme preesistenti, owero di imporre una delle possibili varianti di senso compatibili col tenore Zétterale, sia al fine di eliminare eventuali incertezze interpretative (...), sia per rimediare ad interpretazioni giurisprudenziali divergenti con la linea di politica del diritto voluta dal legislatore (...). Tale carattere interpretativo deve peraltro desumersi non già dalla qualificazione che tali leggi danno di se stesse, quanto invece dalla struttura della loro fattispecie normativa, in relazione cioè ad «un rapporto fra norme – e non fra disposizioni – tale che il soprawenire della norma interpretante non fa venire meno la norma interpretata, ma l'una e l'altra si saldano fra loro dando luogo a un precetto normativo unitario»".

Infine, aggiunge perspicuamente la sentenze n. 15 del 1995: "non è *sufficiente che la legge si autoqualifichi e sia formulata come interpretativa, perché debba essa considerata tale". "In altri termini* è *necessario e sufficiente che la scelta ermeneutica imposta dalla legge interpretativa rientri tra le varianti di senso compatibili con il tenore letterale del testo interpretato, stabilendo un significato che ragionevolmente poteva essere ascritto alla legge anteriore".*

In sintesi per identificare una norma interpretativa a) non è *necessario né sufficiente che essa si autoqualifichi come tale; b) ma* è *necessario e sufficiente che essa, lasciando immutato il tenore testuale di una norma precedente, ne definisca in modo vincolante il senso, scegliendo uno dei possibili significati compatibili col testo della disposizione precedente.*

In conseguenza di tali caratteri – com'è noto – la legge interpretativa ha efficacia naturalmente retroattiva, nel senso che i suoi effetti retroagiscono sino al momento dell'entrata in vigore della legge interpretata; inoltre non vulnera la certezza dei rapporti giuridici (cfr. Corte Cost. n. 402/1993); né lede la funzione giurisdizionale riservata al giudice, posto che il potere di interpretazione delle leggi non è *riservato in via esclusiva ai giudici, e tanto meno* è *sottratto alla potestà normativa degli organi legislativi (Cost. Cost. n. 397/1994).*

Alla luce di questi principi, si deve valutare il carattere innovativo ovvero interpretativo della disposizione di cui al citato art. 14, comma 4, della legge 24.12.1993 n. 537. Questo comma, come già detto, recita: "Nelle categorie di reddito di cui all'art. 6, comma 1, del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con D.P.R. 22 dicembre 1986 n. 917, devono intendersi ricompresi, se in esse classificabili, i proventi derivanti da fatti, atti o attività qualificabili come illecito civile, penale o amministrativo, se non già sottoposti a sequestro o confisca penale".

Le disposizioni di riferimento rispetto alle quali occorre condurre la valutazione comparativa sono quella di cui all'art. 1 del predetto testo unico delle imposte sui redditi, che recita Presupposto dell'imposta sul reddito delle persone fisiche è *il possesso di redditi in denaro o in natura rientranti nelle categorie indicate nell'articolo 6"; e quella dello stesso art. 6, che recita "I singoli redditi sono classificati nelle seguenti categorie a) redditi fondiari; b) redditi di capitale; c) redditi di lavoro dipendente; d) redditi di lavoro autonomo; e) redditi di impresa, f) redditi diversi".*

Basta una semplice lettura dei due testi normativi per dedurne che la disposizione legislativa del 1993 non modifica né altera quelle del testo unico del 1986, ma ne precisa semplicemente il significato possibile, chiarendo che il presupposto dell'imposta è *il possesso di redditi classificabili nelle menzionate categorie, anche provenienti da attività illecite, sempre che il possesso non venga meno per provvedimenti di carattere ablatorio (sequestro o confisca).*

Il rapporto tra le norme risultanti dai due testi legislativi, pertanto, è *di carattere interpretativo, non innovativo. Né si potrebbe ravvisare un elemento*

di innovazione nel requisito specifico della mancanza di sequestro o di confisca del reddito, giacché questo requisito negativo non fa che confermare il già previsto requisito positivo della c.d. tassabilità, cioè il possesso attuale del reddito, al fine di evitare che lo Stato, attraverso il doppio prelievo, tributario e penale, fruisca di una indebita locupletazione in danno del percettore di reddito proveniente da reato.

In altri termini, si deve concludere che con la citata disposizione dell'art. 14 il legislatore ha fornito l'interpretazione autentica degli artt. 1 e 6 del testo unico delle imposte sui redditi (D.P.R. 917/1986) e delle norme trasfuse nello stesso testo unico, vale a dire – almeno per quel che rileva nella presente fattispecie – degli artt. 1 e 6 del D.P.R. 29.9.1973 n. 597, che rispettivamente stabiliscono come presupposto per l'imposta sui redditi delle persone fisiche il possesso di redditi provenienti da qualsiasi fonte (art. 1), e classificano i redditi ai fini della determinazione della base imponibile in redditi fondiari, di capitale, di lavoro autonomo, di imprese e redditi diversi (art. 6).

3.2.3. - La oggettiva natura di interpretazione autentica del citato comma dell'art. 14 è poi confermata dalla relazione governativa al disegno di legge, laddove si chiarisce che "l'intervento legislativo (...) esplicita l'imponibilità dei proventi derivanti da attività illecite, affermando espressamente la compatibilità delle categorie reddituali indicate nel comma 1 dell'art. 6 del t.u.i.r. con la qualificazione di illecito (...) alla condizione che l'attività produttiva del reddito sia di per sé considerata già ricompresa nelle fattispecie imponibili previste dalle norme vigenti (...) ad esempio i redditi di capitale per usura, i redditi di lavoro dipendente e di lavoro autonomi collegati ad attività illecite, i redditi di impresa derivanti da attività criminose" (in tal senso Cass. Sez. 111, n. 4464 del 3.5.1996, ud. 20.3.1995, Stefanelli, in Cass. pen. 1996, 1584).

3.2.4. - Essendo in tal modo intervenuto il legislatore, resta per conseguenza superata la pronuncia delle sezioni unite penali di questa corte resa all'udienza del 12.11.1993, prima che fosse pubblicata la norma di interpretazione autentica di cui alla detta legge 24.12.1993 n. 537 (Cass. Pen. Sez. Un., n. 2798 del 7.3.1994, ud. 12.11.1993, p.m. in proc. Cinquegrana, rv. 196258). O più esattamente resta superata l'affermazione di principio secondo cui "i proventi del reato non costituiscono reddito, sicché le norme che al reddito o ai redditi collegano il prelievo fiscale non sono ad essi applicabili". Mentre rimane confermata la affermazione subordinata secondo cui "quando si tratta di cose ricomprese nell'ambito di operatività dell'istituto della confisca", le stesse, quando la confisca non sia disposta per scelta discrezionale del giudice o perché impedita dalla legge (es. nell'ipotesi di patteggiamento), "perdono il carattere di illiceità ed in quel momento diventano ricchezza lecita aggredibile dal fisco".

A ben vedere, la ragione per cui i proventi del reato venivano espunti dalla categoria di reddito tassabile era che essi erano già assoggettati alla confisca penale facoltativa ai sensi dell'art. 240, comma 1, cod. pen.: sicché il legisla-

tore, con la norma interpretativa citata, non ha fatto che riformulare la ermeneutica giurisprudenziale in modo più corretto, inquadrando anche il provento illecito nella categoria dei redditi tassabili, a condizione che non fosse già sequestrato o confiscato (cfr. Cass. Sez. 111, n. 220 del 5.3.1997, c.c. 24.1.1997; nonché Cass. Sez. 111, n, 3124 del 27.3.1996, ud. 6.2.1996, Bitonti, rv. 204967).

3.2.5. - A questo punto, resta da esaminare d'ufficio la questione se la interpretazione autentica introdotta con la legge 537/1993 possa applicarsi anche per i proventi illeciti acquisiti prima della entrata in vigore della legge stessa (nella fattispecie di causa per proventi non dichiarati degli anni 1984 e 1985), ovvero se tale applicazione non contrasti col principio di irretroattività della legge penale.

La risposta al quesito è *positiva, giacché non si tratta tanto di applicare retroattivamente la legge interpretativa (del 1993), quanto piuttosto di applicare correttamente la legge interpretata (che come s'è visto* è *il testo unico delle imposte sui redditi n. 917/1986 e il d.p.r. 59711973 in materia di imposta sul reddito delle persone fisiche). Ne deriva che l'interpretazione autentica del legislatore* è *applicabile anche se meno favorevole all'imputato di una interpretazione giurisprudenziale precedente.*

3.2.6. - A ben vedere il quesito sulla retroattività di una interpretazione autentica più sfavorevole è *un quesito mal posto, che nasconde un problema diverso e reale: quello dell'errore scusabile sulla legge penale ex art. 5 cod. pen. così come modificato dalla nota sentenza n. 364/1988 della Corte Costituzionale. L'imputato potrebbe infatti dedurre di essersi incolpevolmente attenuto alla interpretazione per lui più favorevole della norma penale, sulla base della giurisprudenza costante o prevalente, poi smentita dalla legge interpretativa più sfavorevole.*

Nella concreta fattispecie il ricorrente non ha dedotto questo specifico motivo, che peraltro va esaminato d'ufficio, dovendo il giudice verificare obbligatoriamente tutti gli estremi, anche psicologici, del reato ai sensi dell'art. 129, primo comma, c.p.p. Orbene, sotto questo profilo, non può considerarsi "evidente" che il fatto imputato allo Scicolone non costituisce reato, o più esattamente che lo Scicolone non è *punibile per essere incorso in errore scusabile sulla norma tributaria ex art. 47 c.p. e art. 8 legge 516/1982.*

Al riguardo si può considerare che la norma incriminatrice di cui all'art. 1, comma 1, legge 516/1982 non è *di pura creazione legislativa, ma risponde a un dovere etico-sociale comunemente sentito, quale quello di dichiarare al fisco i redditi percepiti. Si può anche sottolineare – come ha fatto il pubblico ministero nella discussione pubblica – che l'attività svolta dallo Scicolone non era "intrinsecamente" illecita: e infatti la distribuzione di g.p.l. per autoveicoli – che egli svolgeva abusivamente – può essere lecitamente esercitata da chi sia munito delle necessarie autorizzazioni amministrative e commerciali, sempre che osservi il regime fiscale previsto per il prodotto petrolifero distribuito, cioè non utilizzi prodotti fiscalmente age-*

volati perché destinati ad altri usi. Ma la considerazione che è decisiva e pertinente è che a) si tratta di reato contravvenzionale, per cui la punibilità non è esclusa quando ricorra anche la sola colpa; b) anche sulla base della interpretazione giurisprudenziale più favorevole, l'imputato doveva prudenzialmente ritenere l'intassabilità dei proventi illeciti solo se non sequestrati o confiscati (il che non risulta avvenuto).

3.3. - Anche l'ultimo motivo di ricorso è infondato, giacché il reato si prescriverà solo alla data del 7.2.1998. Dalla data in cui è cessata la continuazione (novanta giorni dopo la scadenza del termine per la presentazione della dichiarazione dei redditi 1985 = 30 luglio 1986), infatti, vanno computati dieci anni e sei mesi di periodo prescrizionale massimo (= 30 gennaio 1997), nonché la sospensione per il c.d. condono tributario stabilita dal d.p.r. 23/1992 (mesi cinque e giorni 9) e dalla legge 75/1993 (mesi sei e giorni 28).

4. - Al rigetto del ricorso consegue la condanna alle spese processuali. Considerato il contenuto del gravame non si ritiene di dover comminare anche la sanzione pecuniaria di cui all'art. 616 c.p.p.

P.Q.M.

la corte rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali.

Così deciso in Roma il 6.5.1997.

Il Consigliere estensore (Onorato) — *Il Presidente* (Dinacci)

1. – Se qualcuno nutrisse ancora qualche dubbio residuo sui perniciosi effetti di sistema dell'interpretazione autentica legislativa, dedichi alcuni minuti alla lettura della sentenza in epigrafe.

In essa la Sezione III della Cassazione penale, assumendo la tesi dell'interpretazione autentica quale atto di conoscenza dell'enunciato interpretato, crea — in buona sostanza — le condizioni per poi applicare retrospettivamente una fattispecie penaltributaria senza incontrare ostacolo alcuno nell'art. 25, comma 2, Cost. che, *formalmente,* non entra neppure in gioco. Come infatti puntualizza il giudice, «non si tratta tanto di applicare retroattivamente la legge interpretativa (...) quanto piuttosto di applicare correttamente la legge interpretata», con la conseguenza che «l'interpretazione autentica del legislatore è applicabile anche se meno favorevole all'imputato di una interpretazione giurisprudenziale precedente».

Salta dunque — ed è un botto rumoroso — il divieto di retroattività nella materia penale come limite all'efficacia naturalmente retroattiva delle leggi interpretative. E salta — sia chiaro — non per colpa della Cassazione ma in forza di una applicazione del tutto coerente della teoria che riconosce all'interpretazione autentica legislativa natura meramente dichiarativa (1). Per lo studioso contrario all'interpretazione autentica, si tratta di una pronuncia esemplare della pericolosità, in generale, di questa tecnica legislativa e, in particolare, di tale ricostruzione del fenomeno. Ricostruzione che dunque — prendendo spunto dalla sentenza (cfr. § 2) — va smontata pezzo a pezzo seguendo un procedimento critico a ritroso il quale, dopo averne portato in superficie tutte le gravi implicazioni sul piano diacronico (cfr. § 3 e 4), ne contesti poi le conseguenze processuali (cfr. § 5) ed i relativi presupposti teoretici (cfr. § 6).

2.1. – Muoviamo, allora, dalla sentenza della Cassazione penale, Sez. III, 31 luglio (ud. 6 maggio) 1997, n. 1011, Pres. Dinacci, est. Onorato, imp. Scicolone.

Riconosciuto responsabile per omessa presentazione di dichiarazioni di reddito (ex **art.** l, comma 1, l. 7 agosto 1982, n. 516), il ricorrente impugnava la condanna per violazione di legge, sostenendo che i proventi non andavano dichiarati perché non tassabili, in quanto frutto di attività illecita. È dunque la vexata *quaestio* della rilevanza fiscale dei proventi da reato che è in gioco e sulla quale la Cassazione è chiamata, ancora una volta, a prendere posizione (2).

---

(1) Di suo, semmai, la Cassazione ci mette alcune forzature ermeneutiche (la qualifica di norma interpretativa attribuita ad una disposizione innovativa; l'iperretroattività della legge interpretante, spinta ben al di là della data di entrata in vigore della legge interpretata; la valutazione dell'inescusabilità dell'errore di diritto) che verranno contestate puntualmente nel presente commento.

(2) Ripercorre gli interventi giurisprudenziali più recenti in tema (della Cassazione, ma non solo) P. CORSO, *Dopo tre anni ancora problemi applicativi per la legge n. 537/1993,* in *Corriere Trib.* 1997, *2405* ss.

I termini normativi della questione sono noti. Ai sensi dell'art. 14, comma 4, l. n. 537 del 1993, fra le categorie di redditi tassabili previste nel testo unico delle imposte sui redditi (art. 6, comma 1, D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917) «devono intendersi ricompresi, se in esse classificabili, i proventi derivanti da fatti, atti o attività qualificabili come illecito civile, penale o amministrativo, se non già sottoposti a sequestro o confisca penale». Poiché i fatti contestati risalgono a prima del 1993, il quesito centrale posto alla Cassazione è se l'art. 14, comma 4, cit. sia o meno norma d'interpretazione autentica, giacché solo nel caso di risposta affermativa la sua operatività retroagisce e rende penalmente rilevante (ex art. 1, comma 1, l. n. 516 del 1982) la mancata scritturazione e dichiarazione dei proventi illecitamente acquisiti.

Per identificarne la reale natura, la Cassazione si serve di un criterio — desunto «da tutta la coerente giurisprudenza elaborata dalla Corte costituzionale in materia di interpretazione legislativa autentica» — secondo il quale per qualificare una disposizione di legge come interpretativa «è necessario e sufficiente che essa, lasciando immutato il tenore testuale di una norma precedente, ne definisca in modo vincolante il senso, scegliendo uno dei possibili significati compatibili col testo della disposizione precedente». Fattone applicazione al caso in esame — e tenuto anche conto dell'*intentio legislatoris* — la Cassazione conclude che «con la citata disposizione dell'art. 14 il legislatore ha fornito l'interpretazione autentica degli artt. 1 e 6 del testo unico delle imposte sui redditi (D.P.R. 917/1986) e delle norme trasfuse nello stesso testo unico, vale a dire (...) degli artt. 1 e 6 del D.P.R. 29 settembre 1973 n. 597».

Già su questo primo passaggio argomentativo si impongono alcune considerazioni, non essendo affatto scontata la soluzione accolta nella sentenza. È bene ribadirlo, dato che già la Cassazione civile è schierata nel senso della natura interpretativa dell'art. 14 ([3]) e l'adesione odierna della Cassazione penale ([4]) crea le condizioni per un diritto vivente non solo capovolto rispetto alla situazione giurisprudenziale precedente all'intervento del legislatore-interprete (granitica nell'escludere la tassabilità dei proventi illeciti) ([5]), ma — come vedremo — foriero di gravi conseguenze in ambito penaltributario.

([3]) Cfr. Cass. civ., Sez. I, 8 febbraio 1995-19 aprile 1995, n. 4381; Cass. civ., Sez. I, 14 giugno 1995-13 dicembre 1995, n. 12782; Cass. civ., Sez. I, 13 dicembre 1996, n. 11148; Cass. civ., Sez. I, 5 maggio 1995-16 aprile 1997, n. 3259.

([4]) Ma vedi già il precedente rappresentato da Cass. pen., Sez. III, 20 marzo 1996-2 maggio 1996, n. 408, che tuttavia — rispetto alla decisione che si commenta — segue un'argomentazione differente, costruita sull'affermata sussistenza di un principio di tassabilità dei proventi illeciti già enucleabile dal D.P.R. n. 597 del 1973.

([5]) Cfr., tra le più recenti, Cass. pen., Sez. III, 24 giugno 1992-9 settembre 1992; Cass. civ., Sez. I, 4 maggio 1992-13 marzo 1993, n. 3028; Cass., 22 marzo 1991, n. 3242; Cass., 20 novembre 1991, n. 2415 e — soprattutto — Cass. pen., Sez. Un., 12 novembre 1993-7 marzo 1994, n. 2798 che suggella il carattere di diritto vivente dell'orientamento giurisprudenziale contrario alla tassabilità dei proventi da reato.

Bene fa la Cassazione a non insistere sulla veste esteriore dell'art. 14, comma 4, come pure a non valorizzare oltre il dovuto l'intenzione del legislatore storico, trattandosi di indicatori al più sussidiari, di certo non decisivi per qualificare una norma come interpretativa. Scegliendo correttamente di ricorrere ad un criterio sostanziale, il giudice tuttavia non si avvede che è proprio sul piano della coerenza normativa tra disposizione interpretante e disposizione interpretata che la dottrina — pressoché unanime (6) — ha persuasivamente dimostrato il carattere innovativo (e dunque pseudointerpretativo) dell'articolo in questione.

Mi riferisco non tanto alla circostanza — da molti invece ritenuta decisiva — che l'art. 14, comma 4, l. n. 537 del 1993, affermando in linea di principio tassabili i redditi illeciti, rovescia un orientamento giurisprudenziale saldissimo nell'escluderne la tassabilità: per quanto vero, il dato non è in contrasto con la possibilità di qualificare la norma come interpretativa. È infatti ormai pacifico, stando agli insegnamenti della Corte costituzionale, che il legislatore possa legittimamente ricorrere allo strumento dell'interpretazione autentica (anche) per correggere un diritto vivente politicamente sgradito (7). Così come non è più vero che solo la presenza di gravi contrasti giurisprudenziali giustifichi una legge interpretativa capace di risolverli: tutt'al contrario, la Corte costituzionale ha finito per assestarsi su

---

(6) Tra i contributi dottrinali consultati, riconoscono natura innovativa all'art. *14,* comma 4, l. n. *537* del *1993, I.* CARACCIOLI, *Le Sezioni Unite penali della Cassazione contro la tassazione dei proventi da reato,* in *Il Fisco 1994, 3890-3891; M.* CERRATO, *Considerazioni sul carattere pseudointerpretativo dell'art. 14, 4° comma, l. n. 53711993 (in tema di tassabilità dei proventi illeciti): conseguenze in ordine alla sua irretroattività ed alla sua illegittimità costituzionale,* In *Riv. Dir. Trib.* 1996, II, *856* ss.; P. CORSO, *La tassazione dei proventi illeciti tra Suprema Corte e legislatore,* in *Corriere Trib. 1994, 831; ID., Tassazione dei proventi illeciti: ancora una pronuncia della Cassazione,* in *Corriere Trib., 1996, 2395; G.* FERRAU', *È retroattiva l'imponibilità dei proventi derivanti da attività illecita,* in *Corriere Trib. 1995, 1768; G. Izzo, Dubbi di costituzionalità sulla tassazione dei proventi da illecito,* in *Il Fisco 1994, 3885; ID., La Cassazione civile si pronuncia contro le Sezioni Unite penali sui proventi illeciti,* in *Il Fisco 1995, 4959; M.* NUNZIATA, *Sulla sottoposizione ad imposizione tributaria dei redditi di provenienza illecita: una breve riflessione,* in *Riv. Pen. 1994, 827; F.* TESAURO, *La tassazione dei proventi di reato e gli enunciati del legislatore-interprete,* in *Riv. Dir. Fin. 1996,* II, 19.

Solamente per *G.* PUOTI, *La tassazione delle attività illecite,* in *Novità fiscali 1994,* allegato a *Il Fisco 1994,* n, *28, 13,* «non è seriamente sostenibile che la norma abbia natura innovativa e non sia dunque dotata di efficacia retroattiva» (ma l'affermazione resta apodittica), mentre secondo G. FALSITTA, *Ecco come e quando si tassano i proventi da reato,* in *Riv. Dir. Trib. 1995,* II, *578,* «la *querelle* sul carattere interpretativo o innovativo di quella legge perde di importanza e acquista sapore meramente accademico» (affermazione che si basa su un — non condivisibile — giudizio di sostanziale continuità tra il diritto vivente giurisprudenziale precedente e l'art. *14,* comma *4,* l. n. *537* del *1993).*

(7) Cfr., *ex plurimis,* le decisioni nn. *246* e *376* del *1992, 402* del *1993, 153* del *1994.*

una posizione secondo la quale d'esistenza di interpretazioni giudiziali discordanti, costituendo un dato estrinseco alla legge interpretativa e al suo contenuto, non può considerarsi un presupposto indispensabile di legittimità per l'intervento del legislatore-interprete ([8]).

Semmai il dato probante la natura innovativa dell'art. 14, comma 4, cit. è proprio nella assenza di coerenza normativa rispetto a quanto previsto agli artt. 1 e 6 del testo unico del 1986. Infatti, mentre la sopravvenuta disposizione esclude la tassabilità dei proventi illeciti solo se concretamente confiscati o sequestrati, la previgente normativa — nel suo significato vivente — li sottraeva all'obbligazione tributaria per la loro *astratta confiscabiiità* o *sequestrabilità* ([9]): è dunque la nozione di possesso di reddito ad uscirne modificata ([10]). Dando rilievo alla confisca o al sequestro «quali *accadimenti storici)*»([11]), il legislatore-interprete pone delle condizioni alla tassabilità dei proventi illeciti diverse e non previste dagli artt. 1 e 6 del testo unico delle imposte sui redditi, innovandone così lo spettro semantico e spingendosi quindi al di là dei confini di un intervento legislativo meramente interpretativo.

Invero, la Cassazione avrebbe potuto agevolmente superare tale obiezione, accedendo a quella ricostruzione dottrinale che vede nell'interpretazione autentica un'attività normativa *comunque* innovativa ma capace egualmente di imporsi *erga omnes* per la forza che le deriva dall'essere assunta in forma legislativa. Viceversa, il giudice preferisce ragionare secondo la differente logica di chi vede nella legge interpretativa un atto dichiarativo di conoscenza: perché?

2.2. – La risposta va cercata nei fatti di causa: i proventi illeciti non dichiarati risalgono agli anni 1984 e 1985, cioè *prima* dell'entrata in vigore della legge interpretativa. Assumendo la tesi della natura precettiva dell'interpretazione autentica (e dunque ammettendone la portata innovativa), la

---

([8]) Così la sent. n. 123 del 1988.

([9]) «Sottoquesto profilo, l'inversione di tendenza del legislatore rispetto al diritto vivente anteriore è stata drastica» (così M. CERRATO, *op. cit.*, 872 nt. 41). In senso conforme cfr. anche P. CORSO, Tassazione dei proventi illeciti: ancora una pronuncia, cit., 2396; G. FERRAU', op. cit., 1768; G. Izzo, La Cassazione civile si pronuncia contro, cit., 4959; F. TESAURO, *op.* cit., 19.

([10]) In pratica, prima dell'intervento legislativo del 1993 i proventi da reato non erano oggetto di obbligo fiscale finché permaneva la possibilità di adottare nei loro confronti misure espropriative: se obbligatorie, il provento non era mai reddito; se facoltative, il provento diveniva tassabile solo nel momento in cui il provvedimento penale definitivo escludeva — ex lege o ex voluntate iudicis — l'applicazione della misura espropriativa. Con l'art. 14, comma 4, l. n. 537 del 1993, invece, si afferma in linea di principio la tassabilità dei proventi illeciti, a condizione che su tale indebita ricchezza non siano già intervenuti prowedimenti giudiziari cautelari (il sequestro) ovvero misure di sicurezza reali (la confisca).

([11]) F. TESAURO, *op. cit.*, 19 (c.vo testuale).

Cassazione avrebbe dovuto fermarsi davanti all'art. 25, comma 2, Cost., dando così ragione al ricorrente (12). L'opposta tesi della natura dichiarativa dell'interpretazione autentica apre, invece, alla Cassazione la possibilità di aggirare il divieto di retroattività penale.

È infatti lo stesso giudice ad esaminare d'ufficio «la questione se la interpretazione autentica introdotta con la legge 537/1993 possa applicarsi anche per i proventi illeciti acquisiti prima della entrata in vigore della legge stessa (...), ovvero se tale applicazione non contrasti col principio di irretroattività della legge penale». La soluzione della Cassazione al quesito — come già si è anticipato (13) — è senz'altro positiva, trattandosi non già di applicare retroattivamente la legge interpretativa (del 1993) quanto, piuttosto, di dare corretta applicazione alla legge interpretata (i D.P.R. n. 917 del 1986 e n. 597 del 1973).

È certamente questo il passaggio argomentativo più contestabile della sentenza, davvero pericolosissimo nei suoi effetti di sistema: guardiamolo tuttavia — almeno per ora — nelle conseguenze che produce sul caso di specie. Non solo, infatti, la Cassazione muove da una premessa — il carattere non innovativo e dunque meramente interpretativo dell'art. 14, comma 4, cit. — non corretta (14). Non solo aggira il divieto di irretroattività penale attraverso un *escamotage* — l'ultrattività della legge interpretata — criticabile nelle sue premesse logiche e nelle sue implicazioni processuali (15). La Cassazione fa anche qualcosa di più: attraverso l'argomento della trasfusione degli artt. 1 e 6 del D.P.R. n. 597 del 1973 nei corrispettivi articoli del testo unico n. 917 del 1986, gli effetti nel tempo dell'interpretazione autentica finiscono per essere retrodatati non già di sette anni bensì di venti. La gravità delle conseguenze che ne derivano in ambito penaltributario sono di tutta evidenza: a partire dal 1 gennaio 1983 (dies a quo dell'entrata in vigore della l. n. 516 del 1982, il cui art. 1 configura il reato di omessa presentazione di dichiarazione e di omessa annotazione di redditi a fini tributari) la mancata annotazione e dichiarazione dei proventi da attività illecite configura gli estremi della suddetta fattispecie penale.

---

(12) Secondo questa tesi la legge interpretativa cela, dietro l'apparenza dell'interpretazione, il carattere effettivo di una nuova norma retroattiva. Ma proprio perché, in tale prospettiva, l'interpretazione autentica altro non è che una tecnica legislativa per governare gli effetti nel tempo di una legge comunque innovativa, la sua efficacia ex tunc risulta paralizzata dal principio costituzionale di irretroattività penale (come pure da altri limiti costituzionali specifici e dai comuni limiti logici alla retroattività legislativa): cfr., per tutti, L. NOGLER, Le disposizioni legislative di interpretazione autentica come tecnica di previsione della retroattività, in Giur. It. 1994, I, 302.

(13) Vedi, *supra,* paragrafo 1, dove l'argomentazione della Cassazione penale viene riportata per esteso.

(14) Vedi, supra, paragrafo 2.

(15) Vedi, *infra,* paragrafo 5.

Il fine di questa ipertrofica retrodatazione è palese e consiste nella possibilità di contestare al ricorrente il reato ascrittogli ([16]). Ma il mezzo adoperato (id est: l'integrale ricezione degli artt. 1 e 6 del D.P.R. del 1973 negli artt. 1 e 6 del testo unico del 1986, per cui l'interpretazione autentica dell'art. 14, comma 4, cit. varrebbe per entrambi gli atti-fonte) davvero non regge. Se, infatti, «trasfusi» significa travasati, trasferiti in altro corpo (legislativo), ciò — nel caso in esame — non è vero sul piano degli enunciati linguistici ([17]), è per lo meno dubbio sul piano dei contenuti normativi ([18]), ma è certamente falso sul piano della teoria delle fonti: il testo unico del 1986 ha, infatti, natura delegata e dunque nova la fonte delle norme in esso coordinate, abrogando il previgente D.P.R. del 1973 ([19]). Di più: la ricostruzione — come dire? — a matrioska prospettata dalla Cassazione è in contraddizione con una corretta lettura del rapporto tra legge interpretativa e legge interpretata, perché «se il legislatore'comanda' di intendere il testo X in un dato modo, nulla autorizza ad estendere la portata del comando (con-

---

([16]) Se infatti la Cassazione penale avesse circoscritto le disposizioni legislative interpretate ai soli artt. 1 e 6 del D.P.R. del 1986, l'imputato avrebbe dovuto andare assolto perché, all'epoca dei fatti (gli anni 1984 e 1985), non sarebbe sussistito alcun obbligo di dichiarare i proventi da reato, in quanto non tassabili.

([17]) Basta una rapida sinossi delle disposizioni a dimostrarlo. Quanto agli art. 1, nel D.P.R. del 1973 si parla di possesso di redditi «continuativi od occasionali, provenienti da qualsiasi *fonte*», mentre nel D.P.R. del 1986 la dizione è quella di possesso di redditi ((rientranti nelle categorie indicate *nell'articolo* 6». Quanto agli art. 6, la categoria C-Redditi di lavoro» menzionata nel D.P.R. del 1973, viene articolata — nel D.P.R. del 1986 — in due distinte categorie (*«c)* redditi di lavoro dipendente; d) redditi di lavoro autonomo»); inoltre, rispetto all'art. 6 previgente, viene introdotto un ulteriore comma.

([18]) La discontinuità normativa tra gli artt. 1 e 6 del D.P.R. del 1986 rispetto ai corrispondenti articoli del D.P.R. del 1973 è argomentata da G. FALSITTA, *op. cit.*, 578; G. Izzo, La Cassazione si pronuncia contro, cit., 4959; F. TESAURO, *op. cit.*, 19-20. Per la tesi opposta secondo cui, nonostante la non identica formulazione testuale, il testo unico del 1986 avrebbe sostanzialmente confermato la disciplina previgente, cfr. P. DELL'ANNO, Proventi da illecito e imposizione tributaria, in Cass. Pen. 1993, 185-186; E. DELLA VALLE, Ancora in tema di *imponibilità* dei redditi provenienti da attività illecita, in Dir. Prat. Trib. 1991, 649.

([19]) La sua natura di testo unico delegato è agevolmente ricavabile dal preambolo del D.P.R. 22 novembre 1986, n. 917 (che può leggersi in *Suppl.* ord. alla G.U. del 31 dicembre 1986, n. 302): c'è il richiamo all'art. 76 Cost.; c'è il parere della Commissione parlamentare istituita a norma dell'art. 171. n. 825 del 1971 (((Delega legislativa al governo della Repubblica per la riforma tributaria»); lo stesso art. 17 cit. è la disposizione specificativa della delega per l'emanazione del testo unico delle imposte sui redditi.

Il carattere innovativo dei testi unici delegati è tesi ribadita costantemente nei contributi dottrinali in argomento: cfr., tra i molti, C. ESPOSITO, Testi unici, voce del Nuovo *Dig.* It., XII, tomo 2, Torino 1940, 181; L. CARLASSARE, Sulla natura giuridica dei testi unici, in Riv. *Trim.* Dir. Pubbl. 1961, 55 ss.; G. BRUNELLI, Testi unici «*interferenti*» con *norme* comunitarie: problemi di struttura, *efficacia* e *sindacabilità,* in Giur. Cost. 1992, 3637 ss.; V. ANGIOLINI, Testo unico, in *Encicl.* Dir., XLIV, Milano, 1992, 529.

tenuto nella legge c.d. interpretativa) ad un altro testo, diverso da quello cui si riferisce l'interpretazione autentica» ([20]).

In buona sostanza, la Cassazione finisce per confermare una sentenza che condanna il ricorrente per una condott omissiva che non realizzava gli estremi di alcun reato tributario all'epoca in cui fu assunta.

2.3. - Un'ultima osservazione — ancora una volta critica — all'apparato argomentativo della sentenza in esame. Secondo la Cassazione, «a ben vedere il quesito sulla retroattività di una interpretazione autentica più sfavorevole è un quesito mal posto, che nasconde un problema diverso e reale: quello dell'errore scusabile sulla legge penale ex art. 5 cod. pen. così come modificato dalla nota sentenza n. 36411988 della Corte costituzionale» ([21]).

Questo slittamento di piani — dal (falso) problema della retroattività della legge interpretativa al (vero) problema dell'errore di diritto scusabile — permette di recuperare in pieno il rilievo del diritto vivente giurisprudenziale, all'epoca dei fatti contestati monolitico nell'escludere la tassabilità dei ricavi illeciti. Vale dunque anche per il caso di specie quanto già altrove affermato in dottrina, cioè che il reo «non si sarebbe neppure trovato in presenza di quell'atteggiamento interpretativo 'gravemente caotico' che la Corte costituzionale ha ritenuto sufficiente a fondare un giudizio di inevitabilità dell'errore» ([22]); al tempo del commesso reato, anzi, il ricorrente poteva contare su un costante e favorevole orientamento interpretativo tale da giustificare «il riconoscimento di mancanza dell'elemento soggettivo (essendosi in presenza di un errore determinato dalla interpretazione dottrinale e giurisprudenziale, anche delle Sezioni Unite della Cassazione)» ([23]).

([20]) F. TESAURO, *op. cit.*, 20. È solo il caso di rilevare che l'art. 14, comma 4, l. n. 537 del 1993 rimanda espressamente ed esclusivamente all'art. 6, comma 1, del testo unico delle imposte sui redditi approvato con D.P.R. 22 novembre 1986, n. 917, *senza fare menzione alcuna* degli artt. 1 e 6 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 599.

Va segnalato il salto di qualità argomentativo così compiuto dalla Sez. III della Cass. penale rispetto alla precedente pronuncia della Cass. civile, Sez. I, 8 febbraio 1995-19 aprile 1995, n. 4381. Secondo la Cassazione civile l'interpretazione autentica dell'art. 14, comma 4, cit. rispetto al testo unico del 1986, «anche se priva di portata vincolante rispetto alla disciplina previgente, necessariamente assume valenza di criterio ermeneutico decisivo pure per gli artt. 1 e 6 del D.P.R. n. 597 del 1973». Secondo la Cassazione penale, invece, l'art. 14, comma 4, cit. ha inteso interpretare autenticamente anche il D.P.R. del 1973: in tal modo quella che era — per la Cassazione civile — una scelta ermeneutica giudiziaria viene invece *direttamente imputata* al legislatore-interprete (senza che la Cassazione penale porti alcuna responsabilità rispetto alla ventennale retroattività della legge interpretante).

([21]) «L'imputato potrebbe infatti — prosegue la Cassazione penale — dedurre di essersi incolpevolmente attenuto alla interpretazione per lui più favorevole della norma penale, sulla base della giurisprudenza costante o prevalente, poi smentita dalla legge interpretativa più sfavorevole».

([22]) A. PERINI, *Tassabilità dei proventi illeciti: inesistenza in materia di errore scusabiie*, in *Il Fisco* 1996, 8506.

([23]) P. CORSO, *Dopo tre anni*, cit., 2406.

Di più: la l. n. 516 del 1982 contestata al reo, detta all'art. 8 una particolare disciplina relativa all'errore sul fatto come conseguenza di una errata interpretazione della legge tributaria. Valorizzando la portata innovativa di tale disposizione rispetto alla disciplina generale dell'errore di diritto (24) ed assumendola quale «norma speciale ed esaustiva della disciplina dell'errore di diritto in ambito penale tributario» ne conseguirebbe che l'errore di diritto su norma tributaria «*escluderebbe* sempre la punibilità, indipendentemente dal fatto che tale errore sia causato dalla colpa dell'interprete» (25).

Diverse, invece, sono le determinazioni della Cassazione penale sul punto. Dell'art. 8 l. n. 512 del 1982 si fa solo una fugace menzione (26). Quanto alla scusabilità dell'errore, viene esclusa facendo leva sulla natura contravvenzionale del reato ascritto — punibile dunque anche a titolo colposo — e su una ricostruzione inesatta del diritto vivente giurisprudenziale all'epoca dei fatti (27).

2.4. La mano pesante della Cassazione penale trova probabile e realistica spiegazione (28) nella centralità della precomprensione del caso (29), con riferimento non tanto alla singola vicenda in esame quanto, più in genera-

---

(24) Come suggerisce **A.** PERINI, op. cit., 8506-8507, sulla scorta di altra dottrina penalistica: cfr., ad esempio, G. FLORA, Verso *un'interpretazione* abrogatrice della norma *sull'errore* di diritto nei reati tributari (art. 8 L. n. *516/1982)?,* in Riv. Trim. Dir. Pen. Econ. 1988, 207 ss.

(25) **A.** PERINI, *op. cit.,* 8506 (c.vo testuale).

(26) Probabilmente la Cassazione penale riconosce all'articolo in questione una funzione meramente — ed inutilmente — ripetitiva della disciplina generale di cui all'art. 47, ult. comma, c.p.: tuttavia, se così è, perché non esplicitare tale scelta ermeneutica?

(27) Secondo la Cassazione penale «anchesulla base della interpretazione giurisprudenziale più favorevole, l'imputato doveva prudenzialmente ritenere l'intassabilità dei proventi illeciti solo se non sequestrati o confiscati (il che non risulta avvenuto)». Viceversa — come già rilevato, supra, nel paragrafo 2.1. — il diritto vivente giurisprudenziale era nel senso di escludere la tassabilità dei proventi illeciti in ragione della loro possibile sequestrabilità o confiscabilità.

(28) Spiegazione — ben intesi — ma non giustificazione, perché «se è condivisibile l'auspicio che il reato non paghi e che anche la tassazione possa servire per sottrarre al reo i benefici dell'illecito, è anche vero che il divario tra norma di legge e volontà dei destinatari del precetto deve essere colmato dal legislatore (...) e non dall'interprete e che quest'ultimo deve ricostruire il sistema giuridico per quello che è e non per quello che vorrebbe» (così, con affermazione che condivido in toto, P. CORSO, Dopo tre anni, cit. 2406).

(29) L'ermeneutica come moderna teoria filosofica (cfr., per un'efficace ricostruzione d'insieme, M. FERRARIS, Storia dell'ermeneutica, Milano, Bompiani, 1988) trasferita sul piano dell'interpretazione giuridica (cfr., su tutti, G. ZACCARIA, *Ermeneutica* e giurisprudenza. **I** fondamenti filosofici nella teoria di Hans *Georg Gadamer,* Milano, 1984; ID., Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser, Milano, 1984) insegna l'importanza del caso e delle domande di senso che esso pone al diritto, condizionando così in misura significativa la formazione della scelta interpretativa del giudice.

le, alla gravità dei fenomeni cui tenta di fare argine l'art. 14, comma 4, l. n. 537 del 1993. Il «problema morale, politico e giuridico» ([30]) della tassabilità dei proventi da reato e la necessità di darvi una esplicita soluzione legislativa, infatti, si è posto agli inizi degli anni '90 con il ritrovamento — da parte di talune Procure particolarmente attive ed esposte — di ingenti ricchezze frutto di reati contro la pubblica amministrazione o legate a fatti di criminalità organizzata: da qui la decisione — sollecitata dall'opinione pubblica veicolata dai mezzi di comunicazione di massa — di ricorrere anche all'arma fiscale per colpire proventi indebitamente accumulati ([31]).

Senonché, misurata con l'esperienza applicativa che ne è seguita, l'art. 14, comma 4, cit. si è rivelata una norma velleitaria ([32]), per di più inapplicabile proprio con riferimento ai reati tipici della c.d. Tangentopoli ([33]). Una scarsa effettività che dà dunque ragione a chi, in dottrina, ha fin da subito segnalato l'incongruenza della scelta normativa indicando nella confisca a favore dello Stato e/o nella restituzione al danneggiato il destino naturale dei proventi illeciti ([34]).

Ingenti, invece, appaiono i danni ordinamentali prodotti dall'intervento del legislatore-interprete: revoca di un dato giurisprudenziale ormai saldo; dubbi sulla natura interpretativa o pseudotale della norma; conseguenti interrogativi sulla sua efficacia ex tunc o solamente pro futuro, come pure sulla sua illegittimità costituzionale per eccesso di potere ([35]); incertezze sulla estensione diacronica della (eventuale) retroattività dell'art. 14, com-

---

([30]) Così si esprime la relazione ministeriale al disegno di legge governativo — poi tradottosi nell'art. 14, comma 4, l. n. 537 del 1993 — riportata ampiamente da O. CUCUZZA, Ancora sulla tassazione dei redditi illeciti alla luce della L. 24 dicembre 1993, n. 537, in Il Fisco 1994, 1427-1429.

([31]) Cfr. P. CORSO, La tassazione dei proventi illeciti, cit., 830; ma che l'occasio legis dell'art. 14, comma 4, cit. sia riconducibile alle inchieste sulla c.d. Tangentopoli o relative alla c.d. lotta alla mafia, è un dato pacificamente riconosciuto da tutti coloro che si sono occupati della disposizione legislativa in esame.

([32]) Cfr. M. NUNZIATA, *op* cit., 827 ss., ed ivi un'eloquente disamina delle ragioni che paralizzano la previsione in esame, rendendola pressoché inoperante.

([33]) I proventi da illecito, infatti, sono tassabili solamente se classificabili in una delle categorie reddituali contemplate nel D.P.R. del 1986, secondo l'elencazione tassativa dell'art. 6 o nella formulazione residuale dell'art. 81 lett. l. Ma i proventi da reati come la corruzione, la concussione, l'illecito finanziamento a partiti politici non sono riconducibili a nessuna di tali categorie: cfr. G. PUOTI, *op. cit.*, 13; F. TESAURO, *op. cit.*, 18. Solo in astratto, dunque, l'intervento del legislatore-interprete risulta *politically correct*.

([34]) Così, per tutti, G. CORSO, Dopo tre anni, cit., 2410 il quale molto opportunamente ricorda come «dietro l'irretroattività dell'art. 14, comma 4, legge n. 537/1993 non vi sono (né vi devono essere) l'impunità e il godimento del maltolto, ma la confisca».

([35]) Il dubbio di incostituzionalità viene prospettato da M. CERRATO, *op. cit.*, 878 ss. e — sullo spartito tracciato dalla decisione della Cass. pen., Sez. Un., 12 novembre 1993-17 marzo 1994, n. 2798 — G. IZZO, Dubbi di costituzionalità, cit., 3886.

ma 4, cit.. L'esaminata sentenza della Cassazione finisce per aggravare il quadro complessivo con le sue rimarchevoli implicazioni in ambito penal-tributario, dove a venir meno sono la stessa certezza della fattispecie penalmente rilevante e la garanzia costituzionale del divieto di retroattività.

Ma poiché tali implicazioni discendono *de plano* da una ricostruzione complessiva dell'interpretazione autentica legislativa, il problema trascende la vicenda specifica dell'art. 14, comma 4, l. n. 537 del 1993 e finisce per avere una valenza generale. Di questo, ora, ci si deve occupare.

3. – Come già segnalato, tutta l'argomentazione della Cassazione penale segue le coordinate della teoria che riconosce all'interpretazione autentica natura dichiarativa: la legge interpretativa è un semplice atto di conoscenza della precedente manifestazione di volontà legislativa; essa dunque non innova l'ordinamento previgente, limitandosi a chiarirne la portata normativa e contribuendo, in tal modo, a risolvere dubbi e incertezze sul reale significato della disposizione interpretata ([36]).

Proprio perché dichiarativa e non innovativa, sarebbe inesatto parlare — con riferimento alla legge interpretante — di una sua retroattività, *non essendosi in presenza di una successione nel tempo di differenti normative*. Detto altrimenti, legge interpretativa e *jus supeweniens* sono due fenomeni non assimilabili «in quanto l'interpretazione autentica non fa che precisare (...) il significato che determinate norme rivestivano sin dall'inizio, e non dà una nuova regolamentazione al rapporto giuridico» ([37]): gli operatori del diritto, dunque, continuano ad applicare la disposizione interpretata, sia pure nel senso precisato dalla legge interpretante.

La particolarità di questo rapporto diacronico viene indicato, in dottrina, ricorrendo alla più varia terminologia. Con riferimento alla legge interpretativa si parla, ad esempio, di retroattività *apparente* ([38]), di efficacia *ex*

([36]) La teoria ha radici storiche profonde: una traccia di essa viene rinvenuta già in Cicerone (cfr. R. CAPONI, La nozione di retroattività della legge, in Giur. Cost. 1990, 1361), ma è soprattutto la tradizione canonistica del XV e XVI secolo a portarla a sistema (cfr. O. GIACCHI, *Formazione* e sviluppo della dottrina della interpretazione autentica in diritto canonico, Milano, 1935, 18 ss.). L'idea della natura dichiarativa della norma interpretativa è assunta anche dalla Scuola francese dell'esegesi (cfr. A. GENTILI, Interpretazione legale, modifiche *normative* e principio di ragionevolezza, in Rass. Dir. Civ. 1991, 909) e da significativi settori della dottrina italiana post-unitaria (come Fiore, Bianchi, Gabba, Landucci, Degni: cfr. G. TARELLO, L'interpretazione della legge, in Trattato di diritto civile e commerciale, a cura di A. Cicu *e* F. Messineo, vol. I, tomo 2, Milano 1980, 256 ss,).

([37]) D. SPIAZZI, Sulla possibilità, o meno, che il giudice di rinvio applichi una legge sopravvenuta che *interpreta* — autenticamente — la *normativa* precedente in senso *difforme* da quello che la Corte di *cassazione* aveva ritenuto esatto nel fissare il principio di diritto enunciato con la sentenza di annullamento, in Giur. It. 1981, I, 2, 449.

([38]) Così F. DEGNI, L'interpretazione della legge, Napoli 1909, 93; C. F. GABBA, Teoria della retroattività della legge, vol. I, Torino, 1884, 25.

tunc ([39]), di *retrospettività* ([40]), di retroattività *impropria* ([41]) o *naturale* ([42]); guardando invece allo stesso rapporto dal punto di vista della legge interpretata, si preferisce parlare di *ultrattività* ([43]). Le denominazioni sono differenti, ma la sostanza del fenomeno descritto è la stessa: il significato normativo posto dalla legge interpretativa opera fin dall'entrata in vigore della disposizione legislativa interpretata. È *come se* la norma esplicitata nella disposizione interpretante fosse, da sempre, l'unica, vera, *autentica* — appunto — norma espressa dalla disposizione interpretata.

Tradizionalmente, gli stessi fautori della suddetta teoria fanno riferimento ad un criterio generale per circoscrivere l'efficacia nel tempo della disposizione interpretante: rispetto ai rapporti giuridici già costituiti sotto l'impero della legge interpretata, la norma interpretativa «si applica a quei casi passati in cui, se anche l'interpretazione autentica non fosse avvenuta, la legge interpretata avrebbe tuttavia potuto invocarsi ed applicarsi in virtù di scientifico convincimento nel senso autoritativamente stabilito» ([44]). Detto con formulazione più sintetica ed incisiva, ((l'interpretazione autentica sottintende la clausola: da applicare se e quando devesi applicare la norma interpretata» ([45]).

È questa la base logico-giuridica per escludere che l'efficacia nel passato — comunque la si voglia battezzare — dell'interpretazione autentica legislativa arrivi a travolgere il giudicato ovvero a rimettere in discussione rapporti comunque ormai esauriti: ipotesi — tutte — nelle quali, non ponendosi più un problema di applicazione della legge interpretata, non assume rilievo alcuno nemmeno la legge interpretante. Un criterio generale, peraltro, pensato come coerente alla *ratio iuris* dell'interpretazione autentica, alla quale si attribuisce la funzione «di rimuovere l'incertezza d'interpretazione cui dà luogo l'applicazione della legge interpretata. Invero, dal momento che questa ha ricevuto applicazione definitiva e irretrattabile, l'incertezza del suo significato non viene più in discussione» ([46]).

Già qui si intravedono le prime crepe di questo elegante edificio teorico. La *ratio iuris* dell'interpretazione autentica, oggi, non è (più) collegata ad

---

([39]) O. GIACCHI, *op. cit.,* 29-30 (dove l'effetto temporale così denominato viene contrapposto alla retroattività legislativa vera e propria).

([40]) G. PACE, Il diritto transitorio, Milano s.d. (ma 1944), 321.

([41]) A. BATTAGLIA, La legittimità costituzionale della interpretazione autentica. (A proposito di giudizi di Assise), in Giust. Pen. 1953, I, 3 ss.

([42]) P. GIOCOLI NACCI, Appunti sulle fonti *normative,* Bari 1992, 27.

([43]) G. MARZANO, L'interpretazione della legge con particolare riguardo ai rapporti fra interpretazione autentica e giursipmdenziale, Milano 1955, 178; C. RIBOLZI, Le leggi interpretative e *la* nuova *Costituzione,* in Studi in memoria di Guido Zanobini, III, Milano 1965, 586.

([44]) Così, per tutti, F. DEGNI, L'interpretazione, cit., 94, che attribuisce la paternità della formula citata a Bohlau.

([45]) *G.* LASERRA, L'interpretazione della *legge,* Napoli 1955, 130.

([46]) E. BETTI, Interpretazione della legge e degli atti giuridici, Milano 1971, 207.

esigenze di certezza giuridica, bensì ad una polifunzionalità comprensiva anche della possibilità — rimessa alla discrezionale valutazione del legislatore-interprete — di rimediare ad interpretazioni giurisprudenziali divergenti con la linea di politica del diritto voluta dal legislatore, tanto più se consolidate ([47]).

Ma anche ad assumere come inscindibile il rapporto tra interpretazione autentica e certezza del diritto, è proprio su questo terreno che l'illustrato criterio generale si rivela del tutto inadeguato, dimostrandosi incapace di arginare l'irresistibile ultrattività della legge interpretata autenticamente. Non è solo un problema di formulazione del criterio in esame, tanto generica quanto contraddittoria ([48]). C'è dell'altro: è che l'applicazione — anche definitiva — della legge interpretata, sulla base di un significato normativo differente da quello dichiarato nella legge interpretante, configura un vero e proprio *errore* di diritto incontrovertibile e capace di legittimare la messa in discussione anche di rapporti ormai chiusi.

4.1. - Non è difficile dimostrarlo: basta essere consequenziali con le premesse di partenza. Come si è visto, la tesi della natura dichiarativa ricostruisce il rapporto tra legge interpretata e legge interpretante in termini di identità normativa: il contenuto precettivo della seconda è già tutto nella prima; non v'è successione cronologica di norme differenti ma, solamente, un accertamento dichiarativo dell'unico significato corretto della disposizione fatta oggetto d'interpretazione autentica.

Se così è, «le difformi interpretazioni della legge autenticamente interpretata, date medio *tempore,* non potrebbero essere considerate che altrettanti casi di (...) errore di diritto» ([49]), accertato come tale in una legge obbligatoria erga *omnes*. Ma, allora, il criterio tradizionale adoperato per perimetrare gli effetti nel passato della interpretazione autentica risulta del tutto inutilizzabile ([50]), giacché la disposizione interpretata andava applica-

([47]) Cfr., anche per le opportune indicazioni giurisprudenziali, A. PUGIOTTO, La labirintica giurisprudenza costituzionale in tema di *leggi* di interpretazione autentica, in Studium *Iuris,* 1997, 67 (ora anche in Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale, Atti del Convegno di Cagliari, 24-25 maggio 1996, a cura di P. Ciarlo-G. Pitruzzella-R. Tarchi, Torino 1997, 301 ss.).

([48]) Problema pure segnalato in dottrina: cfr. G. MARZANO, *op.* cit., 184-185.

([49]) G. MARZANO, *op. cit.,* 179.

([50]) ESSO infatti erroneamente assimila — sul piano dei limiti di operatività temporale — l'ultrattività della legge interpretata alla retroattività della legge interpretante (effetto, quest'ultimo, che invece la natura dichiarativa dell'interpretazione autentica nega). Tale contraddizione è esemplarmente rappresentata nella posizione di C. F. GABBA, *op.* cit., 29, il quale ricorre al criterio tradizionale pur essendo categorico nell'affermare che «non v'ha dubbio non entrare nel campo della teoria della retroattività delle leggi l'apparente retroattività attribuita da tutte le legislazioni alle leggi così dette interpretative» (p. 25, c.vo testuale).

ta in quel solo significato (ed in nessun altro) «necessariamente a *tutte* le situazioni e rapporti giuridici venuti a esistenza fin dal primo momento della sua entrata in vigore» ([51]), *ivi compresi quelli ormai chiusi.*

Su questa base ricostruttiva, l'interpretazione autentica come mero atto di conoscenza, lungi dal garantire la certezza giuridica, è in grado di travolgere tutti i tentativi di circoscriverne la naturale retroattività. Vediamoli, analiticamente.

4.2. - Travolto, ad esempio, è il limite della tutela dei diritti acquisiti sotto l'impero della legge interpretata.

Chi lo invoca, fa leva sul principio *tempus regit actum,* per cui la validità del loro acquisto andrebbe valutata secondo le norme della legge previgente e non successiva ([52]). Ma, nella prospettiva della natura dichiarativa dell'interpretazione autentica, non si può ragionare di successione cronologica tra normative differenti ed anzi era la legge interpretata che andava intesa già *ab origine* secondo la portata precettiva esplicitata dalla legge interpretante. È proprio in forza del principio *tempus regit actum* invocato che si impone, dunque, non la tutela bensì una ridefinizione dei diritti (perché) indebitamente acquisiti. D'altra parte, se è vero che «le aspettative che trovano fondamento in interpretazioni dubbie non acquistano mai certezza, la certezza che caratterizza i c.d. diritti acquisiti» ([53]), *a fortiori* ciò vale se risultano basate su una esegesi accertata legislativamente come errata.

4.3. - Per lo stesso ordine di ragioni, finisce per essere legittimato anche un intervento legislativo di interpretazione autentica che dichiari espressamente di travolgere gli effetti della cosa giudicata. Esso, infatti, lungi dal violare il principio della separazione tra poteri, si porrebbe come giustificata correzione di un errore interpretativo-applicativo non più opinabile perché acclarato oggettivamente e per tutti ([54]).

La verità — come si dimostrerà nei paragrafi successivi del testo — è che il ricomporre in sistema i possibili limiti all'operatività ex tunc della legge interpretante si rivela «faticainutile»,giacché ad essere in gioco è — semmai — l'ultrattività della legge interpretata che «non può essere in alcun modo graduata e deve essere ammessa incondizionatamente»(G. MARZANO, *op. cit.,* 182, c.vi testuali).

([51]) Così, ancora, G. MARZANO, *op. cit.,* 189 (c.vo testuale).

([52]) Cfr., ad esempio, P. GIOCOLI NACCI, *L'anti-Montesquieu* (tramonto del principio della distinzione delle funzioni), Bari 1989, 42 s.

([53]) G. GAVAZZI, Sulla interpretazione autentica della legge, in Studi giuridici in memoria di Alfredo Passerini, Milano 1955, 170.

([54]) Come infatti osservato acutamente da G. MARZANO, *op. cit.,* 179, se è vero che la forza del giudicato «è ben compatibile con l'ipotesi dell'errore di diritto e quindi dell'errore in sede di interpretazione della legge, lo è in quanto nel momento in cui la norma giuridica viene presa in considerazione, l'errore sia solo possibile, non in quanto l'errore sia certo, o tale debba considerarsi; e certo inoltre di quella certezza che è la più efficace concepibile, in quanto non soggettiva, ma posta oggettivamente con la forza della legge» (c.vi testuali).

Di più: se la legge interpretante altro non fa che accertare il passato quale in realtà esso era già prima dell'intervento del legislatore-interprete, recupererebbe forza l'argomento — speso già dalla dottrina più risalente ([55]) — della violazione del principio di eguaglianza tra chi si vede applicare la legge interpretata nel suo *autentico* significato e chi, invece, subisce irrimediabilmente le conseguenze di un'applicazione della stessa legge in un senso normativo accertato come erroneo. In tale prospettiva, paradossalmente, non è il superamento del giudicato — mediante la legge interpretativa — a violare la Costituzione, quanto la sua intangibilità.

La prassi ha già conosciuto interventi legislativi di interpretazione autentica (anche mediante atti con forza di legge) finalizzati a travolgere la cosa giudicata ([56]). Questi sono risultati certamente agevolati da una dottri-

---

([55]) Penso al dibattito dottrinale di fine anni '40 nato dal decreto legislativo De Gasperi, 22 giugno 1946, n. 44, che recepiva con efficacia retroattiva due decreti ministeriali (c.d. decreti Gullo) considerati invece illegittimi da un orientamento giurisprudenziale consolidato (per una chiara ricostruzione dell'intera vicenda vedi P. GRECO, *Conflitto* di poteri, in Riv. Dir. *Comm.* 1947, I, 268-269).

Secondo alcuni autori, non valendo la disposizione retroattiva per i casi coperti da giudicato, veniva a crearsi una disparità di trattamento tra cittadini che pure si trovavano nell'identica situazione, sulla base di un evento del tutto accidentale (l'aver o meno fatto ricorso all'autorità giudiziaria): cfr. P. BARILE, Il D.P. 22 giugno 1946 n. 44 e il controllo di costituzionalità dell'autorità giudiziaria sulle leggi, in Foro Pad. 1947, I, 585 ss.; F. PIERANDREI, Ancora sul conflitto fra il Governo legislatore provvisorio e il potere giudiziario, in Giur. It. 1947, I, 337 ss.; E. CROSA-P. BODDA, Sulla costituzionalità del D.P.L. 22 giugno *1946,* n. 44, sul prezzo del grano e di altri cereali del raccolto *1946* e sui premi per l'anticipata trebbiatura, in Giur. It., 1946, IV, 145 ss. *Contra:* V. ANDRIOLI, Un conflitto tra legislatore provvisorio e giudice, in Foro It. 1947, I, 402 ss.; G. MONACO, *Sul* conflitto tra legislatore provvisorio e giudice, in Rass. Dir. Pubbl. 1947, II, 389 ss.

L'intera vicenda è di sicuro interesse per lo studioso dell'interpretazione autentica legislativa, che vi ritrova alcuni dei nodi problematici più importanti: il valore del principio di irretroattività delle leggi, il rapporto tra retroattività legislativa e diritto vivente giurisprudenziale, l'autorità della cosa giudicata quale limite alla legge retroattiva, il vizio di eccesso di potere legislativo per violazione della funzione giurisdizionale. Cfr. V. ANDRIOLI, Sulla costituzionalità del decreto De *Gasperi* 22 giugno 1946, in Foro It., 1947, I, 545 ss.; F. CARNELUTTI, *Eccesso* di potere legislativo, in Riv. Dir. Proc. 1947, II, 193 ss.; S. CASTELLET, *Sui* limiti del sindacato di costituzionalità, in Foro It. 1947, IV, 150 ss.; C. MORTATI, *Sull'eccesso* di potere legislativo, in Giur. It. 1949, I, 1, 457 ss.; N. PICELLA, Il controllo del giudice sulla costituzionalità dei decreti legislativi, in Riv. Dir. Proc. 1947, 248 ss.; A. M. SANDULLI, Il principio di non retroattività delle leggi e la *Costituzione,* in Foro *Amm.* 1947, II, 1, 73 ss.

([56]) Si possono citare diversi episodi. Il d.l. 28 gennaio 1986, n. 9 (convertito in l. 24 marzo 1986, n. 78) ed il d.l. 24 marzo 1989, n. 102, entrambi in materia previdenziale: cfr. P. SPAMPINATO, *Eccesso* di potere legislativo ed incompetenza assoluta tra certezza del diritto e principio di eguaglianza, in Arch. *Civ.* 1989, 561 ss..

La l. 6 agosto 1984, n. 425, relativa al trattamento economico dei magistrati: cfr. M. MANETTI, Abuso del potere *interpretativo* da parte *del* giudice e del legislatore: *un'occasione* mancata per un conflitto di attribuzione, in Giur. *Cost.* 1984, I, 2326 ss.; ID., Trattamento economico dei magistrati e legge interpretativa, in Giur. *Cost.*

na assai timida nel tutelare le prerogative dell'autorità giudiziaria rispetto al legislatore-interprete e da una giurisprudenza costituzionale troppo ambigua sul punto ([57]). Ma è indubbio che la teoria della interpretazione autentica come atto di conoscenza finisca per rivelarsi un grimaldello formidabile a disposizione di chi, in Parlamento o nel Governo, intendesse azzerare gli esiti di questo o quel procedimento giudiziario.

4.4. - L'ultrattività della legge interpretata autenticamente si rivela irresistibile non solo nei confronti dei limiti logici alla retroattività legislativa, ma anche verso qualsiasi limite di natura costituzionale.

Come testimonia concretamente la sentenza commentata, l'interpretazione autentica si sottrae, in primo luogo, al principio costituzionale di irretroattività nella materia penale. Nella prospettiva assunta, infatti, tra legge interpretata e legge interpretante «non v'è successione di disposizioni normative» ([58]). E se non c'è alcuna retroattività (della legge interpretativa) ma solo ultrattività (della legge interpretata), allora nemmeno può invocarsi l'art. 25, comma 2, Cost. per circoscriverne gli effetti nel tempo.

Il vero è che la distinzione tra materia extrapenale e materia penale, quest'ultima — come insegna tutta la dottrina — preclusa alle leggi di interpretazione autentica in quanto retroattive, non *ha* senso alcuno se si attri-

---

1987, I, 880 ss.; A. VIRGILIO, Decisioni *giurisprudenziali* e provvedimenti legislativi, in Foro It. 1984, I, 1492 ss.

Il d.l. 1 marzo 1991, n. 60 (conv. in l. 22 aprile 1991, n. 133) in tema di computo della durata dei termini di custodia cautelare: cfr. A. GIARDA, Sorge il dubbio che Montesquieu non sia più attuale, in *Corriere* Giur. 1991, 391 ss.; ID., Il Parlamento, la sovranità, il principio della divisione dei poteri, in Corriere Giur. 1991, 601 ss.; C. LA FARINA, Il giudicato: «atto di sovranità» o «*chiffon* de *papier*»*?,* in Foro *It.* 1990, V, 35 ss.; M. TERRILE, Sospensione e «*congelamento*» dei *termini* di custodia cautelare, in Foro It. 1991, II, 273 nt. 1.

Il d.l. 15 novembre 1985, n. 626 in tema di qualifica funzionale: cfr. M. ETTORRE, Quali limiti per l'interpretazione autentica? A proposito di un decreto-legge concernente il personale direttivo dello Stato, in Nuova Rass. 1986, 833 ss.

([57]) Come ricorda E. ROSSI, Agenti di assicurazione e assegni familiari, tra giuri*sprudenza* e leggi *interpretative,* in Riv. *It.* Dir. Lav. 1992, 253 ss., ampi settori della dottrina riconoscono espressamente la prevalenza dell'interpretazione autentica legislativa sulla forza della cosa giudicata: vedi p. 258 nt. 47 per le opportune indicazioni bibliografiche, alle quali adde A. CERRI, Spunti in tema di retroattività della legge, in Foro It. 1994, I, 1773, e G. ZAGREBELSKY, La giustizia costituzionale, Bologna 1988, 137.

Quanto alla giurisprudenza costituzionale, l'incertezza sul punto è massima: a decisioni che affermano — nei confronti dell'interpretazione autentica legislativa — l'invalicabilità del limite della cosa giudicata come di ogni altro rapporto ormai esaurito (cfr. le nn. 116 e 118 del 1957, 9 del 1959, 19 del 1970, 413 del 1988, 155 del 1990, 402 del 1993, 263 del 1994, 15 e 451 del 1995), si alternano pronunce in cui si teorizza la legittimità di leggi interpretative che rescindano l'efficacia della res *judicata* (così, ad esempio, le nn. 413 del 1988, 501 del 1991, 253 e 469 del 1992, 385, 397 e 461 del 1994).

([58]) P. GIOCOLI NACCI, Appunti sulle fonti, cit., 27.

buisce alla legge d'interpretazione autentica natura dichiarativa ([59]). Assumere tale ricostruzione teorica e poi ripetere tralatiziamente il divieto di interventi del legislatore-interprete in tema di pene e reati, è un atteggiamento contraddittorio che segnala un problema di falsa coscienza: se — giustamente — si tema la possibilità di leggi interpretative penali, non si può fingere poi come rimedio l'operatività di un limite che formalmente non entra neppure in partita. È, semmai, la premessa teorica iniziale (l'interpretazione autentica legislativa come atto di conoscenza) a dover essere revocata.

Più in generale, qualunque altro limite specifico alla retroattività legislativa posto in Costituzione finisce per non operare nei confronti di leggi interpretative, proprio perché queste formalmente non innovano l'ordinamento e dunque non operano retroattivamente. Cercare di costituzionalizzare un divieto di retroattività in materia tributaria ex art. 53 Cost.; tentare di aprire l'ombrello dell'art. 25, comma 2, Cost. fino a coprire anche l'area normativa delle sanzioni c.d. amministrative o degli istituti processuali cautelari incidenti sulla libertà personale; ragionare di un divieto di retroattività legislativa quale principio generale dell'ordinamento operante nei confronti delle leggi regionali; considerare vietate costituzionalmente leggi retroattive se interferenti su procedimenti giudiziari in corso: sono tutti sforzi inutili, davanti al gioco di prestigio che fa scomparire l'efficacia ex *tunc* della legge interpretante sostituendola con l'ultrattività della legge interpretata.

4.5. - Tradendo una — consapevole o meno — sfiducia nei confronti della tenuta dei limiti fin'ora considerati, non è un caso, dunque, che la prevalente dottrina — ma pure la stessa Corte costituzionale — preferisca ragionare del comune limite rappresentato dal principio generale di eguaglianza, che le leggi retroattive (ivi comprese quelle interpretative) violerebbero «quando assumono un carattere eccezionale o derogatorio, fino al punto di ledere il'principio dell'affidamento' o la'certezza dei rapporti preteriti', concepita come'cardine della civile convivenza e della tranquillità dei cittadini'». Invece di definire figure incerte di limiti alla' retroattività legislativa si finisce, in tal modo, per ricondurre anche le leggi interpretative entro lo schema del giudizio di ragionevolezza ([60]).

Il tentativo, però, va a segno solo se all'interpretazione autentica si nega il carattere di autonoma e peculiare categoria legislativa, per ricondurla

([59]) Non a caso la dottrina canonistica tradizionale — che è alla base della teoria dell'interpretazione autentica legislativa come attività meramente dichiarativa (vedi, *supra,* nt. 36) — non operava alcuna distinzione tra leggi interpretative in materia civile e leggi interpretative in materia penale: cfr. O. GIACCHI, *op.* cit., 32 nt. 2.

([60]) Così L. PALADIN, Le fonti *del* diritto italiano, Bologna 1996, 186, da cui è tratta la citazione riportata nel testo.

entro la comune figura della legge innovativa e retroattiva. Viceversa, esso manca il bersaglio quando l'intervento del legislatore-interprete viene assunto quale atto di conoscenza dell'enunciato interpretato. Come infatti rilevato — acutamente ed autorevolmente — da Gustavo Zagrebelsky, poiché ((l'interpretazioneautentica non introduce prescrizioni nuove e retroattive diverse da quelle precedenti e poiché quindi l'interpretazione imposta autenticamente si deve intendere come quella nascente già dalla vecchia legge, mancherebbero i presupposti stessi per impostare in termini di ragionevolezza un confronto fra le due situazioni normative» (61). I contenuti precettivi delle due disposizioni legislative (interpretante ed interpretata) sono postulati come identici: a mancare è, dunque, il *tertium* comparationis, indispensabile per il giudizio ternario della Corte costituzionale (62).

4.6. - Nulla del passato, dunque, si salva dal fiume in piena dell'interpretazione autentica, intesa quale atto di conoscenza della precedente volontà legislativa, neppure il limite generale della ragionevolezza delle scelte legislative.

Il paradosso è che, tutt'al contrario, la regola della irretroattività appare addirittura più ferrea per la legge d'interpretazione autentica che per una legge comune. Mentre, infatti, quest'ultima può derogare al divieto di retroattività (63), viceversa — secondo la teoria che riconosce all'interpretazione autentica natura dichiarativa — nessuna legge interpretativa potrebbe mai operare retroattivamente: «non quelle innovative, perché lo si esclude esplicitamente; nemmeno quelle confermative, perché, non apportando nessuna variazione alla disciplina preesistente, come non mutano codesta disciplina per l'awenire, così non la mutano neanche quanto al passato» (64).

Ma è solamente un'illusione ottica: in realtà, dietro lo schermo formale della ultrattività della legge interpretata, si giustifica — nei fatti — una sostanziale retroattività incondizionata della legge interpretante, capace di

---

(61) G. ZAGREBELSKY, Sulla interpretazione autentica (a proposito *della* «*legge* per *Assisi»),* in Giur. Cost. 1974, 3486.

(62) Come osserva L. NOGLER, *Sull'uso dell'interpretazione* autentica e delle leggi retroattive in materia previdenziale, in Giur. It. 1993, I, 1, 391, «in tal caso viene meno la necessità di comparazione in conseguenza, per così dire, dell'identità dei termini di raffronto della stessa».

(63) Fatti salvi — ovviamente — i limiti logici alla retroattività legislativa come anche quelli, direttamente o indirettamente, sanciti in Costituzione: cfr., da ultimo, M. FIORILLO, Il legislatore retroattivo, in Rass. *Parlam.* 1997, 747 ss.

(64) C. ROMANELLI GRIMALDI, A *proposito* di interpretazione autentica (con particolare riguardo alle leggi interpretative in materia regolata da trattati), in Riv. Trim. Dir. Pubbl. 1974, 633, la quale icasticamente rileva come «in ultima analisi, la risposta che si dà alla domanda circa il quando della irretroattività delle leggi di interpretazione è: mai. A nostro avviso, viceversa, al medesimo quesito dovrebbe darsi opposta soluzione, vale a dire: *sempre*» (p. 630, c.vi testuali).

sottrarsi ad ogni limite, anche di natura costituzionale, all'operatività ex *tunc* delle leggi. In tal modo l'interpretazione autentica legislativa — specialmente se accreditata di una funzione meramente conoscitiva — si rivela una tappa ulteriore della progressiva degenerazione dello Stato di diritto ([65]).

Difficile è tuttavia ipotizzare un efficace ed effettivo controllo di legittimità sulla legge interpretativa, se assunta quale mero atto di conoscenza. La Corte costituzionale è — come si è visto — marginalizzata, risultando aggirato un suo sindacato sui piani della limitazione alla retroattività legislativa, della tutela della funzione giudiziaria, della stessa ragionevolezza delle scelte legislative. Potrebbe essere investita, semmai, della *quaestio legitimitatis* di una legge pseudointerpretativa, quale figura sintomatica di un eccesso di potere legislativo: ma è strada impervia concettualmente e che la Corte ha percorso di rado e con riluttanza ([66]).

Residua — a livello di controllo diffuso — la verifica della natura realmente interpretativa dell'intervento legislativo: laddove questo rivelasse

---

([65]) Sul valore assoluto (e sul significato filosofico più profondo) che il principio di irretroattività dovrebbe avere in uno Stato di diritto, cfr. R. QUADRI, Applicazione della legge in generale, in Commentario del Codice Civile, a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Disposizioni* sulla legge in generale. Art. 10-15, Bologna-Roma 1974, 170-173.

([66]) Non sono infatti mancati episodi, nella giurisprudenza costituzionale, in cui la Corte ha valorizzato come vizio autonomo ed autosufficiente per la declaratoria di illegittimità della legge il suo carattere pseudointerpretativo (cfr. le decisioni nn. 187 del 1981, 223 del 1988, 155 e 380 del 1990, annotate adesivamente da M. MANETTI, Retroattività e interpretazione autentica: un brusco risveglio per il legislatore, in Giur. Cost. 1990, 963 ss.; R. TARCHI, La difficile collocazione delle leggi di interpretazione autentica, in Foro It. 1990, I, 3072 ss.; V. KURKDJIAN, Il principio di ragionevolezza come strumento di contropotere nei confronti del legislatore, in Dir. Soc. 1991, 247 ss.; M. GELMETTI, *Osservazioni* sulla recente *giurisprudenza* costituzionale in tema di interpretazione autentica e retroattività delle leggi, in Giur. It. 1994, IV, 71 ss.). Ma la dottrina ha già evidenziato il carattere recessivo di tale orientamento il quale, peraltro, convive da sempre con il più robusto filone giurisprudenziale della Corte che muove dalla piena equivalenza tra legge interpretativa e legge retroattiva: cfr. A. ANZON, Il *valore* del precedente nel giudizio sulle leggi. L'esperienza italiana alla luce di *un'analisi comparata* sul regime del *Richterrecht*, Milano 1995, 196-200; M. CERRATO, *op.* cit., 879 ss.; A. GARDINO CARLI, La *(in)coerenza* delle motivazioni della Corte costituzionale in tema di legge interpretativa, in La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale, a cura di A. Ruggeri, Torino 1994, 529-530; ID., Ancora due sentenze nel variegato percorso giurisprudenziale in tema di natura e limiti delle leggi interpretative, in Giur. Cost. 1995, 2430-2431; A. PUGIOTTO, La *labirintica* giurisprudenza, cit. 75-76.

Non è estranea, alla prudenza della Corte nel sottoporre leggi interpretative ad uno scrutinio stretto circa il loro carattere realmente interpretativo, la riluttanza ad ammettere esplicitamente l'eccesso di potere quale vizio autonomo della legge (pseudointerpretativa): la Consulta, semmai, preferisce dissimularlo dietro la categoria della scelta legislativa irragionevole (cfr., da ultimo, A. CELOTTO, Corte costituzionale ed «*eccesso* di potere legislativo», in Giur. Cost. 1995, 3724 ss.).

una portata innovativa rispetto alla disposizione interpretata, andrebbe applicato solamente *pro futuro* proprio perché pseudointerpretativo ([67]). A ben vedere, tuttavia, il ritenere possibile una siffatta distinzione è posizione insostenibile sul piano sia logico-giuridico che metodologico. Ed è proprio muovendo da tale insostenibilità che si arriverà a dimostrare la totale infondatezza della ricostruzione dell'interpretazione autentica legislativa come mera ricognizione del significato normativo della disposizione interpretata.

5.1. – L'ipotizzata distinzione tra legge realmente interpretativa o innovativa è preclusa, innanzitutto, da alcune difficoltà di logica giuridica elementare. Tale distinzione, infatti, presuppone la previa conoscenza del significato della disposizione interpretata, con cui confrontare l'operato del legislatore- interprete, «ma ciò è impossibile perché il senso della norma ci si appalesa solo attraverso l'uso degli strumenti interpretativi, e non si rivela per pura intuizione» ([68]). La norma autenticamente espressa da un testo — ad ammetterne l'esistenza — è sempre un *posterius* rispetto all'operazione ermeneutica, mai un *prius* conosciuto in partenza.

La decisione se la disposizione interpretante crei o scopra il significato del testo interpretato è resa ancora più impervia dalla circostanza che entrambi i termini di raffronto si sostanziano in enunciati linguistici, strutturalmente polisemici e che tali restano anche dopo l'intervento del legislatore-interprete. Questi, infatti, lungi dal ridurre ad unità le virtualità normative della disposizione interpretata, altro non fa che aggiungere «segni a segni, sperando di influire sul significato che altri soggetti, gli interpreti, attribuiranno a loro» ([69]).

Le due difficoltà sopraindicate (assenza di un parametro esterno al procedimento interpretativo; natura polisemica dell'enunciato linguistico) potrebbero annullarsi contemporaneamente assumendo quale *metro* del contenuto precettivo della disposizione oggetto di interpretazione autentica il suo significato applicato: la legge interpretativa sarà (o meno) tale se cristallizza (owero innova) la norma vivente. Ma è tesi non accettata. L'interpretazione autentica, anzi, muove spesso dall'esigenza di rovesciare un diritto vivente non condiviso dal legislatore-interprete o — ancor più comunemente — dalla necessità di risolvere gravi ed insuperabili anfibologie giurisprudenziali. D'altra parte, è innegabile che una legge interpretativa la

([67]) Cfr., per tutti, F. DEGNI, L'interpretazione, cit. 100 s.

([68]) Così, sia pure in un contesto diverso, P. G. MONATERI, Fonti del diritto, voce del *Digesto* IV, *sez.* civ., VIII, Torino 1992, 386. Con riferimento specifico alla problematica dell'interpretazione autentica legislativa, cfr. P. POLLASTRO, *Sulla* pretesa retroattività delle leggi interpretative, in Riv. Crit. Dir. Priv. 1988, 539, che segnala l'estrema elasticità e non assoggettabilità a controllo del criterio della corrispondenza tra norma interpretata e disposizione interpretante.

([69]) L'efficace espressione è di Roberto Bin.

quale si limitasse a ripetere o confermare la soluzione normativa dominante in sede applicativa, sarebbe priva di scopo ([70]).

La realtà è, dunque, nel senso di rivelare come logicamente impossibile un giudizio sulla autenticità di una interpretazione legislativa, coerentemente alla regola secondo cui «agli enunciati del discorso interpretativo — a meno di immaginare che le parole incorporino un significato'proprio' — non possono convenire i valori di verità»([71]). Sul piano logico la categoria dell'interpretazione autentica si rivela, così, per quel che è: un ossimoro.

5.2. - Non è dato vedere, peraltro, quale possa essere, sul piano metodologico, il criterio di cui servirsi per riconoscere una legge realmente interpretativa.

Tra i possibili, quello accreditato come decisivo dalla giurisprudenza costituzionale ([72]) (ed adoperato dalla Cassazione penale nella sentenza in commento) fa leva sulla struttura dell'intervento del legislatore-interprete: se questi impone una delle possibili varianti di senso della disposizione interpretata, *lasciandone immutato il tenore testuale*, allora la legge ha natura realmente interpretativa. Coerentemente all'idea del carattere meramente dichiarativo dell'interpretazione autentica, infatti, «norma interpretata e norma interpretatrice devono poter coesistere e fondersi in un'unica disposizione, senza che la nuova norma aggiunga nulla rispetto alla precedente»([73]).

Ora, presupporre una coerenza tra legge interpretante e legge interpretata tale che la prima non intacchi il dato testuale della seconda, è — all'evidenza — insostenibile. Sul piano degli enunciati linguistici, semmai, è vero esattamente il contrario, in quanto la legge interpretativa *non può che riformulare — e quindi mutare — il dispositivo interpretato:* se, infatti, si limitasse a ricalcarne il testo, i problemi ermeneutici sorti sulla legge interpretata si trasferirebbero, tali e quali, su quella interpretante, che, dunque, risulterebbe *inutiliter data* ([74]).

Più plausibile è, invece, assumere una differente accezione di coerenza tra disposizione interpretativa e testo interpretato, in base alla quale la

---

([70]) Come osservato da M. PATRONO, Legge (vicende della), voce dell'*Encicl.* Dir., XXIII, Milano 1973, 928.

([71]) R. GUASTINI, Le fonti *del* diritto e l'interpretazione, in Trattato di diritto privato, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano 1993, 334.

([72]) Cfr., *ex plurimis*, le decisioni nn. 233 del 1988, 455 e 480 del 1992, 15 del 1995.

([73]) R. MARONE, Interpretazione autentica e contributi assistenziali dei professionisti. Notazioni su una normativa confusa, in Riv. Notariato 1984, 1241, ma l'osservazione è assolutamente pacifica sia in dottrina che nella giurisprudenza costituzionale.

([74]) Non fa eccezione alla regola illustrata nel testo l'art. 14, comma 4, l. n. 537 del 1993, che presenta una formulazione non sovrapponibile affatto all'art. 6 del D.P.R. n. 917 del 1986.

nuova formulazione della prima non possa modificare l'ambito semantico coperto dal secondo: in tal modo, il criterio identificativo slitta dal piano degli enunciati linguistici a quello dei significativi normativi. La stessa Corte costituzionale, del resto, sembra ormai approdata a tale soluzione, laddove riconosce — correggendo precedenti affermazioni — che la natura di legge interpretativa «va desunta da un rapporto fra norme — e non fra disposizioni» ([75]).

Senonché, è proprio sul piano più corretto dei contenuti normativi che diventa inevitabile riconoscere alla legge interpretante una portata sempre innovativa, poiché la polisemia della disposizione interpretata subisce — almeno nelle intenzioni del legislatore-interprete ([76]) — una reductio ad *unum*, circoscrivendosene in tal modo l'ambito semantico ([77]). È quanto la Corte costituzionale ha esplicitamente affermato fin dalla sent. n. 118 del 1957, riconoscendo che «non diversamente dalle altre leggi, anche la legge interpretativa innova all'ordine legislativo preesistente, e il quid *novi* che essa introduce in tale ordine consiste nell'attribuire a certe norme anteriori un significato obbligatorio per tutti (con conseguente esclusione di ogni altra possibile interpretazione))).

Mi pare un'obiezione invincibile, la quale non cade neppure accreditando l'idea ([78]) che la legge interpretante sia esercizio (non di potestà legisla-

---

([75]) Così, per la prima volta, la sent. n. 424 del 1993, poi richiamata — e dunque confermata — dalla sent. n. 397 del 1994.

La soluzione appare coerente con quanto affermato dalla Corte in altri luoghi della propria giurisprudenza, nei quali viene valorizzato il confronto tra contenuti normativi — e non tra disposizioni — per accertare l'intervenuta novazione dell'ordinamento: si pensi alla sent. n. 68 del 1978 relativa all'abrogazione apparente di normativa fatta oggetto di quesito referendario (cfr. punto 3 del considerato in diritto) o alla recente sent. n. 84 del 1996 concernente il possibile trasferimento della censura di costituzionalità dal decreto legge impugnato ad altra disposizione successiva (cfr. punto 4.2.3. del considerato in diritto).

([76]) Che poi davvero vi riesca è un altro discorso rispetto al ragionamento sviluppato nel testo, che si muove secondo le coordinate della natura dichiarativa della interpretazione autentica legislativa. Personalmente resto dell'opinione — già espressa in A. PUGIOTTO, La labirintica giurisprudenza, cit., 68 — che si tratti di un'altra illusione ottica, giacché l'intervento del legislatore-interprete, mettendo capo ad un enunciato linguistico, è sempre suscettibile di reinterpretazione.

([77]) È una delle tesi di fondo dell'importante contributo di G. U. RESCIGNO, Leggi di *interpretazione* autentica e leggi retroattive non penali incostituzionali, in Giur. Cost. 1964, 784, secondo il quale «tutte le leggi di interpretazione sono innovative, giacché precludono le più interpretazioni prima possibili». Sul punto, invece, non condivido la precisazione di A. ANZON, *op.* cit., 178 s., secondo cui la legge interpretativa sarebbe impropriamente innovativa, dovendosi considerare la norma da essa imposta «presente ab initio nella disposizione interpretata, poiché ne costituisce uno dei significati da essa plausibilmente ricavabili»: il carattere innovativo della legge interpretante, infatti, va misurato in relazione alle norme escluse, non a quella confermata.

([78]) È uno dei pilastri teoretici della dottrina che ricostruisce l'interpretazione autentica come attività conoscitiva di una precedente volontà legislativa: vedi, infra, paragrafo 6.3.

tiva, bensì) di una funzione interpretativa vera e propria. Le differenti tecniche interpretative — considerate nei loro risultati — «vengono oggi concepite come *attribuzioni* di significato, mediante le quali la positività del diritto non è ma si produce» ([79]): l'interpretazione, dunque, non è mai cognitiva ma sempre creativa, a *fortiori* se posta mediante atto legislativo (essendo ogni espressione del legislatore per sua natura innovativa ([80])). Del resto è stato opportunamente osservato ([81]) come, attraverso i vari procedimenti logici secondo i quali si svolge la c.d. ermeneutica correttiva, sia sempre possibile per l'interprete dilatare o circoscrivere il contenuto normativo della disposizione legislativa interpretata.

La portata creativa di leggi d'interpretazione autentica è, per tutte queste ragioni, fuori discussione: sia sul piano del tenore testuale, sia su quello del contenuto normativo, esse sono condannate ad innovare la legge interpretata. Distinguere, al loro interno, tra leggi realmente o falsamente interpretanti non è dunque possibile.

5.3. – Insostenibile sul piano logico e metodologico, la distinzione tra legge autenticamente interpretativa e legge pseudointerpretativa crea, d'altra parte, più problemi di quanti ne risolva.

Riconoscere a ciascun giudice la facoltà di applicare esclusivamente ex nunc la disposizione interpretante che (a proprio avviso) contenga una norma innovativa, disapplicandola così per il passato, frustra il fine perseguito dal legislatore-interprete ([82]). Trattandosi, però, di una valutazione soggettiva e — processualmente — valida solo incidenter tantum, i contrasti giurisprudenziali sorti sull'esegesi della legge interpretata (per risolvere i quali il legislatore si era determinato alla interpretazione autentica) rischiano allora di spostarsi sulla natura (interpretativa o pseudotale) della legge successiva, con conseguenze a cascata su altre problematiche connesse ([83]).

([79]) L. PALADIN, *op. cit.*, 102 (c.vo testuale).

([80]) Cfr. V. CRISAFULLI, Lezioni di *diritto* costituzionale, II, 1, Padova 1993, 33-34; E. PARESCE, Interpretazione (filosofia e teoria generale), voce dell'*Encicl.* Dir., XXII, Milano 1972, 233.

([81]) Il riferimento è allo scritto di E. CASTORINA, *Spunti problematici* a proposito di una sentenza della Corte in materia di leggi regionali interpretative, in Le Regioni 1990, 1735.

([82]) Così G. U. RESCIGNO, *op. cit.*, 774 s.

([83]) Per fare alcune esemplificazioni: la necessità di distinguere, all'interno della stessa legge, quali siano le disposizioni interpretative e quali no. La necessità di accertare la vigenza della legge interpretata, *conditio sine* qua non per riconoscere operatività alla legge interpretante. Quale norma ritenere applicabile dal giudice, stretto tra il punto di diritto fissato dalla Cassazione ed una diversa interpretazione autentica del medesimo testo legislativo intervenuta nelle more del giudizio di rinvio. La possibilità o meno di sottoporre la legge (la cui natura interpretativa è dubbia) ad un nuovo intervento legislativo di interpretazione autentica. E così via: sono tutti problemi che si giustificano ovvero trovano soluzione diversa a seconda se si riconosce ad un dato testo legislativo natura interpretativa o innovativa.

Sono del tutto prevedibili i danni — veramente gravi — che ne derivano per il valore della certezza del diritto, che pure l'interpretazione autentica (nella prospettiva di chi la considera attività meramente conoscitiva) vorrebbe e dovrebbe garantire.

Nata come strategia giurisprudenziale da adoperarsi contro un uso fraudolento dell'interpretazione autentica legislativa (84), la (piro)tecnica del differenziare le leggi interpretative in creative e dichiarative dà origine, quindi, ad ulteriori complicazioni delle quali non si sentiva affatto la mancanza. Poco produttiva, dunque, si rivela per i giudici che intendano opporre resistenza alla legislazione interpretativa. Di questa, anzi, si finisce indirettamente per avallare una ricostruzione teorica — la legge interpretativa come atto di conoscenza dell'enunciato interpretato — che è, certamente, la più pericolosa per l'autonomia della funzione giudiziaria.

6.1. - La verità è che l'impossibilità (prima ancora della scarsa utilità) di distinguere tra una disposizione che innova ed una che scopre il significato del testo interpretato, rappresenta il segnale di un vizio all'origine: la conseguenza processuale non tiene perché non tiene la premessa di partenza. E infatti l'idea stessa dell'interpretazione autentica come attività meramente dichiarativa a non reggere, in tutti i suoi presupposti giustificativi.

L'identità tra chi pone l'atto interpretante e chi ha posto l'atto interpretato è il primo di questi presupposti: al legislatore andrebbe riconosciuto il potere di interpretare autenticamente una legge perché «nessuno evidentemente può esplicare un concetto meglio di chi lo ebbe a formulare» (85).

Si tratta di una petizione di principio: in realtà, qualunque sia la forma di comunicazione, il testo oggetto dell'attività di enunciazione si distacca dall'autore ed è soggetto ad interpretazione, conseguentemente non vi è alcun particolare motivo per ritenere che l'emittente sia il migliore interprete del testo» (86). Ciò vale, a *fortiori,* per gli enunciati legislativi che, una volta posti nell'ordinamento, vivono di vita propria ed assumono nel tempo un senso spesso differente da quello che era nelle intenzioni del legislatore storico (87).

---

(84) Cfr. R. TARCHI, Le leggi interpretative come strumento di dialogo (o bisticcio?) fra parlamento e giudici, in Foro It. 1988, I, 1354 s. Nota, peraltro, che si finisce così per riconoscere all'autorità giudiziaria la scelta tra due alternativi rimedi giurisdizionali: la disapplicazione nel passato della legge interpretativa (perché innovativa e, dunque, operante solo pro futuro) o l'impugnazione incidentale della legge (perché pseudointerpretativa e, dunque, viziata per eccesso di potere).

(85) C. F. GABBA, *op. cit.,* 26.

(86) P. POLLASTRO, *op. cit.,* 547.

(87) La continua evoluzione del contenuto precettivo della disposizione legislativa, che ne segna una progressiva emancipazione dall'intentio legislatoris originaria, è il denominatore comune di molte strategie argomentative comunemente adoperate dagli operatori del diritto, ad esempio dalla Corte costituzionale: cfr. A. PUGIOTTO, Sindacato di costituzionalità e «*diritto* vivente)). Genesi, uso, implicazioni, Milano 1994, 336-346.

Di più: la generalità ed astrattezza della norma rende possibile la sua applicazione ad una serie aperta di casi ed assicura così la sua vigenza nel tempo. Di conseguenza, non può dirsi che «il legislatore sia necessariamente il migliore interprete a meno di non voler assumere che egli aveva considerato, all'atto dell'emanazione della disposizione legislativa, ogni possibile fattispecie ed ogni possibile interpretazione» ([88]).

L'identità tra autore ed interprete delle leggi, inoltre, rimanda ad una impossibile ed antistorica visione antropomorfica dell'odierno procedimento legislativo. Nei moderni ordinamenti non accade più ciò che accadeva nei sistemi antichi, dove la legge era il frutto della decisione di una singola persona fisica — il Principe — «sicché poteva affermarsi che *eius est interpretare legem cuius est condere*» ([89]). Oggi la formazione delle leggi è il risultato di un procedimento collettivo e complesso, inoltre la composizione parlamentare muta al termine di ogni legislatura (ma anche durante la medesima legislatura ([90])) e gli stessi membri delle assemblee legislative possono — col mutare del tempo e delle circostanze — cambiare le opinioni già espresse. In queste condizioni, la soggettività del legislatore si rivela una «nozione metafisica e palesemente ideologica))([91]), «una pura metafora. ([92]), «una delle finzioni massime del diritto))([93]), «un concetto vuoto» ([94]), una ((ingenua mitologia))([95]).

C'è, infine, un'ambiguità di fondo che la teoria dell'interpretazione autentica come mera esplicazione non riesce a occultare: a ben vedere, infatti, non è vero che la sua pretesa di svelare — ora per allora — la norma

([88]) P. POLLASTRO, *op. cit.*, 547 s. nt. 56.

([89]) G. CRISCI, *Irretroattività* della legge e legge interpretativa, in Cons. Stato 1992, II, 1376.

([90]) Sembra non accorgersene chi (V. GIUSEPPONE, L'interpretazione autentica delle norme giuridiche e il precetto di cui al *primo* comma *dell'art. 11* delle preleggi, in Trib. *Amm. Reg.* 1994, II, 29), muovendo dal presupposto che «dovrebbe essere legittimato ad emanare la norma interpretativa solo il medesimo soggetto che ha emanato la norma interpretanda», ritiene legittimate ad interpretare autenticamente una legge le sole Camere che l'avevano approvata. A parte lo slittamento concettuale (dall'identità del soggetto-persona fisica all'identità dell'organo) ed a parte la sottintesa configurazione antropomorfica del legislatore (al quale, non a caso, si attribuisce una «propria intrinseca soggettività»), è la stessa ipotesi di un Parlamento che resti inalterato nella sua composizione fisica per l'intera legislatura a rasentare l'inverosimile.

([91]) P. POLLASTRO, *op. cit.*, 548 s.

([92]) R. QUADRI, *op. cit.*, 140.

([93]) P. G. MONATERI, Interpretazione del diritto, voce del *Digesto* IV, sez. civ., X, Torino 1993, 56 nt. 219.

([94]) G. GAVAZZI, *op. cit.*, 152-153.

([95]) F. TESAURO, *op. cit.*, 20, il cui giudizio caustico merita di essere riportato integralmente: la teoria della natura dichiarativa dell'interpretazione autentica <<presuppone l'ingenua mitologia del legislatore-interprete, magico rivelatore dei misteri linguistici nascosti nelle parole della legge interpretata».

autentica trovi fondamento nella provenienza dell'interpretazione dallo stesso autore del testo interpretato. Il presupposto dell'identità dell'autore risale all'origine storica dell'interpretazione autentica quale atto del sovrano: allora, non a caso, era del tutto irrilevante la forma da essa assunta, che poteva anche essere diversa da quella dell'atto interpretato, proprio perché l'autenticità dell'interpretazione di un documento normativo dipendeva esclusivamente dalla loro comune provenienza soggettiva. Nei moderni ordinamenti, dove la legislazione è funzione svolta da collegi, viene in rilievo, semmai, l'identità dell'organo che approva il testo legislativo con l'organo che lo interpreta: ma tale identità, a rigore, giustificherebbe esclusivamente l'interpretazione autentica di una legge ad opera delle stesse camere che l'hanno approvata, per cui «una volta esauritasi una legislatura, tutte le leggi emanate in quell'arco temporale non potrebbero più formare oggetto di interpretazione autentica» ([96]): un limite soggettivo, evidentemente, troppo vincolante e restrittivo.

Ecco perché si preferisce giustificare l'interpretazione autentica facendo leva, piuttosto, sull'identità di *funzione* (legislativa) di titolarità sia dell'organo che ha posto l'atto interpretato sia dell'organo che pone l'atto interpretante: in tal modo ben potrà un Parlamento interpretare autenticamente leggi approvate da precedenti assemblee parlamentari. Ma anche così resta scoperta — sul piano giustificativo — tutta quella copiosa attività interpretativa di leggi ordinarie svolta dal governo attraverso decreti legge e decreti legislativi delegati ([97]): per legittimarla si è costretti a spostare

---

([96]) V, GIUSEPPONE, *op. cit.,* 29; sulla tesi di tale autore cfr., *supra,* nt. 90.

([97]) La possibilità di interpretare autenticamente leggi attraverso atti ad esse equiparati è tendenzialmente ammessa dalla dottrina, a mio avviso con eccessiva disinvoltura: cfr., ad esempio, G. VERDE, *Alcune considerazioni sulle leggi interpretative nell'esperienza più recente,* in *Osservatorio sulle fonti 1996,* a cura di U. De Siervo, Torino 1996, 29 ss.; ID., *Aspetti problematici dell'interpretazione autentica della legge,* in *Arch. Dir. Cost.* 1997, 402 ss., il quale si spinge ad affermare che «se la legge di delegazione non esclude espressamente il ricorso all'interpretazione autentica, il decreto legislativo potrà anche contenere disposizioni interpretative» (p. 406).

Mi permetto di dissentire, ma per ragioni differenti da quelle addotte da altra dottrina (cfr., contro l'ipotesi di decreto legge interpretativo di legge ordinaria, *A.* SIMONCINI, *Il sistema delle fonti tra Governo e Parlamento dopo la sentenza n. 360/* 1996 *della Corte costituzionale,* in *Rass. Parlam.* 1997, 1019 nt. 109). La manualistica più diffusa ricostruisce la delegazione legislativa come delega di *atto* — e non di funzione — ed il decreto delegato come atto legislativo *vincolato* (cfr. L. PALADIN, *Diritto costituzionale,* Padova 1996, 178-186). *Ergo:* se la legge di delega opera come limite *interno* di un atto delegato e non quale limite *esterno* di una funzione delegata, il governo non può che esercitare il solo potere normativo attribuitogli *esplicitamente;* ciò è tanto vero che, in caso contrario, si parla di eccesso di delega come vizio specifico del decreto legislativo delegato. Non mi pare, dunque, legittimo interpretare un silenzio della delega come implicita attribuzione di potere o come non contrarietà all'esercizio di un potere non delegato: *l'ambito di competenza del legislatore delegato finisce laddove comincia il silenzio del legislatore delegante.*

l'attenzione sulla eguale collocazione nella gerarchia delle fonti tra atto interpretante ed atto interpretato. È dunque la comune *forza* di legge a conferire autenticità all'interpretazione di atti legislativi del parlamento compiuta dall'esecutivo ([98]).

Lo slittamento concettuale avvenuto nel tempo è davvero impressionante: dall'identità dell'autore all'identità dell'organo, all'identità della funzione e, infine, all'identica collocazione nella scala gerarchica delle fonti. Un progressivo (forse inarrestabile? ([99])) mutamento di prospettiva, imposto dalla necessità di giustificare una prassi sempre più ampia e generalizzata nell'uso dell'interpretazione autentica di leggi. Ma se dell'originario e peculiare fondamento dell'interpretazione autentica, oggi, non è rimasta traccia alcuna — perché la dissociazione tra legislatore-autore dell'atto interpretato e legislatore-interprete è, ormai, la regola — sorge legittimo un quesito: stiamo davvero parlando dello stesso istituto o tra l'interpretazione autentica primitiva e quella odierna di comune resta il solo *nomen*? Il dubbio è che il richiamo alla tradizione — concettualmente sempre meno giustificato — serva a coprire una cosa diversa: non più l'esplicazione di un atto legislativo da parte del suo autore quanto, piuttosto, una legge comunque innovativa ma capace — dietro lo schermo ideologico della mera cognizione del significato autentico del testo interpretato — di operare nel passato senza incontrare limite alcuno alla sua retroattività.

6.2. - L'altro presupposto teorico della tesi che riconosce natura esclusivamente dichiarativa all'interpretazione autentica è la credenza nell'intrinseca univocità normativa di ogni disposizione legislativa e, dunque, la desumibilità del solo, vero, autentico significato dalla lettera del testo e dalla volontà del legislatore storico, la cui *intentio* dovrebbe operare come criterio risolutivo nei casi di dubbi ermeneutici ([100]).

Il rapporto univoco tra testo e norma va negato, giacché da uno stesso enunciato l'interprete è — di regola — in grado di scoprire più significati

([98]) Si attiene fedelmente ed acriticamente a tale evoluzione G. VERDE, Alcune considerazioni, cit. 25 e 28-29.

([99]) Penso a R. GUASTINI, Specificità dell'interpretazione costituzionale?, in L'attività del giudice. Mediazione degli interessi e controllo delle attività, a cura di M. Bessone, Torino 1997, 65 ss., il quale ipotizza la possibilità di collegare l'effetto di interpretazione autentica all'efficacia vincolante erga *omnes* dell'atto interpretante. Tale impostazione — oltre che a qualificare come interpretazione autentica della Costituzione ogni decisione della Consulta (vedi p. 70-71) — aprirebbe la strada ad un'interpretazione autentica delle leggi mediante sentenze interpretative della Corte costituzionale. Sul rapporto tra giurisdizione costituzionale e interpretazione autentica cfr. M. S. GIANNINI, Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle nome, in Giur. *Cost.* 1956, 911-915; S. CORTESI, Osservazioni su ((dettatolegislativo», *«norma»* e ((interpretazioneautentica» nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi, in Studi *Borromeo* (Omaggio al diritto), Collegio Borromeo, Pavia 1961, 151 ss.; E. CASTORINA, *op. cit.*, 1738 ss.

([100]) Cfr. P. POLLASTRO, *op.* cit., 542-543.

egualmente ammissibili sul piano dell'ermeneutica giuridica. Il dato è pacifico ed ormai acquisito, per la giuspubblicistica italiana, almeno a partire dagli anni sessanta: nella polemica che vide contrapposti Tullio Ascarelli e Francesco Carnelutti — rammenta ora Livio Paladin ([101]) — «è uscita vincente la posizione del primo, per cui la norma vive — nella sua concretezza — solo nel momento in cui viene applicata», e non la tesi carneluttiana dell'esistenza di un significato oggettivo, proprio del documento normativo e precostituito all'interpretazione.

Lo *jus* scriptum vincola l'interprete, ma non lo paralizza. La polisemia di un enunciato legislativo dipende, infatti, da fattori testuali ed extratestuali (linguistici ed extralinguistici) ([102]) che impongono «una dialettica permanente tra l'emittente del testo ed il destinatario della comunicazione» ([103]); la formulazione legislativa adoperata, al più, riesce a circoscrivere la potenzialità dei significati ma non è in grado di escludere la polisemia dell'enunciato.

Del resto, se si invoca il ricorso all'intentio *legislatoris* nei casi di incerta attribuzione di senso, vuol dire che si riconosce — almeno implicitamente — un qualche margine di incertezza nella interpretazione di un testo normativo. Qui, semmai, è il criterio ermeneutico risolutore a non convincere, e non solo perché rimanda — ancora una volta — ad una inverosimile concezione antropomorfica del legislatore. È che il criterio è contestabile per l'indebita identificazione tra *ratio* Zegis ed occasio Zegis (dato che la prima non si risolve esclusivamente nella seconda ([104]) e per l'inversione dell'ordine logico e cronologico tra interpretazione e finalità di un documento normativo (dato che «lo scopo della norma può essere il risultato e non la premessa dell'interpretazione» ([105])).

La centralità dell'*intentio legislatoris* — a ben vedere — risulta, infine, tutt'altro che confermata proprio da come gli stessi fautori della teoria in

---

([101]) L. PALADIN, Le fonti, cit. 101 s.

([102]) Neppure l'asettica interpretazione letterale di un computer riesce a sottrarsi a tali condizionamenti, con risultati talvolta esilaranti. Utilizzando in rete un qualsiasi motore di ricerca per domandare che cosa vi sia su un dato argomento, e lavorando su siti inglesi chiedendo la traduzione istantanea del messaggio in italiano, si può scoprire — ad esempio — che «Luciano Violante è Altoparlante *dell'alloggiamento* dei Delegati, traduzione non del tutto assurda di Speaker *of* the *chamber of Deputies»;* che un certo scrittore ha numerosi ventilatori (*fans*); che Shakespeare è autore di molti impianti (works) o che il sito originariamente denominato Studies in the logic *of* Charles Sanders Peirce risulti in traduzione Studi nella logica delle sabbiatrici Pierce del Charles (sander, effettivamente, significa sabbiatrice ed il traduttore automatico del computer non tiene conto delle maiuscole): U. Eco, Ho passato una notte insonne con ilari lacrime agli occhi, in L'Espresso del 15 gennaio 1988 (ma anche ne Il Foglio dei fogli del 12 gennaio 1988).

([103]) P. POLLASTRO, *op. cit.*, 547 nt. 53.

([104]) Il rilievo è di A. GENTILI, Interpretazione legale, cit., 915.

([105]) R. QUADRI, *op. cit.*, 226.

contestazione individuano il carattere realmente interpretativo di una legge. Invece di utilizzare quegli elementi estrinseci nei quali trova manifestazione l'animus interpretandi del legislatore-interprete — come l'autoqualificazione della legge o la sua formulazione testuale — essi preferiscono servirsi di un criterio sostanziale: il contenuto della legge e la sua coerenza normativa con la disposizione interpretata ([106]). La contraddizione è davvero clamorosa e rivelatrice — più in profondità — del doppio gioco sotteso alla teoria della natura dichiarativa dell'interpretazione autentica: la si giustifica concettualmente facendo leva sul profilo soggettivo dell'atto (l'identità tra legislatore-autore e legislatore-interprete) tranne poi ricorrere, per identificarla, al profilo oggettivo dell'atto (il suo contenuto realmente interpretati~~).

Per quanto contraddittoria, è una scelta obbligata, giacché il presupposto dell'identità dell'autore delle due leggi (interpretata e interpretante) è — come già dimostrato — una fictio. Da qui la necessità di verificare l'attendibilità dell'*animus* interpretandi di un legislatore-interprete che non coincide con il legislatore storico, e di accertarla ricorrendo ad un criterio sostanziale (pensato come) il più obiettivo possibile. È, però, un argomentare poco persuasivo: venuto meno il presupposto giustificativo originario (l'identità dell'autore) era la teoria di un'interpretazione autentica cognitiva che andava abbandonata, invece di rincorrere una coerenza normativa tra leggi, che peraltro — come si è visto ([107]) — conduce a ritenere comunque e sempre innovativa la disposizione interpretante.

6.3. – Al fondo della natura dichiarativa riconosciuta all'interpretazione autentica ritroviamo un terzo — ed ultimo — presupposto teoretico. Quella interpretativa non sarebbe una vera e propria legge perché non conterrebbe una *regula* actionis, limitandosi a dichiarare il senso della legge precedente ([108]): non dunque un atto legislativo innovativo dell'ordinamento quanto, piuttosto, l'esercizio in forma legislativa di una attività interpretativo-ricognitiva. Il suo status di vero e proprio atto interpretativo differenzierebbe la legge interpretante da una legge ordinaria comune. Contro questo assunto si può, viceversa, avanzare una diversa ricostruzione dell'interpretazione autentica legislativa tale da negarne una (presunta) natura ermeneutica peculiare.

Muovendo dall'idea che l'interpretazione rappresenti un'operazione razionale comune a tutti gli agenti del diritto, differenziabile solamente nelle

---

([106]) Emblematico, in tal senso, è lo scritto di F. DEGNI, Sui criteri fondamentali per stabilire il carattere *interpretativo* di *una* legge, in Riv. Dir. Pubbl. 1911, II, 561 ss.

([107]) Cfr., *supra,* paragrafo 5.

([108]) O. GIACCHI, *op. cit.,* 28, ricorda come nella tradizione canonistica si parlasse, in proposito, di *lex* declarativa (in luogo di *lex* constitutiva).

finalità ([109]), se ne possono ipotizzare tre diverse forme, peraltro tra loro concatenate: una interpretazione finalizzata alla produzione legislativa (di titolarità del legislatore), una interpretazione finalizzata all'applicazione normativa (spettante ai giudici ed alla pubblica amministrazione) e una interpretazione finalizzata al controllo di costituzionalità (propria della Corte costituzionale).

L'interpretazione finalizzata alla produzione legislativa guarda al contesto normativo che il legislatore deve, necessariamente e previamente, intendere per potervi collocare coscientemente la nuova disposizione ([110]): in questo senso l'ermeneutica giuridica è momento indispensabile ad un esercizio coerente della funzione legislativa e, di questa, rappresenta il punto iniziale (ma non l'approdo finale). Proprio perché finalizzata alla produzione legislativa, quell'interpretazione mette capo ad una disposizione, inevitabilmente aperta a più significati e dunque — di regola — inidonea ad imporre una sola norma ([111]). A sua volta, la disposizione legislativa così posta rappresenta la premessa per una (diversa) interpretazione finalizzata

---

([109]) Raccogliendo così una suggestione di R. QUADRI, *op. cit.*, 196 nt. 5, il quale contesta la fondatezza e l'utilità della consueta classificazione del fenomeno interpretativo sulla base dei soggetti abilitati alla funzione ermeneutica, giacché «da questo punto di vista, non dovrebbero esseri differenze di metodo)).

([110]) Cfr., similmente, R. TARCHI, Le diverse nozioni di retroattività ed i loro riflessi pratici, Tesi di dottorato, Firenze-Roma 1987, 123 nt. 28, secondo il quale «ogni nuova norma viene ad integrarsi con un ordinamento giuridico preesistente, che deve necessariamente valutare nel suo significato e nella sua portata)).

([111]) Sulla disposizione come norma in potenza e necessariamente polisemica vedi L. PALADIN, Le fonti, cit. 103.

Che l'attività legislativa di interpretazione autentica si traduca nella posizione di disposizioni è riconosciuto anche da **A.** PIZZORUSSO, Delle fonti del diritto, in Commentario del Codice Civile, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Disposizioni sulla legge in generale. Art. 1-9, Bologna-Roma 1977, 116. Assai significativo è quanto si legge nell'introduzione al volume di C. LAVAGNA, Ricerche sul sistema *normativo,* Milano 1984, X, dove l'autore — con riferimento al suo ampio saggio L'interpretazione autentica (1942) ivi ripubblicato — riconosce la necessità di una ridefinizione dell'intera problematica proprio alla luce dell'ormai acquisita distinzione concettuale tra testo e norma. In particolare, Lavagna si domanda «se anche per la interpretazione autentica si deve tener conto che il legislatore è un costruttore di testi e non di norme, per vedere quali conseguenze ne discendano in relazione alla individuazione delle leggi interpretative, ai loro limiti ed alla loro legittimità costituzionale». È esattamente questa la premessa da cui muove la riflessione teoretica di R. BIN, La Corte costituzionale tra potere e retorica: spunti per la costruzione di un modello *ermeneutico* dei rapporti tra Corte e giudici di merito, in La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato, a cura di **A.** Anzon-B. Caravita-M. Luciani-M. Volpi, Torino 1993, 8 ss., che descrive la contrapposizione tra mondo degli atti di potere (propri del legislatore, costruttore di disposizioni) e mondo degli atti retorici (propri dell'interprete, costruttore di norme). Ed è significativo che, in tale modello teorico, si collochino le leggi di interpretazione autentica tra i primi, proprio per la loro idoneità a porre esclusivamente disposizioni (non norme): il loro fuorviante *nomen* «è solo una traccia genetica residua» (p. 11).

alla sua applicazione al caso concreto. Qui è l'ermeneutica giudiziaria che entra in gioco, quale momento essenziale nel processo di formazione del diritto, ed il cui esito è esattamente «il trapasso della legge da disposizione a norma» ([112]). L'interpretazione del legislatore e del giudice non possono, dunque, essere fenomenologicamente confuse e sovrapposte, benché il nesso tra le due sia ineludibile: infatti «senza la giurisdizione il processo di formazione del diritto rimarrebbe monco e inoperante; e senza la normazione (...) quel processo non potrebbe avere inizio» ([113]).

Se si accetta questa impostazione generale, l'interpretazione autentica legislativa rientra perfettamente all'interno della interpretazione finalizzata alla produzione legislativa. Anche il legislatore-interprete, infatti, altro non fa che intendere preventivamente il senso della legge precedente, ma si illude se pretende di imporre una norma in via esclusiva ed autoapplicativa, perché — come tutte le interpretazioni finalizzate alla produzione legislativa — la sua attività si traduce nella posizione di una disposizione, oggetto di reinterpretazione e necessitante della mediazione del giudice per tradursi in disciplina effettiva di fatti concreti e reali.

6.4. - Alla luce dell'impostazione illustrata, l'interpretazione autentica legislativa non rivela alcun tratto peculiare e distintivo da una comune legge ordinaria.

Non la struttura, ad esempio. I fautori della tesi della natura dichiarativa distinguono, secondo tradizione ([114]), tra il momento logico (l'enunciazione di una scelta ermeneutica) ed il momento precettivo (il comando valido erga omnes) della legge interpretativa, accentuandone il primo a scapito del secondo. Ma il momento logico, lungi dall'essere connotazione esclusiva e tipica dell'interpretazione autentica, è proprio di qualsiasi atto

---

([112]) Prendendo a prestito le parole di M. PATRONO, *op. cit.,* 927.

([113]) M. CAPURSO, La crescita d'influenza dell'interpretazione giudiziaria sui processi di *formazione* del diritto: riflessi istituzionali, in Riv. *Trim.* Dir. Pubbl. 1976, 1490.

Va segnalato che anche l'interpretazione finalizzata al controllo di costituzionalità rappresenta l'ulteriore anello di tale catena ermeneutica. La Corte, infatti, giudica di norme applicate, assumendo quale oggetto del proprio sindacato la risultante dell'interpretazione giudiziaria prevalente: è la nota teoria del c.d. «diritto vivente» (per una sua ricostruzione sintetica e per un resoconto critico delle diverse letture date ad essa in dottrina, si può vedere ora A. PUGIOTTO, Il richiamo al ((diritto *vivente*» come tecnica di giudizio della Corte costituzionale, in Foro It. 1998, V, in corso di pubblicazione).

([114]) Cfr., per tutti, F. CAMMEO, *L'interpretazione* autentica, in Giur. It., 1907, IV, **314-316.**

legislativo, la cui posizione presuppone — come si è detto — una previa attività ricognitiva dell'ordinamento (115).

Anche la necessità da parte dei giudici di reinterpretare una legge di interpretazione autentica (116) trova, nella prospettiva qui assunta, una spiegazione del tutto lineare. Se la legge interpretante avesse davvero carattere cognitivo e fosse veramente in grado di imporre erga *omnes* il significato selezionato, la eventualità di una sua reinterpretazione andrebbe esclusa e — se del caso — catalogata come una patologica quanto bizzarra anomalia. Viceversa, assorbendo l'interpretazione autentica nell'interpretazione finalizzata alla produzione legislativa, saremmo in presenza di un evento del tutto fisiologico, regolare conseguenza di una attività legislativa che si estrinseca in un enunciato normativo, prius logico e cronologico dell'interpretazione finalizzata all'applicazione.

Sul piano teoretico, inoltre, è solo nella distinzione tra un'interpretazione finalizzata alla produzione legislativa ed una finalizzata all'applicazione che acquista un senso reale — senza più suonare come mera petizione di principio — la ricostruzione della Corte costituzionale circa i rapporti tra legislazione interpretativa e funzione giurisdizionale. La giurisprudenza costituzionale, com'è noto, postula che legislatore-interprete e giudice agiscano su piani diversi e mai intersecantisi: il primo su quello suo proprio delle fonti generali ed astratte, il secondo applicando al caso concreto la legge intesa sulla base delle comuni regole dell'ermeneutica giuridica. L'argomento è stato più volte adoperato dalla Corte per escludere aprioristicamente intenzionali e preordinate interferenze delle leggi d'interpretazione autentica nei giudizi in corso (117). Ma in realtà esso, valendo come descrizione del fisiologico rapporto tra funzione legislativa e funzione giudiziaria, conferma l'inidoneità della legge interpretante a rendere obbligatorio per tutti il significato normativo dato ad un precedente testo legislativo: anch'essa, infatti, come ogni altra legge pone una disposizione (non una norma) o — per dirla con le parole del giudice delle leggi — si limita ad offrire all'autorità giudiziaria il materiale normativo di cui fare interpretazione ed applicazione nella fattispecie concreta.

Ecco, infine, perché non convince l'affermazione ambigua — mirante a giustificare, nel silenzio della Costituzione, l'istituto in esame — secondo la quale le leggi interpretative «si configurano come'estrinsecazione naturale'

---

(115) Similmente cfr. G. MARZANO, *op.* cit., 164-165.

(116) Per i numerosi problemi ermeneutici che una legge interpretativa pone all'operatore giuridico, vedi G. TARELLO, *op. cit.,* 272 ss. e, sul piano della prassi, la vicenda davvero esemplare commentata da C. FIORIO, Affidamento in prova al *servizio* sociale tra «*interpretazione* autentica» e ((diritto*vivente*», in Giur. Cost. 1993, 3541 ss.

(117) SU tale strategia argomentativa della Corte costituzionale vedi, in senso critico, A. PUGIOTTO, La Zabirintica giurisprudenza, cit., 73-74.

della funzione legislativa»([118]). Ambigua perché vera (se con essa si vuole riconoscere che tutte le leggi presentano un momento logico quale premessa indispensabile alla produzione legislativa) o *falsa* (se, invece, con essa si intende accreditare la legge interpretativa come categoria autonoma e peculiare rispetto alle altre leggi). Non è una differenza da poco né un sottile distinguo concettuale. Se, infatti, si accede all'idea che quella interpretativa è — a tutti gli effetti — una legge come ogni altra, diventa giocoforza riconoscerne una retroattività solo ed esclusivamente quando tale efficacia è espressamente dichiarata.

6.5. - Tutte le leggi — essendo il risultato di un'interpretazione finalizzata alla loro produzione — presentano una componente interpretativa. Nessuna legge è in grado di saltare la mediazione dell'interpretazione dei giudici, finalizzata alla loro applicazione concreta. Sotto questo duplice aspetto (le classiche due facce della stessa medaglia) la legge di interpretazione autentica non si differenzia dalle altre. Né si distingue per la peculiare natura ricognitiva del suo momento logico perché — come già dimostrato ([119]) — l'interpretazione autentica legislativa è sempre innovativa dell'atto interpretato, sia sul piano dell'enunciato che sul piano del contenuto normativo.

La tesi della natura dichiarativa delle leggi d'interpretazione autentica, dunque, si spiega esclusivamente sul piano inappagante della costruzione ideologica, tutta sbilanciata a favore di un legislatore che intende, così, appropriarsi di una funzione interpretativo-applicativa non sua. Bene sarebbe che i giudici — Cassazione penale compresa — se ne affrancassero, invece di mostrarsi ad essa asserviti. (*)

ABSTRACT

The Author takes a sentence of the Suprema Corte di cassazione (S.U.) as the starting point to analyse the question of the so-called laws of «authentic interpretation».

Muovendo da un'analisi critica di una recente sentenza delle Sezioni unite penali della Corte di cassazione sulla *vexata quaestio* della tassabilità dei proventi da reato, l'Autore contesta la teoria della natura meramente dichiarativa delle leggi c.d. di interpretazione autentica, evidenziandone le gravi conseguenze sia sul piano diacronico che processuale e negando la tenuta logico-giuridica dei relativi presupposti teoretici.

([118]) G. VERDE, Alcune considerazioni, cit., 27.

([119]) Vedi, *supra,* paragrafo 5.

(*) Quando il presente saggio era già in stampa, l'approfondimento dottrinale sulla tematica dell'interpretazione autentica legislativa si è arricchita di due volumi: A. GARDINO CARLI, Il legislatore interprete. Problemi attuali in tema di interpretazione autentica delle leggi, Milano 1997, e G. VERDE, L'interpretazione autentica della legge, Torino 1997, dei quali non si è, dunque, potuto tener conto. Il doveroso confronto con le tesi ivi sostenute è, tuttavia, solamente rimandato ad un prossimo studio monografico che chi scrive sta oramai ultimando.

Ann. Univ. Ferrara - *Sc.* giur.
Nuova serie - Vol. XII (1998)

GIOVANNI TUZET

VOLONTÀ GENERALE E FONDAMENTI DEL DIRITTO NEL PENSIERO DI JEAN-JACQUES ROUSSEAU

J.J. Rousseau pone la volontà generale *(volonté générale)* come prima fonte del diritto, in un corpo sociale che riconosce libertà ed uguaglianza come valori fondamentali. Crediamo, in primo luogo, di poter interpretare la volontà generale in un'ottica costituzionale, ed in secondo, più a fondo, in chiave di ricostruzione ermeneutica circa l'uomo e la sua storia/natura.

J.J. Rousseau sets the general will *(volonté générale)* as the most important source of l a ~in a body politic which recognizes liberty and equality as fundamental values. We believe, first, we can interpret the general will in a constitutional light, and second, more deeply, as hermeneutic reconstruction about man and his history/nature.

Sommario

1. Volontà generale e patto sociale - 2. Volontà generale, totalitarismo, utilitarismo - 3. Volontà generale e libertà - 4. Volontà generale e storia - 5. Volontà generale e costituzione; un'ermeneutica dei fondamenti?

1. Volontà generale e patto sociale

1.1. *Volontà generale e patto sociale.* Nel ricercare i fondamenti del diritto secondo Jean-Jacques Rousseau, dobbiamo in primo luogo identificare il fondamento dell'autorità politica, del potere politico. Non possiamo procedere ad uno studio sul diritto come inteso da Rousseau senza distinguerne la fonte privilegiata. Dunque lo stato, il potere politico. La sua origine, la sua natura, le sue qualità; l'esercizio, i limiti; gli scopi e la morte, poiché come un organismo umano (e vedremo come Rousseau insista su questa metafora) una forma di stato nasce vive e muore.

Consideriamo l'opera 'normativa' di Rousseau, gli scritti teorici che, in

quanto tali, pongono il problema dei fondamenti[1]. Dal Contratto sociale, libro primo, capitolo sesto:

> Trovare una forma di associazione che protegga e difenda con tutta la forza comune la persona e i beni di ciascun associato, mediante la quale ognuno unendosi a tutti non obbedisca tuttavia che a se stesso e resti libero come prima[2].

Tracciamo lo schema teorico del Contratto sociale (di seguito abbreviato in CS): facciamo riferimento ad una delle c.d. Lettere dalla montagna, la sesta[3]. Nelle prime pagine della lettera l'autore conduce un' «analisi breve e precisa» del proprio libro. Ci rifacciamo dunque allo stesso Rousseau per chiarire immediatamente la struttura del problema: «In virtù di cosa lo stato è uno? per via dell'unione dei suoi membri»[4]. A questo punto ci chiediamo in virtù di cosa si possa parlare di un'unione fra membri: in virtù dell'obbligo che li lega. E da dove quest'obbligo? che fondamento, che natura ha? da chi è stato posto? Rousseau, e lo vedremo con più profondità nell'analisi del CS stesso, nega che tale obbligo possa avere a fondamento la forza, come non può avere a fondamento l'autorità paterna o divina[5]. L'unico vero fondamento dello stato può essere solo il «patto fra i suoi membri»[6].

Dunque è questa la base del potere politico e giuridico: un accordo fra individui liberi e razionali che stringono un patto attraverso il quale mantenere (e rafforzare!) la propria libertà, guadagnando parimenti in termini d'utilità (protezione, sicurezza). L'intento di Rousseau è «provare che conviene agli uomini, e che non contraddice alle leggi naturali»[7]. L'unica essenziale condizione del patto è la reciprocità di condizioni (vedremo nel CS l'importanza cardine del concetto di 'alienazione totale').

---

[1] Sul profilo volutamente teorico del Contratto sociale, per contrapposizione all'opera di Montesquieu che potremmo oggi definire sociologica, cfr. R. DERATHÉ, Rousseau e la scienza politica del suo tempo (1950), Bologna, Il Mulino, 1993, p. 36. Il problema dei fondamenti solleva inoltre, è chiaro, la possibilità di interpretare l'opera di Rousseau in una chiave religiosa: v. J. STAROBINSKI, J.J. Rousseau. La trasparenza e *l'ostacolo* (1971), Bologna, Il Mulino, 1982.

[2] Utilizziamo per il Contratto sociale, l'edizione a cura di Tito Magri, Roma-Bari, Laterza, 1992; il passo riportato è a p. 74.

[3] Utilizziamo, delle Lettere dalla montagna, l'edizione curata da M. Garin, in Rousseau. Scritti politici, con prefazione di E. Garin, vol. III, Roma-Bari, Laterza, 1994.

[4] Lettere dalla montagna, cit., Lettera sesta, p. 5.

[5] Negare il fondamento divino del potere politico significa collocarsi nella tradizione del giusnaturalismo prima protestante e poi laico, contro le pretese assolutiste di Filmer, Bossuet, Ramsay, che pretendono di derivare l'autorità sovrana (monarchica) dall'autorità paterna e divina, stante la disuguaglianza degli uomini (cfr. R. DERATHÉ, *op.* cit., p. 226 ss.).

[6] Lettera sesta, p. 6.

[7] *Ibidem*, p, 6.

> Dico che quest'impegno è di una specie particolare in quanto, essendo assoluto, incondizionato, privo di riserva, non può tuttavia essere ingiusto o suscettibile di abuso; poiché non è possibile che il corpo voglia nuocere a se stesso, finché il tutto vuole solo l'interesse di tutti.
> È d'una specie particolare anche in quanto lega i contraenti senza assoggettarli a nessuno, e in quanto, dando loro per regola soltanto la loro volontà, li lascia liberi come prima[8].

Regola suprema è allora la volontà generale, a cui sottomettersi; regola che «personificata è ciò che io chiamo sovrano»[9]. Rousseau prosegue indicando i caratteri della sovranità, inalienabile e indivisibile, ed operante attraverso la *legge* («pubblica e solenne dichiarazione della volontà generale)»[10]. La legge, in quanto deliberazione comune circa un oggetto comune (e quindi con comuni conseguenze giuridiche), è la vita del corpo politico; corpo tuttavia bisognoso di un potere «che traduca la legge in atti particolari)»[11]: di qui l'istituzione del governo. Problema originato dall'esistere un potere esecutivo, è la tendenza del potere in questione ad «avere il sopravvento sul corpo legislativo»[12] ritorcendosi contro quella volontà generale che lo ha creato per eseguirne i dettami. Rousseau analizza le diverse forme di governo prospettabili e i «mezzi per ritardare la distruzione del corpo politico»[13]. Conclude «con ricerche relative alla maniera in cui la religione può e deve entrare come parte costitutiva nella composizione del corpo politico»[14]. Comunque, prima di approfondire il discorso sul CS, intendiamo scorrere le precedenti opere di rilievo politico.

Se nei primi scritti di Rousséau non appare ancora il concetto di volontà generale, vi si presentano comunque elementi preziosi ai fini di una sua comprensione: nel *Discorso sulle scienze e sulle arti*[15] la condanna della

---

[8] Ibidem, p. 6.
[9] Ibidem, p. 7.
[10] Ibidem, p. 7.
[11] Ibidem, p. 7. Chiariamo immediatamente la relazione fra corpo e norma: «Da Hobbes a Rousseau [...] l'ordine sociale viene pensato ricorrendo a due immagini contrapposte: il caos (lo stato «anormale» di individui che vivono insieme senza essere governati da regole), e l'età dell'oro (lo stato «normale»dell'uomo alla nascita del mondo, prima dell'esistenza delle leggi). Questa relazione tra una qualche origine e l'«ordine sociale», qualifica il normale in quanto organizza una proiezione, in quanto svela un'intenzione normativa. L'anormale è quel che deve essere evitato, condannato, poiché, da questo momento, il normale diventa l'esecuzione di un progetto normativo» (P. NERHOT, L'ipotesi perduta della *legge,* Padova, Cedam, 1994, p. 66). Il normale ed il patologico definiscono un ordine sociale, e lo definiscono attraverso la metafora dell'organismo (cui si riferiscono normale e patologico), stante la quale l'ordine sociale può essere inteso come insieme organico di parti, di membra.
[12] Lettera sesta, p. 8.
[13] Ibidem, p. 8.
[14] Ibidem, p. 8.
[15] Discorso sulle scienze e sulle arti, in Rousseau. Scritti politici, vol. I, Roma-Bari, Laterza, 1994.

diseguaglianza e del lusso, l'accusa al decadere dei costumi e della *virtù*; nel *Discorso sulla disuguaglianza*[16] ancora l'accusa agli squilibri, l'importanza del coincidere popolo e sovrano, il diritto di partecipare al potere legislativo comune a tutti i cittadini, il bene comune come ragione dello stato. Premesse preziose dicevamo, tracce che ci torneranno utili.

Consideriamo poi il *Discorso sull'economia politica* (di seguito: *EP)*[17], primo testo che parli di volontà generale. Il testo si apre con una serie di distinzioni: tra stato e famiglia, tra economia pubblica ed economia privata, tra governo e sovranità. Paragona corpo politico e corpo umano e finalmente aggiunge:

> Il corpo politico [...] è anche un essere morale dotato di volontà; e questa volontà generale, che tende costantemente alla conservazione e al benessere del tutto e delle singole parti, questa volontà che è la fonte della legge, costituisce la regola del giusto e dell'ingiusto per tutti i membri dello Stato, nei loro reciproci rapporti e nel rapporto con lo Stato stesso [...][18].

Abbiamo le seguenti informazioni: la volontà generale è guida dello stato in quanto regola morale («regola del giusto e dell'ingiusto»), ed in quanto regola che permette la conservazione ed il benessere del tutto e delle singole parti (troviamo qui la metafora dell'organismo). Armonizzare le voci è compito della volontà generale, regola suprema. Il discorso di Rousseau affronta in seguito il percorso più spinoso: intesa la volontà generale come guida dello stato, ne abbiamo compresa la funzione. Ne conosciamo altresì la natura? L'esposizione di Rousseau infittisce la domande a riguardo. Premesso che d'interesse personale è sempre inversamente proporzionale al dovere)), egli aggiunge:

> la volontà più generale è sempre anche la più giusta, [...] la voce del popolo è in effetti la voce di Dio.
> Ma non per questo le decisioni pubbliche sono sempre eque; [...] ma questo accadrà soltanto se il popolo si lascerà sedurre da interessi particolari sostituiti ai suoi da uomini accorti che si valgono del loro credito e della loro eloquenza. Altro sarà allora la decisione pubblica, altro la volontà generale[19].

Rousseau ci indica con ciò una concezione ambivalente della volontà generale. Pensiamo in primo luogo che l'awersione per gli interessi particolari lo porti ad un concetto di volontà che diviene generale per calcolo numerico: «la volontà più generale è sempre la più giusta)).Cosa significa? che il numero di voti decide la giustizia? più voti più 'generalità'? Ma Rousseau ci avverte che le deliberazioni pubbliche non sempre sono eque; perché il popolo può essere ingannato intorno a quello che veramente vuole, e che veramente gli giova. Dunque la coincidenza di decisione pubblica e

---

[16] *Discorso sull'origine* e i fondamenti della disuguaglianza, in Rousseau. Scritti politici, vol. I, cit.
[17] Discorso *sull'economia* politica, in Rousseau. Scritti politici, vol. I, cit.
[18] EP, cit., p. 281.
[19] *Ibidem,* p. 283.

volontà generale è tutt'altro che certa. È evidente che affermarne la coincidenza risolverebbe ogni problema di certezza giuridica; sostenere che il voto esprime comunque la volontà generale metterebbe al riparo da ogni dubbio; un'ipotesi 'formale-procedurale-numeri6 si esaurisce in sé. E se neghiamo la coincidenza 'esito del voto-volontà generale', dobbiamo presupporre un qualcosa, un termine di paragone, che ci porti a negare ad una deliberazione il carattere di volontà generale. Per dire che una certa deliberazione non esprime la volontà generale, dobbiamo evidentemente presupporre l'esistenza di questa a prescindere dal voto. Quindi l'assunto «la volontà più generale è sempre anche la più giusta» ci indicherebbe quella volontà che presenta le caratteristiche qualitative, e non quantitative, che la fanno più generale d'altre. Rimane il problema del 'termine di paragone'.

L'*EP* prosegue nell'indicazione dei più importanti principi di governo, e, d'inciso, ha l'occasione per tessere l'elogio della legge, argine contro le diseguaglianze.

Ed in mancanza della legge?

> la volontà generale, fonte e complemento di tutte le leggi, [...] in mancanza di queste, va sempre consultata. Mi si chiederà com'è possibile conoscere la volontà generale nei casi in cui non si è manifestata. Bisognerà convocare tutta la nazione per ogni awenimento imprevisto? Certamente no, tanto più non essendo certo che la sua decisione esprimerebbe la volontà generale [...][20].

La concezione ambivalente della volontà generale implica dunque una possibile, profonda, separazione: la decisione della nazione non esprimerebbe necessariamente la volontà generale. E chi la può certamente esprimere allora? Rousseau, probabilmente ancora a corto di strumenti tecnici e di un'adeguata elaborazione concettuale, finisce col dare al passo citato una conclusione generica, senza specificità giuridica od istituzionale:

> i capi sanno bene che la volontà generale è sempre per il partito più favorevole all'interesse pubblico, ossia per il più equo; dimodoché, per esser sicuri di attenersi alla volontà generale basta essere giusti[21].

Un riferimento così vago e pallido alla giustizia non è certamente in grado di sostenere un sistema politico, a meno che non presupponga cose che ancora Rousseau non ci ha dette o per le quali non abbia ancora trovata la giusta espressione[22]. O forse, infine, giustizia e volontà generale si riveleranno comunque?[23]

---

[20] *Ibidem,* p. 287.

[21] *Ibidem,* pp. 287-288.

[22] Per la verità il caso in questione è residuale: l'eventualità che il governo, che ha il compito di eseguire la volontà generale, non disponga di una sua espressione circa un determinato caso; di qui la ricerca di una soluzione che colmi la lacuna. Tuttavia è anche attraverso simili situazioni, ai margini, che Rousseau ci informa sulla volontà generale.

[23] In un'ottica escatologica cfr. J. STAROBINSKI, Jean-Jacques Rousseau e il peri-

Tralasciamo per ora le restanti pagine dell'*EP* ed i relativi argomenti, così come il Manoscritto di Ginevra, prima stesura del CS (di seguito *MdG*)[24], che, per quanto riguarda il nostro tema, presenta una sostanziale omogeneità con il CS. Per ora, a parte le interpretazioni escatologiche e deterministiche che vedremo poi[25], possiamo formulare due letture della volontà generale: 'formale' (procedura di voto) e 'sostanziale' (principi)[26].

1.2. *Il* Contratto sociale. Passiamo dunque all'analisi puntuale del CS. In primo luogo è necessario comprendere quale sia l'origine di un ordine sociale e giuridico: «l'ordine sociale [...] non ha la sua fonte nella natura: dunque si fonda su convenzioni»[27]. Lapidario. Questo è il punto di partenza. Per lo stato un fondamento saldo e legittimo non può derivare che da un patto fra i membri. Per giustificare l'assunto, Rousseau conduce il confronto fra stato e famiglia (da più antica di tutte le società e la sola naturale»[28]) e nonostante il riconoscimento di una limitata analogia negata nel *MdG* («la famiglia stessa si mantiene solo per convenzione»[29]), il bilancio è negativo per il ruolo discriminante dell'amore. L'amore non entra nella pubblica struttura.

È interessante seguire la celebre e stringente argomentazione con cui Rousseau nega inoltre il diritto del più forte:

> Supponiamo per un momento questo preteso diritto. Dico che ne vien fuori solo un inestricabile garbuglio. Infatti, appena il diritto si fonda sulla forza, l'effetto muta col mutare della causa: ogni forza che soverchi la precedente le succede nel diritto. Appena si può disobbedire impunemente, farlo diventa legittimo; e poiché il più forte ha sempre ragione, si tratta solo di fare in modo di essere il più forte. Ora, che cos'è un diritto che vien meno quando la forza cessa? Se si deve obbedire

---

colo della riflessione, in E. CASSIRER, R. DARNTON, J. STAROBINSKI, Tre letture di Rousseau, Roma-Bari, Laterza, 1994, p. 93 ss.

[24] Manoscritto di Ginevra, in Rousseau. Scritti politici, vol. II, Roma-Bari, Laterza, 1994.

[25] Non è raro che Rousseau utilizzi la metafora della macchina e del moto rigoroso: vedi ad es. il capitolo primo, libro I, del *MdG*, ed in particolare p. 20. In generale, comunque, la metafora dell'organismo sembra prevalere su quella 'meccanica' — a meno di non considerarle analoghe e suffragare così una visione deterministica.

[26] Sappiamo che a questa distinzione potrebbe essere mossa la critica di non considerare la possibilità che le due ipotesi trovino una composizione in una concezione procedurale della giustizia, assunta la quale sarebbe insensata una distinzione fra caratteri sostanziali e caratteri formali del diritto e, nella fattispecie, della volontà generale. Ad ogni modo, la distinzione stessa è necessaria al fine della sua composizione. La utilizzeremo per svolgere il nostro tema ermeneutico su Rousseau, non per fede in essa.

[27] CS, cit., p. 61.

[28] Ibidem, p. 61.

[29] *Ibidem*, p. 62.

> per forza, non c'è bisogno di obbedire per dovere, e se non si è più forzati a obbedire non ci si è più obbligati. Pertanto, come si vede, il termine diritto non aggiunge nulla alla forza; in questa espressione non significa proprio nulla[30].

Di conseguenza: «Riconosciamo dunque che la forza non fa il diritto e che si è obbligati ad obbedire solo ai poteri legittimi»[31]. *Ergo* «alla base di ogni autorità legittima fra gli uomini restano [...] le convenzioni»[32]. Tra le convenzioni, Rousseau rifiuta quello che è chiamato 'patto di sottomissione', l'accordo per il quale il popolo aliena la sovranità, e quindi la libertà, ad un individuo (o anche più) che, assunto il nome di sovrano, può tutto nei confronti della controparte. Tale patto è *irrazionale*.

> Rinunziare alla libertà vuol dire rinunziare alla propria qualità di uomo, ai diritti dell'umanità, persino ai propri doveri. [...] Non è forse chiaro che non si hanno obblighi di sorta verso colui da cui si ha diritto di esigere tutto, e non basta questa condizione senza corrispettivo, senza scambio, a comportare la nullità dell'atto?[33]

Ricordiamo questo passaggio per la comprensione del discorso roussoviano: alienare la sovranità è atto moralmente e razionalmente ingiustificabile. «I termini *schiavitù* e *diritto* sono contraddittori; si escludono a vicenda»[34]. Rousseau intende quindi fondare il contratto su solide basi razionali. Questo impone una sovranità inalienabile e indivisibile nelle mani del popolo, e di ogni individuo che lo costituisce. Se Aristotele pensa che alcuni uomini nascono per la schiavitù, scambia l'effetto con la causa[35]: è evidente che il figlio dello schiavo nascerà schiavo poiché nato da padre schiavo. Rousseau contesta Grozio: l'illustre giureconsulto ammette il 'patto di sottomissione' ma «il corpo politico o il sovrano, [...] non può mai obbligarsi, [...] a niente che deroghi a quest'atto primitivo, come l'alienare qualche parte di se stesso o il sottomettersi a un altro sovrano. Violare l'atto per cui esiste vorrebbe dire annientarsi, e ciò che è nulla non produce nulla»[36]. Rousseau critica Grozio poiché quest'ultimo deriva il diritto dal fatto. Che

---

[30] Ibidem, p. 64.
[31] Ibidem, p. 65.
[32] Ibidem, p. 65.
[33] Ibidem, p. 67. Sull'inalienabilità, rilevata prima di Rousseau da Altusio (v. R. DERATHÉ, *op. cit.*, p. 120), è interessante il confronto fra Hobbes, Rousseau ed i giureconsulti (ibidem, p. 140).
[34] CS, cit., p. 70; vedi inoltre, di Magri, la nota 21, p. 67.
[35] Ibidem, p. 63.
[36] *Ibidem*, p. 81. Secondo Derathé l'intero CS viene scritto in contrapposizione alle tesi dei giureconsulti (R. DERATHÉ, *op. cit.*, pp. 71-72), in particolare contro la tesi che sostiene la legittimità del patto di sottomissione. (Contro Grozio cfr. pp. 93-94, ibidem). Questo non significa tuttavia che Rousseau si ponga dalla parte di Hobbes: «All'elaborazione dei suoi principi è arrivato solo argomentando contro i giureconsulti e gli scrittori della scuola del diritto naturale. Senza esserne discepolo, anzi dichiarandosene avversario, resta in debito verso di loro molto più di quanto non abbia creduto» (ibidem, pp. 79-80).

un fatto si verifichi storicamente, non implica che sia da ritenersi legittimo (al contrario della «maniera più costante di ragionare. [37] che Rousseau rileva in Grozio[38]). Rousseau è *normativo,* non solo *descrittivo*[39].

Riprendendo l'analisi delle caratteristiche del patto, Rousseau vi aggiunge, come necessario, il consenso unanime dei soggetti destinatari delle sue conseguenze. L'ambito precontrattuale, l'ambito (storico? logico?) in cui matura tale consenso, è indicato senza approfondimento, senza l'ampia trattaziohe del *MdG,* e con modifiche rispetto a quest'ultima. Cosa intendiamo dire? Vi ritorneremo.

Ora ci interessa proseguire nella definizione delle finalità essenziali del patto. Lo scopo primo del contratto (coniugare libertà ed obbligo, mantenere protetta la sfera individuale attraverso la forza comune) non può avvenire che ad una condizione, riducendosi ad una clausola fondamentale:

> cioè all'alienazione totale di ciascun associato con tutti i suoi diritti a tutta la comunità: infatti, in primo luogo, dando ognuno tutto se stesso, la condizione è uguale per tutti, e la condizione essendo uguale per tutti, nessuno ha interesse a renderla gravosa per gli altri[40].

Dunque la svolta è qui: spogliatosi ognuno, spogliatisi tutti, nessuno reclamerà altro contro altri, le condizioni uguali renderanno armoniosi i rapporti. Rousseau sembra superare i problemi dell'*EP*. Il conflitto d'interessi che mina lo stato è reciso alla base, non c'è spazio per calcoli a discapito d'altri poiché tutto è comune e la vita del corpo sociale è condotta secondo regole 'reciproche. Nessuna dipendenza personale, ed un guadagno di ciascuno in termini d'utilità:

> ciascuno dandosi a tutti non si dà a nessuno, e poiché su ogni associato, nessuno escluso, si acquista lo stesso diritto che gli si cede su noi stessi, si guadagna l'equivalente di tutto ciò che si perde e un aumento di forza per conservare ciò che si ha[41].

Rousseau cerca di coniugare libertà ed interesse; nessuno può operare nulla a discapito d'altri (e nemmeno sperarlo!), poiché ci si sottopone ad un ordine che, per definizione, lo nega:

> Ciascuno di noi mette in comune la sua persona e tutto il suo potere sotto la suprema direzione della volontà generale; e noi, come corpo, riceviamo ciascun membro come parte indivisibile del *tutto*[42].

---

[37] CS, cit., p. **63.**

[38] La stessa critica è avanzata da E. OPOCHER, Lezioni di filosofia del diritto, Padova, Cedam, 1983, p. 110: lo stare pactis, in cui consiste essenzialmente secondo Grozio il diritto naturale, comporta la trasformazione del giusnaturalismo in giuspositivismo.

[39] V. la nota **6** di Magri nella cit. edizione del CS, p. **61.**

[40] Ibidem, p. **75.**

[41] Ibidem, p. **76.**

[42] Ibidem, p. **77.**

Ecco apparire la regola suprema, ambrosia dello stato, la «suprema direzione della volontà generale)),ed ecco tornare l'immagine del corpo cui l'accordo di membra ed organi è vitale. Ed infatti:

> Non appena questa moltitudine si trova così riunita in un corpo, non si può offendere uno dei suoi membri senza attaccare il corpo; e meno ancora offendere il corpo senza che le parti ne risentano. Così il dovere e l'interesse obbligano ugualmente [...][43].

La persona pubblica formata da tutte le volontà individuali, e che Rousseau definisce 'sovrano'[44], non può nuocere ai sudditi, come non può il corpo nuocere alle membra, poiché, essendo da essi formato, i suoi interessi non possono essere ad essi contrari; in conclusione: «il sovrano per il fatto di essere, è sempre tutto ciò che deve essere»[45]. (Una volta avviato il moto tutto procede regolarmente?Sospetto di fatalità o meccanicismo mero).

Ma «ogni individuo può, in quanto uomo, avere una volontà particolare contraria o diversa dalla volontà generale che ha come cittadino»[46]. E Rousseau avverte:

> il patto sociale, per non ridursi a un complesso di formule vane, include tacitamente il solo impegno capace di dar forza a tutti gli altri, e cioè che chiunque rifiuterà di obbedire alla volontà generale vi sarà costretto dall'intero corpo; ciò significa solo che sarà costretto ad essere libero [...][47].

Il 'trasgressore' sarà ricondotto a forza sotto la protezione della volontà generale, la sola che possa garantirgli sicuri vantaggi e libertà. Non è un abuso: le regole del gioco non sono state accettate all'unanimità? È comunque questo uno dei nodi del contratto; la conflittualità di interessi, sempre aperta, espone alle critiche; la cura 'alienazione totale' non cicatrizza completamente.

1.3. *Volontà generale ed interesse.* Fine dello stato e della volontà generale è il bene comune. Soddisfare l'interesse comune. «La volontà particolare tende per sua natura al privilegio, e la volontà generale all'uguaglianza»[48]. «La sovranità, per la stessa ragione per cui è inalienabile, è anche indivisibile. Infatti la volontà o è generale o non lo è; è la volontà del corpo popolare o solo di una parte»[49]. In questa luce va interrogata la volontà

---

[43] *Ibidem,* p. 81.
[44] *Ibidem,* p. **79.**
[45] *Ibidem,* p. 81.
[46] *Ibidem,* p. 82.
[47] *Ibidem,* p. 82. Questa è probabilmente una delle formule più forti del CS, vi ritorneremo a proposito delle interpretazioni totalitarie del discorso roussoviano.
[48] *Ibidem,* p. **90.** Un'osservazione cattiva: stringere il patto è dunque 'contro natura'?
[49] Ibidem, p. **91.**

generale. Nel paragrafo terzo del libro secondo, Rousseau affronta con il *CS* i problemi lasciati aperti dell'*EP*. *Se la volontà generale possa sbagliare*[50]. Questo l'interrogativo. La risposta non può essere che una: «la volontà generale è sempre retta e tende sempre all'utilità pubblica)»[51]. Questo per definizione; il corpo infatti non può nuocere alle membra; è quindi impossibile, di diritto e di fatto, che la volontà generale, se veramente tale, possa errare. Lampante; quasi tautologico.

Al contrario, è la deliberazione del popolo che può non essere retta.

> Si vuole sempre il proprio bene, ma non sempre si capisce qual è; il popolo non viene mai corrotto, ma spesso viene ingannato e allora soltanto sembra volere ciò che è male.
> Spesso c'è una gran differenza fra la volontà di tutti e la volontà generale; questa guarda soltanto all'interesse comune, quella all'interesse privato e non è che una somma di volontà particolari; ma eliminate da queste medesime volontà il più e il meno che si elidono e come somma delle differenze resta la volontà generale[52].

Notissima la distinzione tra volontà generale e volontà di tutti; vi ritroviamo il richiamo agli interessi. È questione d'interessi dicevamo, ed intendiamo ora riprendere il problema. La volontà generale tende all'interesse generale; di tutti e d'ognuno, la volontà di tutti in quanto somma di interessi particolari non può che mirare ad interessi meramente individuali, scollegati, o addirittura contrari a quelli pubblici. Ma come è possibile stante l'alienazione totale? S'è visto infatti come l'alienazione totale comportasse una logica esclusione di programmi individuali contrastanti con i pubblici: date le medesime condizioni, chi vuole il proprio bene e lo consegue attraverso lo stato ed i suoi mezzi, vuole e consegue pure il bene di tutti.

> Gl'impegni che ci legano al corpo sociale sono obbligatori solo in quanto reciproci, e la loro natura è tale che nell'osservarli non si può lavorare per altri senza lavorare in pari tempo per se stessi. Perché la volontà generale è sempre retta, e perché tutti vogliono costantemente la felicità di ognuno, se non perché ognuno riferisce a sé questo termine, ciascuno, e pensa a se stesso votando per tutti? Questo prova che l'uguaglianza di diritto e la nozione di giustizia che ne deriva hanno origine nella preferenza che ciascuno dà a se stesso e quindi nella natura dell'uomo; che la volontà generale, per essere veramente tale, deve essere generale nel proprio oggetto come nella sua propria essenza, che deve partire da tutti per applicarsi a tutti, e che perde la sua naturale rettitudine quando tende a un oggetto individuale e determinato. Poiché allora, giudicando da ciò che è altro da noi, non abbiamo a guidarci nessun vero principio di equità[53].

---

[50] È il titolo del paragrafo terzo, libro secondo, *ibidem*, p. 93.
[51] Ibidem, p. 93.
[52] Ibidem, p. 93. Poco convincente ma curiosa, tra l'altro, l'immagine matematica.
[53] Ibidem, pp. 96-97.

Come quindi è possibile che qualcuno voglia per sé un 'bene' in conflitto con il bene altrui, o che, addirittura, voglia il 'male'? Nessuno infatti vuole il proprio male; il male può succedere all'inganno, all'errore[54]. E quale la fonte dell'errore? Le associazioni particolari.

> Se, quando il popolo informato a sufficienza delibera, i cittadini non avessero alcuna comunicazione fra di loro, dal gran numero delle piccole differenze risulterebbe sempre la volontà generale e la deliberazione sarebbe sempre buona. Ma quando si formano delle consorterie, delle associazioni particolari alle spese di quella grande, la volontà di ciascuna di tali associazioni diviene generale in rapporto ai suoi membri e particolare rispetto allo Stato; si può dire allora che non ci sono più tanti votanti quanti sono gli uomini, ma solo quante sono le associazioni[55].

Il bene comune non potrà essere conseguito se in sede di deliberazione le parti guidano l'orientamento dei voti. «Per avere una schietta enunciazione della volontà generale è dunque importante che nello stato non ci siano società parziali e che ogni cittadino pensi solo con la propria testa»[56]. Evitare le consorterie, o se vi sono «moltiplicarne il numero e prevenirne la disuguaglianza»[57]. Torneremo su questi aspetti del pensiero roussoviano, coerenti ma per altri versi ambigui. Ed infatti, abolire le associazioni particolari potrebbe significare, ad esempio, eliminare i nostri partiti politici? oppure, più a fondo, significherebbe recidere alla base ogni possibilità di pluralismo giuridico, di organizzazione del dissenso?

1.4. Volontà generale, legge, legislatore. Sciolto il nodo fra interessi generali e particolari, il problema della volontà generale non è comunque risolto. È chiaro, da tutto ciò che abbiamo detto, che la volontà generale non coincide necessariamente con il voto. Si riapre dunque il contrasto forma-sostanza già sorto nell'*EP*. «La volontà generale, per essere veramente tale, deve essere generale nel proprio oggetto come nella sua propria essenza, che deve partire da tutti per applicarsi a tutti, e che perde la sua naturale rettitudine quando tende ad un oggetto individuale e determinato»[58]. Inoltre «a generalizzare la volontà pubblica è meno il numero dei votanti che non il comune interesse che li unisce»[59]. Parlando ancora di interessi generali ed interessi particolari, vediamo che i primi non trovano una garanzia di certo soddisfacimento nell'esito del voto. Ribadiamo dunque la fondatezza dell'ipotesi 'sostanziale': quand'anche il patto sociale pre-

---

[54] Rimane comunque aperto il problema della possibilità del male e della sua origine; tratteremo in conclusione questo problema.
[55] *Ibidem*, p. 94.
[56] *Ibidem*, p. 95.
[57] *Ibidem*, p. 95.
[58] *Ibidem*, p. 97.
[59] *Ibidem*, p. 98.

veda espressamente il principio di maggioranza dei suffragi, ciò non significa che la maggioranza incarni sempre e comunque la volontà generale. Rousseau osserva che tanto ci si allontana dalla volontà generale quanto ci si allontana dall'unanimità. Ma non è un problema numerico, o meglio lo è nel senso che allontanarsi dall'unanimità o generalità significa perdere la qualità prima della volontà generale: soddisfare l'interesse di tutti e di ognuno insieme.

È così più chiaro quel riferimento alla giustizia che, parso vago nell'*EP*, ora si specifica e concretizza. E, in un'ottica istituzionale, se è vero che la volontà generale è, per così dire, 'sostanza', quale mezzo giuridico può comunque garantirne una sicura espressione? Ricordiamo che «ogni atto autentico della volontà generale, obbliga o favorisce nella stessa misura tutti i cittadini»[60]. Di cosa parliamo? Quale il mezzo per dare ~movimento»[61] al corpo politico assicurandosi una costante affermazione della volontà generale?

La *legge*. Tramite la legislazione si imprime il moto al corpo sociale, e la legge, espressione della volontà generale, assicura il rispetto del contratto.

> Ho già detto che non può esserci volontà generale su un oggetto particolare. [...] Ma quando tutto il popolo delibera su tutto il popolo non considera che se stesso, e, se allora si stabilisce un rapporto, è tra l'oggetto intero visto sotto una certa prospettiva, e l'oggetto intero visto sotto un'altra prospettiva, senza nessuna divisione del tutto. Allora la materia su cui si delibera è generale come la volontà che delibera, ed è quest'atto che chiamo una legge[62].

La volontà che delibera è generale, l'oggetto è generale, le conseguenze (stante l'alienazione totale) uguali per tutti. La legge è il mezzo che esclude ogni squilibrio, ogni diseguaglianza, ogni prevaricazione. La legge non può essere ingiusta, come nessuno lo è verso se stesso; se si è soggetti alle leggi si è tuttavia sempre liberi poiché esse registrano la nostra volontà. Sottomettendoci alle leggi non facciamo altro che sottometterci alla nostra volontà.

> Il popolo sottomesso alle leggi deve esserne l'autore: solo a coloro che si associano spetta di stabilire le condizioni della società[63].

Il passaggio è fondamentale: il *popolo* delibera e stabilisce ciò che è legge. La democrazia delineata da Rousseau è una democrazia diretta. Il

---

[60] Ibidem, p. 98.

[61] Espressione usata da Rousseau nel libro secondo, cap. sesto, del CS, Della legge.

[62] CS, cit., pp. 103-104. Derathé (op. *cit.*, cfr. in particolare il capitolo V), sembra far coincidere, in conclusione, volontà generale e legge; questo non risolve però il problema della maggioranza arbitraria.

[63] CS, cit., p. 105.

popolo e nessun altro è fonte della legge. Questa è una caratteristica essenziale del CS: stante l'inalienabilità del potere sovrano, sarebbe inconcepibile una diversa espressione della volontà generale.

Ma Rousseau aggiunge:

> Il popolo da sé vuole sempre il bene, ma non lo vede da sé. La volontà generale è sempre retta, ma il giudizio che la guida non sempre è illuminato. Bisogna presentarle gli oggetti come sono, talvolta come devono apparirle; mostrarle la buona strada che cerca; garantirla dalle lusinghe delle volontà particolari; accostare ai suoi occhi i luoghi e i tempi; controbilanciare l'attrattiva dei vantaggi presenti e percettibili col pericolo dei mali lontani e nascosti. I singoli vedono il bene che non vogliono; la collettività vuole il bene che non vede. Tutti ugualmente hanno bisogno di guida; bisogna obbligare gli uni a conformare la volontà alla ragione; bisogna insegnare all'altra a conoscere ciò che vuole. Allora dai pubblici lumi risulta l'unione dell'intelletto e della volontà nel corpo sociale, e di lì l'esatto concorso delle parti e infine la maggior forza del tutto. Ecco di dove nasce la necessità di un legislatore[64].

Con il termine 'legislatore' Rousseau non intende ciò che noi intendiamo; piuttosto «un uomo eccezionale nello Stato»[65], che educa e guida. La sua «grande anima)[66] conduce la «missione»[67] di «cambiare la natura umana; di trasformare ogni individuo, che per se stesso è un tutto perfetto e solitario, in una parte di un tutto più grande da cui l'individuo riceve, in qualche modo, la vita e l'essere; di alterare la costituzione dell'uomo per rafforzarla»[68]. Di qui nascono i sospetti di un Rousseau totalitario; eppure egli è coerente, poiché neppure il legislatore può appropriarsi di quell'inalienabile sovranità che appartiene al popolo.

> Chi redige le leggi, dunque, non ha o non deve avere alcun diritto legislativo, e il popolo stesso non può, neanche volendo, spogliarsi di questo diritto incomunicabile, perché secondo il patto fondamentale, solo la volontà generale obbliga i privati e non si può mai essere sicuri che una volontà particolare sia conforme alla volontà generale, se non dopo averla sottoposta al libero suffragio del popolo[69].

Dunque il potere legislativo rimane saldamente nelle mani del popolo. Ma è il legislatore a redigere le leggi e a presentarle ai cittadini. Il popolo con il proprio voto favorevole darà la legittima qualifica di 'leggi' a quelle che prima rimangono comunque solo proposte. Sarebbe assurdo che il potere legislativo venisse trasferito nelle mani di un solo individuo, ma la

---

[64] Ibidem, pp. 105-106.
[65] Ibidem, p. 109.
[66] Ibidem, p. 111.
[67] Ibidem, p. 111.
[68] Ibidem, p. 108.
[69] Ibidem, p. 109.

soluzione di Rousseau apre nuovi problemi: oscilla il concetto di volontà generale. Il nostro discorso, infatti, già da alcune pagine verte su deliberazioni popolari, su votazioni quindi. Questo cosa significa? che la prospettiva è stata ribaltata: nonostante la qualifica 'sostanziale', la volontà generale non sembra potersi esprimere se non attraverso la *forma* della legge, attraverso il voto ed il computo dei pareri. Dunque la volontà generale si esplicita secondo l'ipotesi 'formale- procedurale-numerica'? Non sembrerebbe esserci altra soluzione, ma Rousseau introduce la figura eccezionale di colui che indirizza «una moltitudine cieca, spesso ignara di ciò che vuole»[70]. L'ipotesi 'sostanziale' sembra quindi riemergere, il mero calcolo non è sufficiente. C'è chi ha, più di altri, la capacità di cogliere il bene comune, l'interesse generale; gli sia data la possibilità di redigere delle proposte, e di sottoporle quindi al suffragio del popolo. A questo è preposto istituzionalmente il legislatore. Ma allora, se una sua proposta viene approvata, nulla quaestio; ma se non viene approvata, cosa dobbiamo pensare? O che è stata calpestata la volontà generale, o che il legislatore ha sbagliato ed il popolo ha visto giusto. Nel primo caso allora il voto è controproducente, nel secondo il legislatore è inutile, o addirittura pernicioso[71]. In sostanza, fino a che punto ha senso che proposte conformi alla volontà generale possano essere respinte proprio da chi dovrebbe sancire la volontà generale?

Dal punto di vista logico il discorso perde di linearità; è difficile cogliere il senso di voto e legislatore. Ma è necessario salvaguardare la sovranità. Il senso sta in questo, oltre stanno i «difetti di svolgimento»[72] del CS. Rousseau, infatti, dal punto di vista istituzionale, recide ogni dubbio stabilendo che, considerato il fatto che il legislatore è comunque uomo (e cioè individuo dotato di una volontà particolare e soggetto ad errore). le sue proposte vengano vagliate in sede di libero suffragio, al fine di sapere se esse siano conformi o meno alla volontà generale, dato che solo il libero suffragio potrà dirlo (sic!). Dunque il libero suffragio è la volontà generale?

Dal punto di vista istituzionale il discorso acquista una propria linearità. Ma in questo modo abbiamo ripreso l'ipotesi 'formale' e abbiamo svalutato la figura tanto decantata del legislatore; solo il popolo potrà avallarne

---

[70] Ibidem, p. 105.

[71] O più in particolare (volendo essere dispettosi): 1) il legislatore redige una proposta conforme alla volontà generale e la proposta viene approvata: nessun problema; 2) il legislatore redige una proposta non conforme alla volontà generale e non viene approvata: il legislatore non è all'altezza del proprio compito e il popolo è in grado di giudicare da solo, a cosa serve dunque il legislatore?; 3) il legislatore redige una proposta conforme alla volontà generale e la proposta non viene approvata: il popolo si danneggia, non sarebbe meglio lasciare fare tutto al legislatore che sa il bene comune?; 4) il legislatore redige una proposta non conforme alla volontà generale e viene approvata: o il legislatore si burla del popolo che viene ingannato, o il legislatore non è all'altezza e il popolo neppure.

[72] E. CASSIRER, *Il* problema *Gian* Giacomo Rousseau, in E. CASSIRER, R. DARNTON, J. STAROBINSKI, *op. cit.*, p. 30.

le proposte. Cassirer parlerà, a proposito dell'intero CS, di «difetti di svolgimento~çi permettiamo di riferirli in particolare a questi passaggi. In ogni caso, e qui anticipiamo quella che sarà la nostra tesi, crediamo di poter avanzare un'interpretazione 'costituzionale' di Rousseau, alla cui luce risultino giustificati questi passaggi, in un ottica di reciproca limitazione e controllo fra poteri dello stato.

Nelle parti che seguono prenderemo in considerazione alcune fra le più diffuse interpretazioni della volontà generale, per vedere infine come in un'ottica costituzionale si risolvano molte delle dicotomie su cui fanno leva tali interpretazioni. Questo ci porterà ad interrogarci circa una possibile ermeneutica dei fondamenti.

2. *Volontà generale, totalitarismo, utilitarismo*

2.1. Le interpretazioni totalitarie. Abbiamo rilevato un duplice aspetto riferibile *prima facie* alla volontà generale, 'sostanziale' e 'formale'. Si è considerato come la legge *possa* essere strumento di coincidenza: è *possibile* nella legge una compiuta unione di forma e sostanza, ma la legge in sé (quale strumento mero) non è garanzia sufficiente di una sintesi costante. Rousseau dubita dell'equilibrio affidato al deliberare puro e semplice, a-contenutistico, al punto d'introdurre un elemento nuovo il cui operato trasfiguri la legge in costante garanzia dell'assetto istituzionale: il legislatore.

I1 legislatore conosce la volontà generale e presenta per l'approvazione proposte 'illuminate'. Se dunque la legge, come mero strumento, si espone ad un possibile utilizzo arbitrario da parte di fazioni o maggioranze, è l'ingresso del legislatore a completare l'ordine politico-giuridico[73], a garantire la coincidenza di voto ed interesse generale (risulterebbe altrimenti episodica, e non di più). Ma abbiamo visto quali altri problemi generi l'ingresso di tale elemento; la figura del legislatore (cittadino inequivocabilmente 'superiore'), da garanzia potrebbe trasformarsi in minaccia: spaventa il suo carisma, il ruolo di guida. Intendiamo con ciò riferirci al filone interpretativo che vede in Rousseau un precursore teorico dei moderni totalitarismi di massa. Prendiamo in considerazione il classico lavoro di Jacob L. Talmon e, in ambito italiano, il lavoro di Anton Marino Revedin, lavori che, distaccandosi dalla tesi neokantiana favorevole ad interpretare Rousseau in chiave liberale e metastorica, ne analizzano gli aspetti totalitari e l'utilizzo in termini storico-dialettici[74].

---

[73] Rousseau, come abbiamo visto, può parlare indifferentemente di 'corpo' e di 'ordine'; secondo E. DURKHEIM (*Montesquieu e Rousseau. Le origini della scienza sociale*, Manduria, Lacaita, 1976, p. 153) la volontà generale costituisce una società come «corpoorganizzato, in cui ogni parte è reciprocamente solidale con il tutto».

[74] J.L. TALMON, *Le origini della democrazia totalitaria* (1952), Bologna, Il Mulino, 1967; A.M. REVEDIN, *Politica e verità. Jean-Jacques Rousseau e il ritorno del principe*, Milano, Giuffrè, 1983.

Talmon, a partire dalla distinzione fra filosofie di tipo empiristico, che, a suo modo di vedere salvaguardano la libertà individuale, e filosofie dallo «spirito dottrinario»[75], inclini al totalitarismo, considera la volontà generale

> qualcosa di simile a una verità matematica o a un'idea platonica. Essa ha una sua propria esistenza oggettiva, sia che venga o non venga percepita. Essa deve tuttavia essere scoperta dall'intelletto umano. Ma dopo averla scoperta, l'intelletto umano evidentemente non può rifiutarsi con onestà di accettarla. In tal modo la volontà generale è allo stesso tempo fuori di noi e dentro di noi. L'uomo non è invitato a esprimere le sue preferenze personali. Non gli si chiede la sua approvazione; gli si chiede se il dato progetto è o non è in armonia con la volontà generale[76].

Talmon insiste sulla natura oggettiva della volontà generale, che, in quanto ragione obbiettiva, deve prevalere sugli interessi particolari dei singoli.

> Vi è una specie di volontà generale oggettiva, sia essa voluta da qualcuno o no. Per diventare una realtà deve essere voluta dal popolo. Se il popolo non la vuole, deve essere costretto a volerla, perché la volontà generale è latente nella volontà del popolo[77].

Chi sarà, in sostanza, a determinare ciò che il popolo sarà costretto a volere? Abbiamo vista l'importanza del 'legislatore' nel progetto roussoviano; considerato che, secondo Talmon, «Il venerato legislatore di Rousseau non è altro che il grande educatore»[78], e che l'uomo, *tabuia rasa* alla nascita, è, per Rousseau secondo Talmon, un prodotto della storia, la volontà generale è il risultato di un progetto messianico e totalitario imposto dall'alto. I capi «devono sapere come fare la domanda giusta. La domanda deve avere una risposta tanto ovvia che una risposta diversa sarebbe evidente tradimento o perversione»[79].

Revedin sviluppa la propria analisi a partire dalla considerazione che il concetto di democrazia non è opposto al concetto di totalitarismo: lo è piuttosto il concetto di liberalismo[80]. Riconoscere valori e diritti preesistenti allo stato, ambiti in cui lo stato non sia legittimato ad intervenire, significa cautelarsi contro uno stato totalizzante, tutelare l'individuo dall'ingerenza collettiva. Ma il potere che da tutti emana è legittimato per ipotesi a tutto fare[81], La democrazia non esclude il totalitarismo, è anzi possibile una forma di democrazia definibile come democrazia totalitaria.

---

[75] J.L. TALMON, *op.* cit., p. 11.
[76] *Ibidem,* p. 62.
[77] *Ibidem,* p. 64.
[78] *Ibidem,* p. 47.
[79] Ibidem, p. 68.
[80] A.M. REVEDIN, *op. cit.,* p. **83.**
[81] «Come la natura dà a ciascun uomo un potere assoluto su tutte le sue membra, il patto sociale dà al corpo politico un potere assoluto su tutte le sue, ed è questo medesimo potere che, diretto dalla volontà generale, porta, come ho detto, il nome di sovranità» (CS, cit., p. 95).

Secondo Revedin la città roussoviana è totalità talmente monolitica da presentarsi nei seguenti termini:

> se le istituzioni politiche hobbesiane prevedono la repressione del dissenso, quelle roussoiane non ne prevedono per contro la possibilità di esistenza. Poiché chi non è d'accordo con la volontà generale si sbaglia: sarà costretto ad essere d'accordo ed in questo modo sarà libero[82]. Il termine libertà assume quindi un significato contrario a quello della tradizione liberale: non più garanzia del singolo verso la collettività ma addirittura garanzia della collettività nei confronti del singolo[83].

E ancora: «La democrazia roussoiana è dunque totalitaria proprio nel suo essere democratica, e cioè democratica pura o, in altre parole, nel suo non-essere liberal-democratica. [...] il potere in Rousseau è totale perché fondato sul Tutto, sulla totalità»[84].

> Come si è visto in precedenza, il contratto dà vita allo Stato e costituisce il corpo sociale della cui volontà (generale e popolare) il diritto è espressione,
> La sequenza è dunque contratto-Stato-diritto al contrario di Kant, in cui sarà diritto-contratto-Stato[85].

Nell'ottica di una democrazia totalitaria il singolo cittadino viene quindi privato di ogni diritto o facoltà che non sia espressa attribuzione statale. Dunque un Rousseau completamente giuspositivista. È innegabile tuttavia che egli parli di libertà: come porsi dunque di fronte a tale concetto? Revedin risponde:

> Il termine autonomia per qualificare la libertà positiva[86] è in Rousseau inesatto. Il contenuto della libertà è infatti qui il consenso. [...] La

---

[82] A.M. REVEDIN, *op. cit.*, p. 68.

[83] Ibidem, p. 71. Su questa linea vedi anche L.G. CROCKER, Un'età di crisi. Uomo e mondo nel pensiero francese del settecento (1959), Bologna, Il Mulino, 1975, p. 575: «una vena totalitaria era implicita in una dottrina politica il cui ideale era l'assoluto potere della volontà collettiva)).Ed ancora J.M. KELLY, Storia del pensiero giuridico occidentale (1992), Bologna, Il Mulino, 1996, pp. 323-324: «il contratto sociale di Rousseau non è una semplice spiegazione della natura dello stato, ma una giustificazione, in una forma più inquietante di quella avanzata da Hobbes per il suo Leviatano, di un particolare genere di stato. Il contratto sociale di Rousseau ha un effetto strano, quasi chimico. Non emerge da esso né un sovrano personale né una determinata assemblea in base al semplice principio di maggioranza: l'entità nei confronti della quale l'individuo ha compiuto una totale cessione della propria autonomia, e al cui potere è ora sottoposto, è una misteriosa costruzione chiamata «volontà generale» (la volonté générale). [...] Non era certamente nelle intenzioni del suo autore, ma la «volonté générale» di Rousseau è uno degli antenati filosofici dei regimi totalitari del XX secolo».

[84] A.M. REVEDIN, *op. cit.*, p. 87.

[85] Ibidem, pp. 191-192.

[86] Per distinguere da libertà negativa, intesa quest'ultima come non-impedimento in un'ottica liberale.

> libertà si trasforma perciò da diritto in dovere, e da dovere in obbligo, l'obbligo in obbedienza. E l'obbligo di obbedienza si trasforma irrimediabilmente in obbedienza a chiunque affermi di rappresentare la volontà generale [...]»[87].

Il cerchio si chiude. Revedin risolve il problema del rapporto fra sostanza e forma collocando la volontà generale su piani diversi: astratto e concreto, indicando con ciò la necessità che nel voto si riveli ciò che è preesistente e dato. Citando Talmon paragona in conclusione la volontà generale «a una verità matematica o a un'idea platonica»[88], qualcosa di oggettivo e di unico che ideologizzandosi assume «il significato di ortodossia»[89], alla quale è necessario prestare il *consenso*,

> La volontà generale rientra quindi nel novero delle 'verità rivelate' e la soggettività del popolo nel creare la legge sarà una soggettività puramente formale contrapposta a quella sostanziale del legislatore[90].

Revedin deve cioè superare un ostacolo: il potere legislativo è comunque e sempre nelle mani del popolo. Neppure ad un ipotetico infallibile legislatore verrebbe concesso legittimamente il potere di approvare le leggi (abbiamo sottolineato precedentemente l'aspetto irrazionale di una rinuncia in tal senso da parte del popolo). Eppure la suggestione esercitata dal legislatore è tale da condizionare, secondo il filone ora esaminato, le scelte del popolo, e tale da svalutare l'aspetto formale della deliberazione in favore del plebiscito sulle rivelate verità sostanziali, con negazione del dissenso.

> Arrivati a tale punto, il termine libertà ha perso tutto il significato originario,-divenendo il possibile sostegno giustificatorio di ogni forma di dispotismo. La libertà come consenso trova infatti il suo ostacolo nel dissenso. La sua attuazione ne presuppone quindi l'eliminazione[91].

Indubbiamente tali posizioni si fondano sull'ambiguo ruolo del legislatore. Fra l'essere la volontà generale alla guida dello stato, l'ammettere l'esistenza di chi la conosca (il legislatore) e il concludere che a questi possa di conseguenza spettare la guida dello stato, il passo non è lungo. Sarebbe tuttavia azzardato compierlo. In verità la sfiducia nutrita da Rousseau verso un popolo senza guida[92] pesa in questo senso, come pesano

---

[87] *Ibidem*, p. 208.
[88] Ibidem, p. 70.
[89] *Ibidem*, p. 71. Come si concilia questa 'apriorità' della volontà generale con il preteso giuspositivismo roussoviano? Revedin ricorrerà alla storia; secondo la sua interpretazione la volontà generale positiva non sarà altro che trasposizione della necessità storica.
[90] *Ibidem*, p. 257.
[91] *Ibidem*, p. 209.
[92] CS, cit., pp. 105-106.

numerosi altri elementi: ricordiamo l'ammettere il diritto di vita e di morte in capo al sovrano sui sudditi[93], l'avversione per consorterie ed associazioni particolari dannose in quanto tali alla collettività, l'importanza riconosciuta all'educazione pubblica e all'amor di patria nella formazione dei cittadini[94], ed inoltre: «Quanto migliore è la costituzione dello Stato, tanto più gli affari pubblici prevalgono sui privati nell'animo dei cittadini»[95]. Ancora, dalla *Lettem settima:* «Ora fa parte essenziale del potere sovrano la necessaria esclusione di limiti: o può tutto o non è nulla»[96]. Dalla nona: «la cosa più importante non è la scelta del partito che prenderete: quand'anche per se stesso fosse cattivo, prendetelo tutti insieme; basterà questo a farne il partito migliore, e farete sempre ciò che va fatto purché lo facciate concordemente[97]. Gli aspetti totalitari nei testi roussoviani non mancano; altro discorso è farne dipendere un giudizio complessivo. Ci sembra che l'interpretazione totalitaria, certamente fondata, non soddisfi comunque il già visto fine di Rousseau:

> Trovare una forma di associazione che protegga e difenda con tutta la forza comune la persona e i beni di ciascun associato, mediante la quale ognuno unendosi a tutti non obbedisca tuttavia che a se stesso e resti libero come prima[98].

Si potrebbe rispondere che, a dispetto degli intenti, il *CS* formuli in conclusione una teoria totalitaria di stato democratico. In questo Revedin potrebbe essere condizionato dal profilo in parte storico del proprio testo,

---

[93] *Ibidem,* pp. 100-102. Contro ogni logica liberale! Ma ricordiamo che l'espressione 'sovrano' usata da Rousseau si riferisce all'intero corpo sociale, giammai ad un solo individuo, o classe od oligarchia. Ricordiamo inoltre che la possibilità di disporre il sacrificio di uno per tutti è negata nell'*EP* (cit., pp. 294-295).

[94] A questo proposito citiamo un passo di Robert Darnton (La vita sociale di Rousseau. L'antropologia e la perdita *dell'innocenza,* in E. CASSIRER, R. DARNTON, J. STAROBINSKI, *op. cit.,* pp. 203-204): «la cultura appariva come l'elemento cruciale della democrazia. La dimostrazione diventava confusa quando Rousseau provava a spiegare in che modo la Volontà generale si sarebbe espressa in un sistema a votazione. Ma la confusione spariva nell'ultimo capitolo, dove Rousseau rivela che quanto tiene uniti gli uomini in un regime è una forma di religione civile: non una versione ultramondana del cristianesimo, ma uno stile spartano e onnipervasivo di patriottismo. I patrioti obbedivano spontaneamente alla Volontà Generale. Essi volevano il bene comune perché erano unificati da una cultura comune, fonte di tutta la moralità; essi sarebbero onesti in virtù della loro cittadinanza e liberi grazie alla loro morale. In questo sistema le sanzioni contavano meno dell'educazione, come le elezioni meno delle celebrazioni. [...] [Rousseau] aveva imparato a riconoscere le forme simboliche del potere».

[95] CS, cit., p. 163.

[96] Lettere dalla Montagna, cit., p. 25.

[97] *Ibidem,* p. 95. Premesso che comunque appartiene ad uno scritto circostanziato, quest'ultima citazione sembra addirittura scavalcare ogni logica contenutistica, in funzione di un formale totalitarismo fine a se stesso.

[98] CS, cit., p. 74.

specialmente nelle pagine in cui conduce un confronto fra Rousseau, Marx, il pensiero marxista, la prassi dei regimi. Proprio quel Grozio che Rousseau ha criticato[99], ricava, a parere del ginevrino, il diritto dal fatto. Che l'interpretazione totalitaria non corra lo stesso rischio?

Ancor più delle interpretazioni totalitarie, che criticheremo *infra*, ci sembrano pregnanti le interpretazioni anti-pluraliste. Un testo di Ernst Fraenkel ci sembra particolarmente significativo in questo senso[100]. «L'apostolo dell'anti-pluralismo è Jean-Jacques Rousseau)[101], così esordisce l'autore, e prosegue:

> Per Rousseau è già un male l'affermazione isolata di volontà particolari. La loro affermazione collettiva porta alla distruzione della volonté *générale*. le associazioni di interesse rappresentano interessi particolari nella loro forma potenziata. Uno Stato che le tollera è maturo per il tramonto. La necessità della sostituzione degli interessi particolari con l'interesse generale è il cuore della teoria roussoiana dello Stato[102].
> Solo se tutti i membri della società si obbligano reciprocamente attraverso la conclusione di un contratto sociale a mettere da parte, nell'esercizio dei loro doveri civili, tutte le considerazioni di tipo egoistico, ma soprattutto, se essi eliminano radicalmente dalla loro coscienza l'esecrabile idea che in uno stato libero sia consentito formare gruppi allo scopo della realizzazione della volontà particolare, soltanto allora può essere arrestata la minacciosa rovina dell'umanità. Il fronte del contratto sociale roussoiano è costruito contro l'eterogeneità nello Stato e nella società[103].

Il nemico principale di Rousseau sarebbe dunque costituito da una società differenziata e pluralista, e da uno stato analogo, a cui egli opporrebbe una volontà generale monolitica, unitaria, indifferenziata, con il risultato di soffocare l'autonomia dei singoli e dei gruppi. Al contrario, uno stato di diritto, per essere realmente tale, dovrebbe riconoscere un simile margine di libertà pregiuridica, in considerazione del fatto, soprattutto, che l'autonomia dei gruppi è l'unico mezzo a disposizione dei singoli per un'organizzazione del dissenso. Con ciò si raggiungono le conclusioni delle interpretazioni totalitarie: la volontà generale non appare che in termini di ortodossia. La dialettica fra interesse generale ed interesse particolare si risolve completamente a discapito del secondo. Abbiamo riconosciuto come in Rousseau questo problema sia presente e vivo, e riteniamo che le interpre-

---

[99] E con quale decisione Revedin nega un Rousseau giusnaturalista!

[100] E. FRAENKEL, Il pluralismo come elemento strutturale dello Stato di diritto liberal-democratico, in Quaderni del pluralismo, 1996, pp. 173-194.

[101] *Ibidem*, p. 181.

[102] *Ibidem*, p. 182.

[103] *Ibidem*, p. 183. L'autore conduce poi un confronto fra Rousseau e Schmitt: «Anchese le dottrine dello Stato di Carl Schmitt e Rousseau nei particolari si allontanano diametralmente l'una dall'altra, esse tuttavia concordano in via di principio per il fatto che vedono nella omogeneità dei cittadini una caratteristica essenziale di uno Stato che si fonda sul principio della sovranità del popolo» (p. 184).

tazioni anti-pluraliste, più sottilmente di quelle totalitarie, colgano il punto fondamentale da cui muovere una critica a Rousseau (liberandosi inoltre dalla possibilità di essere lette in chiave storica come inserite peculiarmente nel dibattito politico fra democrazie occidentali e regimi totalitari)[104]. Il problema è che, a nostro modo di vedere, dovrebbe essere fatta una distinzione fra pluralità come differenza e pluralità come disomogeneità; una società pluralista non presuppone comunque un consenso di base, su principi fondanti, che potremmo interpretare come 'volontà generale', senza i quali non si potrebbe neppure parlare di differenze, alla luce di un identità collettiva, ma solamente di pluralità disomogenea e disarticolata?

2.2. Volontà generale e governo. È necessario ora, per preparare una critica delle interpretazioni viste, considerare a grandi linee il pensiero di Rousseau in rapporto al problema del governo.

«Abbiamo visto che il potere legislativo appartiene al popolo e non può appartenere che a lui»[105]. È evidente che le leggi approvate saranno oggetto di esecuzione ed applicazione ai casi concreti: può questo compito spettare al sovrano stesso? La risposta è certamente negativa: il sovrano delibera su oggetti 'generali ed astratti', la generalità e l'astrattezza sono le caratteristiche della legge, tali da garantire contro ogni possibile arbitrio ed interesse particolare. Occuparsi del momento esecutivo comporta valutare oggetti particolari, eseguire la legge significa tradurla in atti non più generali. Tale compito verrebbe a snaturare l'essenza del sovrano. È infatti compito del *governo.*

> Cos'è dunque il governo? Un corpo intermedio stabilito tra i sudditi e il sovrano per la loro reciproca corrispondenza e incaricato dell'esecuzione delle leggi e della conservazione della libertà, tanto civile come politica[106].

Compito del governo è dunque tradurre la legge in atti particolari[107], ciò significa che «La differenza essenziale fra questi due corpi è che lo Stato esiste per se stesso, mentre il governo esiste solo per il sovrano))[108]. È chiaro il rapporto fra i diversi poteri: ad ognuno è riconosciuta autonomia

---

[104] Per questo motivo, crediamo, hanno oggi perso credito ed interesse le interpretazioni totalitarie di Rousseau; conclusasi la 'guerra fredda', il problema principale non è più quello di confrontarsi con forme totalitarie di stato, ma quello di realizzare, all'interno del modello democratico risultato vincente, un equilibrio fra i diversi gruppi in esso presenti ed i diversi interessi di cui sono portatori (proprio alla luce di queste considerazioni abbiamo distinto fra interpretazioni totalitarie ed anti-pluralistiche, anche se per molti versi esse si equivalgono).

[105] CS, cit., p. 124.

[106] *Ibidem,* p. 125.

[107] Ricordiamo che: «Non è bene che chi fa le leggi le esegua, né che il corpo del popolo distolga la sua attenzione dalle vedute generali per volgerla agli oggetti particolari» (CS, cit., p. 136).

[108] CS, cit., p. 130.

nelle proprie funzioni, con la differenza che il governo è per sua natura subordinato al sovrano in quanto esecutore della sua volontà[109].

> Non essendo la legge nient'altro che la manifestazione della volontà generale, evidentemente il popolo non può essere rappresentato nel potere legislativo; ma può e deve esserlo nel potere esecutivo che altro non è se non la forza applicata alla legge[110].

La trattazione di Rousseau riguardante le diverse forme di governo (democratica, aristocratica, monarchica [111]) corre lungo i binari dell'efficienza e della pericolosità. L'aristocrazia[112] è vista come scelta preferibile in quanto giusto punto di equilibrio: se la democrazia è invece sicura ma scarsamente efficace[113], la monarchia è al contrario efficace e pericolosa (le scelte possono essere prese rapidamente poiché una è la volontà che le determina, ma la volontà particolare tende alla sopraffazione di quella generale). «Il governo esercita uno sforzo continuo contro la sovranità», Rousseau parla di «abuso del governo» e «tendenza a degenerare»[114]. Quale dunque il senso del discorso?

Rousseau nega un Rousseau totalitario. Se grande è la preoccupazione per la tendenza del governo a degenerare, se grande è la minaccia di un potere esecutivo riunito in una sola persona, se quindi Rousseau dà prova di sfiducia verso la conduzione unipersonale di un potere, il governo, che nello stato è subordinato, cosa dobbiamo concludere per un potere, il legislativo, che è sovraordinato? Possiamo supporre che ne consenta la conduzione da parte di un individuo, o di un'*élite* o di una classe o partito?[115]

Esso deve rimanere saldamente nelle mani del popolo intero, della totalità dei cittadini e di ognuno al tempo stesso.

Si potrebbe sostenere che l'analisi condotta sui problemi legati al governo, porti ad una conclusione totalitaria, nel senso che essa riafferma il

---

[109] L'EP tratta diffusamente dei tre principali compiti «del governo legittimo o popolare, cioè di quello che ha per oggetto il bene del popolo» (cit., p. 284): 1) «seguire in tutto la volontà generale» (p. 284); 2) fare «in modo che tutte le volontà particolari si conformino ad essa» (p. 289); 3) pensare alla sussistenza dei cittadini e «provvedere ai pubblici bisogni» (p. 300).

[110] *CS*, cit., p. 165.

[111] È evidente la differenza su ciò che Rousseau intende con questi termini, forme di governo, rispetto a ciò che s'intende comunemente, forme di sovranità.

[112] Rousseau guarda con favore ad un'aristocrazia elettiva.

[113] «Se ci fosse un popolo di dèi si governerebbe democraticamente. Un governo tanto perfetto non conviene agli uomini» (CS, cit., p. 138). Notiamo qui un Rousseau 'pragmatico', che *infra* definiremo 'storico-relativista'.

[114] CS, cit., p. 153.

[115] Sovranità e volontà particolare sono concetti contraddittori: «il vero carattere della sovranità consiste in un accordo costante di tempo, luogo, effetto, fra la direzione della volontà generale e l'impiego della pubblica forza, accordo su cui non si può più contare non appena un'altra qualunque volontà si trova a disporre di questa forza» (*MdG*, cit., p. 19).

primato della totalità sul particolare, dell'unità sul pluralismo; questo potrebbe essere vero e potremmo giustificare in tali termini lo studio di Revedin. Non ne possiamo invece condividere le ulteriori affermazioni in chiave politica dittatoriale: la volontà generale non è una verità rivelata da una carismatica *leadership*.

> Qualunque legge che non sia stata ratificata dal popolo in persona è nulla, non è una legge[116].

Il carisma del legislatore s'arresta di fronte ad una sovranità inalienabile. Sulla volontà generale non possiamo condividere la conclusione secondo cui «essendo latente nella volontà del popolo, se il popolo non la vuole, deve essere costretto a volerla»[117]. Chi decide cosa il popolo vuole è il popolo stesso e nessun altro, al punto che Rousseau afferma persino «non esservi nello Stato nessuna legge fondamentale che non possa venir revocata; neppure il patto sociale. Infatti se tutti i cittadini si riunissero per rompere questo patto di comune accordo, non c'è dubbio che verrebbe rotto in maniera assolutamente legittima. [118].

Che verità rivelata è, se può essere revocata non tanto dai rivelatori (i capi carismatici) quanto dagli edotti? È l'esempio limite di come le sorti dello stato dipendano, in ultima istanza, dalle deliberazioni del popolo, ribadendo ancora una volta che anche al legislatore più carismatico non sarà mai legittimamente riconosciuto alcun potere legislativo[119].

A tale proposito, consideriamo la situazione di grave pericolo che lo stato si trovi a fronteggiare[120]: qualora lo stato di cose non consenta un'efficace risposta al pericolo, è possibile la nomina di un 'capo supremo'. Voluto dalla stessa volontà generale affinché lo stato non perisca, il 'capo supremo' opera previa sospensione dell'attività legislativa, ma la larghezza di mezzi accordatagli ha un limite: può fare tutto eccetto che leggi. Ecco dunque ribadita la funzione essenziale della legge, che, se anche sospesa, non può essere usurpata da alcuno, in nessun caso. Se ad un individuo, ancorché eccezionale, non è consentito esercitare il potere legislativo in casi di estremo pericolo, come potremmo supporlo addirittura in via ordinaria?

---

[116] CS, cit., p. 163.

[117] A.M. REVEDIN, cit., p. 70.

[118] CS, cit., p. 171.

[119] Quando Fraenkel definisce Rousseau «il vate di una divinizzazione della patria legittimata in maniera egalitario-democratica e orientata collettivamente» (E. FRAENKEL, *op. cit.*, p. 187), ha appena terminato un confronto fra il legislatore roussoviano e lo spartano Licurgo, il cui fascino esercitato su Rousseau non deve fare dimenticare le caratteristiche totalitarie e violente dello stato spartano; ma il problema di Fraenkel sta nel non tenere nella dovuta considerazione la differenza fra legislatore roussoviano e potere legislativo, che appartiene sempre e comunque al popolo.

[120] CS, cit., p. 193: richiamando, nel libro IV, cap. sesto (*Della* dittatura), un istituto della Roma repubblicana.

Dalla Lettera settima: «Quando gli uomini si accorgeranno che non vi è disordine tanto funesto quanto il potere arbitrario con cui pensano di porvi rimedio? Esso è il peggiore tra i disordini: farne uso per prevenirli è come uccidere la gente perché non abbia la febbre»[121]. Dalla Lettera ottava: «la peggiore delle leggi è ancora preferibile al migliore dei padroni; infatti qualunque padrone ha delle preferenze, mentre la legge non ne ha mai»[122].

Sulla base di simili considerazioni e riferimenti testuali è quindi da respingere un'interpretazione che leghi Rousseau all'esperienza dittatoriale di certi moderni regimi; ed in fondo, perché altrimenti presentare il proprio argomento dichiarando: d'uomo è nato libero e ovunque è in catene»[123]?

Due ulteriori osservazioni. Innanzitutto intendiamo precisare la nostra posizione riguardo all'idea di totalità: se abbiamo in parte giustificato, *supra*, il taglio interpretativo di Revedin, non è per avallare letture totalitarie di Rousseau, ma per ribadire l'importanza che ha nel suo pensiero la metafora dell'organismo, che, lungi dal rappresentare una totalità che mortifica le parti, sintetizza le esigenze di tutti e di ognuno; il conflitto fra esigenze generali ed esigenze individuali si colloca in un ambito precontrattuale ed in un ambito, per così dire, postcontrattuale (la morte dello stato ad opera del 'particolare'); operante il sistema roussoviano il tutto non confligge con l'uno ma vi si armonizza in una sintesi superiore che valorizza entrambi[124].

Riprendiamo inoltre la riflessione sul concetto di legge. L'elogio della legge, espressione della sovranità e dell'interesse generale, così come condotto in queste ultime pagine per contrapposizione agli atti del potere esecutivo, sembra portarci ad una conclusione univoca: la volontà generale consiste nella sola legge; è ipotizzabile una volontà generale esistente ad un diverso livello, ma, dal punto di vista dell'effettività, la sola volontà generale è quella 'incarnata' in legge, il resto è sterile pensiero nella mens *legisla-*

---

[121] Lettere dalla montagna, cit., p. 28. D'altra parte Rousseau ribadisce, immediatamente dopo, la necessità di un legislatore che indirizzi l'attività deliberante del popolo; la stessa esigenza è espressa nella Lettera nona, cit., p. 71: «[la costituzione democratica] non avrebbe mai la possibilità di mantenersi se il potere legislativo potesse venir messo in moto, in qualunque momento, da ciascuno dei suoi componenti».

[122] Ibidem, p. **41.**

[123] *CS*, cit., p. 60.

[124] Perché altrimenti il già noto «trovare una forma di associazione che protegga e difenda con tutta la forza comune la persona e i beni di ciascun associato, mediante la quale ognuno unendosi a tutti non obbedisca tuttavia che a se stesso e resti libero come prima»? Le parti che Rousseau intende bandire (le 'consorterie'), se vogliamo mantenere la metafora dell'organismo, possono essere lette come parti non veramente tali, e come, piuttosto, corpi estranei, essendo gli individui le parti più proprie del corpo sociale. Cfr. R. DERATHÉ, *op. cit.*, p. 291: «L'interesse personale resta dunque alla base del sistema politico di Rousseau: secondo lui non bisogna chiedere all'individuo di sacrificare se stesso alla collettività, ma portarlo a comprendere che, date le condizioni della vita associata e «il funzionamento di tutta la macchina» politica, l'interesse di ogni cittadino è legato a quello di tutti gli altri e che ognuno, votandosi al bene pubblico, in definitiva agisce per il proprio bene».

toris. Dunque l'ipotesi formale-procedurale sembra avere il soprawento. Possiamo veramente abbandonare ogni riferimento sostanziale?[125]

2.3. Volontà generale ed utilità. I1 contenuto della volontà generale è dunque indifferente? Ciò che la definisce è una rigorosa procedura?

Prima di dare una risposta ci permettiamo un ulteriore passaggio. L'edizione da noi considerata del CS, a cura di Tito Magri, si concentra su quello che essa definisce il «grandioso fallimento»[126] del contratto. Al testo del CS, il curatore aggiunge, dal libro primo, il capitolo secondo del *MdG*. Sulle modifiche intervenute ad opera di Rousseau fra un'anteriore stesura (quella appunto comunemente conosciuta come *MdG*) e la conclusiva redazione (il CS), si concentra la critica di Magri. Oggetto del capitolo in questione è il c.d. ambito precontrattuale: mettiamo in luce un problema di difficile risoluzione[127], tuttavia per ciò che ci riguarda la differenza fra i due testi è chiara. Secondo il *MdG,* nell'ambito che precede il contratto

> nasce una marea di rapporti, senza né misura, né regola, né consistenza, alterati e mutati di continuo dagli uomini [...] di permanente c'è solo la miseria che risulta da tutte queste vicissitudini [...] La società generale come i nostri reciproci bisogni possono generarla non offre dunque un'assistenza efficace all'uomo divenuto miserabile, o per lo meno dà nuova forza solo a chi già ne ha troppa, mentre il debole, perduto, soffocato, schiacciato nella moltitudine, non trova nessun asilo dove rifugiarsi, nessun sostegno per la sua debolezza, e finisce col soccombere all'ingannevole unione da cui attendeva la felicità[128].

Un intreccio disordinato e disomogeneo di rapporti conflittuali. Dunque non esiste una vera 'società generale' poiché non esistono regole comuni ma un antagonismo diffuso; il conflitto genera vincitori e vinti; la mancanza di regole comuni aumenta il divario fra 'deboli' e 'forti'; la mancanza di garanzie mette a repentaglio la stessa posizione del 'forte' (può venire rovesciato dagli oppressi[129]). Rousseau, che abbiamo visto insistere sul valore razionale del contratto, riporta quindi il pensiero dell'*uomo* indipendente che, razionalmente, vivendo in uno stato di guerra di tutti contro tutti in cui mancano garanzie di reciprocità della condotta, rifiuta il patto sociale:

---

[125] Dalla Lettera settima, in Lettere dalla montagna, cit., p. 27, a condanna del formalismo puro: «A forza di sottomettere tutto alla regola, si distrugge la prima delle regole, cioè la giustizia e il bene pubblico».

[126] Cfr. l'introduzione del curatore in *CS,* cit., p. 45.

[127] Per una trattazione approfondita del complesso rapporto fra stato di natura, ambito precontrattuale e contratto, rimandiamo al commento e alle note di Magri nell'edizione citata del CS, al Discorso sulla diseguaglianza di Rousseau stesso, e alla parte conclusiva di questo studio.

[128] Manoscritto di Ginevra, pubblicato per estratto in appendice all'ed. cit. del *CS* a cura di Magri, p. 213; questa edizione sarà di seguito indicata, per brevità, con «*MdG* (ed. Magri)».

[129] La negazione della negazione! Di qui prende spunto l'interpretazione marxista.

> tutto ciò che mi dite dei vantaggi della legge sociale potrebbe andare bene, se, osservandola scrupolosamente verso gli altri, fossi sicuro che tutti loro la osserverebbero nei miei riguardi; ma che assicurazioni potete offrirmi in proposito e cosa potrebbe capitarmi di peggio del vedermi esposto a tutte le angherie che i più forti vorranno infliggermi senza potermi rifare sui deboli? O mi garantite da ogni ingiusto attacco o non sperate che, a mia volta, io me ne astenga[130].

Ma, andando ancora più a fondo, per quale *ragione* chi si trovi, in un ambito conflittuale, in posizione di privilegio dovrebbe rinunciarvi ed aderire al contratto sociale? Aderire soprattutto alla sua più importante clausola, l'alienazione totale?

> non riesco a vedere la ragione per cui devo sottopormici. Non si tratta d'insegnarmi cos'è la giustizia, ma di mostrarmi che interesse ho a essere giusto[131].

È la stessa razionalità a frenare l'uomo indipendente. In uno stato di guerra di tutti contro tutti, perché dovrà il più forte volontariamente cessare di essere tale e sottoporsi ad uguali condizioni? Perché obbedire all'interesse generale se confligge con il proprio? Rousseau risponde separando «interesse apparente» ed «interesse beninteso»: solo il contratto sociale soddisfa il secondo, terreno del primo è l'ambito precontrattuale. Ogni posizione di privilegio in un contesto conflittuale è per sua natura precaria e rovesciabile[132]. Sarà quindi di comune interesse assicurarsi la pace sociale attraverso una convenzione; dimostrarlo è lo scopo di Rousseau.

> Se il mio zelo nell'impresa non mi acceca, non c'è da dubitare che, con un animo forte e un retto sentimento, questo nemico del genere umano non finisca per ripudiare il suo odio e i suoi errori, che la ragione che lo portava fuori strada non lo riconduca all'umanità, che non impari a preferire al suo interesse apparente il suo interesse beninteso; che non divenga buono, virtuoso, sensibile, infine, e per dirla tutta, invece del feroce brigante che si proponeva di essere, il più saldo sostegno di una società ben ordinata[133].

Nel testo definitivo del CS, lo stato precontrattuale è così descritto:

> Suppongo che gli uomini siano arrivati a quel punto in cui gli ostacoli che si oppongono alla loro conservazione nello stato di natura prendono con la loro resistenza il soprawento sulle forze che ogni individuo può impiegare per mantenersi in tale stato. Allora questo stato primitivo non può più sussistere e il genere umano perirebbe se non cambiasse il suo modo di essere.

---

[130] *MdG* (ed. Magri), cit., pp. 216-217.
[131] *MdG* (ed. Magri), cit., pp. 219-220.
[132] Vedi, in particolare, il Discorso *sulla* disuguaglianza, cit., p. 186.
[133] *MdG* (ed. Magri), cit., p. 224.

> Ora, poiché gli uomini non possono generare nuove forze, ma solo unire e dirigere quelle esistenti, non hanno più altro mezzo per conservarsi se non quello di formare per aggregazione una somma di forze che possa vincere la resistenza, mettendole in moto mediante un solo impulso e accordandole nell'azione[134].

Il contesto è ben diverso, manca qualsiasi riferimento al conflitto fra posizioni disuguali. Il conflitto si svolge ora fra gli individui e gli ostacoli esterni. Gli ostacoli ambientali assumono una tale rilevanza da costringere gli uomini ad associarsi per evitare l'estinzione! Dunque un aiuto reciproco contro un comune nemico esterno, contro le difficoltà ambientali che minacciano la sussistenza dello stesso genere umano. Il passaggio, per la sua stringatezza, è parso ad alcuni una soluzione di ripiego, non sufficientemente argomentata; soprattutto è sembrata una soluzione non in sintonia con l'impianto dell'opera. Ed infatti, che senso avrebbe fondare il contratto sociale a questo modo se vita e morte dello stesso dipenderanno poi dalla dialettica fra interessi individuali e generali? Abbiamo visto come il discorso di Rousseau si snodi attraverso il rapporto, conflittuale, fra interessi diversi; escluderlo dalla base del patto significa snaturare il patto stesso: che senso avrebbe allora l'alienazione totale?

Le modifiche di Rousseau non tolgono che il rapporto conflittuale d'interessi resti sotteso all'intero testo. Ne è l'origine, il senso. La già vista obiezione di Rousseau circa il c.d. diritto del più forte riconosce l'esistenza di un qualcosa che, se non può essere definito diritto, esiste comunque quale mera posizione di forza; che non può essere ignorata. Infatti, a quale scopo il contratto prevede la clausola di alienazione totale, se non il ristabilire condizioni di eguaglianza a partire da diverse posizioni? Ammettiamo quindi questa ipotesi (di maggiore coerenza). Antagonismo fra gli individui[135]. Scopo di Rousseau è dunque dimostrare la 'convenienza' del contratto, capace di soddisfare interesse generale e particolare insieme. Convincere il soggetto in conflitto ad abbandonare l'interesse ((apparente)) per quello ((beninteso)) Il giudizio di Magri, alla luce di quanto detto e di quanto segue, è in questa prospettiva drastico. Magri parla di «grandioso fallimento)). Cerchiamo di cogliere le ragioni di tale giudizio.

Riconsideriamo alcuni aspetti del pensiero roussoviano. Innanzitutto il secondo essenziale compito del governo[136]: operare in modo che tutte le volontà particolari si conformino alla volontà generale.

> Non basta dire ai cittadini: «Siate buoni»; bisogna insegnare loro ad esserlo; e l'esempio stesso [...] non è il solo mezzo che va impiegato: l'amore della patria è il più efficace; infatti, come ho già detto, ogni

---

[134] CS, cit., pp. 72-73.

[135] Dal *Discorso sulla disuguaglianza* (cit., p. *186):* «la rottura della diseguaglianza fu seguita dal più spaventoso disordine [...] La società in sul nascere fece posto al più orribile stato di guerra».

[136] Riprendiamo qui la distinzione esposta nell'*EP*.

> uomo è virtuoso quando la sua volontà particolare è conforme in tutto alla volontà generale, e noi vogliamo di buon grado ciò che vogliono quelli che amiamo[137].

Dunque all'*amore* di patria Rousseau si appella affinché la volontà generale venga benevolmente accolta dai cittadini, dai loro cuori. L'amor di patria va accuratamente coltivato; va seguito attraverso l'educazione:

> per avere dei cittadini adulti bisogna educarli fin da bambini. [...] Se i bambini sono allevati in comune regime d'eguaglianza, se sono imbevuti delle leggi dello Stato e dei principi della volontà generale, se sono educati a rispettarli al disopra di tutto, se sono circondati da esempi e da oggetti che parlano senza posa della tenera madre che li nutre, del suo amore per loro, dei benefici inestimabili che ne ricevono, e di ciò che le devono in cambio, non c'è da dubitare che non apprendano a volersi bene fra loro come fratelli, a voler sempre ciò che vuole la società, a sostituire azioni da uomini e da cittadini alle sterili e vane chiacchiere dei sofisti, e a divenire un giorno i difensori e i padri della patria di cui tanto a lungo saranno stati i figli[138].

Si consideri poi quella che nel CS Rousseau definisce ((religione del cittadino.: «C'è dunque una professione di fede puramente civile di cui spetta al sovrano di fissare gli articoli, non proprio come dogmi di religione, ma come sentimenti di socievolezza, senza cui è impossibile essere buoni cittadini o sudditi fedeli»[139].

Quale il significato di tali appelli da parte di Rousseau? I1 fatto stesso di ricorrervi rappresenta per il CS, secondo Magri, un «grandioso fallimento»:

> la prospettiva costruttivista e convenzionalista del *Contratto* non è compatibile con la motivazione religiosa della giustizia; [...] il tentativo di introdurre quest'ultima fra i fattori di stabilità della società fondata sul patto conduce a delle contraddizioni; [...] soltanto da un punto di vista completamente diverso, considerando la società politica nella sua evoluzione storica, e non come prodotto razionale, la religione può contare come un fattore di legittimità[140].

Gli obiettivi sono posti a premesse, questa inversione suscita la critica di Magri. La prospettiva razionale incentrata sulla soddisfazione dell'interesse individuale, cede all'amor di patria, al sentimento religioso. Questi aneliti non fondano il patto: dovrebbero piuttosto esserne la conseguenza. L'uomo indipendente, persuaso dell'utilità del patto, amerà la patria poiché gli garantisce protezione, sussistenza, libertà. Insomma non accetterà il contratto perché ama la patria ma amerà la patria perché ha accettato il

---

137 EP, cit., p. 291.
138 EP, cit., pp. 297-298. Analoghi argomenti si rilevano nel CS (cit., p. 122).
139 CS, cit., p. 206.
140 Dalla nota 200 di Magri, in CS, cit., pp. 206-207.

contratto, e ne constata la vantaggiosità. La coesione sociale, nella prospettiva di Magri, potrà derivare solo dalla compiuta attuazione del patto e delle sue regole: è l'obiettivo, non può essere la premessa su cui fondarlo. Non è così che si convince *l'uomo indipendente*.

Magri rintraccia infatti in Rousseau una doppia impostazione, contrattualista e repubblicana:

> la teoria di Rousseau include degli elementi che non soltanto modificano il suo impianto contrattualista, ma vi sovrappongono un linguaggio politico del tutto diverso, e incompatibile. Mi riferisco a un gruppo di concetti — come quelli di costume e virtù civica (CS, 122), di legislatore (*CS*, 107-11) e di religione civile (CS, 197-208) — che Rousseau deriva dalla tradizione repubblicana elaborata da Aristotele, Polibio, Cicerone, Plutarco e rinnovata, nell'età moderna da Machiavelli. Contrattualismoe repubblicanesimo sono tradizioni di pensiero assolutamente contrastanti, nei valori e nel metodo. Il primo si basa su assunti individualisti, ricorre ad argomentazioni di scelta razionale e opera con modelli astratti di situazioni sociali. Il secondo si fonda sulla priorità del bene pubblico sul bene privato, si interessa soprattutto ai precedenti storici delle diverse azioni politiche e cerca di dare il massimo di concretezza alle sue argomentazioni.[...] Per fondare l'accessibilità e la stabilità della società giusta Rousseau cerca di integrare l'autointeresse con dei motivi di azione più direttamente sociali, come i costumi l'opinione pubblica, la virtù civica; assegna al patto, che sembra presupporre lo spirito sociale che dovrebbe essere il suo prodotto, la guida carismatica di un legislatore; trasforma i cittadini, da individui che promuovono collettivamente i propri interessi, in patrioti animati da spirito di abnegazione nei confronti di una patria resa sacra dalla religione civile[141].

Ecco quindi l'inversione di causa ed effetto, ed il «grandioso fallimento>)Secondo Magri l'elemento decisivo è la modifica intervenuta fra *MdG* e CS a proposito dello stato precontrattuale. Eliminare la conflittualità fra gli individui significa eludere il problema, ammettere che il contratto è razionalmente inaccessibile:

> la convenzione dà vita alla società politica, in cui la reciprocità della giustizia è garantita dalla forza comune. Ma questo presuppone che la convenzione sia razionalmente accettata e rispettata — e non può costituire un presupposto della sua accettazione e rispetto. L'«uomo indipendente» può quindi dubitare che un patto costituisca una vera alternativa all'ossewanza unilaterale della giustizia una linea di condotta già condannata dalla sua ragione. [...] la clausola dell'alienazione totale ha un'indubbia forza normativa. Ma con tutto questo non abbiamo fatto neppure un passo verso la soluzione del dilemma. Una volta introdotti i concetti di ineguaglianza e di alienazione totale, dobbiamo ancora rispondere a una semplice domanda: perché degli uomini che *oc-*

---

[141] Dall'introduzione di Magri, in CS, cit., p. 44. La compresenza, in Rousseau, di elementi tratti dalla tradizione repubblicana e dalla tradizione, individualista, del diritto naturale, è rilevata anche da M. VIROLI, J.J. Rousseau e la teoria della società ben ordinata, Bologna, Il Mulino, 1993: v. in particolare p. 204 ss.

> *cupano* posizioni ineguali di forza dovrebbero accettare termini uguali di associazione o, se li accettassero, dovrebbero rispettarli? Un'ovvia risposta è che se non lo faranno, non usciranno dallo stato di guerra. Ma proprio *entro* questo stato, alcuni di loro possono riuscire a fare valere unilateralmente i loro interessi, occupando delle posizioni di potere superiori. Perché, allora, non dovrebbero contare sullo stesso esito per il futuro imponendo degli accordi che riflettano le loro posizioni di forza, e vincolando comunque gli altri ai loro interessi? Ma se questo è vero, allora anche gli altri non hanno alcuna ragione di accettare una clausola di accordo, che non sarebbe comunque razionalmente rispettata dalle loro controparti; e, anche per loro, lo stato di guerra risulta preferibile al patto di alienazione totale, se sono i soli a rispettarlo. [...] Quindi il patto fondamentale non sarà concluso, [...] Gli uomini che confliggono nell'ineguaglianza potrebbero accordarsi se e solo se accettassero la clausola di alienazione totale; se si accordassero su tale clausola, entrerebbero in una società giusta, in cui il loro conflitto sarebbe risolto; ma proprio a causa dell'ineguaglianza, non possono razionalmente accordarsi sulla clausola di alienazione totale[142].

Il dilemma dell'uomo indipendente è insolubile, il contratto inaccessibile. Rispondere che anche la posizione del forte è precaria non convince, perché, se proprio entro un certo contesto il forte è divenuto tale, significa che ha voluto esserlo rischiando e, se intende rimanerlo, le possibilità di riuscirvi risiedono nello stesso contesto, e rischierà ancora piuttosto che cedere sicuramente il proprio potere (con l'alienazione totale). E, nella prospettiva razionale evidenziata da Magri, per le ragioni già viste, non convincono richiami ad aneliti di natura religiosa o patriottica.

Ma la razionalità del contratto, così come viene considerata da Magri, si riduce a mera vantaggiosità. Così l'interesse a mero calcolo. È certamente Rousseau a portarci su questa strada se consideriamo il dilemma dell'uomo indipendente; tuttavia questo è uno degli aspetti del problema, e non lo esaurisce.

> Non appena questa moltitudine si ritrova così riunita in un corpo, non si può offendere uno dei suoi membri senza attaccare il corpo; e meno ancora offendere il corpo senza che le parti ne risentano. *Così* il dovere e l'interesse obbligano ugualmente [...][143].

La volontà di sintesi, di composizione dei conflitti, è costante nel pensiero di Rousseau. Al calcolo, all'aspetto utilitaristico, si affianca una tensione, un anelito morale. In una parola, non possiamo prescindere dalla libertà. Magri coglie un aspetto del problema, ed il contratto sociale è destinato all'insuccesso se ci si arresta al problema dell'utile. La critica di Magri è profonda, coglie un Rousseau diverso, ora contrattualista ora repubblicano, ma non è *l'uomo* stesso, soggetto e destinatario del contratto, ad essere sintesi di diverse esigenze? Il contratto sociale non dovrà tenere in conside-

---

[142] Dall'introduzione di T. Magri, in CS, cit., pp. 40-42.
[143] CS, cit., p. 81 (il corsivo è nostro).

razione tanto l'utile quanto la libertà? Certo l'uomo è, nella fattispecie, l'uomo indipendente, ma la sua apparente sordità a tutto ciò che non sia calcolo, non può essere guarita? Concordiamo sul fatto che, nonostante le modifiche di Rousseau fra *MdG* e CS, alla base del patto stiano effettivamente il conflitto e l'antagonismo fra gli individui (supporre che gli uomini debbano affrontare una questione di vita o di morte contro comuni ostacoli esterni, significherebbe cancellare infatti il carattere 'morale' del contratto, ridurlo ad impulso biologico di autoconservazione ed, in quanto tale, ad atto che avverrebbe da sé, naturalmente). Sulla base di questo conflitto, Magri esclude il patto a nome dell'utile; il patto dovrà invece essere concluso «perché la giustizia e l'utilità non si trovino ad essere separate»[144] ed «ognuno unendosi a tutti non obbedisca che a se stesso e resti libero come prima))[145]. Conservi cioè, in un contesto di unione, la propria libertà naturale[146].

Ribadiamo ancora il nostro apprezzamento per il rigore e la lucidità con cui Magri conduce il proprio discorso; riconosciamo che, accettatane l'impostazione, è difficile contestarne l'esito; ma ben altra è la ricchezza di Rousseau. Una profondità a tratti oscura, ma per questo ancor più ricca. E proprio l'impostazione di Magri ci pare un limite: l'utilità non colma l'interesse.

Ora la domanda già vista: possiamo abbandonare ogni riferimento sostanziale? Riflettiamo sulle posizioni che ora si confrontano: 'utilitaristica' ed 'etica', rispettivamente di Magri e Cassirer (sarà oggetto delle prossime pagine). Hanno un comune intento: definire l'interesse generale, stabilire cosa rappresenti e non come si riveli. È evidente che siamo in un'ottica sostanziale. Qui sta la ricchezza di Rousseau; un riferimento sostanziale è ineludibile se non vogliamo ridurre il cosa al come.

3. Volontà generale e libertà

3.1. Cassirer. «Intima ricchezza», «movimento sempre rinnovantesi del pensiero», così Ernst Cassirer definisce l'opera di Rousseau[147]. La ricchezza, da noi stessi richiamata, è mobile, problematica; un tentativo di sistematizzazione risulterebbe oltremodo arduo, e scorretto. «Questa era l'impressione prodotta da Rousseau sulle guide spirituali dell'Illuminismo francese. In lui essi vedevano operare una forza demoniaca»[148]. Dunque un

---

[144] *Ibidem,* p. 59.
[145] *Ibidem,* p. 74.
[146] H. KELSEN, I fondamenti della *democrazia* e *altri* saggi, Bologna, Il Mulino, 1966: pur nel giudizio negativo, Kelsen ha il merito di avere colto lo scopo di Rousseau, a proposito di quelli che Cassirer definisce «difetti di svolgimento»: «Rousseau si è lasciato trasportare in tutte queste contraddizioni al solo scopo di salvare l'illusione della libertà naturale, cioè assoluta [...]» (p. 162).
[147] E. CASSIRER, *op. cit.,* p. 3.
[148] *Ibidem,* p. 56.

pensatore inquieto, che imbarazza, che mette a disagio. Sistematizzarne il discorso significherebbe incontrarne i «difetti di svolgimento», le contraddizioni, le aporie, gli argomenti deboli. Rousseau non è questo. Perché parlarne ancora altrimenti? «Con Rousseau il centro spirituale dell'epoca viene spostato»[149]. Questa per Cassirer è la chiave di volta: se non è possibile ricondurne il pensiero a schemi rigorosi, è possibile comunque coglierne l'unità.

Il *Discorso sulla disuguaglianza* presenta un'argomentazione debole ma una forte tensione morale; il ritorno alla natura presuppone la «distinzione fra ciò che l'uomo è e quello che egli si è fatto artificialmente»[150]; tale distinzione è resa possibile dall'autocoscienza, dal riflettere su se stessi in quanto uomini; il *CS* non rappresenta un ripiegamento rispetto al ritorno alla natura: rifiutare *una* certa società non significa rifiutare *la* possibilità di associarsi, e, se un ritorno alla natura non è evidentemente possibile, lo è comunque il recupero della libertà originaria in quadro nuovo, attraverso un patto sociale e, quindi, un ordine politico, giuridico, morale[151].

> Libertà non significa per lui arbitrio, ma dominio ed esclusione di ogni arbitrio. Essa significa il legame di una legge severa e inviolabile che l'individuo erige al di sopra di sé. Non la rivolta a questa legge e la liberazione da essa, ma la spontanea adesione ad essa è ciò che costituisce il carattere proprio della libertà. E questa è realizzata nella volontà generale, nella volontà dello Stato[152].

Se il *CS* presenta al suo interno incongruenze o, per usare ancora una volta l'espressione dello stesso Cassirer, «difetti di svolgimento», il senso dello svolgimento è comunque chiaro: Rousseau esorta al recupero di una libertà che, perduta nel suo aspetto originario, non potrà che realizzarsi in una dimensione di reciprocità, *ergo* in una dimensione sociale ed etica al tempo stesso. Tale valore conferisce unità all'opera di Rousseau. Unità dinamica in quanto il concetto etico al di sopra del semplice stato di natura»[153] costituisce un superamento del *Discorso.* Se la società diseguale ed ingiusta è il bersaglio di Rousseau, il suo superamento potrà avvenire non con un improbabile ritorno al passato, ma con nuove forme di associazione, rette da principi generali a garanzia contro ogni possibile arbitrio. La

---

[149] *Ibidem,* p. 57.

[150] *Ibidem,* p. 16.

[151] Cfr. R. DERATHÉ, *op.* cit., p. 299: «Dopo il patto [...] l'uomo non ritrova sotto forma di libertà civile un semplice equivalente dell'indipendenza naturale. Bisogna contare all'attivo della condizione civile anche la giustizia, la moralità e la virtù. Solo con la vita sociale comincia la vita morale, e la sottomissione dell'uomo alla legge, mentre lo preserva da ogni dipendenza personale, gli conferisce per sovrappiù il potere di consultare la ragione, di dominare le passioni e di resistere alle sue inclinazioni».

[152] E. CASSIRER, *op. cit.,* p. 22.

volontà generale sarà quindi l'espressione della volontà statuale ed individuale al tempo stesso.

> La libertà spirituale non dà alcun vantaggio all'uomo senza la libertà etica; e questa non si può conseguire senza una trasformazione radicale dell'ordine sociale che cancelli ogni arbitrio e conduca alla vittoria della necessità interiore della legge[154].

Coincidenza di interesse generale ed individuale, espressa, come sappiamo, attraverso la legge. «Per lui la legge non è nemica e avversaria della libertà, essa è piuttosto l'unica che ci può dare e garantire veramente la libertà. [155]. Infatti «Lo Stato [...] assicura esclusivamente una pari misura di diritti e di doveri. [156]. La legge è necessità interiore, tensione morale, chiamata ad estrinsecarsi in forme politiche di libertà («Stato ed individuo devono ritrovarsi vicendevolmente»[157]). La volontà generale si eleva sulla volontà di tutti poiché è volontà *etica*. «La legge nel suo puro e rigoroso significato non è un legame che stringe solo dall'esterno le volontà singole e ne impedisce il disgregamento; essa è piuttosto il principio costitutivo»[158]. Dalla *Lettera ottava*, un passaggio esemplare per la comprensione del rapporto fra legge e libertà:

> Si ha un bel voler confondere l'indipendenza e la libertà: sono due cose tanto diverse che possono anche escludersi a vicenda. Quando ognuno fa ciò che gli piace, spesso si fa ciò che dispiace agli altri, e questo non si chiama essere liberi. La libertà consiste meno nell'agire secondo la nostra volontà che nel non essere soggetti alla volontà altrui; consiste anche nel non sottoporre la volontà altrui alla nostra. Chiunque sia padrone non può essere libero e regnare è obbedire. [...] Non conosco volontà veramente libera se non quella a cui nessuno ha il diritto di opporre resistenza; nella libertà comune nessuno ha il diritto di fare ciò che la libertà di un altro gli vieta, e la vera libertà non è mai distruzione di se stessa. Quindi la libertà senza la giustizia è una vera e propria contraddizione; infatti, in qualunque modo, nell'esecuzione di una volontà disordinata tutto è motivo d'impedimento. [...] Non c'è dunque libertà né senza leggi, né là dove qualcuno è al disopra delle leggi: persino nello stato di natura l'uomo è libero solo in virtù della legge naturale che comanda a tutti. Un popolo obbedisce ma non serve; ha dei capi ma non dei padroni; obbedisce alle leggi ma solo alle leggi, ed è in forza delle leggi che non obbedisce agli uomini. [...] Un popolo è libero, qualunque forma abbia il suo governo, quando in chi lo governa non vede l'uomo, ma l'organo della legge. In una parola, la libertà

---

153 Ibidem, p. 23.
154 *Ibidem*, pp. 24-25.
155 Ibidem, p. 25.
156 *Ibidem*, p. 27.
157 Ibidem, p. 31.
158 Ibidem, p. 30.

> segue sempre la sorte delle leggi, regna o muore con esse; non conosco nulla di più certo[159].

Cassirer invita ad abbandonare atteggiamenti «empirici» nell'analizzare le istituzioni umane storicamente realizzatesi; richiama il «nocciolo» del problema: Rousseau è rivoluzionario poiché impone alla politica un imperativo etico: «il problema di ciò che l'uomo è non può essere disgiunto dal problema di ciò che l'uomo deve essere»[160]. Sottomettersi alla volontà generale significa sottomettersi ad un dovere morale, non disgiunto dalla legge interiore di ognuno. «La cattiveria, in fondo, non è se non un'opposizione della volontà privata alla volontà pubblica»[161].

Dicendo che «con Rousseau il centro spirituale dell'epoca viene spostato», Cassirer intende attribuire a Rousseau non tanto il superamento della mentalità illuministica (a nome del sentimento, che farebbe di Rousseau un pre-romantico), quanto l'anticipazione di temi tipicamente kantiani.

> Se lo spirito logico-matamatico dei secoli diciassettesimo e diciottesimo aveva trasformato la natura in un semplice meccanismo, Rousseau scoprì di nuovo l'anima della natura. [...] Ma questa costruzione [politica] non può essere affidata al semplice sentimento; essa deve sgorgare da una visione e previsione morale[162].

Sarebbe infatti presente nel pensiero di Rousseau un dualismo fra sentimento e volontà; questo il confronto da cui avrebbe origine un'etica del dovere. «L'etica di Rousseau non è un'etica di sentimento, ma la forma più decisa della pura etica della legge che sia stata elaborata prima di Kant»[163]. Per fondare la propria tesi, Cassirer prende in considerazione l'uomo originario così come supposto da Rousseau: naturalmente buono. Si tratta di una bontà dettata dal sentimento (un innato istinto alla socievolezza)? Rousseau nega un'originaria 'simpatia' fra gli individui[164], e Cassirer aggiunge:

---

[159] Lettere dalla montagna, cit., pp. 40-41. Ancora, dalla Lettera nona: «Il primo e il più grande interesse pubblico è sempre la giustizia. Tutti vogliono condizioni uguali per tutti e la giustizia non è che questa uguaglianza. [...] Quindi tutti temono le eccezioni e chi teme le eccezioni ama la legge» (*ibidem*, p. 89). Rousseau dichiara inoltre l'abuso di libertà preferibile all'abuso di potere: «Diremo dunque che il governo spetta ai pochi, mentre la sorveglianza sul governo spetta alla generalità, e se da una parte e dall'altra l'abuso è inevitabile è sempre meglio che il popolo sia infelice per colpa sua piuttosto che soggetto all'oppressione altrui» (*ibidem*, p. 89).

[160] E. CASSIRER, *op. cit.*, p. 32.

[161] J.J. ROUSSEAU, Frammenti politici, in Rousseau. Scritti politici, vol. II, cit., p. 237 (di seguito FP).

[162] E. CASSIRER, *op. cit.*, pp. 71-72.

[163] *Ibidem*, p. 61. Su questo accostamento tra Rousseau e Kant concorda Crocker: «L'io non è soltanto una natura che ci è stata semplicemente elargita, una potenzialità che aspetta soltanto di potersi realizzare. Attraverso la volontà, ogni uomo deve egli stesso creare la struttura della sua esistenza» (L.G. CROCKER, op. cit., p. 246; cfr. anche pp. 316-318).

[164] E. CASSIRER, *op. cit.*, p. 66: «Egli respinge nettamente l'idea della fondazione della società su un «istinto sociale» innato e originario nell'uomo».

> La 'bontà' dell'uomo è una disposizione della volontà. Non è un'inclinazione istintiva alla simpatia, ma la capacità di *un'autodeterminazione*, ciò su cui questa bontà si fonda[165].

Sottomettersi alla volontà generale significa dunque esercitare la propria capacità di autodeterminazione, la propria libertà, nell'accogliere una legge immanente (un dover-essere espressione di libertà) e conservare infine, con tale atto, la libertà originaria ad un più alto livello di consapevolezza etica[166]. Su questo terreno potranno incontrarsi individuo e stato, e la volontà generale sarà espressione suprema di libertà. Una libertà il cui manifestarsi «non è una rivelazione trascendente, ma puramente immanente»[167]; una libertà che non è «verità matematica))né «idea platonica>>,non è concessione divina né può essere gestita o imposta da *élites* illuminate o da legislatori; una libertà che trova nei singoli uomini il punto di partenza e di arrivo.

> Egli non fonda la società umana sulla semplice vita istintiva; egli non considera l'istinto verso la felicità, né l'istinto naturale della «simpatia» come un fondamento sufficiente e stabile di quella. La vera e sicura base sta piuttosto nella coscienza dalla libertà e nell'idea del diritto, inseparabilmente collegata a questa consapevolezza[168].

Il concetto di autonomia etica, patrimonio di ciascun individuo, mostra quale distanza si venga a formare fra un'interpretazione 'etica' di Rousseau e le interpretazioni viste in precedenza. Quella totalitaria riduce l'imperativo etico a consenso da prestare coattivamente alle verità che solo qualcuno è in grado di rivelare. L'imperativo etico, al contrario, si rivela nella coscienza di ognuno; l'obbedienza alla legge generale è scelta consapevole e responsabile; in questa prospettiva l'imposizione, esterna, di verità rivelate, esterne all'individuo e alla sua coscienza, non avrebbe alcun senso. La libertà deve essere *voluta* da ognuno, e tale atto obbliga verso se stessi e verso ogni altro soggetto (in questo senso è mantenuta la dimensione sociale del discorso roussoviano)[169].

---

[165] Ibidem, p. 69 (il corsivo è nostro).

[166] Osserviamo come, nel passo da noi citato supra, Kelsen non rilevi il 'salto di qualità' fra la libertà originaria e la libertà civile ottenuta con il patto.

[167] E. CASSIRER, *op. cit.*, p. 62.

[168] *Ibidem*, pp. 72-73.

[169] A scanso di equivoci, aggiungiamo che, nel momento in cui si parla di uno spostamento del centro spirituale dell'epoca, l'importanza data al concetto di volontà nel confronto con il sentimento, al fine di una scelta etica, non ha nulla a che fare con posizioni di tipo volontaristico: non si veda cioè il primato della volontà come negazione della natura razionale dell'uomo, o quale emergere di un volontarismo irrazionalistico *ante-litteram*.

> Il legame che unisce gli uomini con la società è 'naturale': non rientra però nella natura fisica bensì nella natura razionale dell'uomo[170].

L'uomo, in quanto razionale, ha la possibilità di volere la libertà. E della società deve essere data una spiegazione etica, non biologica. La natura razionale, la tensione etica, l'esercizio della libertà, chiamano l'uomo ad una scelta: il contratto sociale. Accettare la volontà generale significa quindi obbedire ad un imperativo etico.

3.2. Volontà generale, libertà, utilità. Proprio nel Discorso sulla disuguaglianza, da cui muove Cassirer, troviamo confermata l'importanza cardinale della libertà: «nelle operazioni della bestia la natura fa tutto da sola, mentre l'uomo concorre alle proprie in qualità di agente libero. L'una sceglie o rifiuta per istinto, l'altro per un atto di libertà [...]»[171]. «C'è a distinguerli un'altra qualità molto speciale e su ciò non può esserci contestazione, e cioè la facoltà di perfezionarsi [...]»[172]. Sul piano politico: d a massima fondamentale del diritto politico è che i popoli si sono dati dei capi perché difendessero la loro libertà e non perché li asservissero»[173]; sul piano giuridico: «essendo il diritto di proprietà solo il frutto di convenzioni e istituzioni umane, ogni uomo può disporre a suo piacere di quel che possiede; ma non è lo stesso dei doni essenziali della natura, come la vita e la libertà»[174]. Si potrebbe proseguire nel citare passi che riflettono l'inequivocabile tensione etica dell'opera roussoviana; quello che ora invece ci proponiamo è di considerare come, oltre alle interpretazioni totalitarie, vengano, ricorrendo a Cassirer, ridimensionate le posizioni utilitaristiche, di Magri nella fattispecie.

Non è necessario preoccuparsi delle perplessità dell'*uomo* indipendente al punto da farne la prova dell'inaccessibilità del patto: obbedire alla volontà generale si configura quale dover essere.

Secondo Magri gli uomini indipendenti non stringeranno alcun patto poiché non ne hanno alcun interesse. Ma essi devono stringere il patto. Se parliamo di dover essere, di tensione morale, di imperativi etici, superiamo il limite della mera utilità. Il patto sociale *dovrà* essere concluso, non perché sia utile (o comunque non in base al solo utile), ma perché gli uomini sono chiamati ad esso come sono chiamati alla libertà. Accettando il patto sociale gli uomini usciranno dal conflitto che li oppone, che genera forti e deboli e quindi dipendenza e schiavitù; guadagneranno cioè la libertà e l'uguaglianza.

Sarà possibile che essi non accettino il contratto, come ci sono popoli che rifiutano la sovranità e la alienano ad un solo individuo (patto, come abbiamo visto, assolutamente irrazionale), ma ciò non toglie che essi siano

---

[170] Ibidem, p. 89.
[171] Discorso sulla disuguaglianza, cit., p. 149.
[172] Ibidem, p. 150.
[173] Ibidem, p. 191.
[174] Ibidem, p. 194.

comunque chiamati ad accettarlo; in caso contrario, la loro condotta sarà una condotta irrazionale e contraria ad una positiva affermazione di libertà. Tanto è irrazionale alienare la sovranità quanto soffocare la libertà, propria o di altri, scambiando l'interesse «apparente» con quello «beninteso», e dando al proprio calcolo una veste di razionalità che non gli appartiene. Il problema non consiste nel sapere se gli uomini stringeranno o meno il patto; essi *devono* comunque stringerlo, non nel senso che qualcuno possa obbligarli a farlo, ma nel senso che comunque essi sono chiamati a farlo, dalla propria coscienza. Un Rousseau utilitaristico è destinato a fallire poiché utilitaristico non è. Inoltre, alcuni degli stessi elementi che Magri prende in considerazione rispondono ad una logica etica: non ha l'educazione lo scopo di infondere *valori* (quindi dover essere)? non è l'amor di patria una tensione morale? perché tanto insistere su costumi e virtù? non presenta la stessa volontà generale caratteri etici, talora religiosi (basti il riferimento alla religione civile)? Nell'ottica di Magri questi aspetti ('repubblicani') intendono mascherare il fallimento di un Rousseau utilitarista, ma proprio questi aspetti negano un Rousseau utilitarista ed individualista[175]. Non sono elementi, quelli 'repubblicani', che si inseriscono nel quadro collettivo di una *rigenerazione*? Di un compito, di una missione, a cui gli uomini, sulla base della propria perfettibilità, sono chiamati? Ancora una volta: «L'uomo è nato libero e ovunque è in catene». Come rompere tali catene?

Sottomettendosi alla volontà generale, in condizioni di equità. Di libertà.

---

[175] Un punto di vista rigidamente individualistico non mette in luce la connessione tra libertà e socialità presente in Rousseau: «La miseria umana nasce dalla contraddizione fra la nostra condizione e i nostri desideri, fra i nostri doveri e le nostre inclinazioni, fra la natura e le istituzioni sociali, fra l'uomo e il cittadino; conferite unità all'uomo e lo renderete felice per quanto può esserlo. Datelo tutto intero allo Stato o lasciatelo tutto intero a se stesso; ma se dividete il suo cuore lo dilaniate, e non andate a immaginarvi che lo Stato possa essere felice quando tutti i suoi membri soffrono. L'essere morale che chiamate felicità pubblica è in se stesso una chimera: il sentimento del benessere se, nessuno lo prova, è nulla e la famiglia non prospera quando i figli non prosperano. Rendete gli uomini coerenti a se stessi: che siano ciò che vogliono apparire e appaiano ciò che sono. Avrete installato la legge sociale in fondo ai loro cuori; uomini civili per loro natura e cittadini per loro inclinazione, avranno unità interiore, bontà, felicità e la loro felicità sarà quella della repubblica; infatti, essendo qualcosa solo per opera sua, saranno tutti per essa, che avrà tutto ciò che essi hanno e sarà tutto ciò che sono. Alla forza della costrizione avrete aggiunto quella della volontà, al tesoro pubblico i beni dei privati; la repubblica sarà tutto ciò che può essere quando includerà tutto. La famiglia additando i suoi figli dirà: «ecco la fonte della mia prosperità)). In qualunque altro sistema ci sarà sempre nello Stato qualcosa che non apparterrà allo Stato non foss'altro la volontà dei suoi membri; e chi potrebbe ignorare l'influenza di questa volontà sugli affari pubblici? Quando nessuno vuole essere felice se non per sé, non c'è felicità per la patria» (FP, cit., p. 263). E. OPOCHER, *op. cit.*, p. 122, coglie questo aspetto: «Per Rousseau, infatti, la libertà non può che essere sociale: l'uomo è libero solo fra uomini liberi».

3.3. Starobinski. Rigenerazione, redenzione, salvezza, sono termini che superano un'ottica rigidamente utilitaristica. Il calcolo interessato del presente non darà certo udienza ad orizzonti futuri e profondità del cuore. Ma la ricchezza di Rousseau consente aperture in questa direzione.

Accenniamo alla brillante analisi di Jean Starobinski[176] (nonostante la sua non facile traducibilità in un linguaggio giuridico). Essa coglie un Rousseau che non si manifesta, un Rousseau sotteso agli scritti. Nelle pagine iniziali del presente studio, si è fatto riferimento ad una possibile lettura della volontà generale in chiave religiosa. Si è visto inoltre come, nel CS, Rousseau affidi alla religione un ruolo di subalternità: non siano le strutture terrene dello stato al servizio di un potere celeste, né siano le sfere separate, ma la fede rafforzi lo stato formando cittadini devoti. Sembrerebbe dunque strumentale l'interesse di Rousseau nei confronti del sacro, ma Starobinski ricerca una segreta ispirazione, una fonte sotterranea, inespressa negli scritti ma capace di guidarli.

Parlando di *rigenerazione* non possiamo ignorarne il profilo religioso, tanto più che essa è inevitabilmente legata all'idea di peccato. L'idea di una salvezza nuova presuppone il pensiero della colpa. Similmente al peccato originale cristiano, la colpa ricade sul singolo uomo come sull'intero genere umano. Nel pensiero di Rousseau si intrecciano consapevolezza individuale della colpa e destino del mondo: «Il sacro [...] si è inabissato nell'esperienza personale»[177]. «Si assiste così ad una strana contaminazione della storia sacra e della favola personale)»[178]. Pur rimanendo al singolo uomo l'intera responsabilità di sé: «La legge e l'amore non sono più annunciati da una parola trascendente ma dalla 'voce della coscienza'»[179].

La distanza fra la colpa sentita da Rousseau e il peccato originale cristiano si misura nella concezione dell'uomo originario. Starobinski accosta Rousseau e Malebranche: «affermano l'esistenza di una rettitudine originaria che in seguito si flette o declina»[180]. Se dunque nelle profondità di Rousseau scorre un'ansia religiosa, essa non è comunque da considerarsi precisamente cristiana, in quanto non collimano l'uomo roussoviano naturalmente buono e l'uomo del Genesi, caduto sulla terra e nel tempo poiché macchiatosi di disobbedienza e peccato[181]. Quale dunque il motivo per cui l'uomo originariamente buono produce il male e la propria degenerazione?

---

[176] J. STAROBINSKI, Jean-Jacques Rousseau e il pericolo della riflessione, in E. CASSIRER, R. DARNTON, J. STAROBINSKI, *op. cit.*

[177] *Ibidem,* p. 139.

[178] *Ibidem,* p. 138.

[179] *Ibidem,* p. 140.

[180] Ibidem, p. 160.

[181] Ma si potrebbero avvicinare l'uomo di Rousseau e l'uomo della Bibbia se anche di quest'ultimo si considerasse l'originaria innocenza, nell'Eden; ma la corrispondente 'età dell'oro' di cui parla Rousseau è già sulla terra; la terra di Rousseau conosce un uomo 'buono', la terra del Genesi un uomo decaduto.

Dal *Discorso sulla disuguaglianza* apprendiamo la sequenza bisogno-società-disuguaglianza-schiavitù. I rapporti che nascono dal bisogno saranno disuguali per la mancanza di un patto sociale. Condizioni disuguali preludono alla perdita della libertà e alla nascita della schiavitù. Quindi, causa del male è da ritenersi la nascita della società, di un vivere in comune non regolato da leggi generali[182]. Sul contrasto tra individui e società si sviluppa il dissidio tra bene e male, tra vero e falso, legge interiore ed esteriorità del sociale[183]. Ma, come già visto, nessuna fuga e nessun ripiegamento sono possibili, l'uomo è chiamato a redimersi, a rigenerarsi. E quello che in primo luogo è un percorso individuale, potrà essere, se concertato fra gli uomini, un percorso giuridico-politico (quindi storico) e, all'apice, un cammino etico-religioso.

> Il percorso spirituale indicato da Rousseau è quello stesso a cui si ispirerà la filosofia kantiana della storia[184].
> Filosofia della storia ordinata in tre età: dopo aver perduto con la riflessione la pienezza di cui godeva nello stato di natura, l'umanità ritrova una più alta unità, conquistata attraverso i conflitti con un lento lavoro di legislazione e di educazione. I misfatti della ragione non possono essere guariti se non ponendo in atto tutte le risorse della ragione[185].
> Il cominciamento è ritrovato ma approfondito e accresciuto dalla dimensione della coscienza che gli mancava. Dall'innocenza originaria al riscatto finale, attraverso il peccato e la vita decaduta, tale è la parabole delle escatologie religiose[186].

E quale possibile riscatto se non l'abbandonarsi alla volontà generale, ad una guida suprema che finalmente unisca superando le particolarità, ad una legge che escludendo le disuguaglianze realizzi per ognuno la giustizia, ad un alienazione totale che significhi privazione, riscatto dalla colpa, vittoria sul proprio antico egoismo, sconfitta del male?

3.4. Sulle interpretazioni etico-religiose. A prescindere dalle differenze tra Cassirer e Starobinski (di sfuggita ci limitiamo a notare la logica immanente nel primo e l'esito trascendente nel secondo), risulta ora necessario inquadrare all'interno della presente opera il significato di tali letture rous-

---

[182] Nel saggio in esame, J.J. Rousseau e il pericolo della riflessione, Starobinski avanza un'ipotesi più sottile e di diversa natura: la riflessione, presupponendo uno sdoppiamento e la coscienza della diversità, è prima causa e sintomo della caduta; ma solo esercitandola in tutta la sua portata (attraverso un'opera di legislazione e di educazione) sarà possibile trascenderla e riconquistare l'unità originaria.

[183] Su questo vedi in particolare J. STAROBINSKI, J.J. Rousseau. La trasparenza e l'ostacolo, cit.

[184] J. STAROBINSKI, J.J. Rousseau e il pericolo *della* riflessione, cit., p. 187.

[185] *Ibidem*, p. 165.

[186] *Ibidem*, p. 154.

soviane, etico-religiose. È loro merito fondamentale il superamento di logiche rigidamente utilitaristiche. Nei passaggi riferiti da Magri a sostegno della propria tesi, accanto all'egoismo dell'uomo indipendente ritroviamo il continuo richiamo a quella che fu l'età *dell'oro,* ed un altrettanto continuo richiamo all'idea di dovere, al valore della virtù, alla dialettica fra «passioni. e «coscienza»[187] per la quale, prevalendo le prime, il pensiero dell'uomo indipendente si riveste di fittizia razionalità.

> In effetti nessuno potrà fare a meno di riconoscere che la volontà generale è in ciascuno un atto della pura intelligenza intenta a ragionare, mentre tacciono le passioni, su ciò che l'uomo può esigere dal suo simile e su ciò che il suo simile ha diritto di esigere da lui[188].

Tutto questo giustifica l'interpretazione etica di Cassirer; in particolare la dialettica fra sentimento e ragione[189] impedisce d'accettare tout *court* la posizione dell'uomo indipendente (definito «impetuoso»[190]) senza rinviare ad ulteriori esigenze, e facendo di Rousseau un utilitarista. Ancora la profondità di Rousseau; la complessità. Ma proprio la complessità di Rousseau ci spinge a muovere alcune critiche alle posizioni qui considerate, di Cassirer in particolare. Negli stessi passaggi sopra richiamati, Rousseau sottolinea l'esigenza di armonizzare[191] giustizia ed interesse individuale (dell'*uomo* indipendente). Costui «veda in un migliore assetto delle cose il premio delle buone azioni, il castigo di quelle cattive e l'amabile accordo della giustizia e della felicità)»[192]. Questo, a nostro awiso, è il punto debole di Cassirer. Egli, seguendo gli echi di una ferrea morale kantiana antieudemonistica, arbitrariamente minimizza i passaggi roussoviani che trattano di felicità ed utilità[193]. Ma ripetiamo ancora una volta che l'aspetto eudemonistico è indissolubilmente legato ad un aspetto morale, il richiamo alla virtù non s'arresta dinnanzi agli eventuali sacrifici che esso comporti. Se dunque le posizioni utilitaristiche errano nel sottovalutare il valore etico della libertà, Cassirer rischia d'eccedere in senso opposto, disconoscendo che, nell'ottica di Rousseau, sia dovuta ai cittadini, al pari della libertà, la protezio-

---

[187] *MdG* (ed. Magri), cit., pp. 220-221.
[188] *Ibidem,* p. 220.
[189] O volontà, in quanto il punto di vista di Cassirer le sovrappone.
[190] *MdG* (ed. Magri), cit., p. 223.
[191] Non è un caso che l'uomo Rousseau si sia occupato di musica con passione. Armonizzare in musica non è molto diverso dal ricomporre in uno stesso quadro esigenze diverse, politiche o filosofiche che siano.
[192] *Ibidem,* p. 223.
[193] Cfr. E. CASSIRER, *op. cit.,* p. 37. Come esempi di un Rousseau eudemonistico **v.** CS, cit., pp. 100, 152. Cfr. inoltre M. VIROLI, *op. cit.*, p. 130: «la teoria politica di Rousseau può essere considerata, schematizzando, come un ibrido, fra Hobbes ed Hegel; fra la concezione dello stato come capolavoro della ragione intesa come calcolo e la concezione dello stato come capolavoro della ragione in quanto universalità)).

ne per sé e per i propri beni[194]: con questo, i membri dello stato possono essere *felici.*

Ulteriore merito delle interpretazioni etico-religiose è il loro contrapporsi, come già visto, alle ipotesi totalitarie[195]. Nonostante le idee di eticità e religione possano indurre suggestioni totalitarie a nome di superiori verità morali o teologiche, in Rousseau la chiave di volta dell'intero sistema è comunque e sempre l'uomo, misura della libertà e di Dio, invalicabile da alcunché di superiore se non dalla volontà generale che egli stesso riconosce in sé ed accoglie per sé. E per gli altri uomini.

Ci siamo già soffermati sul respiro che in questo modo acquista il concetto di interesse generale e sul cammino attraverso il quale giungere ad un'affermazione di esso. Proprio sul concetto di 'cammino', o percorso, s'impone ora la riflessione. Tale percorso è evidentemente di natura storica. Dunque, con forza, emerge nella nostra analisi la *storia,* Ma la storia, così come considerata da Cassirer e da Starobinski, non è effettivamente la storia della società umana e delle istituzioni storicamente realizzatesi, non è una storia 'empirica', quanto, piuttosto, una storia 'ideale'. Se vogliamo mantenere la distinzione poniamo il problema della storia in un duplice senso: in primo luogo come riflessione sulla storia empirica, ineludibile ai sensi dell'opera di Rousseau, alla luce dell'uso che ne è stato fatto e delle tragiche esperienze di questo secolo[196]; in secondo luogo come riflessione sulla storia stessa, sulla natura, sul significato ed il fondamento del sapere storico. Potremo pronunciarci sulla volontà generale solo dopo avere approfondito questo duplice problema.

4. Volontà generale e *storia*

4.1. Volontà generale e storia. L'analisi delle interpretazioni etico-religiose conduce, abbiamo visto, all'ideale configurazione di una storia di rinascita, di redenzione dalla colpa. Espiazione è alienazione, umiltà individuale è volontà generale. In ogni costruzione ideale è presente un aspetto dinamico, costituito dal passaggio fra un *prima* iniquo e un *dopo* di riscatto (con la variante di un *prima del prima,* l'età dell'oro, che viene recuperato nel *dopo).* Lo scarto rappresenta dunque una storia. Storia empirica e storia ideale, se vogliamo mantenere la distinzione, non sono realtà eterogenee: in cosa consiste una storia empirica, se il concetto di storia ideale non appartiene al medesimo sapere che, attraverso uno scarto significativo, permette la lettura di ciò che chiameremo storia, istituendone la chiave interpretativa?

---

[194] Ci si potrebbe chiedere come è possibile possedere dei beni privati stante l'alienazione totale: lo vedremo in seguito.

[195] Infatti Revedin critica l'alienazione totale intesa quale alienazione personale, così come presentata da Starobinski, anziché alienazione economica e politica.

[196] Basti come esempio la persecuzione nazionalsocialista subita dallo stesso Cassirer.

Il rapporto fra storia ideale e storia empirica è presente nelle pagine roussoviane come rapporto fra l'essenza ideale del contratto e le numerose variabili che il legislatore dovrà considerare per rendere la propria opera pregevole e duratura[197]. La critica da alcuni avanzata nei confronti di Nietzsche (non aver potuto indicare la *materia* sulla quale plasmare un nuovo tipo umano), non può essere parimenti invocata presso Rousseau. Da parecchie pagine ci parla un Rousseau 'storico', attento alle vicende dei paesi, alle istituzioni cittadine, ai costumi dei popoli, alle variabili geografiche ed economiche. Un Rousseau capace di contestualizzare il proprio discorso, traendolo dall'immobilità dell'astrazione al piano dinamico della storia empirica. Quale altrimenti il significato delle *Considerazioni sul governo di Polonia* o del *Progetto di Costituzione per la Corsica*?[198]

Già il *Discorso sulle scienze e sulle arti* dimostra l'interesse di Rousseau nei confronti di costumi, tradizioni, e tutto ciò che rende un popolo tale[199]. La parte conclusiva dell'*EP* è occupata da considerazioni di vario genere: fiscali, geopolitiche, militari. Ricordiamo la nota presa di posizione contro uno stato dall'ampia estensione territoriale ed il rifiuto di milizie mercenarie. Se in tali posizioni è comunque ancora rilevabile una certa genericità, è nel *MdG* e nel *CS* che Rousseau affina la propria prospettiva storica. Nel *CS* i capitoli ottavo nono e decimo del libro secondo rispondono ad una logica di 'contestualizzazione'. Il patto sociale non è un insieme di puri principi applicabili *sic et simpliciter*:

---

[197] «Perché lo stato non sia malgovernato potrà bastare che il legislatore abbia provveduto come doveva a quanto era richiesto dal luogo, dal clima, dal suolo, dai costumi, dal vicinato, da tutti i rapporti particolari del popolo cui deve dare le istituzioni» (EP, cit., p. 287). Come rilevato nelle note iniziali di questo studio, Derathé considera di poca importanza tali passaggi roussoviani, poiché il pensiero del ginevrino è rilevante per ragioni eminentemente teoriche (v. R. DERATHÉ, op. cit., pp. 33-39). Concorda in questo con il giudizio di un interprete a cui, per altri motivi, si oppone, cioè Talmon: secondo quest'ultimo gli argomenti del Rousseau storicista non sono che «argomenti di discussione, o tributi pagati alla sfida della geografia storica))(J.L. TALMON, *op. cit.*, p. 367). È probabile che, su questo punto, Rousseau, pur rivolto ad un diverso obbiettivo, accetti l'influenza degli illustri precursori della sociologia giuridica (e ricordiamo Montesquieu), ma non è smentibile che ad opere di tenore teorico, quale il CS, siano seguiti tentativi di storicizzazione e contestualizzazione (le Considerazioni *sul governo* di Polonia ed il Progetto *di* Costituzione per *la* Corsica).

[198] Entrambe le opere sono in Rousseau. Scritti politici, vol. III, cit.

[199] Un caso particolare è rappresentato dal Discorso sulla disuguaglianza, in cui la sensibilità storica ci sembra meno sviluppata. (Si risponderà che non può essere altrimenti poiché l'opera si pone proprio alle origini della storia). I riferimenti geografici, climatici, alimentari, non mancano, eppure sono estremamente generici, volti ad illustrare la nascita di un'unica società umana, quando invece la 'contestualizzazione' potrebbe indurre, già ab initio, al rilevamento di razze, popoli e comunità diverse, e non solo di individui diversi all'interno della stessa società umana.

> Come prima d'innalzare un edificio l'architetto osserva e sonda il terreno per vedere se può sostenerne il peso, così il saggio legislatore non comincia col redigere leggi buone per se stesse, ma esamina prima se il popolo a cui le destina è in condizione di adattarsi ad esse[200].

La logica contrattualista si dilata in un ampio ventaglio di possibilità storiche e geografiche, di considerazioni su passato e presente, popoli antichi e moderni. «Un popolo può sottomettersi a un ordine fin dalla nascita; un altro neanche dopo dieci secoli»[201]. La già citata preferenza per uno stato di ridotte dimensioni risponde non solo ad una logica di efficienza: «Le medesime leggi non possono convenire a tante province diverse, che hanno costumi diversi, che vivono sotto climi opposti, che non possono sottomettersi alla stessa forma di governo»[202]. Quale il destino di uno stato i cui i cittadini, «avendo costumi diversi» e venendo sottoposti a leggi da essi diverse, «non sono mai sicuri di possedere sul serio il loro patrimonio»[203]?

> In questa moltitudine di uomini che, senza conoscersi tra loro, si trovano a essere raccolti in un unico luogo dalla sede dell'amministrazione suprema, i talenti sono sepolti, le virtù ignorate, il vizio impunito. I capi, oppressi dagli affari, non vedono nulla coi propri occhi; il governo dello Stato è in mano d'impiegati. Infine le misure da prendere per mantenere l'autorità generale, a cui tanti funzionari lontani cercano di sottrarsi o di imporsi, assorbono tutte le cure pubbliche; non ne restano più per la felicità del popolo; a malapena resta qualcosa per la sua difesa in caso di necessità; è così che uno Stato troppo esteso in rapporto alla sua costituzione sprofonda e crolla schiacciato dal proprio peso[204].

Dunque un Rousseau 'storico-relativista'. Dire 'relativista' significa escludere una volontà generale applicabile *tout court,* indistintamente, a tutti i popoli e a tutte le società; 'relativista' nella misura in cui certi generali principi debbono essere sottoposti ad un processo di contestualizzazione, rispettoso delle peculiarità e delle diverse esigenze. Nulla di più lontano da un razionalismo arcigno o da un astratto utilitarismo che certe pagine potrebbero suggerire. Oltre la dura scorza dei principi generali, è da cogliersi una più fluida materia, costituita dal divenire storico e dalle sue mille sfaccettature. E ricordiamo ancora, soprattutto, le opere su Corsica e Polonia, senso delle quali è armonizzare i principi politici di Rousseau e le caratteristiche peculiari dei rispettivi popoli.

Lo si può giudicare un Rousseau minore. L'importanza di certi rilievi è indubbiamente inferiore alla costruzione teorico-politica. Non sono certo le considerazioni climatiche il nocciolo del rousseau-pensiero né i proble-

---

[200] CS, cit., p. 112.
[201] Ibidem, p. 113.
[202] Ibidem, p. 115.
[203] Ibidem, p. 115.
[204] Ibidem, p. 115.

mi polacchi di due secoli passati; quello che invece ci stimola è il *problema* che Rousseau si è posto: informare di ceri principi una certa materia, sottoporre la propria tesi alle molteplici variabili dello spazio e del tempo, all'iridescenza storica.

> [Gli] obiettivi generali di ogni buona costituzione devono essere modificati in ciascun paese dai rapporti che nascono tanto dalla situazione locale come dal carattere degli abitanti, e per via di tali rapporti bisogna assegnare a ciascun popolo un sistema particolare di istituzioni che sia il migliore, forse non per se stesso, ma per lo Stato a cui è destinato[205].

Se la volontà generale è l'oggetto del nostro studio, non possiamo accantonarne l'aspetto storico-relativista[206].

4.2. Volontà generale e storicismo. È notevole l'influenza che il pensiero di Rousseau ha avuto sulle vicende politiche degli ultimi due secoli; l'uso che ne è stato fatto è largo. Certo non è questo il luogo per l'analisi della fortuna storica di una formula quale il concetto roussoviano di volontà generale; le sue molteplici incarnazioni esulano dall'ambito del presente studio, ma ci interessa il *senso* di questo riproporsi, e le conclusioni che se ne possono trarre.

Se punto di partenza è la storia nella sua dialettica, nel susseguirsi di forme e valori, il rapporto fra volontà generale e storia può divenire un rapporto di coincidenza. A quest'esito giunge ad esempio un testo di Mario Cassa[207], secondo il quale:

> La volontà generale mette sempre capo, in pratica, ad una situazione di diseguaglianza; ossia alla concreta ed effimera sovranità di un valore determinato.
> Come tale la volontà generale è appunto una pura forma, la pura forma della sovranità [corsivo nostro], che sempre si libera dai limiti della situazione concreta, positiva; e garantisce così la propria infallibilità. Come la coscienza luterana e kantiana, la volontà generale non può essere giudicata da nessuna legge, da nessun valore oggettivo, da nessuna sede superiore. Ogni valore sovrano è solo una determinazione della volontà buona, generale, e perciò non può emettere giudizi a suo carico[208].

---

[205] **CS,** cit., p. 119.

[206] «Ora,la legge non deve essere un atto della volontà generale di ieri, ma di quella d'oggi, e noi ci siamo impegnati a fare, non ciò che tutti hanno voluto, ma ciò che tutti vogliono; poiché le decisioni del sovrano riguardano solo lui stesso, egli è sempre libero di mutarle. Ne consegue che, quando la legge parla a nome del popolo, lo fa in nome del popolo d'oggi e non di quello di una volta» (*MdG,* cit., p. 41).

[207] **M.** CASSA, *Nietzsche contra* Rousseau, Verona, Il Segno, 1982. Interessante il confronto fra i due filosofi.

[208] *Ibidem,* p. 62.

Ancora:

> Se la società civile è il luogo nel quale le differenze si fanno diseguaglianze e cadono infine soffocata sotto il potere della differenza dominante, è nella stessa società civile che può e deve prodursi quella trasformazione che libera le differenze dal potere sovrano che le svaluta tutte — tutte ricevendo il loro valore esclusivamente in rapporto a tale potere. Tale trasformazione consiste nel consegnare quel potere alla sola volontà generale. Il risultato di tale trasformazione si palesa nel riawicinamento a quello stato di natura nel quale le differenze tendono a riprendere la loro libertà — ma anche ad annientarsi, in definitiva, nell'assenza di ogni valore che giudica e misura il significato[209].

Solo una pura forma potrà costituire la volontà generale. L'uscita dallo stato di natura comporta l'affermazione di valori prima inesistenti e destinati a fondare la società con la diseguaglianza in essa insita. Capace di scavalcare ogni positivo e determinato valore è una volontà generale che si ponga sul superiore piano della pura forma, infallibile, inattaccabile. Ma nell'inconsistenza di una forma vuota si riversa la storia. In conclusione si rileva la sostanziale coincidenza di volontà generale e storia, con quest'ultima a riempire incessantemente un vuoto involucro, e diafano. Recuperando l'idea che la possibilità di stringere un contratto è indice di libertà, Cassa afferma:

> Rousseau conclude che un qualsiasi sistema di leggi non può mai pretendere ad un valore assoluto e che quindi tra la libertà naturale originaria e le leggi che obbligano ad un determinato comportamento interviene un atto libero, non può non intervenire una decisione, necessaria dunque nella sua forma, ma libera [corsivo nostro] nel suo contenuto, in base alla quale si determina il comportamento, la regola, la legislazione dell'esistere ed operare umano. Il contratto è appunto questa decisione[210].

Libertà nella scelta dei valori non significa svalutazione del senso a cui rimanda, per noi, l'idea di valore? «Ossia significa sapere che nessun valore ha diritto di valere sugli altri; significa sapere che non c'è alcun valore: nulla ha valore»[211]. *Ergo*:

> La volontà generale come unica fonte e metro di valore, come unico concetto, comune, incondizionatamente puro, chiamato a determinare le leggi, ma per sé assolutamente indeterminato, è l'unica forza capace di esercitare un potere che non annienta le differenze, ma anzi le libera, le potenzia[212].

---

[209] Ibidem, p. 63.
[210] Ibidem, p. 21.
[211] Ibidem, p. 107.
[212] Ibidem, p. 63.

> [Nella volontà generale] risiede l'unica fonte di un necessario vincolo morale. Volontà sovrana dunque, sede della infallibile, irresponsabile sovranità; ossia sede di quelle scelte e decisioni in cui la volontà buona, la volontà morale non ha chi possa sottoporla a giudizio, ad esame, visto che un sistema di concetti morali immobile, eterno, sovrastante rispetto alla esperienza umana e alla volontà che vi si esprime, non può esistere[213].

E, per quanto riguarda l'infallibilità,

> la volontà è sempre buona, ma i suoi atti sono sempre determinati, finiti, e perciò non possono contenere in sé quella bontà che li ispira, ossia la universalità, la incondizionata ubbidienza alle ragioni della vita e dell'amore. Gli atti della volontà, nel realizzare il loro principio, sempre, in parte, lo tradiscono, inesorabilmente; ogni atto di vita è buono da un lato, ma esclude, nega altra vita; e perciò esige il formarsi di altre affermazioni di vita; la volontà buona deve svolgersi in atti, in leggi, in istituti che via via la realizzano e, in parte, la tradiscono, onde rimediare di volta in volta al tradimento involontario precedente. È questa la via per la quale la volontà buona introduce alla storia[214].

La necessità roussoviana di collocare il proprio discorso diventa qui sovrapposizione della storia al pensiero. «[La volontà generale] nello sviluppo storico, nella successione delle classi sociali, esprime nuove forme di moralità, sempre buone, nei tempi diversi, *e* sempre inadeguate e perciò mai definitive)[215].

Su posizioni simili ritroviamo un saggio già preso in considerazione, l'opera di Revedin, che, all'interpretazione totalitaria, unisce la suggestione esercitata dal divenire storico, vero orizzonte (a parere dell'autore) di un Rousseau accostato a Marx. A proposito di Rousseau, secondo Revedin, è possibile parlare di causalità storica[216], distinguendo fra la struttura triadica che ne organizza il pensiero (stato di natura, società civile, contratto), e la struttura diadica tipica del giusnaturalismo. Cade in errore Starobinski allorché colloca il contratto oltre il tempo storico, in un tempo ideale indefinito. I1 contratto risponde alla storia; anzi alla *causalità* storica. Attraverso la 'necessità', il 'bisogno', Revedin accosta Rousseau e Marx, senza comunque commettere l'errore di definire il primo un rigido determinista. Specifica infatti:

> la divergenza dal materialismo si concreta nell'«insufficienza storica» che Rousseau attribuisce, proprio nel momento della risoluzione, alla necessità, essendo costretto a sovrapporle, d'origine del patto, un principio superiore (anche se come vedremo non pienamente distinto),

---

[213] Ibidem, **p. 74.**
[214] Ibidem, p. 75.
[215] Ibidem, **p.** 76.
[216] **A.M.** REVEDIN, *op. cit.,* p. 39.

la volontà. Condizione dell'unione politica è infatti la «volontà unanime» dei pattuenti[217].

Ma la volontà così intesa è, nell'ottica di Revedin, qualcosa che sfugge agli stessi uomini. Il fatto di poter «forzare il singolo ad essere d'accordo con la volontà generale»[218], si traduce in *anteriorità* e *superiorità* di quest'ultima.

> Tale anteriorità è evidenziata dalla funzione stessa del voto, che per Rousseau consiste nell'esprimere il proprio accordo nei confronti della volontà generale, nell'esprimere cioè se la propria volontà coincida o meno con quella generale. Risulta chiaro come l'intero, la volontà nella sua generalità, preesista alla parte, la volontà singola. In Rousseau dunque l'universale precede il particolare con una motivazione che si presenta sostanzialmente analoga a quella hegeliana, così come la volontà generale assolve in Rousseau lo stesso compito che Hegel attribuisce alla volontà fondatrice dello Stato[219].
> Si potrà eccepire che tuttavia, pur non potendo esprimerla, il singolo può sempre possedere una volontà diversa da quella del corpo sociale. Anche ciò non è possibile, poiché Rousseau ci dice che chi non è d'accordo con la volontà generale si sbaglia. È dunque la volontà del singolo (in quanto uomo) che deve essere annullata[220].

Il legislatore stesso, potremmo dire, non è arbitro delle stesse leggi che in sostanza impone al popolo; in chiave di ricostruzione deterministica della storia, egli non è che lo strumento della storia stessa. Inoltre:

> l'ipotesi di un «voto contrario. all'operato del legislatore non è da Rousseau prevista. Il legislatore infatti sa ciò che il popolo vuole, o meglio ciò che il popolo deve *volere* e non può errare nell'interpretare la volontà generale, poiché a lui solo appartiene il dono del possesso esclusivo della verità. Poiché infatti la volontà generale non è, come si è visto, una volontà maggioritaria, può non essere colta dall'intero corpo sociale. Il caso di un voto contrario non significherebbe altro che l'intero corpo sociale si sbaglia.
> È quindi vero che la legge non è valida senza l'approvazione popolare, ma è anche vero che tale approvazione riveste in realtà le caratteristiche dell'«atto dovuto»[221].

«Atto dovuto)) nei confronti di chi? Se lo stesso legislatore non è, in ultima analisi, la vera fonte delle leggi, egli è il semplice depositario di una verità che lo trascende. Non a lui è dovuta l'approvazione delle proposte. A chi dunque? Alla storia stessa:

---

[217] Ibidem, p. 166.
[218] Ibidem, p. 196.
[219] Ibidem, p. 143.
[220] Ibidem, p. 196.
[221] Ibidem, pp. 257-258.

> l'entrata in scena del legislatore non avviene casualmente, ma a tempo e luoghi opportuni, quando cioè la situazione lo richiede. Egli è infatti l'inviato del destino, il prodotto della Storia, anche se ne è contemporaneamente il facitore. E la prima modificazione storica sarà dettata proprio dal suo arrivo. La Storia non sarà più cronologica successione di eventi naturali, storia cioè di singoli, ma si trasformerà in storia sociale, nel progresso civile ed umano della società nel suo complesso[222].

«La volontà generale è dunque necessaria *storicamente* o, meglio, rappresenta il manifestarsi stesso della necessità storica»[223]. È chiaro dunque a cosa va il richiamo nel momento in cui Revedin afferma che in Rousseau d'universale precede il particolare al contrario di ciò che awiene nel pensiero contrattualista»[224]. Se, citando J.L. Talmon[225], in un primo momento Revedin sembrava accogliere l'ipotesi di una volontà generale dai tratti metafisici, giunge poi, a nome dell'immanentismo roussoviano, ad una conclusione di puro determinismo, con la storia che schiaccia il particolare nel fatale moto di causa. L'universale è dunque la storia stessa, svolgimento dialettico per il quale la parte, che altrimenti sarebbe un nulla, si realizza nel Tutto. «Interpretare dunque la Storia e regnare sull'opinione è dunque il compito del legislatore inteso come «Nuovo Principe»»[226]. «La Storia appare dunque, alla fin fine, come l'unica volontà generale *immaginabile.* In questo senso, attraverso la figura del Nuovo Principe [richiamo a Machiavelli], mediante il momento dell'interpretazione, la necessità (storica) diviene volontà (generale, o forse sarebbe meglio dire, universale)»[227].

4.3. Volontà generale e moralità. Se la presenza della volontà generale nella storia cessa di essere il prodotto, eventuale, di una società che liberamente decide di ordinarsi secondo certe regole, e diventa invece il prodotto, necessario, della causalità storica, è evidente innanzitutto l'azzerarsi ex

---

[222] *Ibidem,* p. 260.
[223] *Ibidem,* p. 272.
[224] *Ibidem,* p. 256.
[225] *Ibidem,* p. 70; v. anche p. 273, ed in particolare la nota 38: «Possiamoriformulare quanto esposto nel testo chiedendoci: «Qualeè la casa della volontà generale?» «Doveabita la volontà generale?»Se, come scrive Rousseau, la volontà generale è regola del giusto e dell'ingiusto e se per altro è sufficiente essere giusti per seguire la volontà generale, i due termini «giusto»e «volontà generale» rinviano ad un *tertium* quid che nella concezione immanentistica di R. non può non essere che la necessità storica, il divenire storico. In questa prospettiva si può meglio comprendere ed esegeticamente sfruttare la giusta intuizione di Talmon per cui «la volontà generale è per Rousseau qualcosa di simile a una verità matematica o a un'idea platonica. Essa deve tuttavia essere scoperta dall'intelletto umano».[...] Ma, mentre la casa delle idee platoniche era il mondo iperuranio, quale può essere la casa della volontà generale, assimilabile ad una idea platonica, se non la storia, dato l'orizzonte immanentistico della concezione roussoiana della realtà?».
[226] *Ibidem,* p. 273.
[227] *Ibidem,* p. 283.

ante dei giudizi morali, ed il loro appiattirsi *ex post* al corso del mondo[228]. Perché a questo punto *tutta* la storia deve entrare nel discorso. La presenza, la collocazione, diventano cioè coincidenza. Questo è l'esito che Cassa sostiene. «Come dar forma a quei valori che la *necessità* esige?»[229]

> Potremmo anche dire dunque che la materia sociale opera essa quella determinazione concreta di valori oggettivi che la coscienza spirituale, con il suo capire, comprendere, includere l'intera estensione del vivere umano, non sa proporre alla volontà generale, alla coscienza resa incondizionatamente libera dal processo nihilista, dalla inevitabile, originaria decadenza di ogni valore[230].

Nella volontà generale appaiono dunque le ragioni del divenire storico; la pura forma si presta incorrotta ad un corso necessario. La volontà generale è infallibile e non può essere criticata o giudicata perché unico metro di valore. Ne possono essere contestati gli atti, determinati e finiti? Se la produzione di atti rientra infine in una storia necessaria, anche gli atti non saranno immuni da necessarietà. Lo conferma il passaggio sopra citato in cui Cassa riconosce alla materia sociale la capacità di operare la «determinazione concreta di valori oggettivi)); lo conferma inoltre (comune a Cassa e Revedin) l'accostamento a Marx e ad una concezione materialistico-deterministica della storia. Analogamente, quando Revedin afferma che «ogni azione sarà morale se indirizzata al fine politico implicando così la distruzione di ogni a-priori morale»[231], non afferma altro che la soggezione della volontà generale alla «funzionalità» politico-storico-sociale. Come già detto, la pura forma si risolve in un servizio alla storia. Nonostante le differenze[232], i testi considerati si equivalgono nelle conclusioni. Se ciò che succede è ciò che deve succedere, e facciamo di conseguenza coincidere libertà e necessità, la volontà generale nelle diverse espressioni che la storia deter-

---

[228] In questo senso possiamo richiamare quella che spesso è stata definita come positivizzazione del diritto naturale, e che discenderebbe dallo stare pactis di Grozio come dalla volontà generale di Rousseau; la piatta coincidenza fra diritto e morale che ne deriverebbe (paradossalmente, data la funzione critica che il diritto naturale ha sempre rivendicato) è messa in luce anche da Talmon: «coloroche nel diciottesimo secolo credevano in un sistema naturale non riuscivano a capire che una volta che un modello positivo è programmato, le libertà che si suppone siano collegate a questo modello vengono limitate entro la sua struttura, e perdono la loro validità e il loro significato al di fuori di essa» (J.L. TALMON, *op. cit.*, p. 54). Sosteniamo che proprio questo è ciò che Rousseau intende evitare!

[229] M. CASSA, *op. cit.*, p. 106.

[230] *Ibidem*, p. 110.

[231] A.M. REVEDIN, *op. cit.*, p. 279.

[232] Ad es. in Cassa manca il rilievo dato da Revedin al concetto di 'Grande Tutto', di totalità rappresentata dal volere generale; Cassa preferisce puntare sulla forza rivoluzionaria della volontà generale, di per sé assolutamente indeterminata e capace di «mettere sempre capo, in pratica, ad una situazione di diseguaglianza».

mina sarà sempre formula di necessaria moralità. Se ciò che succede è ciò che deve succedere, che senso ha giudicare ciò che è necessario? Ciò che succede sfugge al giudizio del bene e del male. Succede e null'altro. Come abbiamo prima notato, con queste premesse, *tutto* è morale e *tutta* la storia rientra nel discorso, perché escluderne un'espressione non significherebbe altro che esercitare quel giudizio morale reso insensato dalla necessità. L'a-priori morale è dunque perfettamente assurdo e incapace di agire sulle determinazioni causali, automatiche, meccaniche.

Una parentesi necessita il Nazional-socialismo o comunque qualsiasi altra posizione ideologica che affermi la superiorità di una categoria urnana (razza, classe, ecc...) sulle altre. Si potrebbe infatti sostenere l'assoluta impossibilità, per tali teorie, di utilizzare il concetto di volontà generale, in quanto, per definizione, non è più generale ciò che è invocato a favore di una parte. Ma l'obiezione può essere aggirata mettendo in causa il concetto stesso di 'generalità'. Volontà generale rispetto a cosa? **A** chi? **A** tutti gli uomini? O magari a tutti gli uomini bianchi, poiché gli altri, in quanto inferiori, non sono veramente tali? 0, volendo, rispetto a tutti i proletari, poiché i capitalisti, sfruttatori, hanno persa la propria umanità? Non a caso Revedin cita un passo di Lester ***G.*** Crocker:

> Il fatto che sia la volontà generale (e cioè il suo interprete) a determinare chi fa parte dello Stato diventa perciò un'arma temibile. «Supponiamo scrive il Crocker che la volontà generale decida che l'interesse generale esige la distruzione degli ebrei. Si protesterà che ciò non è possibile, perché Rousseau ci dice che la legislazione deve applicarsi a tutti i cittadini, mai ad una frazione di essi. È certo; ma la volontà generale non ha forse il potere di determinare chi fa parte dello Stato e chi ne è escluso? Gli ebrei sono dichiarati nemici dello Stato, dunque fuori dello Stato ed il resto segue. E nessuno ha il diritto di protestare. In primo luogo perché la coscienza individuale è stata soppiantata da quella persona morale superiore; in secondo luogo perché, dal contratto sociale, si è accettato di fare proprio il giudizio e la volontà della maggioranza se la maggioranza vi contraddice, questo prova solamente che vi siete sbagliato e, se persistete, vi si forzerà ad essere libero»[233].

In ogni caso l'equivoco sta a monte. Sganciando la volontà generale da ogni riferimento di contenuto, ogni soluzione acquista legittimità. La «pura forma» lascia aperto il campo alle esperienze più diverse, non esclusa l'ipotesi di Crocker, provocatoria eppure indicativa degli esiti a cui si espone una volontà generale privata di riferimenti sostanziali. Ma, allo stesso tempo, non sembra possibile ancorarla ad una definizione pericolosamente ideologica, soffocante ed incontrollabile qualora scavalchi le esigenze formali che, comunque, rimangono. La «pura forma» espone a tutti i contenuti e a nessuno, o meglio a quelli che la storia vorrà: è chiaro dunque il

[233] **A.M.** REVEDIN, *op. cit.*, p. 81.

collegamento fra l'ipotesi 'formale' e un determinismo storicistico, acefalo e autocelebrativo. Oltretutto, lasciare al corso storico la determinazione della volontà generale, significherebbe, da parte dell'uomo, abdicare alla fondamentale missione da Rousseau riconosciutagli. Come si svaluterebbe la forza morale messa in luce da Cassirer o Starobinski, se accettassimo di ricondurre libertà a necessità. Non può tuttavia essere negato che Rousseau assuma a volte un tono fatalista: «Il corpo politico, come il corpo dell'uomo, comincia a morire nel momento della nascita e porta in se stesso le cause della propria distruzione»[234]. Quando inoltre afferma che «il sovrano, per il solo fatto di essere, è sempre tutto ciò che deve essere»[235], sembra cedere alla tentazione 'meccanica' già altrove anticipata. È, ricordiamo ancora, la stessa introduzione del *MdG* a parlare di «macchina», «pezzi» e congegni.; ma se è frequente l'associazione fra stato e macchina[236], ancor più ricorrente e significativa è quella fra stato ed organismo. E l'organismo, come sappiamo, non è riducibile alla macchina, soprattutto in virtù di ciò che lo guida, l'intelletto: le facoltà intellettive rappresentano in un organismo umano ciò che in un corpo politico è rappresentato dalla volontà generale, guida ed anima. Si potrà osservare che pure gli organismi non sfuggono ad un corso necessario che procede dall'infanzia alla vecchiaia e si aggiungerà che, parimenti, le stesse istituzioni politiche conoscono un'inevitabile parabola di ascesa e declino. Abbiamo già rilevata la consapevolezza in tal senso di Rousseau; non crediamo tuttavia che essa comporti l'adesione a posizioni fatalistico-deterministe. La naturalità di un fatto terminale non ci esclude dalla responsabilità di ciò che lo precede (che è precisamente ciò su cui si indirizzano le nostre possibilità d'azione). Non si tratta di rendere eterno uno stato ma, con la consapevolezza che presto o tardi comunque la storia lo supererà, edificarlo secondo regole di giustizia. Quelle regole di giustizia che la moralità umana indica e la libertà fa possibili. Riconoscere il peso della storia non significa abdicare in favore di essa.

Ma non abbiamo ancora chiarito il punto fondamentale di un discorso sulla storia: che senso ha parlare di esigenze storiche? in cosa consisterebbe un abdicare in favore di essa? quale, soprattutto, la natura del sapere storico e delle categorie storiche da noi utilizzate, *in primis* la distinzione fra storia ideale e storia empirica? come si determina lo scarto fra essere e dover essere, tale da permetterci di parlare nei loro termini, e criticare il primo a nome del secondo? Dedicheremo a questo problema, fondamentale, l'ultima parte del presente studio — dopo avere esposto la nostra interpretazione costituzionale

---

[234] CS, cit., p. 157.

[235] *Ibidem,* p. 81.

[236] Lettere dalla montagna, cit., Lettera nona, p. 94: «La macchina deve avere in se stessa tutti i meccanismi che devono farla funzionare; se si ferma, per rimettere a posto i congegni bisogna chiamare il meccanico». Un inciso: chi è il meccanico? Una personalità forte, autoritaria, dittatoriale? O, come crediamo preferibile, semplicemente il legislatore?

sul problema della volontà generale — e solo attraverso la sua trattazione potremo approfondire il discorso circa i fondamenti del diritto nel pensiero di Rousseau (che a quel punto avrà cessato di essere un Rousseau che si mostra, come dato, al nostro sapere, e sarà, piuttosto, vicino a ciò che noi riteniamo significativo parlando di Rousseau).

5. Volontà generale e costituzione; *un'ermeneutica* dei fondamenti?

5.1. *Volontà generale e costituzione.* Ci sembra utile richiamare i passaggi problematici da noi considerati. Scorrendo le pagine, incontriamo una serie di ambigue dicotomie: giustizia ed utilità, libertà ed obbligo, comunità ed individuo, storia e moralità; sono il terreno su cui Rousseau misura la propria volontà e capacità di sintesi, e riteniamo che un'interpretazione costituzionale della volontà generale ne consenta una composizione. Questo infine ci porterà al problema dei fondamenti.

Riprendiamo la nostra argomentazione dal fondamentale confronto fra sostanza e forma. Consideriamo senz'altro la legge come l'espressione giuridica della volontà generale. Ma il problema ruota attorno all'insufficienza della legge in sé. In base a cosa lo si afferma? In base all'introduzione, da parte di Rousseau, del legislatore come garanzia del sistema. È stato infatti notato come Rousseau si guardi dall'identificare legge e volontà generale, e come avanzi riserve sulla virtuosità della legge in sé, essendo possibile il condizionamento del voto da parte di interessi particolari, La maggioranza, dunque, non necessariamente interpreta la volontà generale. Presupposto di ciò è che la volontà generale esista comunque, ad un livello diverso, in virtù del quale è possibile negare ad una deliberazione il carattere della generalità. D'altra parte non si ammette che divenga patrimonio di pochi (o di uno soltanto addirittura); al legislatore sarà accordata la facoltà della sola *proposta* seguita dal voto popolare, che la approverà o meno. È dunque necessario un riferimento sostanziale: se infatti non possiamo ideologizzare la volontà generale né immobilizzarla, non possiamo parimenti renderla priva di un profilo contenutistico (che si affianchi a quello inevitabilmente procedurale).

Dunque la volontà generale sembra esistere, e manifestarsi, su due diversi livelli. «La natura delle leggi è costituita da una materia e da una forma; la forma è nell'autorità che statuisce; la materia è nella cosa statuita»[237]. I due piani si intrecciano e risulta complesso giungere ad una definizione precisa di cosa, in ultima analisi, abbia il carattere della volontà generale. Ma il problema non è questo: non è nel catturare i tratti dell'interesse generale ma nel coglierne piuttosto il ruolo di garanzia. Di doppia garanzia. Cosa si intende? Ora riveliamo il nostro codice ermeneutico: Rousseau è, fondamentalmente, un *costituzionalista*.

---

[237] *MdG*, cit., **p. 53.**

A quali bisogni risponde collocando la volontà generale al vertice del sistema? Al bisogno di un ordinamento *costituzionale*. Cosa è dunque la volontà generale? La *costituzione* stessa o, estensivamente, l'ordinamento giuridico nel rapporto fra fonti ordinate in gerarchia. Chiariamo immediatamente di usare una terminologia moderna con le dovute cautele, ritenendo che la stessa nasca quale risposta al *problema* che Rousseau coglie. Rousseau non dispone, storicamente, dei mezzi tecnico-giuridici per risolvere certi problemi (non può certo parlare di corte costituzionale!), eppure coglie la debolezza essenziale della legge che rimanda a se stessa. Un ulteriore fondamento è necessario: «le istituzioni umane sembrano al primo sguardo fondate su mucchi di sabbie mobili: solo dopo aver guardato da vicino, e dopo aver rimosso la povere e la sabbia che circondano l'edificio, si scopre la base incrollabile su cui è costruito e si impara a rispettarne le fondamenta»[238].

Palando di ordinamento giuridico come sistema di norme gerarchicamente formato, di gerarchia delle fonti norrnative, il pensiero va immediatamente a Kelsen. Potrebbe sembrare ardito attribuirne invece a Rousseau la paternità. Quello che crediamo è che Rousseau, colto il medesimo problema, offra una risposta che *in nuce* anticipa una visione costituzionale. Se Paladin afferma che «le fonti di rango superiore, collocate sul gradino più alto della scala gerarchica, sono cioè *condizionanti* nei riguardi delle fonti inferiori»[239], noi aggiungiamo che non altro esito può avere la collocazione della volontà generale su due piani diversi. Ma se la stessa costituzione rimanda a se stessa, si è solamente spostato il problema. È da notare invece che il pensiero roussoviano non si arresta a quello che oggi potremmo chiamare formalismo, implicando invece un riferimento sostanziale ed assiologico che preciseremo in seguito.

Immaginare la volontà generale quale dettato costituzionale offre una duplice garanzia: l'interesse generale viene definito nel rispetto dei crismi formali e dei valori stabiliti. È precisamente questo il *problema* che Rousseau si pone ed è questo il punto di equilibrio. Il rapporto, ambiguo per certi versi, fra legislatore — roussovianamente inteso — e deliberazione

---

[238] *Discorso sulla* disuguaglianza, cit., p. 135.

[239] L. PALADIN, Diritto costituzionale, Padova, Cedam, 1995, p. 135. Citando Paladin ci permettiamo di rivolgergli comunque una critica per ciò che riguarda la sua valutazione della volontà generale: «la mitica «volontà generale», una e indivisibile, già cara a Rousseau, non è che una finzione dietro alla quale si nascondono spesso regimi tutt'altro che democratici» (ibidem, p. 257). Crediamo invece di poterne cogliere il rilievo costituzionale, nascendo quella che Paladin chiama «finzione» dal valutarla alla stregua di entità metafisica o, pur nell'ambito dell'immanentismo che la nostra soluzione rispetta, di giustificante necessità storica. È invece norma positiva, non eteronoma, stabilita da una comunità politica nel porre le basi del proprio ordinamento, attingendo a valori fondanti.

popolare cerca di rispondere ad un simile problema[240]. La legge in sé risulta insufficiente; la legge che rimanda a se stessa espone ai contenuti più diversi; il formalismo rigido e vuoto si trasforma in un servizio prestato alla storia e alle sue più varie creature, dittature comprese. Al contrario, un riferimento costituzionale permetterà di giudicare se ad una legge si addica la qualifica di volontà generale; in caso negativo sarà possibile contestare la presunta legge, sarà cioè possibile contestare il diritto a nome del diritto. La volontà generale si presenta dunque quale garanzia; quale limite al potere politico.

Ripetiamo ancora come le differenze macroscopiche che passano fra il progetto politico di Rousseau ed un sistema giuridico attuale (ad esempio su ciò che si intende per legislatore, sulla democrazia diretta sostenuta da Rousseau ed oggi impraticata e praticamente impraticabile, sulla presenza odierna di una corte costituzionale) non pregiudicano l'essenziale continuità nel dare risposta al medesimo problema. Secondo noi, è chiaro quindi a cosa si riferisce Rousseau parlando di legge: al risultato di un procedimento giuridico che tenga nel dovuto conto il rispetto di una certa procedura e, parimenti, il rispetto di certi contenuti — li si chiamino proposte del legislatore o principi costituzionali.

Che la volontà generale debba essere individuata a due diversi livelli, superiore ed inferiore, statico e dinamico (costituzione e legislazione, per noi), è stato rilevato anche da alcuni fra gli autori da noi citati, senza che però essi ne traggano significative conseguenze sul piano giuridico-istituzionale.

Rousseau descrive in questo modo la vita terminale di un organismo politico:

> quando lo Stato prossimo a rovina continua a esistere solo in forma illusoria e vana, quando il vincolo sociale è infranto in tutti i cuori, il più vile interesse si adorna sfrontatamente del sacro nome di bene pubblico; allora la volontà generale diventa muta; tutti, guidati da motivi segreti, smettono di pensare come cittadini, facendo conto che lo Stato non sia mai esistito; e sotto il nome di legge si fanno passare falsamente dei decreti iniqui che hanno per fine solo l'interesse particolare. Ne consegue forse che la volontà generale sia annientata e corrotta? No, essa è sempre costante, inalterabile e pura; ma è subordinata ad altre volontà che la sopraffanno. [...] Quindi la legge dell'ordine pubblico nelle assemblee non è tanto di tutelarvi la volontà generale, quanto di fare che essa sia sempre interrogata e che risponda sempre[241].

---

[240] Sul problema delle garanzie e della divisione dei poteri, in un confronto fra Burlamaqui e Rousseau, cfr. R. DERATHÉ, *op. cit.*, pp. 350-359. Secondo Derathé, l'idea dei limiti costituzionali è un'idea classica del giusnaturalismo, a cui Rousseau si oppone in virtù dell'indivisibilità del potere sovrano. Siamo critici verso questa lettura e pensiamo, al contrario, che, anche ammessa la presenza dell'idea costituzionale nel pensiero giusnaturalista, Rousseau ne può esprimere la formalizzazione attraverso il concetto di volontà generale.

[241] CS, cit., pp. 174-175. Da espre i «motivi segreti» e la falsità dei «decreti iniqui», in contrapposizione alla purezza della volontà generale contrasto che spinge Starobinski a scrivere La trasparenza e l~ostacolo. Anche Revedin parla di 'segretezza' a proposito della condotta machiavellica del legislatore: «la figura del legislatore si muove [...] prevalentemente nella dimensione dell'apparenza [...]» (A.M. REVEDIN, *op.* &., p. 285).

Cosa comporta un simile discorso? Se la volontà generale è «sempre costante, inalterabile e pura» (ed, aggiungiamo, infallibile), deve necessariamente esistere ad un livello superiore, non per questo metafisico, ma, secondo noi, costituzionale. La deliberazione iniqua di una maggioranza è awertita come tale in presenza di norme costituzionali, temporalmente anteriori e gerarchicamente superiori, e, soprattutto, in virtù di principi costituzionalizzati. 'Interrogare' la volontà generale cosa significa se non riferirsi alla fonte suprema dell'ordinamento, per informare di essa la produzione di norme di rango inferiore e per contestare legittimamente la produzione che ad essa non si conformi? Non altro significa affermare che «la volontà generale è indistruttibile»[242], o che d a collettività vuole il bene che non vede»[243]: il voto può essere deviato da interessi diversi, in contrasto con quel supremo interesse generale che è comunque voluto, poiché sancito ad un livello gerarchicamente superiore, a protezione dagli arbitri.

Magri, parlando di un «livello più profondo., fa riflettere alla volontà generale la «struttura permanente e diffusa delle scelte dei singoli individui)):«gli uomini non possono corrompere o spegnere la volontà generale: perché è parte della *struttura* delle loro decisioni individuali)[244]. A parte una certa complessità, artificiosa, che rileviamo nella spiegazione che Magri dà di tale concetto, ci chiediamo soprattutto quale significato normativo se ne possa ricavare: ben altra è invece la forza di una soluzione costituzionale.

Superiore non significa necessariamente metafisico o matematico, o comunque eteronomo. È invece questa la posizione di Revedin che, riscontrata nel dualismo roussoviano una doppia sovranità[245], descrive così la volontà generale:

> La difficoltà nel definirla risiede principalmente, come è stato acutamente rilevato, nel fatto che lo stesso Ginevrino fa esistere la volontà generale a due livelli. Potremmo meglio precisare che Rousseau fa oscillare la volontà generale dal piano dell'astrattezza a quello della concretezza. Egli ci dice infatti che la volontà generale si manifesta col voto e purtuttavia essa esiste anteriormente al voto. Essa cioè è indipendente dalle volontà concrete e contemporaneamente ne è il prodotto[246].

---

[242] CS, cit., p. 173.

[243] *Ibidem,* p. 106.

[244] Nota 159, di Magri, al CS, cit., pp. 175-176.

[245] «La segretezza dell'azione delle guide ha un suo scopo ben preciso nella costruzione roussoiana: essa serve a mantenere nei cittadini l'illusione della loro effettiva sovranità, a rendere l'effettivo potere meno odioso ai loro occhi così come la ((formazione culturale» servirà ad aumentare il consenso politico alla leadership» (A.M. REVEDIN, *op. cit.,* p. 75).

[246] *Ibidem,* pp. 69-70. È difficile conciliare questa giusta affermazione con la precedente sulla legge: «Il porre dunque la legge come giusta in sé, tale da non doversi conformare a nessun principio etico precedente, costituisce per Rousseau la negazione teorica del giusnaturalismo» (*ibidem,* p. 50). La legge non è giusta in sé; perché altrimenti parlare di due livelli? perché introdurre il legislatore se qualsiasi deliberazione, non dovendosi confrontare con se stessa, è già, per definizione, giusta?

Revedin individua il problema senza farne conseguire alcunché di giuridicamente significativo; anzi immediatamente a seguire cita Talmon e l'idea della volontà generale quale «verità matematica. o «idea platonica)). Ma, piuttosto che parlare di un piano astratto e di un piano concreto, perché non parlare di un'articolazione giuridica in due livelli, uno dei quali — costituzionale — è appunto anteriore e superiore all'altro, pur essendo entrambi espressione delle medesime volontà? Al contrario Revedin definirà la volontà generale una «verità rivelata» e quindi, a nome del preteso immanentismo roussoviano, la identificherà nel divenire storico. Parliamo piuttosto di un livello che, pur essendo superiore, non conosce una genesi eteronoma; è il risultato di un comune volere che istituisce un ordinamento sociale e politico stabilendone ex *ante* le regole basilari.

> Avendo il popolo riunito, a proposito dei rapporti sociali, tutte le sue volontà in una sola, tutti gli articoli in cui si esplica tale volontà diventano altrettante leggi fondamentali che vincolano tutti i membri dello Stato, senza nessuna eccezione [...][247].

Si potrebbero ora rileggere i passi roussoviani da noi citati riguardanti la volontà generale; crediamo che la chiave di lettura ora esposta possa costituire un valido strumento per una comprensione organica ed attuale del pensiero roussoviano.

È da rilevare tuttavia che proprio uno dei più autorevoli interpreti di Rousseau, Robert Derathé, critica fermamente la teoria delle leggi fondamentali, o costituzionali, che limiterebbero il potere sovrano. Nel notevole lavoro di Derathé, Rousseau e *la* scienza politica *del* suo tempo, prezioso in primo luogo per la ricostruzione storica della cultura del tempo, viene esaminato, tra i tanti temi, quello dei limiti della sovranità. Secondo i giureconsulti (e ricordiamo Grozio, Pufendorf, Burlamaqui) esistono «tre tipi di limiti imposti alla sovranità: i primi derivano dalla legge naturale, i secondi dallo scopo stesso in vista del quale la società e il potere civile sono stati istituiti, il terzo dalle leggi fondamentali, ossia dalla costituzione dello stato»[248]. Lasciando per ora da parte il primo ed il secondo caso, a proposito del terzo Derathé nota come Rousseau abbia ripetutamente affermato che la pretesa di limitare la sovranità sarebbe contraddittoria, e che dunque, poiché «le leggi fondamentali che definiscono la costituzione dello stato pongono anche dei limiti all'autorità del sovrano»[249], non possono darsi limiti costituzionali al potere sovrano.

> Voler mettere la costituzione al di sopra dell'autorità sovrana equivale a distruggere l'unità dello stato, il quale cessa di essere una sola persona con una sola volontà[250].

---

[247] *Discorso* sulla disuguaglianza, cit., p. 195.
[248] R. DERATHÉ, *op. cit.*, pp. 391-392.
[249] Ibidem, p. 405.
[250] Ibidem, p. 406.

Derathé è tuttavia consapevole che questo potrebbe avvicinare Rousseau ad Hobbes, e, per evitare affrettate conclusioni assolutistiche, rileva la distinzione fra *potere assoluto* e *potere senza limiti* (distinzione già presente in Jurieu e Burlamaqui):

> all'epoca di Rousseau, il concetto di potere assoluto non implica affatto l'idea di un'autorità illimitata, ma solo la mancanza di limiti costituzionali nell'esercizio della sovranità. [...] Quando Rousseau afferma che non si può limitare la sovranità senza distruggerla, intende dire che il potere sovrano non può essere limitato dalle leggi fondamentali o dalla costituzione dello stato. Così facendo, respinge la distinzione classica ammessa da tutti i giureconsulti fra la sovranità limitata e la sovranità assoluta. In questo senso, il potere sovrano e il potere assoluto sono veramente, come affermava Hobbes, una cosa sola. Ma per Rousseau [...] il potere assoluto non è un potere illimitato. Sebbene non si diano limiti costituzionali all'esercizio della sovranità, il potere sovrano non può prescrivere nulla che sia contrario alla legge naturale e oltrepassare i limiti della pubblica utilità[251].

C'è, a nostro awiso, un primo equivoco che fa negare a Derathé i limiti costituzionali all'esercizio della sovranità: con tali limiti egli identifica una sovranità limitata, o meglio etero-limitata; non è invece lo stesso sovrano che si auto-limita al momento del contratto? La sovranità non è divisa in mani diverse, ma nelle stesse mani si riunisce un potere assoluto, cioè non diviso, e limitato (o comunque non-illimitato), cioè non arbitrario. Le leggi costituzionali non sono da intendere alla luce di un frazionamento della sovranità, ma come limiti che lo stesso potere sovrano si pone[252]. Se si ritenesse che in questo modo si verrebbe a configurare una sorta di alienazione della sovranità, o di parte di essa, che sappiamo impossibile agli occhi di Rousseau, si dovrebbe in primo luogo capire chi benefici dell'alienazione, dal momento che l'auto-limitazione non avviene a favore di nessun principe o simili, ed in secondo luogo, se anche il concetto di potere non-illimitato, che Derathé ammette, non porti alle stesse conseguenze (nel qual caso verrebbe meno ogni distinzione significativa fra Hobbes e Rousseau per ciò che riguarda il potere sovrano ed assoluto). Derathé infatti ammette che il potere assoluto, cioè interamente nelle stesse mani, sia non-illimitato in virtù della pubblica utilità e dei principi del diritto naturale. Ma, facendo un passo indietro, perché sono negati limiti di natura costituzionale?

> Se i poteri del sovrano sono fissati, e dunque limitati, dalla costituzione dello stato, deve esistere un secondo potere, indipendente dal sovrano

---

[251] *Ibidem,* p. *414.*

[252] Non lo riconosce Derathé quando afferma che «Rousseau certo non nega che lo stato possa darsi una costituzione, ma essa esiste solo per volere del sovrano, il quale può cambiarla quando lo giudichi opportuno» (ibidem, p. 406)? (Peraltro ci sembra improprio sostenere un simile volontarismo *tout court).*

> e capace di imporgli la sua volontà, che lo mantenga entro i limiti dei diritti riconosciutigli dalla costituzione, la quale, altrimenti, sarebbe solo un vano formulario. [...] Tale concezione è palesemente contraddittoria perché finisce col privare il sovrano dell'esercizio dei diritti della sovranità[253].

Lo stesso non può essere detto per quanto riguarda la pubblica utilità ed il diritto naturale? Ammettere tali limiti non significa, affinché «non siano solo un vano formulario», ammettere che si possa giudicare della loro applicazione e sanzionare la loro inosservanza? Derathé riconosce che «Sebbene proclami la superiorità della legge naturale sull'autorità sovrana, Rousseau non precisa a quale organo spetti decidere che cosa è conforme al diritto naturale»[254]. Derathé ammette dunque che su questo punto Rousseau non faccia che riproporre la tesi di Hobbes, e che, al prezzo dell'incoerenza, vi abbia introdotto comunque l'idea della coscienza morale e dei diritti individuali: «In Rousseau, la teoria della coscienza e quella della volontà generale si sono formate indipendentemente l'una dall'altra»[255]. Questa conclusione è per noi insoddisfacente: proprio la teoria della volontà generale è la chiave di volta del pensiero roussoviano; essa, irriducibile alle categorie del diritto pubblico e del diritto privato (e qui sta il secondo equivoco di Derathé), è ponte fra l'interesse generale e l'interesse d'ognuno, e può essere interpretata in chiave costituzionale (a prescindere dal problema del frazionamento della sovranità, se questo deve portare a conclusioni assolutistiche[256]).

Risolto il confronto tra forma e sostanza, si risolve in un ordine costituzionale quello fra libertà ed obbligo. Si comprende l'infondatezza di certe

---

[253] Ibidem, p. 405.

[254] Ibidem, p. 417. L'argomento con cui sono negati i limiti costituzionali è il classico argomento, assolutista, con cui è negato il c.d. diritto di resistenza: come poterebbe essere rivendicato il diritto di resistere ad atti ingiusti del sovrano, se non esiste un autorità che ne accerta l'ingiustizia? E, se esistesse, come poterebbe darsi un sovrano che viene giudicato? Ritroveremo questo argomento in Kant, che negherà l'esistenza di un simile diritto rilevandone la contraddittorietà (I. KANT, Metafisica dei costumi, La dottrina del diritto, in Scritti politici, Torino, Einaudi, 1956, p. 506 ss.). Il diritto di resistenza era invece generalmente riconosciuto dai giureconsulti; cfr. R. DERATHÉ, *op.* cit., pp. 50, 116. E chiaro che un argomento come quello riproposto da Kant può giustificare qualsiasi condotta del sovrano e non si capisce dove starebbero i limiti che comunque Derathé ammette (la pubblica utilità ed il diritto naturale).

[255] Ibidem, p. 416.

[256] E indicativo che Derathé non abbia dedicato uno specifico capitolo alla volontà generale, ma, piuttosto, alla teoria della sovranità. Se, come abbiamo detto, il suo lavoro è fondamentale per la ricostruzione storica della scienza politica al tempo di Rousseau, e la volontà generale non rientra in questo orizzonte, dobbiamo concludere che in essa sta l'elemento più originale del pensiero roussoviano. Che Rousseau ne avesse la consapevolezza ci interessa relativamente, e che Derathé cerchi di confinarla negli schemi della scienza politica del tempo ci pare riduttivo.

affermazioni di Revedin (quando parla di «socializzazione forzata dell'individuo»[257] e costrizione subita da chi dissenta dalla volontà generale, *errando)*. Certo Rousseau afferma che «chiunque rifiuterà di obbedire alla volontà generale vi sarà costretto dall'intero corpo; [...] sarà costretto ad essere libero)»[258], premettendo che «la stessa legge della maggioranza dei suffragi è una norma stabilita per convenzione e suppone almeno una volta l'unanimità~Dobbiamo da ciò dedurre un Rousseau totalitario? Assolutamente no. Infatti, in primo luogo, il fatto di essere costretti ad obbedire dall'intero corpo esclude forme personali di dipendenza (e questo è già un risultato per chi scriva nel settecento[259]), in secondo luogo Rousseau intende semplicemente dire che, una volta stabilite delle regole, sarà necessario il loro rispetto, e, quindi, tra le stesse regole di base, sarà presente quella che autorizzi l'uso della forza contro i 'trasgressori'; tale regola, parimenti alle altre basilari, dovrà essere inizialmente approvata all'unanimità[260]: tale approvazione ne consentirà l'esercizio successivo verso gli stessi soggetti che, dopo averla accettata, non la rispettino. Equivale a dire che i principi costituzionali verranno fatti valere contro chi non li osservi, non in virtù della loro ontologica superiorità, ma in virtù dell'impegno preso inizialmente, in virtù del patto sociale, stretto dagli stessi eventuali trasgressori. La minoranza non sarà spogliata della propria libertà se verrà costretta ad una disposizione della volontà generale: lo pretende la legge della maggioranza dei suffragi se stabilita *ab initio* per convenzione: d'obbedienza alla legge che ci siamo prescritta è libertà»[261]. Questo non significa, viceversa, che ogni maggioranza potrà imporre la propria volontà: precisamente in virtù del patto sociale (dei principi costituzionali), al cui rispetto è chiamata, ogni maggioranza avrà di fronte a sé dei limiti, dei limiti, aggiungiamo noi, *costituzionali*.

Istituzionalmente, positivamente, è dunque possibile un incontro tra libertà ed obbligo, in un duplice livello normativo; ed è possibile l'incontro fra individuo e società, negli uguali presupposti della legge e nell'uguale applicazione: «perché l'essenza del corpo politico è nell'accordo tra obbe-

---

[257] A.M. REVEDIN, *op. cit.*, p. 52.

[258] CS, cit., p. 82.

[259] «Sottoposti alle leggi si resta liberi; non così quando si obbedisce a un uomo, perché in quest'ultimo caso obbedisco alla volontà altrui, mentre obbedendo alla legge obbedisco solo alla volontà pubblica che è tanto mia quanto di chiunque. D'altra parte un padrone può permettere a uno ciò che proibisce a un altro; la legge, invece, non fa eccezione alcuna; perciò la condizione di tutti è uguale e non ci sono, quindi né padroni né servitori» (FP, cit., p. 245).

[260] È una regola talmente ovvia che Rousseau parla di approvazione tacita. Addirittura, nel *MdG*, Rousseau tralascia un pur tacito consenso: «Pertanto, se non si vuol ridurre il contratto sociale a un complesso di formule vane, il sovrano deve avere, indipendentemente dal consenso dei privati, delle garanzie dei loro impegni verso la causa comune» (cit., p. 14).

[261] CS, cit., p. 84.

dienza e libertà, e le parole *suddito* e *sovrano* sono correlazioni identiche la cui idea si raccoglie sotto l'unica parola *cittadino*»[262].

Riassumendo:

> Al di fuori di questo contratto originario, la decisione della maggioranza obbliga sempre tutti gli altri; è una conseguenza del contratto stesso. Ma ci si chiede come un uomo possa esser libero e costretto a conformarsi a volontà diverse dalle sue. Come gli oppositori possono essere liberi e soggetti a leggi cui non hanno acconsentito?
> Rispondo che il problema è posto male. Il cittadino consente a tutte le leggi, anche a quelle che passano nonostante il suo voto contrario, anche a quelle che lo puniscono se egli osa violarne qualcuna. La volontà costante di tutti i membri dello Stato è la volontà generale; è la volontà generale che li fa cittadini liberi[263].

5.2. *Volontà generale e limiti.* Più volte, in queste ultime pagine, si è tornati sul concetto di garanzia e sul concetto di limite. Si è visto come l'articolazione della volontà generale consenta di contestare il diritto a nome del diritto, perché il diritto pone a se stesso dei limiti. I principi costituzionali regolano la produzione legislativa, la volontà generale guida cioè, in termini roussoviani, le proposte del legislatore e le deliberazioni del popolo. La garanzia è duplice, formale e sostanziale. È richiesto il rispetto di una procedura e di un insieme di valori. Parleremo legittimamente di legge quando questa avrà osservato il doppio limite impostole dai suoi destinatari (dai cittadini, non dal legislatore o dal destino!). Nella volontà generale, assimilabile secondo alcuni al 'Grande Tutto', al *Leviathan* hobbesiano, si ritrovano piuttosto tratti liberali. Il potere politico auspicato da Rousseau è apparentemente assoluto. In questo si misura l'eredità teorico-politica cui Rousseau non può completamente sottrarsi[264], ma, contemporaneamente, la sua impostazione che ci permettiamo di definire costituzionalista. È in-

---

[262] Ibidem, p. **160.** Per confermare ancora una volta la roussoviana volontà di sintesi, a questa funzione morale dello stato accostiamo un passo meramente utilitaristico: «Qual è il fine dell'associazione politica? È la conservazione e la prosperità dei suoi membri» (*ibidem,* p. 152). I due aspetti coesistono.

[263] Ibidem, p. **178.** Sono necessarie alcune precisazioni: dire che il cittadino consente a tutte le leggi non significa dire che consente a tutte le decisioni della maggioranza; ne conosciamo la differenza e ripetiamo che qui legge è da intendersi come la deliberazione presa nel rispetto delle regole contrattuali, dei principi costituzionali. Nel testo successivo a quello citato Rousseau scivola sulla definizione numerica di volontà generale, indugiando sul computo dei voti; *idem* a p. 134, sul numero dei magistrati depositari del potere esecutivo: «quanti più sono i magistrati, tanto più la volontà di corpo si avvicina alla volontà generale*; questo dimostra la giusta osservazione di Cassirer a proposito dei «difetti di svolgimento)),a prescindere dai quali è comunque necessario cogliere il nocciolo del pensiero roussoviano: cioè, giuridicamente, a nostro parere, l'impostazione costituzionale.

[264] Da Bodin ad Hobbes; la si nota spesso nella riverenza linguistica adottata da Rousseau nei confronti dello «Stato»,ad omaggiarne la laica sacralità.

negabile che Rousseau affermi ciò che segue: «Come la natura dà a ciascun uomo un potere assoluto su tutte le sue membra, il patto sociale dà al corpo politico un potere assoluto su tutte le sue, ed è questo medesimo potere che, diretto dalla volontà generale, porta, come ho detto, il nome di sovranità»[265]. Ma, abbiamo detto prima, un potere apparentemente assoluto. Infatti:

> il potere sovrano, assoluto, sacro, inviolabile com'è, non oltrepassa e non può oltrepassare i limiti delle convenzioni generali, e [...] ciascun uomo può disporre liberamente di ciò che tali convenzioni gli hanno lasciato dei suoi beni e della sua libertà; dimodoché il sovrano non ha mai diritto di gravare su un suddito più che su un altro, perché allora si sconfinerebbe nel caso privato che non è più di competenza del suo potere.
> Una volta accettate questa distinzioni, è del tutto falso che nel contratto sociale ci sia da parte dei privati alcuna vera rinuncia [...][266].

Inoltre: «Il diritto che il patto sociale conferisce al sovrano sui sudditi non oltrepassa, come ho detto, i limiti della pubblica utilità»[267]. Il potere è cioè incondizionato all'interno di certi *limiti*, stabiliti con il patto sociale. La pubblica utilità rappresenta un limite a cui logicamente, per definizione, il potere pubblico si trova sottoposto[268]; più significativi ci sembrano i limiti posti a protezione di interessi privati. È questo ammissibile agli occhi di un autore che nell'interesse particolare vede la rovina dello stato e pone l'alienazione totale quale basilare clausola del contratto? Ricordiamo appunto in cosa consista l'alienazione totale: «Ciascun membro della comunità, nel momento in cui essa si forma, le si offre così come allora si trova, con tutte le sue forze, di cui fanno parte i beni che possiede»[269]. Un altro esempio di precedenza del pubblico sul privato: «il diritto di ciascun privato sul suo terreno è sempre subordinato al diritto della comunità sul tutto»[270]. Dunque la sfera pubblica fagocita la sfera privata e l'alienazione totale non lascia spazio a rivendicazioni particolari?

In verità Rousseau parla di *un'offerta* che il singolo fa alla comunità: non necessariamente tutto ciò che viene offerto viene preso; è una possibilità. Altra possibilità è che il sovrano preferisca lasciare una sfera, più o meno ampia, di autonomia. Rousseau infatti precisa:

> Siamo d'accordo che quanto, col patto sociale, ciascuno aliena del proprio potere, dei propri beni, della propria libertà, è solo la parte di tutto ciò il cui uso importa alla comunità, ma bisogna anche ammettere che solo il sovrano è giudice di questa importanza[271].

---

[265] CS, cit., p. 95.
[266] Ibidem, pp. 99-100.
[267] Ibidem, p. 205.
[268] Cfr. R. DERATHÉ, *op. cit.*, p. 417 ss.
[269] CS, cit., p. 85.
[270] Ibidem, p. 88.
[271] Ibidem, p. 96.

Concludiamo che l'alienazione totale non è necessariamente tale; o meglio è totale per ciò che il sovrano ritiene di ricomprendere nel proprio raggio di influenza; da questo punto di vista è perciò una totalità relativa. «Poiché il pubblico non è altro che la riunione dei privati, i suoi diritti si fondano solo sui loro diritti»[272]. Il potere avrà così davanti a sé dei limiti in ambito privato, quegli stessi limiti che il sovrano ha ritenuto di darsi. E ricordiamo che parlando di sovrano non parliamo d'altro che degli stessi individui che, concorrendo alla formazione di una società, determinano le regole della propria partecipazione ad essa, ed i limiti oltre i quali conservano inalterati i propri diritti[273].

Su questo concordiamo con Derathé quando afferma:

> Rousseau annette la stessa importanza di Hobbes al concetto di sovranità, ma crede che la sovranità del popolo costituisca la garanzia più sicura dei diritti individuali[274].

Tutto questo accade, diciamo noi, a livello costituzionale e, aggiungiamo, contribuisce a risolvere il conflitto fra individuo e comunità, pubblico e privato: la sfera pubblica prevale su quella privata nei termini che i privati hanno concordato garantendosi, grazie alla reciprocità degli obblighi[275], l'unione di giustizia e utilità e, con il presupposto dell'autonomia morale, l'unione di libertà ed obbligo. La società di Rousseau non è poi così 'monolitica'. Notiamo inoltre come questi rilievi offrano in parte una risposta ai dubbi dell'*uomo* indipendente segnalati da Magri.

Si potrebbe criticare una simile conclusione richiamando la sfiducia di Rousseau nel 'particolare'; si dimenticherebbe però che la roussoviana volontà di sintesi è tale perché due sono i poli fra i quali articolarla. Inoltre è evidente che gli interessi privati da tutelare non si identificano con gli interessi particolari che minacciano lo stato. Due diversi tipi di interessi, due diversi ambiti: a meno di non ipotizzare uno stato votato al suicidio, il sovrano riconoscerà l'autonomia dove non sussistono per esso pericoli.

Ritornando alla struttura istituzionale del progetto roussoviano, il concetto di limite ci indica il senso del controverso rapporto fra legislatore e voto popolare. Posto come obiettivo l'individuazione di cosa precisamente rappresenti la volontà generale, il rapporto fra popolo e legislatore non si

---

[272] **FP,** cit., p. 239.

[273] Addirittura nell'*EP* (cit. p. 300), opera precedente il CS, Rousseau così definisce il diritto di proprietà: «è certo il più sacro fra tutti i diritti del cittadino [...]». Opocher, a nostro awiso, erra nell'attribuire al sovrano roussoviano un'incondizionata sovranità (E. OPOCHER, *op.* cit., p. 97); erra nel parlare di «pactum subiectionis» e «totale sottomissione al sovrano» (*ibidem,* p. 102).

[274] **R.** DERATHÉ, *op. cit.,* p. 421.

[275] «Gl'impegni che ci legano al corpo sociale sono obbligatori solo in quanto reciproci, e la loro natura è tale che nell'osservarli non si può lavorare per altri senza lavorare in pari tempo per se stessi» (CS, cit., p. 96).

libera da una serie di incongruenze ed ostacoli logici (lo abbiamo già visto); al contrario la *funzione* del rapporto si manifesta alla luce del concetto di limite. Un limite reciproco posto fra popolo e legislatore, affinché la volontà dell'uno non cancelli le prerogative dell'altro e viceversa. Il legislatore formulerà cioè delle proposte ma non avrà il potere di renderle esecutive; il popolo potrà approvarle o respingerle, ma non potrà formularne di proprie. La reciproca limitazione vuole evitare che il voto prescinda da certi contenuti e che, al tempo stesso, certi contenuti prescindano dall'approvazione del popolo sovrano. In termini attuali è la corte costituzionale a garantire, appunto, la costituzionalità di una legge; il voto della maggioranza non presenta un'intrinseca garanzia e sarà quindi possibile un controllo di costituzionalità *ex post.* Rousseau deve rispondere alla stessa esigenza ed individua una forma di garanzia nell'operato *ex ante* del legislatore. Ribadiamo dunque che Rousseau risponde alle stesse necessità cui risponde un ordinamento costituzionale.

C'è chi ha criticato una tale interpretazione del rapporto fra legislatore e popolo. A proposito della sostenuta reciproca limitazione Revedin afferma:

> Tale reciproca autolimitazione, tipica infatti dell'impostazione costituzionalistica liberale, presupporrebbe che il voto del popolo rivesta il significato di ratifica del dettato del legislatore, di approvazione cioè del suo operato. Ma ove ciò avvenisse, verrebbe ricreato quel legame di rappresentatività tra organi che il Rousseau cercava disperatamente di eliminare[276].

Se questa è l'obiezione, possiamo ribattere che certamente Rousseau rifiuta una democrazia rappresentativa, ma una cosa è delegare ad altri *ex ante* la propria inalienabile sovranità, altra è approvare l'operato altrui *ex post.* Nel primo caso Rousseau vede infatti, sotto il falso nome di rappresentatività, una spoliazione irrazionale della sovranità con l'impossibilità di conoscere quale *effettivamente* sarà l'operato dei rappresentanti e l'impossibilità di influire su di esso; nel secondo caso il popolo, in prima persona, potrà conoscere e valutare ciò che *già* è stato formulato dal legislatore, senza perdere dunque la propria parola di sovrano. Giudichiamo quindi imprecisa l'obiezione di Revedin, riaffermando il valore ermeneutico del limite, sotto il profilo pubblico e sotto quello privato; riconoscendo che la pretesa anteriorità e superiorità del pubblico si verifica nella misura pattuita dai singoli. Il 'Grande Tutto' appare dunque fortemente ridimensionato, soggetto alla volontà di chi lo costituisce, soggetto soprattutto ai *limiti* posti da chi lo costituisce. Ma, a questo punto, ciò che è necessario chiedersi è se, con un gioco di parole, questi limiti siano limitati o no. Esiste il limite del limite o, con altre parole, i pattuenti, nel sottoscrivere le clausole di un contratto sociale, godono della più ampia libertà?

---

[276] A.M. REVEDIN, *op. cit.,* p. 257.

5.3. Libertà ed uguaglianza. Prima di cercare una risposta al problema sollevato, intendiamo verificare come, in chiave costituzionale, si risolva un altro fondamentale confronto, quello fra storia e moralità.

La forza morale, messa in luce da Cassirer, e l'afflato religioso, rivelato da Starobinski, sono alla base dell'opera roussoviana; eppure ne dobbiamo riscontrare la *sterilità* qualora di tale base non si cerchi il completamento. L'incarnazione storica riscatta i principi dall'isolamento infruttuoso. D'altra parte, proprio la natura astratta ne consente il rinnovarsi, in nuove forme, in storia nuova. Armonizzare principi e contesti dunque; collocare un complesso di valori in un corpo sociale; non è questo lo scopo di una carta costituzionale? Nel formulare un documento costituzionale, il riferimento a ceri generali principi non sarà disgiunto da considerazioni più specifiche; la materia sulla quale si viene ad operare giocherà un ruolo dialettico; le coordinate spazio-temporali definiranno i principi per essere a loro volta influenzate. Una carta costituzionale è quindi lo strumento capace di offrire una sintesi fra storia e moralità, la 'contestualizzazione' auspicata da Rousseau.

Rileviamo inoltre che la sintesi costituzionale è punto di incontro fra singolo e comunità, fra uomo e cittadino, fra esigenze individuali (della morale e dell'utile) e un comune sentire che storicamente si realizza in disposizioni generali applicabili a tutti; cosicché, direbbe Rousseau, ognuno non obbedisce ad altro che alla propria volontà, e nel perseguire l'interesse della comunità realizza il proprio[277].

Abbiamo considerata l'insufficienza della legge che rimanda a se stessa; un'idea esclusivamente formale di legge non offre alcuna garanzia; nessuna difesa dai possibili arbitri delle maggioranze quando qualsiasi maggioranza è volontà generale; abbiamo quindi esclusa la coincidenza di volontà generale ed esito del voto, richiamandoci all'esigenza di un riferimento sostanziale; abbiamo cioè rimandato la legge non più a se stessa ma ad un piano superiore, costituzionale; la costituzione dunque come fonte e limite della legge; se considerassimo però un'idea esclusivamente formale di costituzione, la critica alla legge non sarebbe perfettamente trasferibile alla costituzione stessa? Cosa avremmo infatti se non una costituzione che rimanda a se stessa, aperta ai contenuti più diversi? Accontentarsi di una costituzione che si pone, *formalmente,* ad un piano superiore, senza agganci sostanziali, non significherebbe esporsi ad altri, più pericolosi arbitrî?[278] Non sarebbe, ad esempio, formalmente possibile e lecito costituzionalizza-

---

[277] Il riferimento alla storia e al comune sentire consente, crediamo, di superare su questo punto le perplessità di Magri, salva comunque la 'lacuna morale' dell'interpretazione utilitaristica.

[278] Questo il rischio implicato dal normativismo formalista, e che invece Rousseau, riteniamo, non corre in virtù di un preciso riferimento assiologico.

re la violenza razziale?[279] Dobbiamo perciò, a sua volta, rimandare la costituzione ad un piano ulteriore. Stiamo con ciò rispondendo alla domanda posta in precedenza, sul 'limite del limite'.

Affinché il dettato costituzionale possa essere ispirazione e garanzia di una legge giusta, è ugualmente ad esso necessario un riferimento sostanziale di giustizia. È necessario dare una giustificazione alla lettura costituzionale di Rousseau, enucleando dei basilari ed imprescindibili principi di giustizia. «In una parola, al di là delle norme comuni a tutti, ogni popolo porta in sé qualche causa che imprime a queste un ordine particolare, rendendo la sua legislazione adatta a lui solo»[280]. Cosa si intende, in conclusione, per «norme comuni a tutti»? Scarnificando, Rousseau indica che

> il fine di ogni sistema legislativo [...] si riduce a questi due principali oggetti: libertà e uguaglianza[281].

Ecco dunque i valori fondanti. *Libertà* ed *uguaglianza* come principi che animano un sistema politico, fonte della stessa costituzione, riferimento capace di superare le aporie della legge, principi morali e metastorici in grado d'essere calati in contesti sempre nuovi — storici e geografici — e suscettibili di una regolamentazione formale-procedurale che ne garantisca l'equa applicazione (sappiamo essere i principi, a loro volta, garanzia contro il mero formalismo). È questa dunque la conclusione del presente studio: la volontà generale ermeneuticamente può essere intesa quale dettato costituzionale, fondamento della legge che risulti legato a principi morali fondanti, quali *libertà* ed *uguaglianza*[282]. Senza presupporre libertà ed uguaglianza, l'intero discorso si impoverisce; attraverso il loro riferimento

---

[279] Roussovianamente si potrebbe rispondere di no, in quanto il patto originario è approvato all'unanimità (il caso in questione implicherebbe l'assurdo di chi pattuisca la propria discriminazione e approvi la violenza su di sé); ma, in primo luogo, è sempre valida l'obiezione di Crocker (supra, secondo cui non è scontato l'ambito umano a cui riferire la volontà generale), in secondo luogo è oggigiorno altamente improbabile l'unanimità, come lo è la democrazia diretta, adatte piuttosto alle piccole comunità che Rousseau immagina.

[280] CS, cit., p. **120.**

[281] Ibidem, p. 118.

[282] «Questa volontà generale non è una volontà particolare che assoggetti gli altri e li metta in uno stato di indipendenza immorale. Essa ha il carattere impersonale delle forze naturali. Non si è quindi, meno liberi, perché ci si sottomette. Non solamente non si è asserviti, obbedendo, ma essa sola può preservarci dalla vera servitù. Infatti se, perché sia possibile, ci occorre rinunciare a mettere gli altri sotto la nostra dipendenza, la medesima rinuncia è richiesta agli altri» (E. DURKHEIM, *op. cit.*, p. **155).** Come si vede, il patto sociale presuppone e rinnova i principi di libertà ed uguaglianza. ((Nessuno ha ricevuto dalla natura il diritto di dare ordini e di sottometterlo contro il suo volere; questo è il senso profondo del principio di uguaglianza naturale che consiste, non dimentichiamolo, in una uguale libertà» (R. DERATHÉ, *op. cit.*, p. 162).

sarà invece possibile ricomprendere, in una luce più chiara, tutti i problemi considerati. Avrebbe un senso interrogarsi sulla possibilità di stringere il patto senza presupporvi la libertà? E la libertà non dovrà essere fondamento del patto e supremo valore, da difendere e perseguire? Che le antinomie fra giustizia ed interesse e fra individuo e comunità si stemperino, non è forse un risultato che a monte ha il riconoscimento dell'uguaglianza quale valore fondante?

> infatti in questa istituzione [la volontà pubblica] ciascuno si sottopone necessariamente alle condizioni che impone agli altri; mirabile accordo dell'interesse con la giustizia, da cui le comuni deliberazioni traggono un carattere d'equità che vediamo svanire nella discussione di qualunque caso particolare [...][283].
> Che cos'è dunque, propriamente, un atto di sovranità? Non è una convenzione tra superiore ed inferiore, ma una convenzione tra il corpo e ciascuno dei suoi membri; convenzione legittima perché ha per base il contratto sociale, equa perché comune a tutti, utile perché non può avere altro oggetto che il bene generale, solida perché garantita dalla forza pubblica e dal potere supremo. Finche i sudditi sottostanno solo a simili condizioni, non obbediscono a nessuno, ma solo alla propria volontà, e chiedere fino a che punto si estendono i rispettivi diritti del sovrano e dei cittadini, significa chiedere fino a che punto questi possono obbligarsi verso se stessi, ciascuno verso tutti e tutti verso ciascuno[284].

Equità e reciprocità degli obblighi avranno un senso anteponendovi l'uguaglianza come valore fondante, premessa etica, nel quadro di una imprescindibile libertà.

> Per quale arte imperscrutabilesi è potuto trovare il mezzo di assoggettare gli uomini per renderli liberi? d'impiegare al servizio dello stato i beni, le braccia, la vita stessa di tutti i suoi membri, senza costringerli e senza consultarli? d'incatenare la loro volontà col loro beneplacito? di far valere il loro consenso contro il loro rifiuto, e di forzarli a punirsi da sé quando fanno ciò che non hanno voluto? come può accadere che obbediscano e che nessun comandi, che servano e non abbiano padroni? tanto più liberi di fatto, in quanto, sotto un'apparente soggezione, ciascuno perde della propria libertà solo quel che può nuocere alla libertà altrui. Questi prodigi sono opera della legge. Solo alla legge gli uomini devono la giustizia e la

---

[283] CS, cit., p. 98.

[284] Ibidem, p. 99. È noto come su questo punto Kant sia stato profondamente influenzato da Rousseau: «L'atto, col quale il popolo stesso si costituisce in uno Stato [...] è il contratto originario, secondo il quale tutti (*omnes* et singuii) nel popolo depongono la loro libertà esterna, per riprenderla di nuovo subito come membri di un corpo comune, vale a dire come membri del popolo in quanto è uno Stato (universi). Non si può quindi dire che l'uomo nello Stato abbia sacrificato ad un certo scopo una parte della sua libertà esterna innata in lui, bensì che egli ha completamente abbandonata la libertà selvaggia e sfrenata per ritrovare nuovamente la sua libertà in generale non diminuita, in una dipendenza legale, vale a dire in uno stato giuridico, perché questa dipendenza scaturisce dalla sua propria volontà legislatrice» (I. KANT, Metafisica dei costumi, La dottrina del diritto, cit., p. 502).

> libertà. È questo salutare organo della volontà di tutti che ristabilisce nel diritto l'uguaglianza naturale tra gli uomini. È questa voce celeste che detta a ciascun cittadino i precetti della ragione pubblica e gl'insegna a modellare la propria condotta sui principi dettati dal suo proprio giudizio e a non essere in contraddizione con se stesso[285].
> Il primo e il più grande interesse pubblico è sempre la giustizia. Tutti vogliono condizioni uguali per tutti e la giustizia non è che questa uguaglianza. Il cittadino vuole solo le leggi e l'osservanza delle leggi. Nel popolo ogni privato sa che, se eccezioni vi saranno, non saranno in suo favore. Quindi tutti temono le eccezioni e chi teme le eccezioni ama la legge[286].

E libertà ed uguaglianza non sono fra loro intimamente legate, così da costituire un nesso fondamentale? Infatti «non è possibile asservire un uomo senza prima averlo messo in condizioni di non poter fare a meno del suo simile; situazione che, non esistendo nello stato di natura, vi lascia ognuno libero dal giogo e rende vana la legge del più forte»[287]. E se, ad opinione di molti (fra cui ricordiamo Opocher), grande merito di Rousseau è coniugare libertà e socialità, aggiungiamo che tale unione non potrebbe sussistere senza il nesso fra libertà e uguaglianza: sarebbe contraddittorio ipotizzare una società libera e disuguale, essendo l'uguaglianza condizione della libertà; sarebbe ugualmente contraddittorio ipotizzare viceversa una società non libera e uguale, dal momento che il fatto di non essere liberi implica il fatto di essere comandati e, se qualcuno comanda, non tutti sono uguali (o qualcuno è più uguale degli altri). Una società sarà libera se costituita da uomini ugualmente liberi[288].

---

[285] EP, cit., p. 285.

[286] Lettere dalla montagna, cit., Lettera nona, p. 89. «Allepassioni che distruggono la repubblica bisogna opporre passioni di segno contrario: l'amore della libertà e dell'eguaglianza. Un uomo senza passioni non può essere un buon cittadino e senza virtù civile, ovvero senza amore per la libertà e l'eguaglianza, la Repubblica è destinata a dissolversi» (M. VIROLI, *op. cit.*, p. 182).

[287] Discorso sulla disuguaglianza, cit., p. 170. «Legittimo, insomma, è lo Stato che, nascendo dal conferimento che ad esso gli individui compiono dei propri diritti naturali, li restituisce immediatamente loro nella forma di diritti civili; e ragione d'essere dello Stato è perciò l'assicurazione ai cittadini del godimento di quei diritti, primi fra tutti la libertà e l'uguaglianza, che ineriscono alla natura dell'uomo» (G. FASSÒ, Storia della filosofia del diritto, vol. II, Bologna, Il Mulino, 1968, p. 357); ma, *ibidem* a p. 359, vedi il giudizio negativo sulla volontà generale: «nonostante lo sforzo dialettico per armonizzare la volontà dello Stato con quella degli individui e per salvaguardare i diritti inalienabili dell'uomo, resta il germe della teoria che sarà detta dello Stato etico, dello Stato cioè che, pretendendo con argomentazioni filosofiche di rappresentare e di realizzare la volontà dell'individuo anche ad insaputa od a dispetto di questo [...], in realtà gli impone la volontà propria intesa come volontà avente valore assoluto, aprendo la via ad una nuova forma di assolutismo».

[288] A questo punto è anche possibile dare una risposta a Fraenkel, che, ricordiamo, sostiene un'interpretazione anti-pluralista della volontà generale. «L'idea caratterizzante del pluralismo, che il bene comune può essere realizzato solo se viene

In conclusione poniamo libertà ed uguaglianza a fondamento del diritto, della costituzione di un ordine sociale e politico. A partire dal concetto di volontà generale, senza libertà ed uguaglianza non avrebbe senso la lettura ermeneutica da noi proposta. E, richiamando con Starobinski il concetto di rigenerazione, non possiamo concludere senza notare come il punto di riferimento assiologico stia nell'ordine naturale.

> Ho cercato di esporre l'origine e il progresso della disuguaglianza, la costituzione e l'abuso delle società politiche, per quanto queste cose si possono ricavare dalla natura dell'uomo coi soli lumi di ragione, indipendentemente dai dogmi sacri che danno all'autorità sovrana la sanzione del diritto divino. Dalla mia esposizione consegue che la disuguaglianza, essendo pressoché nulla nello stato di natura, trae la propria forza e il proprio incremento dallo sviluppo delle nostre facoltà e dal progresso dello spirito umano, divenendo infine stabile e legittima per l'istituzione della proprietà e delle leggi. Ne consegue pure che la diseguaglianza morale, autorizzata dal solo diritto positivo, è contraria al diritto naturale ogni volta che non risulta in proporzione con la disuguaglianza fisica; distinzione che determina a sufficienza ciò che si deve pensare in proposito della specie di disuguaglianza che regna fra tutti i popoli civilizzati; poiché, ovviamente, è contro la legge di natura, comunque vogliamo definirla, che un bambino comandi a un vecchio, che un imbecille guidi un saggio, e che un pugno d'uomini rigurgiti di cose superflue, mentre una moltitudine affamata manca del necessario[289].

---

aperta, nell'osservanza delle fondamentali idee regolative della giustizia e dell'equità, la possibilità alle volontà dei gruppi di partecipare al processo automatico di formazione della volontà statale, ha senso soltanto quando vengono incrollabilmente rispettate le norme procedimentali e giuridico-materiali che sono chiamate a regolare questa formazione di volontà. Lo Stato pluralistico, basato sul principio della razionalità formale, può esistere solamente come Stato di diritto» (E. FRAENKEL, *op. cit.*, p. 194). In un certo senso, la nostra interpretazione costituzionale della volontà generale non è molto distante dalla formulazione che, nel passo appena citato, Fraenkel propone per quanto riguarda lo stato di diritto. Certo il nostro discorso si è concentrato specialmente sul problema dei diritti individuali, e non vogliamo fare di Rousseau un paladino del pluralismo e dei diritti dei gruppi. Bisogna però fare una considerazione: il problema che Fraenkel pone a Rousseau è un problema 'posteriore' a Rousseau. Se la libertà individuale è ciò che a Rousseau sta maggiormente a cuore (ed anche a Fraenkel, crediamo, attraverso il pluralismo), come potrebbe egli vederne il baluardo in una società differenziata, se proprio in essa si formano le diseguaglianze e quindi la dipendenza personale? Rousseau scrive nel settecento, ricordiamolo, e non due secoli dopo; come potrebbe non opporsi alla società differenziata del suo tempo, cioè diseguale? Se è vero che l'uomo, nato libero, è ovunque in catene, non rimane che ripensare radicalmente l'ordine sociale e politico. L'ottica con cui Fraenkel giudica Rousseau non tiene in conto il contesto in cui Rousseau scrive; ma, ripetiamolo, non vogliamo con questo fare i filologi: anzi, alla critica après-coup di Fraenkel, sovrapponiamo una lettura di Rousseau altrettanto après-coup: è possibile una società differenziata ove non esista un consenso di base su principi fondanti, enunciabili come volontà generale?

[289] *Discorso* sulla disuguaglianza, cit., pp. 204-205.

5.4. *Un'ermeneutica* dei fondamenti? Riassumiamo la nostra tesi: la volontà generale può essere intesa quale dettato costituzionale, fondamento della legge legato, a propria volta, a principi morali fondanti, quali libertà ed uguaglianza. Se la legge è definita dalla costituzione e questa dalla morale, come si definisce la morale? (La risposta coinvolgerà nella riflessione il problema del sapere storico). Il punto è cruciale e riguarda la nota affermazione di Rousseau circa la naturale bontà dell'uomo. (Abbiamo rilevato come l'ordine naturale faccia da riferimento assiologico). Se l'uomo è naturalmente buono, come sono possibili il male del mondo e l'ingiustizia? L'altrettanto nota risposta che Rousseau elabora nel Discorso sulla disuguaglianza consiste nell'attribuire alla nascita della società l'origine dell'ingiustizia: l'uomo diviene malvagio con la società, nella società, non prima della società.

Ora è necessario interrogarsi sulle implicazioni di un simile argomento. A prescindere dal merito di ciò che Rousseau sostiene, in che modo è spiegabile la sua opinione circa la naturale bontà dell'uomo? Essa è naturale in quanto originaria, cioè propria dello stato di natura, anteriore alla società? Se è così, se cioè la si considera come dato storico, la bontà originaria dell'uomo è un non-senso logico. Se le possibilità di essere si riducono ad una (la condotta degli uomini nello stato di natura, che chiamiamo 'buona'), non c'è, da parte di essi, alcuna scelta consapevole che permetta, originariamente, di utilizzare le categorie di bontà o malvagità. Come può essere 'buono' il solo comportamento possibile, se caratteristica della moralità è la scelta fra diverse possibilità? Non sono infatti gli uomini che scelgono il nuovo comportamento ('malvagio'), ma la società che li fa deviare da quello precedente ('buono'). Nello stato di natura l'individuo, originariamente, non è né buono né cattivo, semplicemente è ciò che è e non ha motivo od occasione di essere diverso. Sarà diverso con la nascita della società, e la divisione fra 'buono' e 'malvagio' avrà un senso solo nel momento in cui si richiederà la definizione di nuove categorie. Per questo, la bontà naturale dell'uomo come dato storico è logicamente un problema; la condotta umana non può essere buona e originaria al tempo stesso: solo quando si sarà manifestato un altro tipo di condotta (quella degli uomini in società), la 'bontà' avrà valore fondante in quanto principio morale che gli stessi uomini pongono — quale, in altre parole, ricostruzione ermeneutica della propria *storia*[290]. Davanti alle due condotte, quella originaria nello stato di

[290] Viroli, dopo avere distinto fra ordine naturale e stato di natura, attribuendo un significato etico-normativo al primo e storico-cronologico al secondo, sostiene che «Il problema della filosofia politica di Rousseau non è quello di introdurre un ordine nel disordine naturale, ma di introdurre ordine nel disordine artificiale. La soluzione, come si vedrà, è anch'essa una soluzione artificiale» (M. VIROLI, *op. cit.*, p. 45). Noi interpreteremo questa artificialità come après-coup. Ricordando la risposta di Derathé a Vaughan, Viroli precisa: «Gli interpreti come Vaughan che hanno descritto Rousseau come un critico radicale della legge di natura, hanno dunque confuso l'ordine cronologico con quello normativo» (*ibidem*, p. 135). La superiorità normativa della legge naturale non è messa in dubbio dal suo non poter

natura e quella successiva alla nascita della società, si riterrà essere 'buona' la prima; solo in un secondo momento la condotta originaria dell'uomo sarà 'buona' [291].

Dunque è necessario, perché il discorso di Rousseau non sia contraddittorio, distinguere lo stato primitivo da quello di natura, la condizione originaria dell'uomo da quella naturale, e interpretare la prima come 'essere' e la seconda come 'dover essere' [292]. Una interpretazione siffatta, in termini kantiani, non deve però rendere conto dell'origine della stessa distinzione? In cosa consisterà un'etica *naturale* se non nell'atto ermeneutico con cui gli uomini ricostruiscono il proprio passato attribuendogli un senso? non con-

essere cronologicamente anteriore alla legge positiva — «Per comprendere e per definire una legge è necessario saper ragionare astrattamente; pensare secondo una legge o pensare una legge significa pensare dal punto di vista universale, cosa del tutto impossibile per uomini che vivono solo secondo gli istinti e secondo le passioni. Parlare di 'legge' per uomini che vivono nello stato di natura è dunque una contraddizione)) (*ibidem,* p. 139). Tale superiorità, diciamo noi, appartiene dunque all'ordine del costruito, come rielaborazione ermeneutica della propria storia, anch'essa articolata après-coup fra essere e dover essere, cronologico e normativo (naturale ed artificiale — normale e patologico, direbbero altri).

[291] Rousseau riconosce esplicitamente l'impossibilità di un'originaria condotta malvagia: «i selvaggi non sono cattivi proprio perché non sanno cosa vuol dire essere buoni» (Discorso sulla diseguaglianza, cit., p. 162). Ma come possono essere buoni se non sanno cosa vuol dire essere cattivi?

[292] Così Rousseau: «i giureconsulti romani sottopongono indifferentemente l'uomo e tutti gli altri animali alla medesima legge naturale, perché considerano sotto questo nome piuttosto la legge che la natura impone a se stessa che non la legge che essa prescrive [...] I moderni, applicando il termine legge solo a una regola prescritta a un essere morale, cioè intelligente, libero e considerato nei suoi rapporti con gli altri esseri, limitano di conseguenza la competenza della legge naturale al solo animale dotato di ragione, ossia all'uomo» (*ibidem,* pp. 132-133). Crocker attribuisce a Rousseau una confusione semantica fra natura e cultura, fra natura e morale (cronologico e normativo), da cui deriverebbero tutte le controversie interpretative; secondo Crocker non ha senso parlare di 'uomo naturalmente buono', ha senso invece parlare di 'uomo moralmente buono per natura'; «la natura originale dell'uomo [...], essendo priva di giudizi morali, non è né moralmente buona né moralmente cattiva)(L.G. CROCKER, *op. cit.*, p. 453); siamo d'accordo, ma Rousseau stesso ne è consapevole ed attribuisce una natura 'ipotetica' alla propria analisi: «Non bisogna prendere le ricerche in cui ci si può addentrare su questo tema per verità storiche, ma solo per ragionamenti ipotetici e condizionali, più adatti a chiarire la natura delle cose che non a svelarne la vera origine))(Discorso *sulla* diseguaglianza, cit., p. 140). L'ipotesi, è un'ipotesi 'morale', formulata a posteriori, quindi ricostruttiva, quindi storica ed etica al tempo stesso. Crocker sembra riconoscerlo (anche se in una chiave kantiana elusiva sulla distinzione stessa fra natura *e* cultura): «Rousseau understood that it is man's nature to trascend nature, to create himself and to elaborate his own historical existence» (L.G. CROCKER, Nature and culture. Ethical thought in the *French Enlightement,* Baltimore, The Johns Hopkins Press, 1963, p. 144); «what is natural in the state of nature and in society are two different things; [...] it is necessary to «denature» man, in order to make of him a social being» (*ibidem,* p. 467).

sisterà nell'atto ermeneutico che permette di definire un futuro dover essere, una futura moralità? La bontà originaria dell'uomo ha senso se intesa come giudizio après-coup; per Rousseau lo stato di natura è «uno stato che non esiste più, che forse non è mai esistito, che probabilmente non esisterà mai, e di cui tuttavia bisogna avere nozioni giuste per giudicare bene del nostro stato presente»[293]. E dunque il presente a chiederci di definire le categorie morali capaci di fondare un ordinamento politico-giuridico, capaci di definire quella suprema fonte del diritto che Rousseau chiama volontà generale. Siamo giunti con ciò ad incontrare il problema del sapere storico, il suo fondamento e la sua natura.

Derathé ha riconosciuto che per Rousseau l'uomo originario non può essere né buono né cattivo[294]; è, piuttosto, isolato, e «la socievolezza non è una tendenza naturale, ma una creazione umana»[295], riappropriazione razionale del primitivo sentimento della pietà. Il patto sociale non può essere propriamente dettato dalla legge di natura, ma ciò non toglie che questa resti un'autorità superiore a quella dello stato, in quanto riappropriazione razionale, rielaborazione ermeneutica dell'uomo che si interroga sulla propria natura. «Come si vede, dunque, lungi dall'abbandonare l'idea di legge naturale, Rousseau l'ha abolita nello stato di natura solo per reintrodurla nello stato civile»[296]. La naturale bontà dell'uomo non è un dato storico, ma, dunque, un giudizio storico, formulato ermeneuticamente a partire da una certa condizione, storica e presente, che elabora il senso della propria esistenza, attuale e futura, attraverso l'elaborazione di un passato[297]. Forse Rousseau non sottoscriverebbe tuttavia questa nostra conclusione. Il rischio che essa corre è quello di far dipendere il diritto dal fatto, storico nella fattispecie — e Rousseau, come sappiamo, non tollererebbe questo esito. Che senso avrebbe infatti il discorso sulla volontà generale? Abbiamo interpretato la volontà generale in un'ottica costituzionale ed etica proprio per evitarne la riduzione a volontà storico-politica, per fondare il diritto su principi e non sull'arbitrio del potere o delle maggioranze; un'ermeneutica che riconosce la natura dei principi a partire dalla propria condizione sto-

---

[293] CS, cit., p. 131.
[294] R. DERATHÉ, *op. cit.*, p. 177.
[295] *Ibidem,* p. 183.
[296] *Ibidem,* p. 205. Questa è la tesi di Derathé, che distingue fra questioni di origine e problemi di valore, cioè fra anteriorità e superiorità (o, come Viroli, fra cronologico e normativo). Ci sembra però vaga la sua opinione circa l'esistenza 'potenziale' della socievolezza e della ragione: esse sarebbero possedute 'in potenza' anche dagli uomini primitivi, che ne sono privi (v. *ibidem,* pp. 185 e 202); con un simile argomento si può sostenere e giustificare qualsiasi cosa; ci sembra più appropriato leggere la questione nei termini di una ricostruzione ermeneutica, après-coup.
[297] Come studio di ermeneutica giuridica in questa direzione, vedi soprattutto P. NERHOT, Diritto-Storia, Padova, Cedam, 1994.

rica e presente, non elaborerà forse dei principi altrettanto storici? Una genealogia della morale e del diritto come quella delineata non riduce il dover essere etico e giuridico all'essere storico?[298]

Ma un'ermeneutica non elabora essa stessa ciò che noi riteniamo essere i fatti? In cosa consiste un fatto se non nel risultato di una elaborazione ermeneutica simile a quella che permette a Rousseau di definire 'buona' la natura umana? Cosa significa «avere nozioni giuste per giudicare bene del nostro stato presente» se non elaborare le categorie (morali, politiche e giuridiche) attraverso cui un presente, oltre a riconoscersi come tale, si riconosce un senso[299]?

---

[298] Anche un filosofo ermeneutico come Gianni Vattimo ha espresso ultimamente questa preoccupazione: «l'etica non può parlare in termini dimostrativi. E la legge di Hume è la condizione stessa dell'etica, che può comandare, esortare, giudicare, solo se ciò che si deve fare non è (un) fatto» (G. VATTIMO, Etica della provenienza, in *Micromega*. Almanacco di filosofia 1997, p. 80). Derathé esprime in un certo senso lo stesso concetto quando nota che «La validità di un contratto non dipende unicamente dal consenso dei contraenti; occorre anche tenere conto della natura dell'impegno assunto, perché certe clausole possono comportare la nullità dell'atto» (R. DERATHÉ, *op*. cit., p. 454); l'etica difende dal volontarismo storico-politico — tra l'altro, a proposito di Derathé, ci chiediamo per quale ragione egli non colleghi questa sua considerazione sul patto con quelle sulla sovranità (cfr. supra): proprio su questa base è per noi possibile un'interpretazione costituzionale della volontà generale.

[299] Le distinzioni che abbiamo utilizzato in questo studio (oltre a quella tra essere e dover essere, ricordiamo quella tra quantità e qualità, tra storia empirica e storia ideale), giocano lo stesso ruolo: lungi dall'essere esse stesse nelle cose, producono gli scarti significanti che ci permettono di elaborare una comprensione (enunciarne l'appartenenza all'ordine del costruito non significa rinunciarvi).

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova serie - Vol. XII (1998)

GIUDITTA BRUNELLI

L'ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE CONSEGUENZIALE COME DEROGA AL PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO (*)

1. – Se si accetta l'idea che il contraddittorio sia elemento indispensabile per qualificare in senso sicuramente *giurisdizionale* le funzioni esercitate dal giudice delle leggi, allora è difficile giustificare l'esistenza dell'istituto della illegittimità costituzionale conseguenziale di cui all'art. 27, ultima parte, legge n. 87/53, che del principio del contraddittorio costituisce una deroga esplicita (1), particolarmente evidente in alcune ipotesi di concreto esercizio da parte della Corte di questo discusso potere (si pensi alla invalidità derivata di norme analoghe a quella impugnata).

Si tratta di un tema assai complesso, la cui analisi può senz'altro contribuire ad una migliore comprensione dei caratteri del nostro sistema di controllo di costituzionalità delle leggi. Non a caso, proprio nell'illegittimità conseguenziale, oltre che negli effetti *erga omnes* delle sentenze di accoglimento, si è ravvisato un «elemento estraneo al disegno puro dell'incidentalità» (2). Di più: tra i requisiti che concorrono a raffigurare le decisioni della Corte costituzionale come provvedimenti giurisdizionali si è indicato il fatto che la Corte medesima sia un organo privo di iniziativa e che non possa delimitare a suo piacimento l'oggetto del giudizio di legittimità, do-

(*) Testo della comunicazione presentata al Seminario di Milano «Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi», svoltosi nei giorni 16 e 17 maggio 1997, i cui atti sono stati pubblicati dall'editore Giappichelli, a cura di Vittorio Angiolini.

(1) A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 1994, 109. La deroga, evidentemente, riguarda anche la regola di corrispondenza fra il chiesto e il pronunziato, che discende proprio dal principio del contraddittorio: così *A.* CERRI, *Inapplicabilità ed invalidità conseguenziale*, in *Giur. cost.*, 1967, 222 e nota 10. Vedi anche A. M. SANDULLI, *Il giudizio sulle leggi. La cognizione della Corte costituzionale e i suoi limiti*, Milano, 1967, 77 ss. e G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988,213-214, entrambi con riferimento all'ipotesi di estensione della dichiarazione di illegittimità alle disposizioni analoghe a quella impugnata e inficiate da un medesimo vizio di costituzionalità.

(2) *A.* CERRI, *La «dialettica» del giudizio incidentale: rimeditazioni sul tema*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, vol. *I*, Milano, 1988, 116.

vendo pronunciarsi «nei limiti dell'impugnazione» (art. 27 legge n. 87/53) (3): caratteri entrambi posti in discussione dall'istituto dell'invalidità conseguenziale.

La riflessione relativa a questo argomento, dunque, lungi dall'esaurirsi in un'indagine settoriale e limitata, assume un più ampio significato, finendo inevitabilmente per coinvolgere aspetti cruciali e qualificanti del giudizio di costituzionalità. In relazione al tema specifico del contraddittorio, emerge l'esigenza di fondare su ragioni costituzionali significative il potere in esame, rendendo così «sopportabile» la contrazione della dialettica processuale che il suo uso inevitabilmente comporta.

2. – Le varie ipotesi di illegittimità conseguenziale rintracciabili nella giurisprudenza della Corte costituzionale e nelle classificazioni della dottrina pongono, peraltro, problemi assai diversi, con conseguenze difformi anche in ordine al problema del contraddittorio (4). Conviene, pertanto, esaminarle separatamente, prendendo le mosse dall'ormai classica catalogazione operata da Sandulli, che resta comunque fondamentale (5).

a) Iniziamo dalle ipotesi che questo Autore giudica «più sicure». In primo luogo, l'estensione della dichiarazione di incostituzionalità a quelle disposizioni che «rimarrebbero inofficiose (non essendo in grado di assolvere più alcuna funzione) una volta venuta meno quella che formò oggetto del giudizio. (6). In realtà, se di vera e propria «*inofficiosità*» o «*inoperatività*» si tratta, ciò che viene in rilievo non è l'invalidità costituzionale, bensì l'*inefficacia-inapplicabilità* della disposizione considerata (7), rilevabile, co-

(3) R. GUASTINI, Problemi di analisi logica delle decisioni costituzionali, in Analisi e diritto 1990. Ricerche di giurisprudenza analitica, a cura di P, Comanducci e R. Guastini, Torino, 1990, 78, nota 1.

(4) Assumo qui le classificazioni note, rinviando una loro approfondita discussione critica (anche alla luce di una rilettura della giurisprudenza costituzionale) ad uno studio successivo, attualmente in fase di elaborazione.

(5) A. M. SANDULLI, Il giudizio sulle leggi, cit., 71 ss. Gli Autori che si sono occupati in seguito dell'istituto dell'illegittimità conseguenziale hanno sempre tenuto presenti le ipotesi delineate da Sandulli, magari per criticarle o arricchirle, anche sulla base dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale: vedi A. PIZZORUSSO, Art. 137, in *Commentario* della Costituzione. Garanzie costituzionali, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1981, 308; E. ROSSI-R. TARCHI, La dichiarazione di illegittimità conseguenziale nella più recente giurisprudenza della *Corte* costituzionale, in AA.VV., Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale, Milano, 1988, 634 ss.; R. ROMBOLI, Illegittimità costituzionale conseguenziale e *formazione «giurisprudenziale»* delle disposizioni processuali, in *Giur.* cost., 1992, 4372 ss.; ID., Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale, in Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1993-1995), a cura di R. Romboli, Torino, 1996, 177 ss.

(6) A. M. SANDULLI, *loc. ult. cit.* (corsivo non testuale).

(7) Sul punto vedi A. CERRI, Inapplicabilità ed invalidità conseguenziale, cit., 216; ID., Corso di giustizia costituzionale, cit., 110.

me tale, dal giudice comune. In questo caso, un eventuale intervento della Corte ex art. 27, ultima parte, legge n. 87/53 è certamente discutibile, non essendo il sindacato di costituzionalità preordinato a valutare l'applicabilità della norma, bensì ad eliminarla se viziata. E tuttavia, esso potrebbe assumere il senso di una ricomposizione dell'ordinamento largamente scontata e prevedibile, tendente alla realizzazione di quei principi di certezza del diritto e di economia dei mezzi processuali che giustificano l'esistenza stessa del potere di dichiarare l'invalidità derivata (8). Assumendo questa chiave di lettura, dunque, non sembra realizzarsi qui una significativa lesione delle posizioni soggettive coinvolte dalla decisione «conseguenziale».

Gli esempi indicati da Sandulli, infatti, riguardano le disposizioni «di attuazione» o «di esecuzione))delle norme contenute in quella che fu oggetto del giudizio, nonchè «tutte le altre disposizioni le quali abbiano, a vario titolo, la normativa di quella che formò oggetto del giudizio a proprio essenziale e indispensabile presupposto o condizione» (9). Si tratterebbe, insomma, di disposizioni rimaste prive di autonomo significato normativo: un'ipotesi perfettamente in linea con le interpretazioni più restrittive del potere riconosciuto alla Corte costituzionale, formulate in sede teorica a partire dalla relazione Tesauro alla legge n. 87/53, ove si parla infatti di disposizioni che trovano il loro presupposto o *fondamento* in quelle dichiarate illegittime (10).

Strettamente analogo è il caso in cui una o più disposizioni legislative «traggano titolo))da una fonte dichiarata illegittima, ad esempio da una norma interposta (11). Anche qui ci troviamo di fronte ad un rapporto di

---

(8) E. ROSSI-R. TARCHI, *La* dichiarazione di illegittimità conseguenziale, cit., 641. Vedi anche A. CERRI, Inapplicabilità, cit., 222; C. MORTATI, Istituzioni di diritto pubblico, tomo II, Padova, 1976, 1421; *G.* ZAGREBELSKY, La giustizia costituzionale, cit., 214.

(9) A. M. SANDULLI, *loc. ult. cit.* (corsivo non testuale).

(10) Relazione alla Camera dell'on. Tesauro sulla legge 11 marzo 1953, n. 87 («Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale))in *Lex*, 1953, 84. Ancora più restrittiva la relazione al Senato del sen. Persico, secondo il quale l'ultimo periodo dell'art. 27 — che realizza «una grave deroga al principio procedurale di generale applicazione per il quale la decisione del giudice non può avere una estensione maggiore della domanda))— deve intendersi nel senso che «la Corte *può* dichiarare l'illegittimità conseguenziale di altre disposizioni appartenenti alla stessa legge alla quale appartengono le disposizioni impugnate, se con esse strettamente collegate))(ivi, 99). Decisamente limitative nei confronti dell'esercizio di questo potere sono le posizioni di C. ESPOSITO, Questioni sulla invalidità della legge per (presunti) vizi del procedimento di approvazione, in *Giur.* cost., 1957, 1341 (che parla di dichiarazione di incostituzionalità delle regole conseguenziali «nelle quali vive e si concreta la regola-base», e la cui presenza nell'ordinamento significherebbe «mediata permanenza della regola stessa pur dichiarata incostituzionale»), e di F. PIERANDREI, *Corte* costituzionale, in Enc. dir., vol. X, Milano, 1962,967 (per il quale «la pronuncia della Corte non può colpire se non le disposizioni, rispetto a cui quelle dichiarate incostituzionali si pongono come il logico e necessario presupposto; di guisa che, cadendo queste ultime, nemmeno esse potrebbero continuare a persistere, in quanto prive di fondamento o di giustificazione positiva))).

(11) A. M. SANDULLI, Il giudizio sulle leggi, cit., 76-77. Benchè l'ipotesi dottrinale riguardi il caso in cui la dichiarata illegittimità di una legge di delegazione compor-

connessione inscindibile tra norme, che non lascia soverchi margini di discrezionalità alla Corte (una volta che essa abbia deciso di esercitare il potere attribuitole dall'art. 27) (12).

b) Tra le ipotesi più sicure si menziona, in genere, quella in cui la sopravvivenza di una disposizione dichiarata illegittima in via derivata frustrerebbe la funzione stessa della dichiarazione di incostituzionalità principale. L'esempio che si adduce è quello di una disposizione il cui contenuto coincida, in tutto o in parte, con il contenuto di quella dichiarata Illegittima: si pensi al caso in cui la medesima statuizione sia «ripetuta» in due o più diverse — e tra loro autonome — disposizioni (13).

Questa circostanza, tuttavia, è molto meno semplice e lineare di quanto possa sembrare. Infatti, la diversità del contesto normativo potrebbe mutare il significato di una disposizione: la disposizione è in tutto o in parte ripetuta, ma la norma che se ne ricava è davvero necessariamente la stessa? A questo proposito, si è osservato che non sempre identità della disposizione significa anche identità della norma, e che l'interprete «dovrebbe sorvegliare la "riduzione al formale" e valutare se l'identità testuale non sia inficiata da una diversità contestuale e cioè dalla collocazione in un differente contesto normativo» (14). Si affaccia qui anche il problema — che diventa di estremo rilievo nelle ipotesi di illegittimità conseguenziale di norme analoghe — del *significato vivente* della disposizione, inscindibilmente legato al sistema in cui essa si trova ad operare (15).

È di tutta evidenza come, in questo caso, rischi di risultare compromessa la posizione dei soggetti che avrebbero potuto tutelare i propri interessi in un distinto ed autonomo giudizio davanti alla Corte, nell'ambito del quale la prima dichiarazione di illegittimità costituzionale avrebbe assunto il valore di precedente.

---

ti la dichiarazione di illegittimità conseguenziale del decreto legislativo emanato sulla base di tale delega, nella prassi non sono mancate dichiarazioni di invalidità derivata delle norme di delega, una volta annullate quelle delegate che costituivano l'oggetto del giudizio: vedi le sentenze nn. 390191, 255192 e, di recente, 272/97.

(12) Altra ipotesi di connessione inscindibile può ravvisarsi nelle disposizioni che si pongono in un rapporto di presupposizione con altre (es.: rapporto fra copertura finanziaria e leggi di spesa ex art. 81 Cost.): E. ROSSI-R. TARCHI, La dichiarazione di illegittimità conseguenziale, cit., 635.

(13) A. M. SANDULLI, Il giudizio *sulle* leggi, cit., 73, che fa rientrare in questa ipotesi anche il rapporto tra principio generale e disposizioni particolari applicative, pur sottolineando il diverso orientamento della Corte costituzionale nella vicenda relativa alla dichiarazione di incostituzionalità della regola del *solve* et repete di cui all'art. 6, secondo comma, legge 20 marzo 1865 n. 2248, all. E (vedi nota 14, pp. 72-73).

(14) A. COSTANZO, Questioni di costituzionalità connesse, in *Giur.* cost., 1990, 1477.

(15) In argomento vedi A. PUGIOTTO, Sindacato di costituzionalità e diritto vivente. Genesi, uso, implicazioni, Milano, 1994, 619, nota 4, il quale sottolinea la necessità che le disposizioni, «al di là della loro formulazione testuale, siano effettivamente *interpretate* ed applicate nel senso dichiarato incostituzionale dalla Corte. In assenza di ciò,

In dottrina, il problema è stato segnalato in relazione all'ipotesi — senz'altro più radicale — di disposizione identica contenuta in altro ordinamento. Ci si è chiesti, in particolare, con riferimento ai giudizi in via di azione, se la pronuncia dell'invalidità derivata possa aversi anche nel caso in cui una disposizione identica a quella dichiarata incostituzionale sia contenuta in una legge di diversa Regione ([16]). A questo interrogativo si è risposto che ciò potrebbe avvenire soltanto a seguito di un'autonoma valutazione da parte della Corte, essendo esclusa ogni automaticità, dato che «sul significato di una disposizione normativa influisce l'ordinamento nel quale la norma è inserita e una norma (rectius: disposizione [N.d.A.]) di altra regione, seppure identica nella dizione letterale a quella dichiarata incostituzionale, può assumere significati normativi diversi in quanto, appunto, inserita, in un diverso ordinamento» ([17]). Da ciò deriverebbe, a salvaguardia del diritto di difesa, la necessità di estendere il contraddittorio alla Regione interessata ([18]). Ma forse, più correttamente, dovrebbe ritenersi preclusa la dichiarazione di illegittimità conseguenziale.

c) Più discusse sono invece le ipotesi di disposizioni «che rimarrebbero sbilanciate una volta eliminata quella che formò oggetto del giudizio, avendo quest'ultima, nel quadro del sistema, il necessario fondamento», ovvero che si trovino, rispetto a quella che formò oggetto del giudizio, in una relazione di «*connessione inscindibile*» ([19]).

Quanto allo «sbilanciamento», pur non potendosi escludere casi in cui esso risulti evidente (penso, ad esempio, alle circostanze in cui proprio la decisione «principale» della Corte potrebbe determinare, paradossalmente, un vizio di costituzionalità per violazione del principio di eguaglianza ([20]), è difficile negare che, in linea di massima, vi sia un tasso elevato ed ineliminabile di discrezionalità nella ricostruzione interpretativa di un intero si-

---

l'identità o similitudine tra disposizione annullata e disposizioni annullabili conseguenzialmente, potrebbe in ultima analisi risultare anche non determinante)).

([16]) E. ROSSI, Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via principale, in Aggiornamenti in tema di processo costituzionale *(1993-1995),* a cura di R. Romboli, Torino, 1996, 271.

([17]) M. CARLI, Problemi e riflessioni sulla giurisprudenza della Corte in materia regionale, in La giustizia costituzionale a una svolta, a cura di R. Romboli, Torino, 1991, 57-58.

([18]) E. ROSSI, *loc. ult. cit.*

([19]) A. M. SANDULLI, Il giudizio sulle leggi, cit., 75.

([20]) Vedi, da ultimo, la sentenza n. 284 del 1997, che, dopo aver dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 81, quarto comma, d.P.R. 29 dicembre 1973, n. 1092, nella parte in cui esclude il diritto alla pensione di reversibilità in favore della vedova, alla quale la separazione sia stata addebitata con sentenza passata in giudicato, allorchè a questa spettasse il diritto agli alimenti da parte del coniuge poi deceduto, dichiara in via conseguenziale l'illegittimità del sesto comma, ultima proposizione, del medesimo art. 81, che estende l'applicabilità del quarto comma anche al marito al quale la separazione sia stata addebitata con sentenza passata in giudicato.

stema normativo, delle sue logiche interne, della intensità e del livello delle modifiche che il sistema stesso è in grado di subire senza che possa ritenersi varcato il confine della illegittimità costituzionale.

Per quanto riguarda, poi, la «connessione inscindibile» tra disposizioni, o essa si esaurisce nelle ipotesi ricordate sub a), risultando quindi priva di autonomia concettuale e pratica, oppure finisce per riservare al giudice delle leggi un potere estremamente elastico ed indeterminato.

Non a caso, per queste ipotesi incerte Sandulli suggerisce che la Corte, anzichè estendere la dichiarazione di illegittimità in via conseguenziale, possa ampliare l'oggetto del proprio giudizio sollevando davanti a sè medesima, ex art. **23** della legge n. 87, la questione di legittimità delle disposizioni non denunciate dal giudice a *quo* ma facenti sistema con quelle denunciate ([21]). Va detto, peraltro, che non sembra si tratti di una soluzione percorribile nella generalità dei casi. Come si è esattamente osservato, infatti, la Corte costituzionale potrà attivarsi come giudice a quo nei confronti di disposizioni la cui applicazione sia ritenuta strumentale o *pregiudiziale* rispetto a quella delle norme che costituiscono oggetto del giudizio, mentre nella fattispecie regolata dall'art. **27** «il rapporto è l'inverso, in quanto è l'accertata illegittimità delle disposizioni impugnate, per il loro carattere principale o fondamentale o, comunque, condizionante, a trarre seco l'illegittimità di altre che dalle prime in qualche modo dipendono. ([22]). Il promovimento di un'autonoma questione incidentale da parte del giudice delle leggi potrà aversi, quindi, soltanto qualora sia possibile, in sede interpretativa, configurare il nesso che collega le diverse disposizioni nei termini di pregiudizialità richiesti dall'art. **23** legge n. **87/53.**

La scelta di questa strada, ove effettivamente percorribile, consentirebbe di svolgere direttamente un processo nei confronti delle disposizioni per le quali l'uso della invalidità derivata suscita le perplessità prima ricordate ([23]), processo nell'ambito del quale potrebbero costituirsi le parti del giudizio a quo e il Presidente del Consiglio dei Ministri. Ma, proprio per le insufficienze dell'attuale contraddittorio davanti alla Corte, sembra comunque difficile che possa realizzarsi una effettiva tutela delle posizioni soggettive coinvolte da una eventuale dichiarazione di incostituzionalità.

d) Vi è infine il caso della dichiarazione di invalidità derivata in applicazione del criterio analogico. Si tratta di un'ipotesi estremamente delicata e controversa, apertamente awersata da una parte della dottrina. Lo stesso Sandulli esclude in modo radicale l'esistenza di un rapporto di conseguenzialità «nei confronti di quelle disposizioni che, pur avendo in comune col contenuto di quella che abbia formato oggetto del giudizio uno o più ele-

---

([21]) *A. M. Sandulli, Il giudizio sulle leggi, cit.,* 76.

([22]) *G.* D'Orazio, *Profili problematici (teorici e pratici) dell'illegittimità derivata delle leggi,* in *Giur. cost.,* 1968, 2597.

([23]) *A. M. Sandulli, Il giudizio sulle leggi, cit.,* 76.

menti della fattispecie, e/o la *ratio* ispiratrice, regolino una fattispecie diversa, anche se simile, analoga o affine»([24]). Ci si muove, qui, sul versante dei motivi dell'incostituzionalità ([25]), ravvisando in norme diverse da quella impugnata, ma ad essa collegate da un vincolo di materia o di oggetto, un medesimo vizio, che legittima l'applicazione dell'art. 27, ultima parte ([26]). Una costruzione, questa, autorevolmente ritenuta contraria al sistema stesso dei poteri conferiti alla Corte costituzionale, potendo essa trovare giustificazione soltanto ove si ravvisasse l'oggetto del giudizio non nella norma denunciata, ma nel principio cui essa si informa, «sicchè, una volta che questo sia caduto, vengono ad essere travolte tutte le applicazioni che del medesimo sono state fatte» ([27]).

Si tratta, dunque, di norme che producono «analoghe violazioni di norme costituzionali» ([28]): dovremmo allora parlare, più propriamente, di questioni analoghe ([29]), che potrebbero dare origine a distinti ed autonomi giudizi davanti alla Corte, rispetto ai quali la prima dichiarazione di illegittimità dovrebbe fungere, correttamente, da precedente ([30]). Un uso eccessivamente esteso dell'illegittimità conseguenziale comporta, viceversa, il rischio di compromettere le posizioni soggettive concrete che si potrebbero discutere in altri processi a quibus, e che vengono invece private della possibilità di essere rappresentate nel giudizio di costituzionalità ([31]). La violazione del principio del contraddittorio, qui, è davvero eclatante.

Quali le soluzioni ipotizzabili? Alla luce degli sviluppi della giurisprudenza costituzionale, non sembra oggi realistico riproporre le tesi più restrittive, che escludono la possibilità di dichiarare in via derivata l'incostituzionalità di norme analoghe a quella impugnata. Una simile posizione, peraltro, oltre a non essere realistica, non sarebbe nemmeno auspicabile, per le considerazioni che svolgerò tra breve. La strada da percorrere, allora, è quella dell'individuazione di limiti sufficientemente precisi all'esercizio di questo potere, per evitarne un uso dirompente e potenzialmente lesivo di interessi e posizioni soggettive meritevoli di tutela.

([24]) A. M. SANDULLI, Il giudizio sulle leggi, cit., 77.

([25]) G. ZAGREBELSKY, La giustizia costituzionale, cit., 213, che giudica peraltro scorretto questo particolare uso della dichiarazione di incostituzionalità conseguenziale.

([26]) G. D'ORAZIO, Profili problematici, cit., 2605-2606; E. ROSSI - R. TARCHI, La dichiarazione di illegittimità conseguenziale, cit., 636; R. ROMBOLI, Il giudizio di costituzionalità, cit., 180-181.

([27]) C. MORTATI, Istituzioni di diritto pubblico, cit., 1421.

([28]) A. COSTANZO, Questioni di costituzionalità connesse, cit., 1462.

([29]) Di «potenziali *questioni*» parla G. ZAGREBELSKY, La giustizia costituzionale, cit., 213, e di «questioni diverse» parla A. PIZZORUSSO, Effetto di «*giudicato*» ed *effetto* di «*precedente*» delle sentenze della Corte costituzionale, in Giur. cost., 1966, 1988.

([30]) A. PIZZORUSSO, Effetto di «giudicato», cit., 1990.

([31]) G. ZAGREBELSKY, La giustizia *costituzionale*, cit., 213-214.

Una parte della dottrina, del resto, si colloca ormai da tempo in una prospettiva di questo tipo: penso al tentativo di Pizzorusso di identificare nel *rapporto di connessione* fra le questioni derivate e quella originaria il fatto giuridico che consente alla Corte di prendere cognizione delle prime, così come il rapporto di rilevanza rispetto al giudizio *a quo* le consente di prendere cognizione della questione originaria (32). Penso, ancora, all'ipotesi interpretativa di Cerri, secondo il quale l'art. 27 si applica tutte le volte in cui in una pronuncia della Corte, dichiarativa della incostituzionalità delle disposizioni impugnate, siano contenuti *quasi tutti gli elementi necessari per dichiarare l'invalidità di altre disposizioni non impugnate*. Ad evitare, poi, la violazione del principio del contraddittorio, «occorre ritenere applicabile l'istituto in esame solo quando i *restanti elementi necessari* per dichiarare l'illegittimità di disposizioni non impugnate risultino di *immediata evidenza))*, proprio perchè la necessità di un contraddittorio viene a cessare soltanto di fronte all' «evidente», al «manifesto». Per quanto riguarda, in particolare, l'invalidità derivata di norme analoghe, deve innanzitutto «essere evidente ed indiscutibile l'analogia; in secondo luogo tutti gli altri elementi di giudizio (eccetto, naturalmente, quello relativo all'esistenza o non dell'analogia) debbono essere già stati definiti nella pronunzia sulle norme impugnate» (33).

3. – L'istituto della illegittimità conseguenziale, in definitiva, rappresenta sotto molteplici aspetti (non ultimo, quello del contraddittorio) un punto di crisi del sistema incidentale di controllo delle leggi, disvelando l'irriducibilità dei poteri della Corte costituzionale ai canoni della giurisdizionalità (34). Si conferma così, anche da questo punto di vista, l'esistenza di un problema di collocazione della Corte rispetto agli altri organi di vertice dello Stato, di un problema — cioè — di legittimazione della Corte medesima. Ebbene, ritengo che proprio per le ineliminabili singolarità che caratterizzano il ruolo e le funzioni del giudice delle leggi, non sia proponibile per esso un solo criterio di legittimazione. In questo senso, le dottrine — ricordate nella relazione introduttiva di Angiolini — secondo cui sarebbe il contraddittorio a legittimare l'operato della Corte costituzionale (35) pro-

(32) A. PIZZORUSSO, Effetto di «giudicato» cit., 1988-1989.

(33) A. CERRI, Inapplicabilità, cit., 227 (corsivi non testuali).

(34) E d'obbligo qui richiamare la notissima sentenza n. 13/60, nella quale si respinge l'opinione che la Corte possa essere inclusa fra gli organi giudiziari, ordinari o speciali che siano, «tante sono, e tanto profonde, le differenze tra il compito affidato alla prima, senza precedenti nell'ordinamento italiano, e quelli ben noti e storicamente consolidati propri degli organi giurisdizionali» (punto 1 della motivazione in diritto).

(35) In questo senso N. TROCKER, Note sul contraddittorio nel processo costituzionale delle libertà, in Foro it., 1989, I, 676.

pongono una soluzione parziale, non utilizzabile, ad esempio, quando si parla di invalidità derivata. Nel nostro caso, infatti, occorre far lèva piuttosto su quei criteri di legittimazione della Corte *a posteriori* che sono costituiti dai diversi approcci *argomentativi* e *conoscitivi* di quest'organo rispetto al Parlamento, e che fanno riferimento a «dimensioni (di controllo logico, di conoscenza del momento applicativo, ecc.) non facilmente acquisibili in sede propriamente politica» ([36]).

Entrano in gioco, quindi, i due elementi della *motivazione* delle decisioni costituzionali e dell'utilizzazione, da parte della Corte, dei propri *poteri istruttori.*

Sotto il primo profilo, è auspicabile l'elaborazione, da parte della giurisprudenza costituzionale, di criteri adeguati e prevedibili di utilizzazione dell'art. 27, ultima parte, legge n. **87/53,** soprattutto per le ipotesi più discusse ([37]). Quanto alla illegittimità conseguenziale di norme analoghe (rispetto alla quale sarebbe opportuno che la Corte fornisse, in primo luogo, una congrua argomentazione della sussistenza del rapporto analogico), essa dovrebbe ritenersi limitata a casi del tutto peculiari, in cui la speciale rilevanza della materia si combini con le «strettoie»derivanti dall'incidentalità della questione ([38]). Le premesse di questo discorso, del resto, sono contenute in una sentenza della stessa Corte costituzionale, la n. 422/95, nella quale l'applicazione assai estesa dell'illegittimità conseguenziale viene giustificata proprio per la peculiarità della materia regolata dalla norme invalidate. Afferma, infatti, la Corte che non possono «certamente essere lasciati spazi di incostituzionalità (da cui discenderebbero incertezze e contenzioso diffuso) in materia quale quella elettorale, dove la certezza del diritto è di importanza fondamentale per il funzionamento dello Stato democratico» ([39]).

([36]) **A.** CERRI, La «*dialettica*», cit., 120, nota 36, ove si precisa, inoltre, che la Corte risulta legittimata a *priori* «per il valore di garanzia che, pur nella lotta politica, non possono non assumere le norme della Costituzione (le quali esprimono anche un compatto rifiuto verso il passato regime ma, in riferimento al futuro, sono pur sempre norme di "compromesso")».

([37]) Un'argomentazione ampia e completa si impone anche perchè la Corte ha ritenuto di non essere obbligata, ma soltanto facoltizzata alla pronuncia conseguenziale: l'esercizio di tale potere dovrà dunque essere adeguatamente giustificato. Nel senso della obbligatorietà si erano pronunciati V. CRISAFULLI, In tema di questioni conseguenziali nella pronuncia di illegittimità costituzionale di un principio generale, in Giur. cost., 1961, 1379, e A.M. SANDULLI, Il giudizio sulle leggi, cit., 69; a favore della facoltatività vedi, invece, M. CAPPELLETTI, La pregiudizialità costituzionale nel processo civile, Milano, 1957, 174, nota 121.

([38]) L'espressione è di ***G.*** ZAGREBELSKY, La giustizia costituzionale, cit., 225.

([39]) Punto 6 della motivazione in diritto. Com'è noto, con questa decisione la Corte costituzionale, dopo aver dichiarato illegittimo, in riferimento agli artt. **3** e 51 Cost., l'art. 5, comma 2, ultimo periodo, legge n. 81/93, secondo il quale nelle liste dei candidati per le elezioni del consiglio comunale nei comuni con popolazione fino a 15.000 abitanti «nessuno dei due sessi può essere di norma rappresentato in

Ebbene, sulla particolare rilevanza della materia elettorale nella giurisprudenza della Corte costituzionale non esistono dubbi: basti pensare al consolidato orientamento in tema di ammissibilità del *referendum* abrogativo, circa la non sottoponibilità a mera abrogazione referendaria delle leggi disciplinanti l'elezione di un organo costituzionale o di rilevanza costituzionale, e ciò per scongiurare il pericolo di una {{paralisidi funzionamento» — anche soltanto eventuale e temporanea — dell'organo medesimo ([40]).

Ma vi è di più: quando la Corte costituzionale, nella citata sentenza n. 422, richiama l'esigenza di non lasciare *spazi di incostituzionalità* nella

---

misura superiore a due terzi», ha esteso tale dichiarazione — in applicazione dell'art. 27, legge n. 87/53 — all'identica Prescrizione contenuta nell'art. 7, comma 1, ultimo periodo della stessa legge (che si riferiva, invece, alle elezioni nei comuni con popolazione superiore ai 15.000 abitanti). Ancora in applicazione dell'art. 27, il giudice costituzionale ha dichiarato illegittime le nuove formulazioni degli stessi articoli introdotte dall'art. 2, legge n. 415/93 (contenente, appunto, modifiche ed integrazioni alla legge n. 81). In esse, risultava eliminato l'inciso «di norma)),mentre attraverso il riferimento non al numero dei componenti delle liste, bensì al numero di consiglieri da eleggere, si consentiva la presentazione di liste incomplete, formate da candidati di un solo sesso. Si tratta, in questo caso, non di norme identiche a quella oggetto del giudizio, ma piuttosto di norme analoghe, che si trovano — secondo la Corte — «in contrasto con i principi affermati nell'odierna decisione)).Infine, è stata dichiarata l'illegittimità conseguenziale di un'altra serie di disposizioni connotate dalla «sostanziale identità di contenuti *normativi*», e previste in altre leggi elettorali (anche regionali). Fra queste, anche la disposizione contenuta nella legge n. 277 del 1993 sull'elezione della Camera dei deputati, la quale disponeva che le liste presentate ai fini dell'attribuzione dei seggi in ragione proporzionale, ove recassero più di un nome, fossero formate da candidati e candidate in ordine alternato. Si tratta di una previsione decisamente diversa da quella oggetto del giudizio, anche se ne condivide la ratio ispiratrice, in quanto costituisce comunque una deroga all'assoluta parità dei sessi nell'accesso alle cariche pubbliche elettive (regola che invece, secondo la Corte, non ammette eccezioni). Per un più ampio esame della sentenza vedi **G.** BRUNELLI, Elettorato attivo e passivo (e applicazione estesa dell'illegittimità conseguenziale) in due recenti pronunce costituzionali, in Giur. cost., 1995, 3272. Anche per S. BARTOLE, Una dichiarazione di *incostituzionalità* consequenziale qualificata dalla speciale importanza della materia, in Le Regioni, 1996, 314, nella sentenza de qua la Corte costituzionale «non ritiene sufficiente constatare la presenza nell'ordinamento di misure egualmente contrastanti con i princpi affermati nella sua decisione, ma si reputa obbligata ad aggiungere che la speciale rilevanza della materia elettorale impone di non lasciare spazi di incostituzionalità nell'ordinamento». Essa finisce così «per comportarsi come garante della conformità a Costituzione dell'ordinamento nel suo complesso, utilizzando il citato art. 27 come uno strumento di "pulizia costituzionale" da far valere specialmente in quei settori dove la difesa dei valori costituzionali e, perciò, la certezza del diritto sono di "importanza fondamentale per il funzionamento dello Stato democratico"» (corsivo non testuale).

([40]) Sentenze nn. 29/87; 47/91; 32 e 33/93; 5 e 10/95; 26 e 28/97.

legislazione elettorale, allude proprio agli ostacoli derivanti dall'incidentalità della questione in riferimento alle «leggi di azione» (tra le quali rientrano le leggi elettorali), che, disciplinando l'organizzazione, il funzionamento e l'attività dei pubblici poteri, in genere senza incidere direttamente sui rapporti intersoggettivi, difficilmente trovano applicazione di fronte ad un giudice, ed anche quando ciò avvenga, il rimedio rappresentato da una *quaestio legitimitatis* non può che intervenire quando i guasti costituzionali si siano già verificati (41).

La dichiarazione di invalidità derivata di norme analoghe, dunque, come rimedio estremo per scongiurare la persistenza di spazi di incostituzionalità in materie di speciale rilevanza e delicatezza: una soluzione simile a quella teorizzata e praticata dalla Corte circa il conflitto di attribuzione da atto legislativo, ritenuto ammissibile «soltanto se proposto in via sussidiaria, ovvero in situazioni in cui non è agevole l'accesso in via incidentale, in cui occorre reagire con prontezza alla legge invasiva, al fine di evitare la formazione di situazioni non più reversibili)) (42), e soltanto ove si versi in «situazioni particolari» (quando, ad esempio, si determini la violazione di diritti fondamentali, o si vada ad incidere sulla materia costituzionale) (43).

Il secondo profilo importante, come ho detto, riguarda l'utilizzazione, da parte del giudice delle leggi, dei propri strumenti conoscitivi, allo scopo di verificare se le norme analoghe a quella dichiarata illegittima diano davvero luogo, nella loro concreta applicazione, ai medesimi problemi di costituzionalità.

Attraverso l'attivazione dei poteri istruttori di cui è dotata, la Corte potrebbe ad esempio, come suggerisce D'Amico nella sua relazione, chiedere formalmente un approfondimento di aspetti specifici della questione connessa» o «analoga» a soggetti «rappresentanti» di interessi pubblici (44). Potrebbe trattarsi, in ipotesi, di quegli enti pubblici e di quelle associazioni private di interesse pubblico che, essendo titolari di «specifiche funzioni, riconosciute per legge, nelle materie controverse» (45), si troverebbero nelle condizioni di fornire alla Corte gli elementi di conoscenza necessari a dare un solido fondamento alla sua decisione.

---

(41) G. ZAGREBELSKY, La giustizia costituzionale, cit., 225-226.

(42) P. VERONESI, Conflitto o quaestio? I giudici e la legge che *viola* la loro competenza, in Giur. cost., 1997, 2551.

(43) P. VERONESI, Conflitto o quaestio?, cit. 2551-2552.

(44) Sull'esigenza di una più efficace utilizzazione, da parte del giudice delle leggi, dei propri poteri istruttori, potenzialmente assai estesi, vedi G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO, Appunti per un diritto probatorio nel processo costituzionale: la *centralità* del «fatto» *nelle* decisioni della Corte, in L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale, a cura di P, Costanzo, Torino, 1996, 245 ss. Per un'ampia analisi dell'istruttoria nel processo costituzionale vedi T. GROPPI, I poteri istruttori della Corte costituzionale *nel* giudizio sulle leggi, Milano, 1997.

(45) A. CERRI, La «*dialettica*», cit., 132 (corsivo non testuale). Questi soggetti, secondo l'A., potrebbero costituirsi nel processo costituzionale, dato che l'art. 20,

Una volta ristretto entro questi confini, il potere di dichiarare l'invalidità derivata potrebbe senz'altro recuperare quella funzione essenziale di tutela della certezza del diritto (e della legalità costituzionale) che costituisce la ratio di fondo dell'istituto, e che giustifica il venir meno, in determinate circostanze, di talune garanzie processuali, e in primo luogo proprio del contraddittorio.

ABSTRACT

The Author analyses various cases of «illegittimità conseguenziale» in the judicial review of legislation. She suggests the creation of some precise jurisdictional rules about this questionable matter.

Lo studio analizza le varie ipotesi di illegittimità conseguenziale (prevista dall'art. 27, ultima parte, legge n. 87/53) rintracciabili nella giurisprudenza della Corte costituzionale e nelle classificazioni della dottrina, esaminandone i rapporti — certamente problematici — con il tema del contraddittorio nel giudizio sulle leggi.

Si propone, in particolare, che il potere di dichiarare l'invalidità derivata venga ristretto dalla stessa Corte costituzionale entro precisi confini, soprattutto in relazione alle ipotesi più discusse (come la dichiarazione di illegittimità conseguenziale di norme analoghe a quella impugnata). A questo fine, sarebbe necessaria sia l'elaborazione di criteri adeguati e prevedibili per l'esercizio del potere attribuito dal citato art. 27 al giudice delle leggi, sia l'utilizzazione efficace — da parte di quest'ultimo — degli strumenti istruttori di cui dispone (per verificare, ad esempio, se le norme analoghe a quella dichiarata illegittima diano davvero luogo, nella loro concreta applicazione, ai medesimi problemi di costituzionalità).

In questo modo, la dichiarazione di invalidità derivata potrebbe recuperare quella funzione essenziale di tutela della certezza del diritto (e della legalità costituzionale) che costituisce la ratio di fondo dell'istituto, e che giustifica il venir meno, in determinate circostanze, di talune garanzie processuali, e in primo luogo proprio del contraddittorio.

---

comma 2, legge n. 87/53, sarebbe in realtà volto a riconoscere la legittimazione fondata su di un «interesse istituzionale nella questione». Si tratterebbe di un intervento sui *generis,* «di difesa di interessi separatamente riconosciuti dalla legge e tuttavia implicati, coinvolti nella materia del contendere, al di là di quelle che possono essere le spcifiche e particolari vicende nei giudizi a *quibus*» (p. 133). L'ipotesi formulata nel testo con riferimento alla dichiarazione di invalidità derivata, peraltro, non si traduce in una integrazione del contraddittorio, ma riguarda esclusivamente l'acquisizione istruttoria, fino ad oggi interpretata riduttivamente dalla Corte costituzionale, che tende ad assumere come interlocutori quasi esclusivi il Governo e la pubblica amministrazione: T. GROPPI, I potevi istruttori, cit., 161 ss.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova serie - Vol. XII (1998)

PIERPAOLO ZAMORANI

MINIMA DE PATRUM AUCTORITATE

Il titolo di questa brevissima nota intenzionalmente richiama quello del lavoro, di assai più ampio respiro, di Antonio Guarino (1), relativo (tra l'altro) alla questione del valore della riforma di Quinto Publilio Filone in ordine all'*auctoritas patrum*: (2) se, cioè, dalla circostanza che essa venne resa preventiva rispetto alla votazione del comizio centuriato, la posizione dei patres sia stata rafforzata o meno. Una questione che, prima dell'uscita del mio Corso di lezioni sulla plebe era pacificamente risolta in senso negativo (3) e sulla quale ora (almeno stando a quanto mi dicono alcuni Colleghi) si comincia a nutrire più di un dubbio.

Il lavoro di Guarino non svolge, per la verità, una critica puntuale e completa del mio articolo in argomento (4): esso, lo sottolinea l'Autore, ha costituito solo *l'occasio* peccandi, (5) vale a dire il pretesto per ritornare su di un argomento che il Maestro napoletano aveva altre volte trattato e, quel che più conta, considerato definitivamente chiarito. Nessuna meraviglia, quindi, se Guarino si limita a riferire (molto sommariamente, per la verità) solo alcuni dei punti da me toccati (evitando inaspettatamente quello di maggior peso) (6) e a ribadire il proprio convincimento che l'auctoritas preventiva non abbia certo rafforzato i patres (7).

---

(1) Si tratta di *Novissima de patrum* auctoritate, in BIDR 91 (1988) pag. 117 ss., ripubblicato in GUARINO, Pagine di diritto romano, III, Napoli 1994, pag. 207 ss., da cui cito.

(2) SU cui Liv.8.12.15

(3) Se si escludono gli autori citati alla nt. 10 i.f.

(4) Si tratta di La Zex PubZiZia *del 339* a.C. e Z'auctoritas preventiva, in AUFE n.s., 2 (1988) pag. 3 ss.

(5) Così, testualmente, GUARINO, Novissima de *patrum* auctoritate, cit. pag. 208.

(6) Parlo di CIC. *Brut*.14.55, su cui si veda La Zex PubZiZia *del 339* a.C. e *l'auctoritas* preventiva, cit. pag. 13 s.

(7) Ho già in altra occasione (Autodifesa di un eretico, in corso di pubblicazione sull'Archivio Giuridico) lamentato questa «frettolosità» di Guarino nell'esame del mio lavoro e non desidero insistere ulteriormente sul tema: gli argomenti che mi hanno indotto a ritenere che l'auctoritas preventiva rafforzasse il senato patrizio erano in parte anticipati in Plebe Genti Esercito. Una ipotesi sulla storia di Roma *(509-339* a.C.), Milano 1987, pag. 130 s. e svolti con maggior ampiezza e completezza in La Zex PubZiZia *del 339* a.C. e Z'auctoritas preventiva, cit. Le presenti pagine possono pertanto idealmente essere aggiunte a quest'ultimo articolo.

Così stando le cose, le brevissime considerazioni che mi appresto a svolgere devono intendersi come ideale continuazione del lavoro che a suo tempo pubblicai sull'argomento ([8]) e non già una risposta al mio illustre contraddittore.

Ciò precisato, noto quanto segue.

Che l'*auctoritas* preventiva costituisca un rafforzamento della posizione dei patres può, a mio avviso, desumersi con chiarezza anche da una breve riflessione da compiersi in relazione a

Appian. *civ.* 1.59.266
εἰσηγοῦντό τε μηδὲν ἔτι ἀπροβούλευτον ἐς τὸν δῆμον ἐσφέρεσθαι, νενομισμένον μὲν οὕτω καὶ πάλαι, παραλελυμένον δ' ἐκ πολλοῦ, καὶ τὰς χειροτονίας μὴ κατὰ φυλάς, ἀλλὰ κατὰ λόχους, ὡς Τύλλιος βασιλεὺς ἔταξε, γίνεσθαι, νομίσαντες διὰ δυοῖν τοῖνδε οὔτε νόμον οὐξδένα πρὸ τῆς βουλῆς ἐς τὸ πλῆθος ἐσφερόμενον οὔτε τὰς χειροτονίας ἐν τοῖς πένησι καὶ θρασυτάτοις ἀντὶ τῶν ἐν περιουσίᾳ καὶ εὐβουλίᾳ γιγνομένας δώσειν ἔτι στάσεων ἀφορμάς.

I consoli dell'88, L.Cornelio Silla e Q.Pompeo Rufo, hanno preso possesso con la forza di Roma e cominciano a dettare, fin dal giorno successivo alla conquista, le loro «condizioni»:prima fra queste è che nulla potesse essere portato davanti al popolo (per essere votato) senza che avesse ottenuto l'approvazione del senato; e, si sottolinea, non era questa una disposizione nuova, ma piuttosto una antica, da lungo tempo desueta. La seconda disposizione adottata era che le votazioni non dovessero più svolgersi per tribù, ma per centurie. La necessità che quanto veniva presentato al popolo fosse prima presentato al senato viene immediatamente ribadita, allorché Appiano spiega cosa con le misure in questione (questa, ed il divieto di votazione per tribù) i consoli contassero di ottenere.

Parlava Appiano di leggi e plebisciti, owero solo di questi ultimi? E, in tal caso, Silla e Pompeo reintroducevano per i plebisciti la necessità della previa approvazione senatoria che, sancita dalla legge Publilia del 339, sarebbe stata successivamente abolita dalla legge Ortensia del 287 a.C.? È probabile, ma non sicuro. Quanto invece appare per me sicuro è che, nella fattispecie, con l'espressione ἀπροβούλευτον si intenda un provvedimento che non abbia ottenuto l'*auctoritas* preventiva da parte del senato ([9]).

Se così, penso che alcune brevissime considerazioni si impongano.

a) La posizione di Silla e Pompeo che, il giorno precedente, hanno conquistato Roma, cacciandone i partigiani di Mario, è tale che essi non sem-

([8]) Cfr. nt. 4.

([9]) Pensa invece ad un *senatusconsultum* preventivo da ultimo GUARINO, *Novissima del patrum* auctoritate, cit. pag. 225 ss.: ma la sua complessa tesi che, a detta di Biscardi, complicava eccessivamente le cose (vedi quanto scrive lo stesso Guarino a pag. 227) non può essere qui discussa.

brano patire limitazioni alla propria attività: hanno, come si suole dire, «le mani libere» nell'emanare nuove disposizioni o nel riportarne in vigore altre ormai desuete.

b) La propensione filosenatoria di Silla e Pompeo è (al contrario di quella di Publilio Filone, negata con tanta decisione e da taluno bollata di palese assurdità) fuori discussione.

c) Ebbene, allorché i consoli filosenatori Silla e Pompeo riportano in vigore una disposizione da lungo tempo desueta (e ciò nel chiaro intento di rafforzare il prestigio del senato), impongono il ripristino dell'auctoritas preventiva.

d) Ma se (così come dai più si pretende) l'*auctoritas* preventiva avesse ridotto l'attività del senato nel campo della legislazione ad un ruolo, per così dire, «decorativo» ([10]), avrebbe un senso tutto ciò? O, in altre parole: avrebbero potuto Silla e Pompeo, volendo rinverdire il prestigio del consesso senatorio (o, più esattamente, dei membri patrizi dello stesso), richiamare in vita una disposizione la cui prima introduzione avrebbe, come si pretende, causato una grave limitazione dei poteri del consesso medesimo? Non sarebbe stato, allora, assai più coerente riportare in vigore l'auctovitas successiva, abolita dalla *Lex Publilia*?

e) Se questa soluzione, tecnicamente possibilissima, i consoli dell'anno 88 a.C. non adottarono, ciò sta per me a significare che l'auctovitas preventiva era, rispetto a quella successiva, assai più efficace ([11]).

ABSTRACT

88 B.C: as the consuls of that year aim at strengthening the role of the Senate, they reinstate auctoritas before voting, not after it; that auctoritas, therefore, was to be more effective and not a merely ornamental one.

I consoli dell'anno 88 a.C., volendo rafforzare la posizione del senato, ripristinano l'auctoritas preventiva e non quella successiva: la prima doveva perciò essere più efficace della seconda e non poteva avere una funzione meramente decorativa.

([10]) Vedi gli autori che ho citato in La lex Publilia del 339 a.C. e l'auctoritas preventiva, cit. pag. 5 nt. 8, senza pretesa di completezza; completezza che, in argomenti di questa portata, è destinata (almeno per me) a rimanere un'aspirazione insoddisfatta. A mia scienza, l'opinione da me sostenuta era già stata avanzata (sia pure in un contesto assai diverso e con motivazioni molto sommarie) da WILLEMS, Le Sénat de la République romaine, Sa composition et *ses attributions,* II, Louvain 1885, pag. 83 s. e da BLOCH, La République romaine, Paris 1913, pag. 107 (quest'ultimo autore non viene citato nel mio articolo).

([11]) È fin troppo facile constatare come, attraverso la prestazione dell'auctoritas preventiva, i patres riescano ad incidere positivamente sul contenuto della proposta sottoposta a votazione, e non soltanto nei termini negativi consentiti dall'*auctoritas* successiva. Come chiaramente si desume da CIC. Brut. 14.55, i patres possono subordinare la concessione della loro auctoritas a un radicale ritocco che il presentatore di una proposta (nella fattispecie una lista di candidati alla carica consolare) dovrà apportare prima di sottoporla all'approvazione del comizio.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova serie - Vol. XII (1998)

A.D. MANFREDINI

IL RESPONSO PRO AEQUITATE CONTRA IUS DI GALBA (*)

Nil medium est (1). Chi mai lo potrebbe affermare se non Orazio? Vi sono uomini che awicinano solo le donne dei bordelli e uomini invece i quali sono attratti solo dalle matrone (2). Ma il piacere di questi ultimi, oltre che corrotto da molto dolore, è raro, incontra spesso duri pericoli (3): chi si è buttato dal tetto, chi è stato percosso fino alla morte, chi, fuggendo, ha finito con il consegnarsi ad una feroce turba di ladroni, chi ha dovuto sborsare del danaro per salvare il corpo, chi ha subito lo stupro da parte dei servi (4). È accaduto persino che taluno *testis caudamque salacem/ demeteret ferro (5). «Iure» omnes; Galba negabat.*

Questo è quanto era accaduto e poteva accadere all'adultero insidiatore di matrone, ci informa Orazio, circa il 40 o 39 a.C. (6). Persino la evirazione. Tutti dicevano che ciò era fatto (7) giustamente, Galba invece lo negava.

L'interesse storico e giuridico per la testimonianza di Orazio sembra esaurirsi nella notizia, del resto altrimenti documentata, che, almeno fino alla emanazione della *lex Iulia de adulteriis* (8), nei confronti dell'adultero

---

(*) Un testo in lingua inglese è destinato agli Studi A. Watson, di prossima pubblicazione.

(1) Hor. sat.1,2,28. E. Lefèvre, Nil *Medium* est. Die *früheste* Satire des *Horaz (I,2),* Monumentum Chiloniense. Studien zur august. Zeit, Festschrift fur. E. Burck, Amsterdam 1975, p. 319 ss.; C. Dessen, The *sexual* and *financial* Mean in *Horace's Serm.I,2,* AJPh., 89 (1968), p. 200 ss; L. C. Curran, Nature, convention and *obscenity,* in Horace, satires 1, 2, Arion 9(1970), p. 220 ss.; M. Gigante, Orazio. Una misura per l'amore, Venosa 1993.

(2) Hor.*sat*. 1,2,28-30.

(3) Hor. sat. 1,2,38-40.

(4) Hor. sat. 1,2,41-44: Hic se praecipitem *tecto* dedit, elle flagellisl ad *mortem* caesus, fugiens hic decidit *acrem/ praedonum* in *turbam,* dedit hic pro *corpore nummos,/* hunc *perminxerunt calones*...

(5) Porfyrionis *Commentum* in *Hor.Flac.in serm*.1,2,44-45 (rec. A. Holder): In adulterio deprehensis ait interdum evenisse, ut virilibus amputatis dimitterentur.

(6) P. Lejay, Oeuvres *d'Horace,* Satires, Paris 1911, p. 36. Diversamente, M. Gigante, Orazio. Una misura per l'amore, cit., p. 38.

(7) Pseudacronis *Scholia* in Hor. *vetustiora,*II, ad sat.1,2,46 (rec. O. Keller): *Subaudi factum* esse dicebant.

(8) La satira oraziana è infatti precedente alla *lex Iulia* de adulteriis.

flagrante era ammessa la vendetta privata, e che questa si poteva esercitare con svariate forme di violenza corporale, tra cui anche la evirazione (9). L'idea intrigante che la contrapposizione «*iure*» omnes; Galba negabat, sottenda un ius controversum (con uno schieramento veramente insolito: tutti contro uno), sembra durare giusto il tempo per verificare che in nessuna rassegna di giuristi romani figura un giurista chiamato Galba (10).

Ma i due principali scoliasti di Orazio, Pseudacrone e P. Porphyrione, ci offrono un supplemento di notizie degne della massima attenzione. Leggiamo

Ps.-Acr. ad *serm.*1,2,46: Galba iuris peritus et ipse *matronarum* sectator, qui dicebat non iure factum, ut testes amputarentur, quia primo adulterii poena pecuniaria erat.

Porphyr. ad *serm.*1,2,46: Est enim totum tale: iure *omnes* factum *dicebant*, *Galba* autem negabat. «*Amare* autem *Servium Galbam* iuris *consultum perstrinxit*, quasi *contra* manifestum *ius* pro adulteris *responderit*, quia ipse adulter esse.

Orbene, combinando le due testimonianze, apprendiamo che Galba (Servius Galba, secondo Porfirione) era un iuris peritus o iuris consultus attratto dalle mogli altrui. Sosteneva che la evirazione dell'adultero non era iure factum perché, primo, la pena dell'adulterio era pecuniaria. Egli ha dato un responso favorevole agli adulteri contro l'evidenza del diritto, quasi come se egli stesso fosse adultero.

Le sollecitazioni per lo storico del diritto non mancano, dunque. Ma qual è il grado di attendibilità di queste testimonianze? Porfirione è del III secolo (11). Il testo di Pseudacrone potrebbe appartenere proprio ad Helenius Acro (12) e quindi risalire alla metà del II o comunque a epoca non posteriore a Porfirione (13).

Per quel che ne sappiamo, è stata la filologia oraziana del nostro secolo a soppesare criticamente questi testi. Con proposte disomogenee. Ad esempio, nell'edizione critica delle satire di A. Kiessling e R. Heinze (14) emerge

---

(9) Plaut. *infra*. Ter. Eun.950-993; Hor. sat.1,2,41-46; Hor. sat.1,2,133; Hor. *sat*.2,7,61 s.; Val. Max. 6,1,13. Sulla base di *Schol.* Croq. Hor. sat. 2,7,61 s., W. Rein, Das *Criminalrecht* der *Römer* von *Romulus* bis auf Justinian, Leipzig 1844, p.838, desume come possibile che le XII tavole, dietro influenza greca, abbiano stabilito il ius occidendi degli adulteri.

(10) Bremer, Wenger, Kunkel.

(11) M. Schanz, C. Hosius, Geschichte der *römichen* Literatur, II, Wurzburg 1935, p.155

(12) P. Graffunder, Entstehungszeit und *Verfasser der* acronischen *Horazscholien*, RhM 60 (1905) p. 128 ss.

(13) M. Schanz, C. Hosius, op. cit. p.156.

(14) R. Heinze, Q. Horatius Flaccus, II, Satiren, (erklart von A. Kiessling), Berlin 1921^5, p.31 s., nt.46; J. Ter Vrugt-Lentz, Horaz *'Sermones'*: Satire auf der *Grenze zweiter Welten*, ANRW II, 31,3, Berlin, New York 1981, p. 1830 ss.

un atteggiamento abbastanza distruttivo del contenuto giuridico di questi scholia. Nessun contrasto tra giuristi, nessuno ius controversurn. Galba non sarebbe stato uno che si era opposto con un responso al *ius manifestum* in materia di castrazione dell'adultero (la testimonianza di Porfirione sul punto sarebbe inattendibile), ma un caso speciale, il caso di una vittima di questa sanzione ([15]) (ecco perché negava che fosse giuridicamente ammissibile la castrazione); un juristisches *Glied* della gens Sulpicia, conosciuto per la sua awentura galante. Forse neppure Galba ma Gabba (Galba potrebbe essere un'antica corruzione dell'originale oraziano Gabba): un simbolo del marito cornuto e indulgente, designato con questo nome per analogia con l'omonimo buffone alla corte di Augusto ([16]), a cui si adattava l'antico proverbio non ornnibus *dormio* ([17])

Di segno completamente diverso è l'opinione di P. Lejay nella sua edizione delle satire di Orazio ([18]). Egli accede anzitutto all'idea, del resto largamente condivisa dagli studiosi di diritto romano ([19]), che, prima della *lex* Iulia, la repressione dell'adulterio fosse, in buona sostanza, un fatto di famiglia, non di spettanza dello Stato. Il marito poteva uccidere impunemente la moglie adultera e, nei confronti dell'adultero, poteva esercitare una vendetta illimitata ([20]). Nel corso del tempo, sostiene Lejay, si sarebbero manifestate esigenze di minore rigore, esigenze recepite nel 17 a. C.. ([21]) dalla *lex* Iulia de adulteriis. Più precisamente, la legge augustea, nel riformare in termini più blandi la sanzione dell'adulterio, avrebbe fatto propria una dottrina in precedenza già adottata dai giuristi. Questa dottrina, secondo il testo di Pseudacrone, distingueva tra gli adulteri che avessero commesso per la prima volta (*primo*) un adulterio, sanzionati solo pecuniariamente, e i recidivi. I1 Galba di cui parla Orazio sarebbe stato uno di quei giuristi propugnatori di tale dottrina, che avrebbe contribuito a preparare la nuova legislazione. Questo Galba potrebbe identificarsi o con Serv. Sul-

---

([15]) P. Michael Brown, Horace Satires I, Warminster 1993, p. 106.

([16]) Gabba o Galba, Prosop. *imp. Rom.* (editio altera), IV,1. Questa interpretazione, volta ad indentificare il Gabba con lo *scurra* di Augusto, era già giudicata insufficiente da Guil. Dillenburger, Q. Horatii Flacci Opera *omnia,* Bonnae 1854[3], p. 313.

([17]) Plut. *quaest.* conv. VIII,6. 726; *amatorius,* 760. Il tutto con la mediazione di Lucilio (Fest.173,5 (L.). Intorno a Lucilio ed Orazio, N. Rudd, The Satires of *Horace.* A Study, Cambridge 1966, p. 86 ss.

([18]) P. Lejay, Oeuvres *d'Horace,* Satires, Paris 1911. Precedentemente, Io. G. Orellius, Q. Horatius Flaccus, vol. alter., Berolini 1884, p. 21; F. Guil. Doring, Q. Horatii Flacci *carmina,* Augustae Taurinorum 1830.

([19]) A. Esmein, Le délit *d'adultère* à *Rome* et la loi Iulia de adulteriis, Mélanges d'histoire du droit et de critique, Paris 1886, p. 86.

([20]) P. Lejay, op. cit., p. 45 nt.46.

([21]) Questa data non è sicura ma ritenuta largamente plausibile anche di recente: C.L. Ferrero Raditsa, *Augustus'* Legislation concerning *Marriage,* Procreation, *Love* Affairs and Adultery, in ANRW,II, 13, Berlin, New York 1980, p. 296 s.; O.F. Robinson, The *Criminal* Law *of Ancient Rome,* Baltimore 1995, p. 58 (18 o 17 a.C.).

picius Galbapraetor nel 54 a.C. o con Serv. Galba, console del 144 a.C. ([22]), il cui nome potrebbe essere pervenuto ad Orazio attraverso le opere di Lucilio ([23]).

In ambito strettamente prosopografico, la designazione scoliastica del Galba di Orazio come Serv. Galba iuris *peritus* o iuris consultus, ha suggerito l'accostamento, molto cauto, di questo personaggio con Sulpicius Galba padre dell'imperatore e console nel 5 a.C. ([24]), oppure con Servio Sulpicio, pretore nel 54 ([25]) a.C.

Tra gli studiosi di diritto romano, per quel che ne sappiamo, manca qualsiasi approfondimento. Qua e là, negli studi in materia di adulterio, viene ricordata la tradizione scoliastica di Orazio a sostegno dell'idea che l'adulterio, almeno nell'età preaugustea, fosse sanzionato pecuniariamente sotto forma di composizione pecuniaria ([26]). È raro imbattersi in qualche studioso disposto a credere all'esistenza di un dibattito giurisprudenziale e di un ius *controversum* e che si spinga anche all'identificazione di Galba ([27]).

Noi crediamo che sia possibile compiere intorno a questo piccolo enigma di Orazio: — «*iure*» omnes; *Galba* negabat — qualche passo ulteriore verso la verità. Qualche passo che ci porta forse vicino alla spiegazione di un altro interrogativo, questa volta posto da Cicerone e intorno al quale gli studiosi hanno elucubrato non poco.

Riepiloghiamo. Orazio sta parlando dei pericoli che corre l'adultero flagrante. Qualcuno, dice il poeta, è incorso persino nella evirazione. Tutti dicevano che la evirazione era inflitta legittimamente, solo Galba lo negava. La pregnanza del termine iure sollecita una valutazione 'giuridica' ([28]) del fatto, e non semplicemente comico cronachistica, dove omnes sono tutti i mariti traditi, reali o potenziali, e Galba è un adultero che ha subito effettivamente la evirazione ([29]). Dicevamo, valutazione giuridica delle parole

---

([22]) Dubbioso, F. Villeneuve, Horace, Satires, Paris 1969[8] (Les belles Lettres), p. 42 nt.4.

([23]) P. Lejay, op. cit., p.45, nt.46.

([24]) Fluss, sv. Sulpicius (Galba) n.53, in RE, IV A 1, col.757.

([25]) *Prosop. imp. Rom.*, III (ed. prima), p.284 n.722 (H. Dessau). Ricaviamo la citazione da Fluss, (nt. precedente). F. Münzer, sv. Sulpicius (Galba) n.61, RE, IV A,1,col.772 dice che non vi sono elementi per questa attribuzione.

([26]) V. ad esempio, A. Esmein, Le déiit *d'adultère* à *Rome* et la *loi Julia* de adulteriis, cit., p.82 nt.2.; F. Lanfranchi, Il diritto nei *retori* romani, Milano 1938, p.455.

([27]) E. Cantarella, Adulterio, omicidio legittimo e causa d'onore in diritto romano, St. G. Scherillo, I, Milano 1972 (= Studi *sull'omicidio* in diritto greco e romano, Milano 1976, p.182 nt.24): il Galba che negava è stato, probabilmente, Servilio (un refuso per Servio) Galba, console nel 144, di cui parla Cicerone nel de oratore.

([28]) Io. G.K. Orellius, Q. Horatius Flaccus, vol. alter., cit., p.21: est formula iudicialis. P. Lejay, Oeuvres *d'Horace,* Satires, cit., p.45 nt.46: 'Iure: formule juridique'. Intorno ad Orazio come fonte giuridica, vedi R. A. LaFleur, Horace and *Onomasti Komodein:* the *Law of* Satires, ANRW, II,31.3, Berlin NewYork 1981, p.1790 ss.

([29]) Vedi nt.14-16. Adde, M.Gigante, Orazio. Una misura per l'amore, cit., p.66: omnes sono 'la gente', Galba è un giureconsulto adultero.

oraziane. Parole che abbozzano un contrasto tra *omnes* e una persona determinata. Omnes individia una categoria compatta. Se il contrasto è tra gli operatori del diritto in senso ampio, verrebbe da pensare che omnes indichi i giuristi e che Galba, il quale si oppone a tutti i giuristi, propriamente giurista non sia. È vero che gli scoliasti di Orazio definiscono Galba (Servius Galba) *iuris* peritus, iuris consultus. Ma queste fonti sono tarde. Può darsi che Galba in certi ambienti abbia acquisito la fama di giurista (un *responsum* l'ha dato, secondo Porfirione) pur non essendolo propriamente. Può darsi che nel linguaggio della tarda età imperiale gli scoliasti abbiano voluto indicare con iuris peritus o iuris consultus il semplice advocatus ([30]), in ipotesi un orator di quelli che in età tardo repubblicana patrocinavano cause civili (almeno quelle davanti ai centumviri) e penali, senza essere professionisti della scientia iuris. Cerchiamo quindi non un giurista ma un oratore. Il *terminus,* prima del quale cercare questo oratore Serv. Galba, è ovviamente rappresentato dalla data di composizione della satira oraziana che si situa, come già detto, intorno al 40-39 a. C. Tralasciamo invece di ricercare un Serv. Galba sectator *feminarum* ([31]); è fin troppo facile vedere in questa connotazione un cliché formatosi nel tempo come conseguenza dell'aver preso, questo personaggio, posizione a favore degli adulteri. Invece intendiamo valorizzare quel che dice Porfirione, e cioè che avrebbe dato un *responsum* in questa materia (lo stesso Porfirione dice 'come se fosse stato adultero lui stesso'). Un Serv. Galba, dunque, non giurista, verosimilmente oratore, che ha dato un responsum in opposizione a tutti i giuristi. Eccolo:

Cic. de orat. 1,56,239-240: ...Equidem hoc saepe *audivi: cum* aedilitatem P. Crassus peteret eumque *maior* natu et *iam* consularis Ser. Galba *adsectaretur,* qiod Crassi *filiam* Gaio *filio* despondisset, accessisse ad Crassum *con*sulendi causa quendam msticanum, qui cum Crassum seduxisset atque *ad* eum rettulisset, responsumque ab eo *verum* magis quam ad *suam rem accommodatum* abstulisset, ut *eum tristem* Galbam vidit, nomine appellavit quaesivitque, qua de re ad Crassum rettulisset. Ex quo ut audivit *commotumque* ut vidit *hominem,* (240) *'suspenso'* inquit animo et occupato *Cras*sum tibi respondisse video'; deinde *ipsum* Crassum *manu* prehendit et 'Heus tu' inquit, *'quid* tibi in mentem venit ita *respondere?' Tum ille fidenter homo perititissimus confirmare* ita se *rem* habere, ut respondisset, nec *dubium* esse *posse;* Galba *autem* adludens varie et *copiose multas* similitudines *adferre*

([30]) Il che, in effetti, non è molto plausibile se è vero che soprattutto in occidente le due figure erano all'epoca chiaramente distinte: F. Schulz, Storia *della* giurisprudenza romana, trad. it., Firenze 1968, p.486; W. Kunkel, *Herkunft* und *soziale Stellung* der *römischen* Juristen, Graz, Wien, Koln 1967, p.329 ss. Ma vedi M.N. von Bethmann-Hollweg, Der *römische Zivilprozess,* II, Bonn 1866, p.162.

([31]) H. Rushton Fairclough, Horace, Satires, *Epistles* and ars poetica, London 1978[11], p.22: Galba was at once an adulterer... Dubbioso, F.Villeneuve, Horace, Satires, cit., p.42 nt.4.

multaque pro aequitate *contra ius dicere;* atque *illum,* cum disserendo par esse non *posset-quamquam fuit* Crassus in numero disertorum, sed par *Galbae* nullo modo-ad auctores confugisse et id, quod ipse diceret, et in P. Mucii fratris sui *libris* et in Sex. *Aeli commentariis scriptum protulisse* ac *tamen* concessisse *Galbae* disputationem sibi *probabilem* et prope veram *videri.*

Il luogo ciceroniano è ben noto agli studiosi della storia della giurisprudenza e dei suoi rapporti con la retorica ([32]). Per quel che ne sappiamo, è sfuggita fino ad ora la possibilità di dare un contorno al caso che ha visto in disaccordo da una parte i giuristi, dall'altra un oratore. Ma riassumiamo il passo. Nella finzione dialogica di Cicerone ([33]), Antonio ([34]) sta confutando la tesi di L. Licinio Crasso ([35]). Per Licinio Crasso una cognitio *iuris* è necessaria all'oratore, soprattutto se nelle cause forensi si discute de iure. Invece Antonio sostiene che in ogni caso val di più la eloquentia della *iuris* scientia ([36]). A riprova, ricorda un anedotto che doveva essere abbastanza noto (saepe audivi, dice Antonio ([37])). Con questo aneddoto Antonio ([38]) vuole dimostrare che un valente oratore, anche se sprovvisto di cognizioni giuridiche, riesce a convincere che una certa soluzione, benché condivisa dai giuristi più autorevoli, può essere respinta. P. Licinio Crasso Muciano ([39]), oratore e giurista (fratello di P. Mucio) brigava per l'edilità e lo accompagnava l'insigne oratore Servio Sulpicio Galba ([40]) (che era stato già console, nel144). Accadde che un contadino si avvicinò a Crasso per

([32]) Per tutti, Stroux, *Römisches* Rechtswissenschaft und Rethorik, trad. it., Annali Palermo, 12 (1929), p.672 ss.; F. Schulz, Storia della giurisprudenza romana cit., p.118; F. Bona, Sulla fonte di Cicerone, de oratore, *1,56,239-240* (= Sulla cronologia dei *'decem* libelli di P. Mucio Scevola, SDHI 39(1973) ora in Cicerone tra diritto e oratoria, Como 1984, p.6 ss.).

([33]) Cic. de orat.1,36-40,165-184.

([34]) Klebs, sv. M. Antonius, n.28, RE,I,2, 2590.

([35]) N. Hapke, sv. L. Licinius, n.55, RE, XIII,1, 252.

([36]) Cic. de orat.1,56-57,237-245.

([37]) Questo può lasciare qualche dubbio sul fatto che l'episodio pervenga a Cicerone da una fonte scritta, l'autobiografia di P. Rutilio Rufo (F. Bona, Cicerone e i *decem* libelli di *P.M.* Scevola, cit., p. 20; più cauto, F.Münzer, sv. Sulpicius (Galba) n.58, in RE, IV A, col.766). In ogni caso, se è plausibile il collegamento della materia del responso di Ser. Sulp. Galba con l'evirazione dell'adultero, Orazio prova che esisteva, nel genere letterario della satira, una tradizione intorno a tale aneddotto, verosimilmente risalente a Lucilio.

([38]) Ma con questo aneddoto Antonio (o Cicerone medesimo) vuol dimostrare qualcosa di più, che la scienza giuridica, per un oratore, è addirittura dannosa perché è un impedimento al conseguimento dell'aequitas. Questo è il messaggio dell'episodio di Galba. Secondo F. Bona, Cicerone e i *decem* libelli di *P.M.* Scevola, cit., p.25 ss., l'episodio di Galba sarebbe stato deliberatamente 'angolato' ad esempio di aequitas dallo stesso Cicerone. I1 Galba storico sarebbe stato estraneo all'ideale di equità ed avrebbe agito solo per favorire il successo elettorale dell'amico.

([39]) F. Munzer, sv. Licinius n. 72, in RE,XIII,1, col.334 ss.

([40]) F. Munzer, sv Sulpicius (Galba) n.58, in RE, IV A I, col.759 ss.

chiedere un parere. Dopo che Crasso ebbe dato il responso in disparte, Galba, vedendo che il contadino era *commotus* (per avere ricevuto un parere tecnico a lui non favorevole), lo chiamò per nome (evidentemente lo conosceva), si fece raccontare il caso e riferire il responso. *'Quid tibi in mentem venit ita respondere?',* ha chiesto, a quel punto, Galba a Crasso. E Crasso ha insistito che il suo parere era giusto. Allora Galba ha cominciato a dare il proprio, variamente motteggiando, portando molte similitudini, cioè casi analoghi, dicendo molte cose *pro aequitate contra ius*. Crassus non si era ancora dato per vinto, e contro tanta eloquenza ha fatto ricorso alle citazioni dai libri di suo fratello P. Mucio e ai commentari di Sestus Aelius. Alla fine, Crasso ha ammesso che la *disputatio,* cioè la opinione contraria di Galba, era *probabilem et prope veram* ...

Cicerone: uno — l'oratore Servio Sulpicio Galba, il console del 144 — contro tutti, più precisamente contro tutta la scienza giuridica più autorevole, in una *disputatio* rimasta celebre e di cui Cicerone tace l'argomento. Orazio: «*Iure*» *omnes; Galba negabat;* tutti dicono che la mutilazione dell'adultero è fatta *iure,* solo Galba lo nega. Lo scoliaste Porfirione: *Servium Galbam iuris consultum ... quasi contra manifestum ius pro adulteris responderit*; e lo Pseudacrone precisa: *dicebat non iure factum, ut testes amputarentur, quia primo adulterii poena pecuniaria erat.* Secondo noi, il collegamento tra queste testimonianze è più che plausibile e porta all'acquisizione di un dato nuovo per la storia della giurisprudenza repubblicana: la conoscenza della materia intorno alla quale, in epoca di poco successiva al 144, un'opinione espressa da un oratore (Servio Sulpicio Galba) ha avuto la meglio sulla opinione dei giuristi (Licinio Crasso Muciano, P. Mucio e Sesto Aelio).

La materia dell'adulterio. Alla metà del II secolo a.C., è più che plausibile che l'adulterio fosse ancora un affare familiare ([41]), da subire o da vendicare a seconda degli umori degli uomini di casa, padri e figli ([42]) traditi. Non un affare pubblico ([43]). Quanto all'adultero manifesto, la vendetta po-

---

([41]) Sul ruolo del *iudicium domesticum* le opinioni sono divise. Per tutti: E.Volterra, Il preteso tribunale domestico in diritto Romano, RISG, terza serie, 2 (1948) =Scritti *giuridici,*II, Napoli 1991, p.127 ss.; W. Kunkel, Das Konsilium im Hausgericht, ZSS, LXXXIII (1966) =Kleine Schriften, Weimar 1974, p.131 ss.; R. A. Bauman, *Family* Law and Politics, Scritti A. Guarino, III, Napoli 1984, p.1296 ss.; Y. Thomas, Remarques sur la *jurisdiction* domestique à Rome..., Actes de la table ronde 2-4 octobre 1986, Rome 1990, p.452 ss.; I. Piro, «*Usu*» in manum convenire, Napoli 1994, p.76 ss.

([42]) Per la questione della *manus* e dei figli alieni iuris, v. E. Cantarella, Adulterio, omicidio legittimo e causa d'onore in diritto romano, cit., p.180 ss.

([43]) Questa affermazione non è azzardata nonostante non manchino riferimenti a leges che avrebbero preceduto la *lex* Iulia. A cominciare da Coll.4,2,2 (*prioribus* legibus obrogat); Hor. sat.1,3,105 s. parla di antiche leges contro gli adulteri; Val. Max. 6,1,13 racconta di mariti traditi i quali usano il loro dolore pro

teva andare dalla morte a qualsiasi altro atto di violenza corporale. Certamente frequenti dovevano essere gli atti di violenza 'esemplari', tra cui l'evirazione. Parallelamente, anche in questa sacca di residuale vendetta privata, in uno con tendenze primordiali che forse abbracciavano l'intero fenomeno repressivo ([44]), deve essersi affermata la composizione pecuniaria.

Per cercare di ricostruire i termini della disputa che — in materia di adulterio, più precisamente in materia di evirazione dell'adultero manifesto —; ha visto divisi da una parte i giuristi e dall'altra un oratore alla metà del II sec. a. C., non vanno dimenticati due dati che secondo noi sono abbastanza certi: l'esistenza, all'epoca della disputa, non solo della pratica dell'evirazione, ma anche della composizione pecuniaria.

Plauto dà testimonianza dell'una e dell'altra. Il comico, con il tono burlesco ed irridente della commedia e i doppi sensi costruiti apposta per strappare la risata, offre uno spaccato molto significativo di ciò che poteva accadere all'amante scoperto in adulterio, in un tempo non lontano da quello in cui si situa l'episodio di Servio Sulpicio Galba e Muciano. L'evirazione incombe sull'adultero, e nei testi plautini si rincorrono i termini *testes* intestabilis testatus ai quali è affidata prevalentemente la sua allusiva rappresentazione; o a metafore del tipo facio quod *manufesti moechi* haud ferme *solent... refero vasa* salva. Anche nel dialogo tra il servo Palinurus e l'adolescente Phaedromus nel *Curculio* prevale il gioco allusivo: il servo gli raccomanda attenzione per non diventare intestabilis ([45]) (ne sis *intestabilis*) invitandolo ad amare alla presenza dei testes (testicoli e testimoni). Nessuno vieta che egli comperi, se ha il danaro, quod palam est venale ([46]) ma non entri per *fundum* septum ove ci si deve astenere dalla nupta, vidua, *virgo,* iuventus e *pueri* liberi ([47]). Più realistica è la lunga scena finale del

---

publica lege. Ma si tratta di leges publici iudicii o il termine *lex* è usato genericamente nel senso di 'norma'? Ancora, Val. Max. 8,2,2 afferma *adulterii* crimen *publicae* quaestioni vindicandum reliquit con riferimento a un caso in cui il protagonista è morto intorno al 58 a.C. Inconsistente Val. Max.8,1,8 da cui si è preteso desumere che una *lex Servilia* avrebbe sanzionato l'impudicitia. Più consistente Plut. comp. Lys. et *Sull.*3,3, che attribuisce a Silla una legge sul matrimonio e l'impudicizia. Discussione in R.A. Bauman, *The* Rape of Lucretia. Quod metus causa and the *Criminal* Law, Latomus, LII (1993), p.564 nt.32; G. Rizzelli, Lex *Iulia* de *adulteriis,* Lecce 1997, p.270 ss. Il persistente disinteresse della stato per la punizione dell'adulterio non è in contraddizione con l'oscuro regime dell'a. de *moribus* e la perdita della dote, su cui H. Wolff, Das *iudicium* de *moribus und sein* Verhaltniss *zur* actio rei *uxoriae,* ZSS, LIV (1934)p.315 ss.; I. Cremadas, J. Paricio, Dos et virtus, *Devolucion* de *la* dote y sancion a *la mujer* romana por sus *malas costumbres,* Barcelona 1983, p. 39 ss. Nè vi è contraddizione con qualche caso di accusatio *extraordinaria* [A. Esmein, Le *délit d'adultère à Rome,* cit., p.86. Questo a. crede possibile una legge che abbia dichiarato intestabilis l'adultero flagrante e che abbia influenzato la *lex Iulia*].

([44]) B. Albanese, sv. Illecito (storia),EdD, XX, p. 60 ss.; p. 65.

([45]) Plaut. *Curc.*30. Diversamente, Esmein, Le déiit daduitère à *Rome,* cit., p. 82.

([46]) Plaut. *Curc.*34.

([47]) Plaut. *Curc.*36-39.

Miles ([48]). La trappola a Pyrgopolinices è tesa. Egli entra nella casa del vecchio Periplectomenus convinto di trovarvi sua moglie ed invece vi trova quest'ultimo, pronto all'assalto. Segue un grande tafferuglio. L'adultero è catturato e legato. Si affilano i coltelli. L'ordine è di *discindere* ([49]), di *adimere* i testicoli, indicati con una metafora (*dudum...moecho hoc abdomen adimere/ ut faciam quasi puero in collo pendeant crepunadia* ([50])). Comincia la *verberatio fustis.* Nonostante le proteste di innocenza, Pyrgopolinices viene messo a gambe divaricate. Il malcapitato chiede che lo si ascolti prima della amputazione. La sua giustificazione convince. Egli deve giurare che non si sarebbe mai vendicato delle botte prese, affermando che, se non fosse uscito *intestatus* ([51]), gli sarebbe andata bene rispetto alle sue malefatte. Quindi il cuoco ed altri chiedono un obolo per lasciarlo andare via *salvis testibus* ([52]). Egli paga, è slegato e recita il mea culpa per il pubblico: *iure factum iudico* ([53]) e tutte le terribili cose che si sono viste dissuaderanno per timore gli aspiranti adulteri.

Un altro luogo plautino, per quel che ne sappiamo non ancora messo a profitto in questa materia, ci attesta la pratica della composizione. Si tratta delle *Bacchides* ([54]). Lasciamo da parte l'aspetto reale della vicenda (che non permette nessun accostamento all'adulterio perché concerne l'amore del giovane Mnesilochus con una cortigiana, Bacchides II, a sua volta legata ad un prepotente soldato). Ci interessa invece ciò che è creduto reale dal padre di Mnesilochus. Egli è convito che suo figlio Mnesilochus ami una *nupta* ([55]), una vera *uxor* ([56]), non una meretrice, e abbia commesso un vero adulterio. Quando si ode il soldato urlare che spera di sorprendere gli amanti per ammazzarli ([57]), lo schiavo Crysalus, che ha tramato tutto, rammenta al padre che si tratta del *vir* ([58]) e che può *pacisci cum illo paullula pecunia* ([59]). Il soldato è disposto a ricevere del danaro. Il padre è disposto a dare qualsiasi prezzo: *Em illoc pacisce, si potest; perge, opsecro/pacisce*

([48]) Plaut. *Mil.* 1396 ss.
([49]) Plaut. *Mil.* 1395.
([50]) Plaut. *Mil.* 1398 s.
([51]) Plaut. *Mil.* 1416.
([52]) Plaut. *Mil* 1420.
([53]) Plaut. *Mil.* 1435. Notare come Pyrgopolinices anche in 1415 ribadisca la assoluta liceità di quello che sta subendo: *iureque id factum arbitro.* Già ai tempi di Plauto c'era forse qualcuno che riteneva ciò *non iure factum?*
([54]) Il confronto con alcuni frammenti dell'originale di Menandro trovati non molti anni fa, testimonia l'originalità di Plauto: R. Grisolla, *A proposito delle Bacchidi di Plauto e del* Δὶς ἐξαπατῶν, RAAN 5 (1976) p. 53 ss.; I.M. Tronskij, *Le Bacchides plautine e i frammenti del loro originale, QIFL 4* (1976) p. 19 ss.
([55]) Plaut. *Bacch.* 852.
([56]) Plaut. *Bacch.* 917.
([57]) Plaut. *Bacch.* 859 s.: *Nihil est lucri quod me hodie facere mavelim/quam illum cubantem cum illa opprimere, ambo ut necem. V.* anche Plaut. *Bacch.* 917 s.
([58]) Plaut. *Bacch.* 852.
([59]) Plaut. *Bacch,* 865.

quidvis (60). *Pascise ergo, opsecro, quid tibi lubet/dum ne manifesto hominem opprimat nive enicet* (61), dice il padre allo schiavo. Il soldato non cerca altro e l'accordo è presto fatto con formale promessa (62). *Redemi vitam tuam ex flagitio* (63) con duecento aurei, commenterà successivamente il padre, informato di tutto.

Torniamo all'episodio ciceroniano in cui, si ricorderà, l'oratore Servio Sulpicio Galba ha dato — al caso proposto dall'afflitto contadino — una convincente soluzione in antitesi a quella di stretto diritto sostenuta dal Muciano. Ricordiamo Orazio, il quale consente di affermare che il caso controverso riguardava la materia della vendetta sull'adultero manifesto e la sua evirazione e che i giuristi dicevano che era legittima e Galba lo negava. Ricordiamo altresì le parole di Pseudacrone: *Galba...dicebat non iure factum, ut testes amputarentur, quia* primo *adulterii poena pecuniaria erat*. Se la composizione pecuniaria al tempo di Galba era già praticata (ce lo apprende Plauto), il suo *responsum* favorevole agli adulteri doveva essere per forza andato oltre. L'oratore potrebbe avere sostenuto che, almeno in caso di minacciata evirazione, la composizione doveva essere obbligatoria. L'offeso non la poteva rifiutare. In mancanza di accordo, si poteva adire il giudice per la determinazione di un equo indennizzo. Solo l'indisponibilità dell'offensore alla composizione, o il mancato pagamento della medesima, avrebbero reso lecita la vendetta.... *primo* la pena dell'adulterio era pecuniaria: forse Pseudoacrone vuol dire proprio che la pena era *anzitutto* pecuniaria (64). Se la somma non era pagata, scattava la vendetta. Galba potrebbe essersi lasciato audacemente guidare dalla analogia con la materia della lesioni corporali *Si membrum mpsit, ni cum eo pacit.* ... (65). È onere — ma, al tempo stesso, diritto — dell'offensore di chiedere e di condurre le trattative per la composizione (66). L'*aestimatio* del giudice (67) si impone non solo all'offensore ma anche all'offeso, il quale non vi si può sottrarre. Cicerone dice che Galba avrebbe portato *copiose multas simiiitudines* e

(60) Plaut. Bacch. 870 s.
(61) Plaut. Bacch. 866 s.
(62) Plaut. Bacch. 877-883. Probabilmente una stipuiatio: E. Costa, Diritto romano in Plauto, Torino 1890, p. 275.
(63) Plaut. Bacch. 1011.
(64) Per Lejay, Oeuvres *d'Horace, Satires,*cit., p.46, nt.46, Acro avrebbe inteso dire che tra i giuristi ve ne erano alcuni i quali distinguevano tra la prima volta dell'adultero e la sua recidiva.
(65) Tab.8,2.
(66) Gell.20,1,34:...qui *membrum* alteri rupisset et *pacisci tamen* de *talione redimenda nollet...*; 20,1,36:... *praesertim* cum habeas facultatem paciscendi et non necesse sit pati *talionem, nisi eam* tu *elegeris*.
(67) Gell. 20,1,38: *Nam* si *reus,* qui depecisci *noluerat,* iudici *talionem* imperanti non parebat, *aestimata* lite *iudex* hominem pecuniae *damnabat,* atque ita, si reo et pactio gravis et acerba *talio visa* fuerat, severitas legis ad pecuniae *multam* redibat.

avrebbe detto *multa pro aequitate contra ius*. *Ius* era la diuturna vendetta della evirazione *(brevis enim poena mortis est* ([68])). *Aequitas* era la composizione pecuniaria obbigatoria.

Cosa ne sia stato di questo responso di Galba, non è possibile sapere. Negli ambienti seri ([69]) ha fatto discutere sui rapporti tra *ius* e *aequitas,* in quelli meno seri forse ha fatto ridere ([70]). Di certo, comunque, la composizione in caso di adulterio flagrante, dentro o fuori la legge, gli è sopravissuta a lungo.

ABSTRACT

It is likely a connection between Cic. de orat. 1,56,239-240; Hor.sat.1,2,45; Ps. Acr. ad serm.1,2,46; Porphyr. ad serm.1,2,46. The responsum pro aequitate *contra* ius, given by Servius Sulpicius Galba (consul in 144 B.C.) was about adultery. First of all the penalty of manifest adulterer had to be pecuniary. (Principal texts: Cic. de orat.1,56,239-240; Hor. sat.1,2,45; Ps. Acr. ad serm.1,2,46; Porphyr. ad serm.1,2,46).

È plausibile un collegamento tra Cic. de orat.1,56,239-240; Hor. sat.1,2,45; Ps. Acr. ad serm.1,2,46; Porphyr. ad serm.1,2,46. I1 responsum pro aequitate *contra* ius dato da Servius Sulpicius Galba (console nel 144 a. C.) riguardava la materia dell'adulterio. L'adultero, sorpreso in flagrante, poteva imporre la composizione pecuniaria. (Testi principali: Cic. de orat.1,56,239-240; Hor. sat.1,2,45; Ps. Acr. ad serm.1,2,46; Porphyr. ad serm.1,2,46).

([68]) Quint. decl. 275,

([69]) Cic. de orat. 1,56,239-240.

([70]) Orazio cita Galba sicuramente per prendersi gioco, più che di lui, degli *omnes,* cioè dei giuristi, secondo una sua naturale inclinazione (su Trebazio e la sat. 2,1, vedi E. Fraenkel, Horace, Oxford 1957, p. 145 ss.; N. Rudd, The Satires *of* Horace, Cambridge 1966, p. 124 ss.) o ubbidendo ad un luogo comune al genere satirico (Schulz, Storia della giurisprudenza romana, trad. it. Firenze 1968, p. 117 ss.).

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova serie - Vol. XII *(1998)*

A.D. MANFREDINI

GLI OLTRAGGI ALL'ADULTERO: UN ARGUMENTUM A *MAIORE* AD *MINUS* [D.48,5,23(22),3] (*)

1. – I mariti, che sorprendono la moglie in flagrante adulterio, reclamano una vendetta illimitata quale appagamento del loro *iustus dolor*. Esigono anzitutto di uccidere gli adulteri. Quelli che uccidono sono mariti *concitati* (1) o *excitatit* (2). Il supplizio che essi cagionano è sottratto deliberatamente ai principi della legalità perché *hoc ius scriptum est mariti doloris* (3). Per uccidere bisogna sentire l'*impetus*, il *furor*, il ... *mariti dolorem. ad vulnera adulteri et caedem et tristissimum occidendi hominis ministerium magno quodam impetu et (ut sic dixerim) furore opus est. nec miror eos concitari, qui veterem matrimonii consuetudinern, qui pudorem cubiculi, qui spem liberorum expugnatam esse credunt, qui illos occultos atque inenarrabile patiuntur aestus*... (4).

Ma ci sono anche altri mariti, quelli che non vogliono uccidere. Quelli che non hanno sufficientemente amato la moglie per poterla odiare al punto di uccidere quando la trovano in flagranza di adulterio (5). O quelli in cui l'azione di uccidere confligge con l'*animus* incline a non farlo (6). Quelli

---

(*) *Questo contributo comparirà anche negli scritti F. Sturm, in corso di preparazione.*

(1) *Declamazioni maggiori attribuite a Quintiliano (d'ora innanzi DM), ed. C. Ritter (Bibl. Teubner.), 279,* p.138*, lin.21.*

(2) *DM.347, p.367, lin.27-29: an, cum venissem in cubiculum et iacentem cum adultero uxorem meam deprehendissem, excitaturus tantum?*

(3) *DM.277,* p.130*, lin.4-5. DM.277, p.129* s.*, lin.26 ss.: Ut confiterer hoc esse supplicium atque eo nomine appellandum, fortiter tamen dicerem, leges omnes, quaecumque de suppliciis scriptae sunt, ad eos pertinere, qui damnati sunt, qui in iudicio convicti, qui per ministeria publica et carnificum manus occidunt. nam et ceterorum supplicia ante iudicium non solent esse et non nisi per magistratus exiguntur, non nisi certa legum ordinatione: hoc ius scriptum est mariti dolori; hoc ius ille conditor conscriptorque legis huius voluit esse privatum.*

(4) *DM.279, p.138, lin.18-25.*

(5) *DM.279,* **p.** 138*, lin.25-26:...non potest suam sic odisse, qui adhuc amare non potuit.*

(6) *DM.335, p.319, lin.14-18: Mori volo, quia uxorem meam occidi qualemcumque. licuit, scio: sed non semper ad animum pertinent iura. occidere adulteros lex permittit: ego mihi sic irascor, tamquam nefas fecerim.*

che hanno orrore del sangue (7). A questi mariti può comunque non essere estraneo un desiderio di vendetta minore, che può andare dallo sfregio umiliante sul corpo dell'adultero, magari eseguito dai servi, fino alla richiesta di denaro in cambio dell'incolumità fisica: ac (gli uomini) *scierunt futu*rum, ut si *unam* hanc *mortis* poenarn *contra* adulteros constituissent, *saepius inpune committeretur adulterium* (8).

2. – Prima della Zex *Iulia* de *adulteriis*, per quel che possiamo sapere, il marito ha potuto uccidere impunemente moglie e adultero (9), gli era consentito (10) di oltraggiare (o fare oltraggiare) svariatamente l'adultero (11) ma anche di perseguire una composizione pecuniaria (12).

Viceversa, la Zex *Iulia* (13) ha voluto comprimere il dolore del marito tradito (...*ceterum* mariti *calor* et *impetus* facile *decernentis* fuit *refrenan-*

---

(7) DM.279, p.137, lin.17-26: Credo *autem illum,* quisquis fuit Zegis huiusce *con*stitutor, *illa intra* se cogitasse, non *omnium* animos maritorum durare ad *sangui*nem; esse quosdam *mitiores,* qui ne conspicere *quidem cruorem* sufficerent. multi se a *gladiatorum* vulneribus avertunt, et *quamquam nemo* dubitet et *illud spectaculum* in parte esse poenarum, *tamen nequissimorum* quoque *hominum* suprema pericula habent *suam gratiam.* De spectaculis loquor: cogitavemnt, quanto esse difficilius occidere...

(8) DM. 279, p.137, lin.26-29.

(9) Dion.2,25,6; Gell.10,23,4-5, per l'uccisione della moglie; Hor. sat. 1,2,42, uccisione dell'adultero; Hor. sat. 2,7,61-63. 67: uccisione di moglie e adultero e del solo adultero; *lex* Romana Burg. 25. Per quel che concerne l'uccisione della moglie, verosimilmente anche se il marito non era titolare della *manus*, prima e dopo la legge Giulia, v.: E. Cantarella, Adulterio, omicidio legittimo e causa d'onore in diritto romano, in Studi G. *Scherillo,* I, Milano 1972, p.255-258 (anche in Studi sui-l'omicidio in diritto greco e romano, Milano, 1976); R. Lambertini, Ancora sui legittimati a uccidere iure patris ex lege Iulia de aduiteriis, in SDHI, 57 (1992) p.370 s.. In generale, P. Voci, Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano, in Iura 31 (1980) p. 59 s.

(10) Tra gli altri luoghi, Hor. sat. 1,2,46. La potestas del marito sull'adultero è ancor più giusta di quella data su entrambi i colpevoli in Hor. sat. 2,7,61-63: il poeta distingue tra la vendetta mortale e le altre forme di oltraggio sull'adultero.

(11) A parte i numerosi luoghi plautini su cui torneremo alla nt.29 e Ter. Eun. 950-993 (costrizione con vincoli), va soprattutto menzionato Hor. sat. 1,2, 41-46, percosse fino alla morte, penetrazione da parte degli schiavi, mutilazione dei genitali. Ancora Hor. sat. 2,7,67 ove si dice che l'adultero affida al marito oltre alla vita anche il corpo. Giova ricordare che tanto la prima quanto il seconda satira datano ad epoca precedente la legge Giulia: cfr. P. Lejay, Oeuvres *d'Horace,* Satires, Paris 1911, il quale indica gli anni 40 o 39 per la prima (p.36), intorno agli anni 31 e 30 per la seconda (p.561).

(12) Hor. sat. 1,2,43: l'adultero dedit...pro *corpore nummos*; Hor. sat. 2,7,66-67...*dominoque furenti/committes rem omnem*; Pseudacronis *Scholia* ad Hor. *vetu*stiora, (D.Keller, Bibl. Teuber.) ad serm. 1,2,46. V. A. Esmein, Le déiit daduitère à *Rome,* Mélanges d'histoire du droit et de critique, Paris 1886, cit., p.82 s.

(13) L'intento della legge sarebbe stato quello di sottrarre l'adulterio flagrante alla vendetta privata e ai tribunali domestici per assumerlo nel dominio del diritto penale dei iudicia *publica*: A.Esmein, Le *délit* daduitère à Rome, cit., p.86.

dus ([14])), indicando la via della pubblica accusa anche nel caso di flagranza. Anzitutto, come si sa, la legge ha vietato, forse non espressamente ([15]), l'uccisione della moglie ([16]) e ha concesso l'impunità per l'uccisione dell'adultero solo se quest'ultimo era di bassa estrazione ([17]), colto *in adulterio uxoris* in casa del marito ([18]), e imponendo al marito uccisore, entro tre giorni, di autodenunciarsi presso l'autorità giudiziaria competente per territorio ([19]) e di ripudiare all'istante la moglie fedifraga ([20]). Le uccisioni in deroga a queste norme erano imputabili al marito a titolo di omicidio ([21]). Solo più tardi, sempre in nome del *iustus doior* ([22]), si sono introdotte mitigazioni della pena ([23]) e più tardi ancora c'è forse stato il superamento

---

([14]) D. 48,5,23 (22),4 (Pap. 1 de adult.).

([15]) Coll. 4,10,1 (Pap. 1 de adult.), su cui G. Rizzelli, La lex Iulia de adulteriis, Lecce 1997, p.12.

([16]) Testi principali: D.48,5,23(22),4 (Pap.1 adult.); D.48,5,39(38),8 (Pap.36 quaest.); D.48,8,1,5 (Marc. 14 inst.); Coll. 4,10,1 (Pap. l.s. adult.); Coll. 4,3,1.6. (Paul.l.s. de adult.); Coll. 4,12,3 (Paul.2 sent. tit. de adult.)=PS.2,26,4. Senza alcuna distinzione tra moglie in *manu* e *sine* manu.. Tuttavia, D. Lorenzi, Pap. Coll. *4,8,1:* la figlia adultera e il *ius* occidendi iure patris, in SDHI 51(1991), p.166, sostiene che fosse fatto salvo il diritto di uccidere la moglie in *manu* conventa. Contro, R. Lamberini, Ancora sui legittimati, cit., p.370 ss. e, ancora, B. Albanese, Vitae necisque potestas paterna e *lex* Iulia de adulteriis coercensis, in Scritti Musotto, 2, Palermo 1980, p. 28 s.; G. Rizzelli, La lex Iulia de adulteriis, cit., p.33 nt.99.

([17]) D.48,5,25 (24) pr. (Macr.1 publ); Coll. 4,3,2-4 (Paul. *l.s.* de adult.); Coll. 4,12,3 (Paul.2 sent. sub tit de *adult.*)=PS.2,26,5.

([18]) D.48,5,25 (24) pr. (Macr.1 publ); Coll. 4,3,2 (Paul. *l.s.* de adult.); Coll. 4,12,6 (Paul.2 sent. sub tit de adult.)=PS.2,26,7.

([19]) CoZl. 4,3,5(*Paul. l.s.* de adult.); PS.2,26,6.

([20]) D.48,5,25 (24),1 (Macr.1 publ.); Coll. 4,3,5(Paul. *l.s.* de adult.); PS. 2,26,6.

([21]) Coll. 4,1O,1(Pap. *l.s.* de adult.); C.9,9,4; D. 48,5,39(38),8 (Pap. 36 quaest.).

([22]) Pure i giuristi non si sono mostrati insensibili al dolore del marito e hanno teso a farvi ricorso per giustificare certe soluzioni a lui favorevoli. In D. 48,5,2,8 (8 disp.) Ulpiano si pone il problema a chi si debba dare la preferenza se il padre e marito si presentino contemporaneamente per l'*accusatio*: al marito propensiore ira et *maiore* dolore. Sempre per Ulpiano, in D.29,5,3,3 (55 ad ed.) non sono responsabili secondo il SC Silaniano i servi che non opposero resistenza al marito che eseguiva il iustus dolor, uccidendo, pur non potendolo fare, la moglie colta in adulterio. Papiniano, in D.48,5,38(37) (5 quaest.), ammette che il figlio di famiglia possa perseguire l'accusa anche senza la volontà paterna perché *vindictam..propri* doloris consequitur.

([23]) Papiniano (36 *quaest.*) in D.48,5,39(38),8 riferisce il rescritto di Antonino Pio con cui, *cum* sit *difficillimum iustum dolorem* temperare, l'imperatore riduceva la pena dell'omicidio per l'uccisione della moglie adultera, a quella dell'*opus perpetuum* e della *relegatio* in *insulam* a seconda della condizione sociale dell'uccisore. Papiniano ci apprende altresì che Marco Aurelio e Commodo si sono comportati allo stesso modo. Questi imperatori hanno punito più lievemente anche il marito che ha ucciso l'adultero oltre i limiti consentitigli (*Coll.*4,3,4 Paul, *l.s.* de adult.). Severo Alessandro (C.9,9,4) ha stabilito, in quest'ultimo caso, in nome dell'*inconsultus dolor* e della notte, la pena dell'esilio. Altri testi: D.48,8,1,5 (Marc. 14 inst.); D.29,5,3,3 (Ulp. 50 ad ed.); Coll. 4,10,2 (Pap. *l.s.* de adult.); Coll. 4,12,4 (Paul. 1. sent. sub tit. de adult.)=PS 2,26,5, in nome dell'*impatientia* iusti doloris. Sui passi, E. Levy, Gesetz und Richter *im* kaiserlichen *Strafrecht,I,* Die *Strafzumessung,* ora in *Gesammelte* Schriften, II, Koln, Graz, p.477 s.

degli originari limiti posti dalla legge Giulia alla uccisione degli adulteri ([24]). Ma tutto questo è avvenuto all'insegna del diritto imperiale, e non vi sono tracce sicure di tolleranza, nella prassi, di tendenze contra legem ([25]).

Quanto alla composizione pecuniaria, la legge Giulia l'ha severamente proibita, raffigurando in questo comportamento del marito un caso di *lenocinium* ([26]). E non sono attestati né successivi provvedimen-

---

([24]) Testi principali: il luogo di PS.2,27,1 della Zex *Rom. Visigothorum*; *lex Rom. Burg.* che rinvia ad un provvedimento di Maioriano; Iust. *nov.* 117,15; Cassiod. variar. 1.1, ep.37 (PL 69, col.533).

([25]) Queste tracce si possono scorgere solo nelle testimonianze retoriche di età del principato. Ma, se in queste testimonianze sono tratteggiati con verità i risvolti psicologici dell'adulterio manifesto, se il dramma della gelosia e del *dolor* mariti è rappresentato con autenticità, non altrettando può dirsi del diritto che si pretende applicarvi. Sono regole in forte contrasto con la Zex *Iulia* de *adulteriis* ed è plausibile che si riferiscano ad un ambiente non romano o ad un assetto giuridico anteriore rispetto all'epoca dei documenti che le attestano (così anche F. Lanfranchi, Il diritto nei *retori* romani, Milano 1938, p.439). È bene ripetere che, secondo la legge Giulia, solo il padre aveva il diritto di uccidere entrambi gli amanti. Il marito non poteva uccidere la moglie e poteva uccidere il rivale solo se era di bassa condizione sociale. Viceversa, nelle declamazioni, a partire da Seneca, così in quelle di Calpurnio Flacco come in quelle attribuite a Quintiliano, ricorre frequentemente la Zex che sembra desse, se non proprio anche ai fratelli e ai figli (Calp. *decl.*.23; 31), almeno al marito e al padre della adultera, il diritto di uccidere. La legge è detta anche ius *scriptum* (DM. 277, p.130, lin.5). Questo il testo nella formulazione di Seneca: *Adulterum cum* adultera qui deprehenderit, dum *utrumque corpus interficiat, sine* fraude sit (Sen. contr. 1,4; 9,1), per cui *adulterum cum* adultera Ziceat occidere (DM.244, p.1, lin.4-5; DM.277, p.130, lin.19-20; DM.284, p.149, lin.12; DM.286, p.151, lin.23-24; DM.335, p.319, lin.16-17) e la facoltà è per lo più esercitata dal marito oltre che dal padre. L'adultera non può essere uccisa senza l'adultero o prima dell'adultero (DM.249, p.19, lin.13-14; p.20 lin. 9-11 e 18-19). Talvolta il fatto evidenzia l'uccisione della sola adultera. Ma l'adulter deprehensus, oltre che ucciso, può anche essere accecato (DM.357, p.389 ss.). Quanto al Quintiliano delle institutiones oratoriae, i riferimenti sono quasi (in Quint. inst. 5,10,104 e 5,10,39, c'è un rinvio alla *lex...quae* prohibet *adulteram sine* adultero occidere) esclusivamente all'uccisione dell'adultero e se ne ricava, tra le complicate regole del discorso retorico, che si tratta di uccisione giustificata (Quint. inst. 3,6,17), che deve essere fatta in un certo modo [(non con il veleno (Quint. inst. 5,10,52)] o *loris* o fame (Quint. inst. 3,6,27), in un certo luogo perché in altro è reato (Quint. inst. 5,10,39). Nessun cenno ai limiti imposti dalla legge Giulia circa la bassa condizione dell'adultero che può essere ucciso ex Zege. Questi limiti erano disapplicati nella pratica? C'è inoltre il riferimento alla solita *lex* che avrebbe permesso di uccidere entrambi gli aduteri: ci si riferisce al diritto del padre della donna disciplinato dalla legge Giulia o si tratta di una concessione fatta al marito in deroga alla legge?

([26]) È opinione comune che la regola de crimine adulteri *pacisci* non Zicet, indifferentemente riferita al marito e a qualisivoglia persona, per adulterio flagrante e non, derivi dalla legge Giulia. G. Rizzelli, La *lex Iulia* de adulteriis, cit., p.134 ss., sostiene, e forse a ragione, che la legge Giulia si riferiva solo al marito. I termini tecnici sono pretium pro comperto stupro accipere. Testi principali: D.48,5,30(29),2 (Ulp. 4 de adult.); D.4,2,8 pr. (Paul.11 ad ed.); D. 4,4,37,1 (Tryph. 3 disp.); D.48,5,2,2 (Ulp. 8 disp.); D.48,5,11(10),1 (Pap.2 de adult.); D.4,2,8 pr. (Paul.11 ad ed.); D.48,2,3,3 (Paul.3 de adult.). Non si oppongono, alla derivazione dalla legge

ti tesi a rimuovere il divieto di patti e transazioni, né indulgenze nella prassi ([27]).

E le altre forme di vendetta, quali le mutilazioni e oltraggi varii? Nella tradizione testuale della legge Giulia nulla lascia intendere che essa giustificasse tali illeciti; neppure il capo quinto, relativo alla possibilità di *retinere* l'adultero flagrante per un massimo di venti ore quando non lo si volesse o non lo si potesse uccidere ([28]). Questo capitolo pare essere stato ispirato al solo scopo di consentire il procacciamento di testimoni in vista della futura accusa criminale, e non a scopi afflittivi o di vendetta ([29]).

Giulia della regola in discorso, nè D.48,5,12(11)pr. (Pap. *l.s.* de adult.), nè C.9,9,10 (M. Boháček, Un esempio *dell'insegnamento* di Berito ai compilatori, in Studi S. Riccobono, 1, Palermo 1936, p. 375 ss.).

([27]) Del tutto inaffidabile è la regola, presente nelle declamazioni attribuite a Quintiliano, secondo cui al marito *adulterum* aut *occidere* aut accepta pecunia *dimittere* liceat (DM.279, p.135 lin.23-24; p.136 lin.28-27. È presente anche la massima maritus *deprehensi* adulteri bona possideat: DM.273, p.117 lin.8), regola del resto smentita nella DM.275, p.124 lin.18-19; 25-26: Qui ob adulterium pecuniam acceperit, ignominiosus sit). A. Esmein, Le délit *d'adultère* à *Rome,* cit., p.82 con note, sostiene la sopravvivenza dell'uso delle composizioni pecuniarie, lasciando intendere che erano ammesse pur essendo *contra legem*. L'a. cita D.12,5,4 pr. e D.4,2,7,1, ma a sproposito. Che i patti e le transazioni potessero aver luogo anche se vietate, è ovvio. Ma non ci pare si possa ricavare, dai passi in discorso, che erano tollerate. Nei casi ivi prospettati la illiceità penale di chi accetta beni od obbligazioni dall'adultero scoperto in adulterio, come prezzo del riscatto o del silenzio, è sottintesa o apertamente dichiarata [v. D.4,2,7,1(Ulp.11 ad ed.) in rapporto a D.4,2,8 pr. (Paul.l1 ad ed.). D.12,5,4,pr. (Ulp. 6 ad ed.) concerne un caso di datio ob *rem turpem*]. Le soluzioni proposte a favore dell'adultero sono applicazioni generali dei principii in materia di *metus* e di datio ob rem *turpem* ove la turpitudo sia tanto nel dante quanto nell'accipiente. Queste soluzione non escludono l'imputazione, per chi ha ricevuto cose pro comperto adulterio, di lenocinio. Accede all'opinione di A. Esmein, F. Lanfranchi, Il diritto nei *retori* romani, cit., p.455.

([28]) D. 48,5,26(25) pr. (Ulp. 2 ad *leg. Iuliam* de adult.): Capite quinto Legis Iuliae ita cavetur, ut viro *adulterum* in *uxore* sua deprehensum, quem aut nolit aut non liceat occidere, *retinere* horas diurnas nocturnasque continuas non plus quam *viginti* testandae eius rei causa *sine* fraude sua iure liceat. 1 Ego arbitror *etiam* in patre id *servandum,* quod in marito *expressum* est. 2 Sed et si non in domo sua deprehenderit maritus, poterit retinere. *3* Sed *semel* remissus adulter reduci non potest. 4 Quid ergo si evaserit, an reductus custodiri *viginti* horis possit? et *putem* hic *magis* dicendum *reductum retineri* posse, testandae rei gratia. 5 Quod adicitur 'testandae eius rei *gratia',* ad hoc pertinet, ut testes inducat testimonio futuros accusatori deprehensum reum in *adulterio*. V. anche PS.2,26,3 dove, alla lettera, la facoltà di trattenere l'adultero è accordata ai vicini testando.

([29]) Da ultimo, *G*. Rizzelli, *Lex Iulia* de adulteriis, p.128. Tuttavia, il passo di Ulpiano [che forse riporta, nel principio, la lettera della legge alla quale il giurista aggiunge, nei paragrafi successivi (1- 5), la sua interpretazione] lascia qualche dubbio sull'originario significato della previsione legislativa. La legge sembra aver previsto, per il marito che non volesse o non potesse uccidere l'adultero, la facoltà di trattenerlo *sine* fraude sua, iure, (forse perché altrimenti si sarebbero violato il divieto di carcerazione privata?) testandae eius rei causa, cioè per attestare la condizione dell'adultero *(eius).* Nell'interpretazione ulpianea (o compilatoria), lo scopo

Di successivi provvedimenti imperiali volti a depenalizzare, in nome del iustus *dolor* del marito, le violenze diverse dalla morte commesse dull'adultero, non è traccia.

3. – Eppure, svariati autori che scrivono sotto il dominio della *lex Iulia,* a cominciare da Valerio Massimo per seguire con Marziale, Giovenale e Apuleio, attestano in modo irrefutabile, oltre l'uccisione, casi in cui il marito (o chi per lui) si abbandonava a mutilazioni e violenze di vario genere nei confronti dell'adultero.

Da qui l'interrogativo. Questi casi, non ammessi espressamente dalla legge Giulia, che in sé costituivano delle iniuriae o dei *crimina* (la castrazione, almeno a partire da Domiziano e da Adriano, era un crimine), godevano di una impunità di fatto, pur essendo *contra* Zegem, perché vincente sul diritto era la comune opinione del iustus doior che non doveva conoscere limiti nell'estrinsecazione della sua vendetta? O erano compiuti iure, *sine fraude,* perché sussunti nella previsione della legge, magari nella *sententia* della legge Giulia stessa?

Vediamo questi testi letterari, alcuni dei quali sembrano inclinare, ad una prima lettura, per un contrasto tra diritto e prassi.

Cominciamo da Val. Max. VI,1,13: Sed ut eos quoque, qui in vindicanda pudicitia dolore suo pro *publica* Zege usi sunt, *strictim* percuwam, *Sempro-*

---

diventa ut testes inducat testimonio *futoros* accusatori *deprehensum reum* in adulterio (par. 5), cioè per procacciare dei testimoni a favore dell'accusatore. Già nella Glossa (*Corpus* Iuris Civilis, *Digestum Novum,* Lungduni 1556, p.655 e presso altri commentatori antichi (D. Gothofredus, *Corpus* Iuris Civilis, I, Amstelodami 1663, p.725) si sollevano dubbi su queste testimonianze che avrebbero prestato testimoni recuperati 'dopo' la deprehensio in adulterio. Una testimonianza de auditu alieno? Una testimonianza relativa ad una eventuale confessione stragiudiziale dell'adultero? Testimonianze difficilmente ammissibili. Tutto ciò, unito a qualche menda nella trasmissione testuale, può avvalorare l'idea che il passo registri un adattamento dell'istituto della retentio e che in origine questa retentio, di venti ore al massimo, servisse per rendere adeguatamente pubblica la condizione dell'adultero. Ci sono accenni all'aduiter *publicus* (Apul. *met.* 7,22; Iuv. 10,312), alla fama che si perde con la flagranza dell'adulterio (Hor. sat.. 2,7,67). Una specie di censura popolare. Il corrispondente sociale della infamia giuridica che, stando a Ulp.(3 ad *leg. Iul.* et Pap.) D.23,2,43,12, colpiva l'adultera per il semplice fatto di essere stata deprehensa. Noi crediamo che il marito che non voleva (o non poteva) uccidere l'adultero e si disponeva a trattenerlo per denunciarlo alla pubblica opinione, forse non rinunciava ad esporlo anche al pubblico ludibrio ricorrendo, durante la retentio, a quegli oltraggi di cui si parla nel testo. A questo proposito è significativo l'accenno all'adultero flagrante che teme non solo la morte ma anche i vincula in D.4,2,4,1 (Ulp.11 ad ed.). I frequenti richiami plautini ai termini intestabilis, testibus presentibus (Plaut. *Curc.* 29-30; *Mil.* 1417), intestatus (Plaut.Mil. 1416), salvis testibus (Plaut. *Mil.* 1421), termini giocati sul doppio senso, evocano al tempo stesso una contestazione pubblica dell'adulterio flagrante e il compimento di atti oltraggiosi sull'adultero. In diversa prospettiva, v. A. Esmein, Le délit *d'adultère* à *Rome,* cit., p.82 s.

nius Musca, C. Gellium deprehensum in adulterio flagellis cecidit, C. Memmius L. Octavium similiter deprehensum pugnis contudit, Carbo Attienus a Vibieno, item Pontius a P.Cerennio deprehensi castrati sunt. Cn. etiam Furium Brocchum qui deprehenderat familiae stuprandum obiecit. Quibus irae suae indulsisse fraudi non fuit.

Valerio Massimo racconta di alcuni mariti che per vendicare la pudicizia fecero uso non della *lex publica* ma del loro *dolor:* Chi ha colpito con flagelli o pugni l'adultero flagrante, chi lo ha castrato, chi lo ha catturato per offrirlo allo stupro della sua *familia*. L'essersi abbandonati alla propria ira non costituì reato. È una testimonianza storicamente indefinibile. I nomi menzionati non sono altrimenti noti e secondo l'opinione corrente (30) si tratta di personaggi vissuti nel corso dell'ultimo secolo della repubblica. Le stesse incertezze concernono l'identificazione della *lex publica* ivi menzionata (31). Può darsi che lo storico si riferisca agli usi in vigore precedentemente la legge Giulia. Ma il richiamo ad una *lex publica,* 'in luogo' (non vediamo quale altro significato attribuire a *pro)* della quale i mariti traditi avrebbero usato il loro dolore, unito alla circostanza che Valerio Massimo scrive sotto Tiberio, e quindi in piena vigenza della legge Giulia, autorizza a pensare che lo storico avesse in mente questa legge, pur riferendovi casi precedenti. Se così fosse, quale significato attribuire alle parole 'in luogo della legge pubblica fecero uso del loro dolore'? Forse che questi casi andarono impuniti nonostante i mariti avessero agito *contro* la legge Giulia? Il senso potrebbe essere non che quei mariti andarono contro la legge pubblica, ma che preferirono, invece dell'esercizio dell'accusa pubblica, vendicarsi. E questa interpretazione (sempre ammesso che la *lex publica* di cui si tratta sia identificabile con la *lex Iulia de adulteriis),* farebbe salva la possibilità che la legge Giulia ammettesse tali forme di vendetta, altrimenti esclusa da una interpretazione antinomica tra *dolore suo...usi sunt* e *pro lege publica.* Del resto, l'ultima frase *quibus irae suae indulsisse fraudi non fuit,* echeggia il significato tecnico di *sine fraude* (32), nel rinviare a cause di giustificazione, legalmente sancite, per comportamenti altrimenti sanzionabili (33).

---

(30) Per tutti, G. Rizzelli, La *lex* Iulia de *adulteriis,* cit., p.271 nt.17.

(31) H. Küger, M.Kaser, Fraus, in ZSS. 63 (1943)p. 127 nt. 13, vedono un rinvio alla disciplina dell'omicidio. Infatti gli autori isolano, nel passo di Valerio Massimo, i soli casi di uccisione dell'adultero. Ma *flagellis* caedere e pugnis contundere non è affatto detto che rimandino all'uccisione dell'adultero. Il significato di base di caedere è 'colpire' (D.47,10,5,1: caedere cum dolore e *sine* dolore) e lo stesso dicasi di tundere. Forse non è un caso che Hor. sat. 1,2,41-42 specifichi *flagellis* ad mortem caesus.

(32) Per restare in materia di adulterio e di giustificazione di comportamenti altrimenti illegali, v. *Coll.* 4,2,3; D.48,5,26(25) pr.

(33) H.Krüger, M.Kaser, loc. cit.; D. Dalla, L'incapacità sessuale in diritto romano, Milano 1978, p. 71 s., il quale assume la legalità della prassi documentata nel testo di Valerio Massimo con riferimento all'ultimo secolo della repubblica.

Anche negli epigrammi di Marziale è documentato lo stesso fenomeno di atti di violenza diversi dalla morte, commessi dai mariti sull'adultero. Precisamente la mutilazione, soprattutto del volto (la mutilazione del naso si avvia a caricarsi della simbologia sinistra che assume, come pena, in ambiente bizantino). Leggiamo Mart. III,83: Foedasti *miserum, marite, moechum,*/ et se, qui fuerant prius, *requirunt*/ trunci naribus auribusque *voltus*./ *Credis* te satis esse *vindicatum?*/ *Erras:* iste potest et *irrumare*.

Ancora Mart. III,85: Qui tibi persuasit naris abscidere *moecho?*/ Non hac *peccatum* est parte, *marite, tibi.*/ *Stulte,* quid egidti? *Nihil* hic perdidit *uxor,*/ *cum* sit salva tui mentula Deiphobi.

Anche per Marziale la stessa domanda. Questi atti erano *contra* Zegem, e di fatto tollerati, oppure avevano una 'copertura' giuridica? C'è particolarmente un luogo che autorizza questo interrogativo. Vediamo Mart. II,60: *Uxorem* amati futuis, puer *Hylle, tribuni,*/ *supplicium tantum* dum puerile *times*./ *Vae* tibi: dum Zudis, castrabere. *Iam mihi dices*/ «*non* Zicet *hoc*». Quid? *Tu* quid facis, *Hylle,* Zicet? I1 poeta avverte Illo che a frequentare la moglie del tribuno può incorrere nella castrazione. I1 giovane amante osserva che la castrazione è vietata. Quindi si potrebbe essere indotti a credere che quando la castrazione aveva luogo contro l'adultero, essa era *contra* Zegem. Ma il poeta risponde: 'tu quid facis, *Hille,* Zicet?'. E queste parole suggeriscono che quando la castrazione era una risposta all'azione dell'adulterio, essa era *secundum* Zegem (34).

Apuleio vive nell'età degli Antonini. Sono sicuri i riferimenti all'uccisione del *publicus* maritus, del *communis omnium* aduiter (35), ma anche all'*obtruncatio* di tutto il corpo, ed espressamente alla castrazione. Ricorre il termine *detestatio* (36).

Teniamo per ultimo Giovenale, che vive sotto Traiano ed Adriano. Egli parla della madre che, raccolta in preghiera nel tempio di Venere, sottovoce chiede il dono della bellezza per il figlio che porta nel grembo. E il poeta si domanda a che pro. Il figlio con un bell'aspetto tiene sempre i genitori in angoscia e trepidazione tanto più che è raro che la bellezza si accompagni al pudore. Un figlio bello corre pericoli. Diventerà un adultero pubblico e temerà tutte le pene che l'adultero deve ai mariti irati. Anche lui cadrà nella

---

(34) Esattamente Antonii Matthaei, De *criminibus* ad Zib. *XLVII* et *XLVIII Dig. Commentarius,* tom.I, Neapolis MDCCLXXII, p.317 s:...Ac licet Adrianus atque Domitianus, novissime quoque Iustinianus vetuerint mares excindi..., non tamen de deprehensis in adulterio hi loquuntur, sed iis dumtaxat, qui libidinis, aut quaestus pomerciive causa castrantur. Itaque praeterquam quod veteribus hoc factitatum fuerit, etiam nulla lex in libris nostris reperitur, quae vetet..Quibus versiculis Poeta quoque responsionem nostrarn confirmare videtur, nempe constitutiones, quae mares castrari vetant, ad deprehensos in adulterio non pertinere. V. anche D. Dalla, La capacità sessuale in diritto romano, cit., p.73 '...all'adultero vengono addebitate le conseguenze della reazione dell'offeso'.

(35) Apul. *met.* 7,22.

(36) Apul. *met.* 7,23.24.

rete. E quel dolore (del marito tradito) esige talvolta più di quanto nessuna legge abbia concesso al dolore: questo uccide con il ferro, quello tronca con cruente verberazioni e anche i mugili penetrano taluni adulteri. Si legga Iuv. 10, 311-317: Fiet *adulter/* publicus et poenas metuet *quascumque maritis/* iratis debet, nec *erit facilior astro/* Martis, ut in laqueos *numquam* incidat. Exigit *autem/ interdum ille* dolor plus *quam* lex ulla *dolori/ concessit*: necat hic *ferro,* secat *ille cruentis/* verberibus, quosdam *moechos* et *mugilis* intrat.

Anche qui, dobbiamo forse intendere che il marito, nel compiere atti di violenza e mutilazioni sull'adultero (non nell'uccidere, perche' sappiamo che a certe condizioni poteva farlo) esercitava un potere di fatto che nessuna legge gli aveva mai riconosciuto? Così intendendo, si deve dedurre che la legge Giulia non consentiva simili forme di violenza e che esse godevano di una impunità di fatto. Ci pare piuttosto che il poeta voglia dire che quanto è concesso al dolore come causa di giustificazione per il marito tradito, è più di quanto qualsiasi legge pubblica abbia mai concesso al dolore; in generale, non in materia di adulterio. E questa interpretazione fa salva la possibilità che le concessioni al dolor *mariti* avessero un riconoscimento nel diritto.

4. – Ed infatti crediamo che simili atti di violenza, già compiuti iure in epoca precedente alla legge Giulia, lo siano stati anche dopo, perché fatti rientrare nella sententia della legge stessa ad opera dei giuristi. Non ci restano al riguardo che poche parole di Papiniano. Si legga

D. 48,5,23(22),3 (Pap. 1 adult.): Sed qui occidere potest adultemm, multo *magis* contumelia poterit iure adficere.

Già gli scolii bizantini ci avvertono che si tratta di un argomento interpretativo a *maiore* ad *minus* ([37]), e quindi chi aveva la facoltà di uccidere poteva anche commettere ingiurie meno gravi della morte:

schol. πολλῶ δὲ μάλλον καὶ ἔυβρίζειν] ad B.60,37,23,3 (Heimb.V, p. 730): Εἰ φονεύειν ἔξεστι, πολλῶ μᾶλλον καὶ ἐνυβρίζειν· ὦ γὰρ τὸ πλεῖστον ἔξεστι, τούτω *xai* τὸ ἔλαττον.

Dentro l'uccidere ci sta il mutilare ed altro. Gli studiosi dei secoli scorsi ([38]), ritenevano che Papiniano si riferisse proprio ai sopra visti atti di violenza vendicativa, mutilazioni varie, castrazione, percosse, il costringe-

---

([37]) B. Vonglis, Le Zettre et *l'ésprit* de *la* Zci dans Zi jurispmdence *classique* et la rhétorique, Paris 1967, p.137. Sulle forme di interpretazione, da parte dei giuristi classici, delle leggi istitutive di iudicia *publica,* v. R. A. Baurnan, The Leges *iudiciorum* publicomm and their *interpretation* in the Republic, *Principate* and *late* Empire, in ANRW,II,13, Berlin, New York 1980, p.126 ss.

([38]) J. Cujacii, ad libr. I Aem. Pap. de *adulteriis* comment., in Opera, IV, Prati 1837, col 2821; A. Mattheus, De criminibus, II, cit., **p.317;** J. Voet, *Commentarius* ad Pandectas, II, Coloniae 1757, p.874.

re l'adultero ad andarsene nudo ed altro. Nella letteratura moderna questo collegamento tra la testimonianza di Papiniano e le sevizie sull'adultero documentate dalle fonti letterarie, appare negletto ([39]). E ci sembra utile riproporlo all'attenzione degli studi romanistici. Plausibilmente, i giuristi hanno sostenuto questa interpretazione ben prima di Papiniano ([40]), forse fin dal momento della emanazione della legge Giulia, per neutralizzare il conflitto venutosi a determinare tra gli usi correnti in materia di *dolor mariti* e il testo di una legge che non includeva ([41]) le sevizie tra gli atti di vendetta che potevano compiersi *iure* sull'adultero flagrante.

ABSTRACT

Also after enactment of the *lex* Iulia de adulteriis, violence acts (rape, castration, etc.) against the manifest adulterer were lawful. Adulterer's killing, admitted by the *lex* Iulia, offered an *argumentum* a *maiore* ad *minus* [principal text: D.48,5,23 (22),3].

Gli oltraggi all'adultero sorpreso in flagranza erano leciti anche dopo l'emanazione della *lex* Iulia de adulteriis. La possibilità di uccidere l'adultero manifesto, contemplata dalla legge, offriva ai giuristi un *argumentum* a *maiore* ad *minus* per sostenere la liceità degli oltraggi [testo principale: D.48,5,23 (22),3].

([39]) Da ultimo G. Rizzelli, *Lex* Iulia de adulteriis, p.10 nt.7;128 nt.20. L'a. non manca di sottolineare, a commento del passo di Papiniano, che i giuristi hanno tratto argomento dal ius occidendi accordato dalla legge, per riconoscere la facolta di infliggere contumeliae all'adultero. Certamente non si trattava di insulti o di un generico maltrattamento. Nessun cenno alla tipologia di queste contumeliae in U. von Lubtow, *Zum römischen Injurienrecht,* in Labeo 15 (1969) p.163 nt.290; J.A.C.J. Van de Wouw, Papinians *libri* duo de adulteriis, in Tijds. 41(1973) p.317.

([40]) E nei termini più ampi, oltre i limiti che una lettura formalistica del passo di Papiniano sembra suggerire. Il qui occidere potest *adulterum* non può riferirsi solo al pater (nel paragrafo successivo, come acutamente osserva Rizzelli, La *lex* Iulia de *adulteriis,* cit., p. 128 nt.20, il discorso si allarga dal padre al marito). Inoltre, la facoltà di contumelia *adficere* l'adultero, riconosciuta da Papiniano a chi aveva il ius occidendi, non va intesa come esercitabile, da parte del marito, sul solo adultero di bassa estrazione, solo sul quale, a rigori, il marito aveva il ius occidendi.

([41]) Forse deliberatamente: D. 48,5, 23(22),4.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova serie - Vol. XII (1998)

FAUSTO GIUNTA

QUALE DISCIPLINA PER L'IMPUTABILITÀ?
Riflessioni in margine al nuovo codice penale spagnolo (*)

1. – È esperienza comune a molti ordinamenti, che il fluire, a tratti dirompente, della moderna produzione normativa scavi un solco profondo tra un presente, destinato a un precoce invecchiamento, e una rappresentazione del futuro, inevitabilmente incerta. In questo contesto, l'entrata in vigore di un nuovo codice non può che esprimere una tendenza di segno opposto: mirando a creare un presente legislativo durevole, l'idea stessa della codificazione costituisce la più ambiziosa ipoteca del futuro consentita al legislatore. Da qui l'importanza in ogni caso storica di un nuovo codice. Nel settore disciplinare in cui interviene, il codice è destinato a svolgere una funzione regolativa di base, e si comprende che la sua comparsa alimenti legittimamente le massime aspettative.

Nella materia penale, tali aspettative non possono non riguardare, con comprensibile priorità, il necessario ripensamento degli istituti-cardine della parte generale, rispetto ai quali l'istanza di una riforma organica trova una legittimazione politico-criminale più marcata. In effetti, l'attitudine della parte generale a esprimere compiutamente le peculiarità del tipo di disciplina penale fa sì che la sua capacità di evolversi attraverso riforme settoriali sia meno spiccata di quella della parte speciale, quale catalogo dei fatti vietati, espressivo soprattutto dell'ambito di estensione della tutela penale.

L'esperienza legislativa italiana conferma del resto l'assunto: per quanto risultasse apprezzabile e addirittura necessitato lo sforzo innovativo, raramente l'impatto delle riforme settoriali intervenute nella parte generale è stato privo di disfunzioni per l'armonia del sistema. La dilatazione operativa del reato continuato, i tanti rimaneggiamenti della sospensione condi-

(*) E il testo della comunicazione presentata al Convegno sul tema: Verso un nuovo Codice penale: i principi generali, gli interessi emergenti ed i reati economici considerati alla luce del nuovo Codice Penale Spagnolo (Trento, 25 e 26 ottobre, 1996).

zionale della pena, la riforma «a rate» della disciplina delle circostanze, le innovazioni introdotte nel campo della pericolosità sociale, solo per citare alcuni degli interventi più significativi, hanno presentato notissimi difetti di coordinamento con gli istituti non modificati e con le linee portanti della parte generale del codice. Certamente, risultati di tal fatta possono essere dipesi anche dall'imperizia del legislatore e dalla disarmonia delle scelte politico-criminali, che hanno caratterizzato parte delle recenti imprese riformistiche. È anche vero però che, per la sistematicità caratteristica della *parte generale*, è difficile intervenire significativamente su un *corpus* normativo (per di più logorato dal tempo, come il nostro), con l'intento di rinnovarlo nelle idee, mantenendone l'originaria coerenza funzionale.

Naturalmente, i rilievi che precedono non intendono orientare il giudizio verso un incondizionato apprezzamento di ogni opera di ricodificazione della *parte generale;* né intendono esprimere adesioni altrettanto aprioristiche sull'opportunità o meno delle scelte codificatorie, che di recente sono maturate all'estero (1). È anche vero però che un nuovo codice, se non deve contenere necessariamente soluzioni innovative, non può non tendere a un miglioramento dello stato della legislazione. E in questo contesto l'analisi del nuovo codice penale spagnolo, ultimo frutto dell'odierna stagione riformistica, risulta di grande aiuto anche per il giurista italiano, che non voglia trascurare la vetustà dell'assetto codicistico con cui si confronta quotidianamente.

In effetti, una scorsa anche rapida alla *parte generale* del nuovo codice penale spagnolo testimonia come la riforma abbia comportato un ripensamento degli istituti-cardine del diritto penale, che ha migliorato indubbiamente la preesistente normativa. Talvolta, però, il peso della tradizione legislativa ha smorzato la spinta innovativa. Significativa è al riguardo la disciplina dell'imputabilità, che merita attenzione sia per la sua decisiva incidenza nell'attuazione del principio di colpevolezza e più in generale per la sua fondamentale funzione di cerniera tra la teoria del reato e la teoria della sanzione penale, sia per la portata dell'intervento riformatore (2). In linea generale, infatti, non può negarsi che il nuovo codice penale spagnolo contribuisce ad affermare un modello di disciplina attento alle scienze antropologiche e dunque aderente alla realtà. Ad un tempo, però, una siffatta scelta sembra essere contenuta nelle maglie di una disciplina che, confor-

---

(1) In argomento cfr. i contributi raccolti in AA.VV., *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto,* Padova, 1995; per un quadro comparatistico, v. anche V. MILITELLO, *Il diritto penale nel tempo della «ricodificazione». Progetti e nuovi codici penali in Francia, Italia, Spagna e Inghilterva,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1995, p. 758 s.

(2) Cfr. F. MORALES PRATS, in *Comentarios al Nuevo Código Penal,* a cura di G. Quintero Olivares, Pamplona, 1996, p. 135, che osserva come la disciplina dell'imputabilità rappresenti una delle riforme più radicali introdotte dal nuovo codice penale del 1995.

memente a una diffusa tradizione legislativa, cerca nell'apporto della nosografia un contributo all'affermazione del principio di colpevolezza che, oltre una certa misura, solo più coraggiose valutazioni funzionalistiche possono dare.

2. – A differenza di quanto accade nella nostra legislazione, che indica l'imputabilità come capacità di intendere e di volere (art. 85), il nuovo codice penale spagnolo si astiene opportunamente dal definire il concetto di imputabilità ([3]), riservando alla scienza del diritto penale il compito della sua elaborazione dogmatica. Invero, fermo restando che anche per la dottrina spagnola dominante l'imputabilità è un presupposto della colpevolezza in senso normativo ([4]), dal punto di vista legislativo quel che rileva sono piuttosto le cause di esclusione dell'imputabilità, che, tanto nel nuovo codice, quanto in quello previgente, costituiscono il vero oggetto della disciplina. Semmai, il rispetto della tradizione legislativa previgente può risultare meno giustificato nella scelta, del resto puramente sistematica, di trattare le cause di esclusione della imputabilità assieme alle scriminanti, come per l'appunto accadeva già nell'art. 8 del codice penale abrogato.

Orbene, nel nuovo codice penale spagnolo il perno della disciplina dell'imputabilità è costituito dall'art. 20, che individua tre ipotesi di non-imputabilità dell'agente maggiore di anni 18, la cui formulazione e regolamentazione è per diversi aspetti simile al disposto dei §§ 20 e 21 StGB.

Per via della sua portata più generale, la principale di dette ipotesi è quella di cui al n. 1, dove si dispone l'irresponsabilità di colui che, a causa di qualunque anomalia o alterazione psichica, non è in grado di comprendere l'illiceità del fatto e di comportarsi di conseguenza. La significatività della riforma, sul punto, si coglie agevolmente ove si consideri che, in modo più sintetico, il testo del corrispondente art. 8 n. 1 del vecchio codice, ancorava la non-imputabilità allo status di alienato che agisce nella situazione di turbamento mentale transitorio. Una formula, quest'ultima, che, da un lato, non indicava quali effetti dell'incapacità di autodeterminarsi liberamente dovessero tenersi presenti affinché l'agente potesse considerarsi penalmente irresponsabile; dall'altro lato, ancorava la nozione di imputabilità a un concetto — quello di alienazione — che, nel tentativo di

---

([3]) Sul punto v. G. QUINTERO OLIVARES, Derecho penal, Parte generai, 2ª ed., Barcelona, 1992, p. 487; F. MORALES PRATS, Omnis definitio in jure periculosa? *El* problema de Zas definiciones en *el* codigo penai *español* y en *el* proyecto de codigo *penal* de 1992, in Omnis definitio in jure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale, Studi coordinati da A. Cadoppi, Padova, 1996, p. 304 s.

([4]) Cfr. per tutti F. MUÑOZ CONDE, M. GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal,* Parte general, 2ª ed., Valencia, 1996, p. 375. Per questo acquisito insegnamento, nella nostra manualistica, v. per tutti F. MANTOVANI, Diritto penale, Parte generale, 3ª ed., Padova, 1995, p. 643.

dare una solida base nosografica all'esenzione da responsabilità, risultava equivoco e polisenso (5), in quanto non corrispondente a una nozione psichiatrica definita (6).

Ma veniamo ai contenuti del nuovo testo dell'art. 20 n. 1, che, come si è detto, fa discendere il giudizio di non-imputabilità dalla presenza di una causa, identificata in una qualunque anomalia o alterazione psichica, e del suo effetto, consistente nell'incapacità di comprendere l'illiceità del fatto e di comportarsi di conseguenza.

Per quanto concerne la causa della inimputabilità, non può farsi a meno di osservare che, con una formula opportunamente sintetica e onnicomprensiva, il legislatore spagnolo dà espressa rilevanza a «qualunque anomalia o alterazione». La tecnica normativa utilizzata ha il pregio di disancorare il giudizio di imputabilità da una casistica legislativa che, anche quando non risulta imprecisa ab origine, è fatalmente destinata a essere superata nel tempo, stante la continua evoluzione del sapere scientifico nel campo della psichiatria e della psicologia (7). Ne consegue che, in definitiva, la causa dell'inimputabilità risulta definita in ragione della sua natura. L'art. 20 n. 1, infatti, specifica che tali anomalie o alterazioni devono essere di tipo psichico.

La questione — com'è intuitivo — è oltremodo delicata, perché il carattere psichico, che devono presentare le anomalie e le alterazioni per poter escludere l'imputabilità, potrebbe voler inclinare il piano dell'imputabilità sul versante delle valutazioni di tipo patologico (8). In altre parole: ancorando il giudizio di non imputabilità alla presenza di un'anomalia o alterazione psichica, l'art. 20 n. 1 parrebbe mantenersi nel solco di quella tradizione legislativa, radicata in molte codificazioni europee, che collega l'imputabilità a una nozione nosografica, se non addirittura biologica, dell'incapacità di intendere e di volere. Nel suo significato complessivo, la formula utilizzata dal codice penale spagnolo non sembra cioè dissimile nemmeno da quella utilizzata dal nostro art. 88, che, come noto, àncora il vizio totale di mente al concetto di infermità, quale causa di esclusione della capacità di intendere e di volere. In entrambi i casi, si muove dall'idea che, ai fini del giudizio di imputabilità, le anomalie non patologiche della perso-

---

(5) Cfr. G. QUINTERO OLIVARES, *op.* cit., p. 492. Il testo dell'art. 8 n. 1, del resto, figurava ancora nell'*Anteproyecto* del codice penale del 1992 (art. 19 n. 1). La formula poi accolta dal codice vigente compare invece nell'*Anteproyecto* del 1994.

(6) V. sul punto i rilievi di J. M. RODRIGUEZ DEVESA, A. SERRANO GOMEZ, Derecho *penal* espanol, Parte general, 18ª ed., Madrid, 1995, p. 591; l'interpretazione letterale del concetto di alienazione — si osserva — conduce in un vicolo cieco. E si aggiunge: poiché alienato significa estraneo a se stesso, l'idiota, sempre uguale a se stesso, diventerebbe il prototipo della persona imputabile.

(7) In tal senso v. anche G. QUINTERO OLIVARES, *op. loc. cit.*

(8) In argomento, per ulteriori rilievi, v. I. SANCHEZ YLLERA, in *Comentarios* al *Código Penal* de 1995, Valencia, 1996, p. 113 s.

nalità non debbano avere rilievo in linea di principio, ma al più in via di eccezione e in casi espressamente definiti.

Così facendo, però, al filtro dell'imputabilità sfuggiranno, tra le altre ipotesi, non solo il caso di scuola del *rusticus* che proviene da una civiltà incommensurabilmente diversa dalla nostra e, per tale ragione, può non comprendere il senso sociale del suo comportamento, ma anche i ben più verosimili fatti di reato realizzati nello sconvolgimento provocato dagli stati emotivi e passionali. Per non considerare poi i problemi di valutazione che pongono gli stati *border-line,* il cui inquadramento nel campo delle patologie psichiatriche è assai discusso, con la conseguenza di far dipendere il giudizio di responsabilità penale anche dalla formazione dello psichiatra nominato come perito. Non può escludersi, cioè, che la formula utilizzata dal nuovo codice penale spagnolo rafforzi quella giurisprudenza, formatasi sotto la vigenza del codice previgente, che considera come semplici cause di attenuazione della pena le psicopatie e le sociopatie anche gravi (9).

Quanto all'effetto che devono presentare le anomalie e le alterazioni per escludere l'imputabilità, merita attenzione la specificazione, contenuta nell'art. 20 n. 1, secondo cui il giudizio di imputabilità deve essere formulato in relazione alla capacità dell'agente di comprendere la illiceità del fatto e di comportarsi conseguentemente. Questa precisazione, che del resto è presente negli stessi termini nel codice penale tedesco, introduce un parametro di tipo normativo, che contiene un importante riferimento teleologico, finalizzato a orientare il giudizio e a rendere più preciso il contributo del responso peritale. Si può dire dunque che, con l'abbandono della concezione meramente biologico-psichiatrica dell'imputabilità precedentemente accolta (10), anche il codice penale spagnolo vigente adotta quella nozione mista dell'imputabilità (anche detta psichiatrico-normativa), accolta in non pochi codici penali (11).

Sennonché, ferma restando l'opportunità di assegnare alla nozione di irnputabilità una dimensione normativa, qualche perplessità può destare la scelta di assumere come punto di riferimento la capacità dell'agente di comprendere il carattere illecito del fatto. In tal modo, infatti, il giudizio di imputabilità, assumendo una struttura non dissimile a quella che caratterizza la rilevanza scusante dell'*error* iuris, finisce per valorizzare soprattut-

---

(9) Sul punto v. in senso critico F. MORALES PRATS, Le *alteración* en *la percepción* contenido y *límites* (art. 8.3. CP), in CPC, 1990, p. 79 s.

(10) Cfr. J. BUSTOS RAMIREZ, *Manual* de derecho penai, Parte *general,* 4ª ed., Barcelona, 1994, p. 484, che osserva come l'art. 8, assumendo un punto di partenza naturalistico-causale, individua situazioni di esclusione da responsabilità fondate sullo sviluppo biologico o sulle caratteristiche psicopatologiche del soggetto.

(11) In argomento, v. ampiamente M. BERTOLINO, *L'imputabilità* e il vizio di *mente* nel sistema penale, Milano, 1990, p. 289 s.

to le alterazioni e le anomalie che interessano la dimensione intellettiva del processo di autodeterminazione dell'agente. Ciò sembra il frutto di un più generale condizionamento culturale: l'aver studiato l'imputabilità con riferimento prevalente ai reati dolosi, dove fondamentale è il ruolo della rappresentazione. Per converso, il riferimento alla conoscenza della illiceità del fatto rischia di svalutare la rilevanza scusante di quelle alterazioni e anomalie delle componenti volitive dell'agire umano, che possono convivere con la consapevolezza del carattere illecito del comportamento. Si tratta di ipotesi che non sembrano prive di una loro plausibilità teorica, sia con riferimento a comportamenti dolosi (si pensi, per esempio, al caso di colui che non riesce a dominare l'impulso allo stupro per anomalie che attengono ai suoi poteri inibitori), sia nel campo dei reati colposi e omissivi, e segnatamente in quello della *culpa in omittendo* (si pensi al casellante che non riesce a mantenersi vigile, pur sapendo che il suo assopimento potrebbe causare un disastro ferroviario, severamente punito dalla legge). In questi ultimi casi, un'adeguata attenzione alle eventuali alterazioni della sfera volitiva potrebbe valorizzare il presupposto della responsabilità colpevole.

Infine, va ricordato che l'art. 20 n. 1 mantiene la previsione della rilevanza scusante del turbamento mentale transitorio, che nel codice penale abrogato veniva individuato in un disturbo temporaneo e avente un'origine esogena ([12]), come nel caso dell'ubriachezza o intossicazione da stupefacenti, dovute a circostanze fortuite, Se, com'è plausibile, il legislatore spagnolo del 1995 ha inteso accogliere l'anzidetta accezione di turbamento mentale transitorio, la previsione della sua rilevanza scusante, da un lato, assume un ambito operativo circoscritto, dall'altro lato conferma che con l'inciso «anomalie o alterazioni psichiche» l'art. 20 n. 1 abbia inteso fondare una nozione nosografica di imputabilità.

3. – La scelta di ancorare l'imputabilità al concetto nosografico di anomalia e alterazione psichica trova importanti integrazioni e parziali correzioni nell'art. 20 nn. 2 e **3.** In effetti, riproponendo il disposto dell'art. 8 n. 3 del codice previgente, l'art. 20 n. 3 stabilisce l'esenzione da responsabilità per colui che, a causa di alterazioni della percezione di cui è affetto dalla nascita o dall'infanzia, presenta una grave alterazione della coscienza. Com'è intuitivo, il riferimento va anche al sordomutismo che — è noto — nel nostro codice è oggetto di un'apposita previsione specificativa del principio che identifica imputabilità e capacità ([13]). Ma la vera novità del codice spagnolo in materia di imputabilità è contenuta nell'art. 20 n. 2, là dove si dà rilievo allo stato di intossicazione piena per il consumo di alcolici e stupefacenti, sempre che il soggetto si trovi in uno stato di dipendenza da tali sostanze e il reato sia stato

([12]) Cfr. G. QUINTERO OLIVARES, *op. cit.*, p. 593.
([13]) Cfr. T. PADOVANI, *Diritto penale*, 3ª ed., Milano, 1995, p. 234.

commesso durante una crisi di astinenza, che abbia impedito di comprendere la illiceità del fatto e di comportarsi di conseguenza.

Questa norma, colmando una lacuna del codice previgente, prende posizione sul dibattuto problema dell'imputabilità del tossicodipendente. Mentre la normativa previgente consentiva a una giurisprudenza per lo più rigorista di riconoscere l'inimputabilità solo per i fatti commessi sotto l'influenza di sostanze stupefacenti (14), il nuovo codice penale spagnolo estende il giudizio di irresponsabilità penale anche ai reati commessi durante lo stato di astinenza. Un risultato, questo, cui perviene parte della nostra giurisprudenza, anche in mancanza di un'apposita previsione legislativa. La crisi di astinenza — si osserva — presuppone uno stato di dipendenza e un'affezione cronica da sostanze stupefacenti; talché l'ipotesi ricadrebbe già nell'ambito dell'art. 95 c.p. (15), che, come noto, prevede l'imputabilità per i fatti commessi in stato di cronica intossicazione prodotta da alcool o da sostanze stupefacenti.

4. – Queste brevi notazioni sull'evoluzione legislativa spagnola in materia di imputabilità non possono non richiamare l'attenzione sullo stato della legislazione italiana sul punto, anche in considerazione del fatto che l'imputabilità è certamente tra gli istituti del nostro codice, che più mostrano i segni del tempo.

Nondimeno, bisogna anche osservare come, nonostante la disciplina contenuta negli artt. 85-89 c.p. sia inadeguata alla piena valorizzazione del principio di colpevolezza (se non altro perché l'imputabilità era concepita dal legislatore del 1930 come condizione personale per l'applicazione della pena), la dottrina e parte della giurisprudenza hanno saputo rigenerare il sistema in via interpretativa. Poiché, mai come in questa materia, le parole del legislatore finiscono per volgarizzare quei concetti che si pretende di fissare in modo scientifico, l'interprete ha potuto sfruttare le crepe della legislazione per attenuarne gli anacronismi del contenuto dispositivo. Così, l'identificazione dell'imputabilità con la capacità di intendere e di volere, di

---

(14) Per un quadro della giurisprudenza spagnola sull'imputabilità del tossicodipendente, a partire dalla pronuncia del Tribunale Supremo del 16 settembre 1982 fino alle più recenti risoluzioni favorevoli alla concessione dell'attenuante analogica della responsabilità (art. 9 n.10 del vecchio c.p.), v. N. GARCIA RIVAS, *El toxicomano ante la ley penal española: entre el viejo y el nuevo codigo penal de* 1995, in *questi Annali*, 1996, p. 1 s. V. anche FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO de 1992, *Imputabilidad del drogodipendendiente según la jurisprudencia más reciente del Tribunal supremo*, in *RDPCrim.*, 1992, p. 971 s.

(15) Cfr. Trib. Roma, 9 gennaio 1980, D'ippoliti, in *Foro it.*, 1980, II, c. 701, che conclude per la sussistenza del vizio parziale di mente. Con argomentazione solo in parte diversa, v. anche Cass. pen., sez. III, 22 novembre 1983, Gatto, in *Riv. giur. ambiente*, 1986, p. 564, che riconduce la crisi di astinenza al concetto di vizio di mente.

cui all'art. 85 c.p. è stata trasformata in via interpretativa da mera definizione legislativa in norma di disciplina, avente una portata generale e residuale rispetto alle ipotesi specificatamente considerate negli articoli successivi ([16]). Si è pervenuti, cioè, alla conclusione che le ipotesi di esclusione dell'imputabilità non siano solo quelle tassativamente previste dagli artt. 88 e seg., ma esista una valvola di salvezza anche in un sistema, come il nostro, basato sul *numerus clausus* delle ipotesi di inimputabilià ([17]).

E ancora: non diversamente da quanto è accaduto nella legislazione spagnola previgente, dove la nozione di alienazione non ha impedito di scavalcare il paradigma nosografico ([18]), con riferimento al nostro art. 88 c.p. è noto che il concetto di *infermità* è stato variamente interpretato dalla giurisprudenza. L'adozione di un paradigma a volte nosografico, anche se non necessariamente organico-biologico ([19]), altre volte psicologico ([20]), altre volte ancora sociologico ([21]), ha fatto sì che il concetto di infermità assumesse significati diversi, fino a comprendere alterazioni mentali che, secondo un diverso paradigma di malattia mentale, non sarebbero tali ([22]), come le reazioni c.d. a corto circuito che sono caratteristiche delle psicopa-

---

([16]) Una siffatta conclusione si fonda sull'argomento del divieto di interpretazione abrogante; in effetti, se avesse solo un valore definitorio, l'art. 85 c.p. sarebbe una norma del tutto inutile. Cfr. T. PADOVANI, *op. cit.*, p. 235.

([17]) Per questa via si è riconosciuta rilevanza scusante al già considerato caso del selvaggio che, provenendo da una civiltà assai diversa dalla nostra, ha commesso il fatto «prima di aver subito un adeguato processo di acculturazione». Così T. PADOVANI, *op. loc. cit.*, che sottolinea però l'impossibilità di dilatare lo spazio operativo «autonomo»dell'art. 85 per eludere surrettiziamente le restrizioni imposte dagli artt. 87, 90, 92 e 93.

([18]) Cfr. G. QUINTERO OLIVARES, *op.* cit., p. 492 s.; l'A. osserva che, proprio per la loro a-scientificità e, conseguentemente, per il fatto di non avere un significato del tutto determinato, le espressioni «alienato»e «turbamento»di cui all'art. 8 n. 1 del codice spagnolo abrogato possono dare rilevanza a molti stati mentali. V. anche J. M. RODRIGUEZ DEVESA, A. SERRANO GOMEZ, *op. cit.*, p. 595.

([19]) V. Cfr. Cass. pen., sez. IV, 26 settembre 1991, Leone, in *Giust.* pen., 1992, II, c. 167; ID., sez. I, 26 novembre 1986, Corbatto, in *Cass.* pen., 1990, p. 1039. Per la nozione organico-biologica, v. di recente Cass. pen., sez. V, 19 novembre 1997, n. 1078, Paesani, *Ced Cassazione,* 1998.

([20]) Cfr. ad esempio Cass. pen., sez. I, 23 marzo 1987, Esposito, in Foro it., 1988, II, c. 504. V. anche Corte ass. app. Milano, 13 marzo 1989, Radaelli, in Riv. it. *med.* leg., 1991, p. 270.

([21]) Corte ass. Milano, 26 maggio 1987, in Foro it., 1989, II, c. 28 (con nota di G. BALBI), che ha ritenuto non imputabile una giovane donna che aveva ucciso la figlia appena partorita, tenendo conto, tra l'altro, dell'ambiente sociale della ragazza e di una realtà familiare improntata ad atteggiamenti perbenistici di conformismo.

([22]) Si tratta di un fenomeno di frequente segnalato. Nella manualistica, v. per tutti G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto* penale, Parte generale, 3ª ed., Bologna, 1995, p. 291 s. V. ampiamente anche G. BALBI, Infermità di mente e *imputabilità*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1991, p. 845 s.

tie (23). In dottrina, non manca anzi chi considera il concetto di infermità più ampio di quello di malattia (24).

La morale dovrebbe essere chiara: l'urgenza di una riforma dell'imputabilità non si avverte principalmente sul piano di un ammodernamento delle definizioni e di un affinamento della loro determinatezza empirico-psichiatrica, ma anzitutto sul piano della loro semplificazione, nella prospettiva di un ammodernamento della legislazione penale verso modelli spiccatamente normativi a base empirica aperta ovvero legislativamente non precostituita. Richiamare l'attenzione su una siffatta prospettiva, che indubbiamente si discosta dalla tradizione legislativa fin qui considerata, può risultare opportuno, specie in ragione dell'evoluzione che, specie negli ultimi anni, ha registrato anche in Italia il dibattito sulla riforma della parte generale. Un dibattito, questo, che, com'è noto, si sviluppa anche attraverso il confronto con due importanti articolati: il progetto di legge-delega del 1992 elaborato da una commissione di nomina ministeriale (25) e il successivo disegno di legge n. 2038 del 1995 (26).

Orbene, cominciando da quest'ultimo, che in larga misura ripropone anche nella formulazione delle singole disposizioni l'attuale assetto codicistico (27), va segnalata l'opportuna assenza nel nuovo ordito normativo di una disposizione che, sul modello dell'attuale art. 90 c.p., sancisca l'irrilevanza degli stati emotivi e passionali; segno che in tal modo si è voluto sostituire una presunzione di imputabilità, contrastante con il principio di colpevolezza (28), con un giudizio di capacità in concreto (29). Per il resto,

---

(23) Cfr. ancora G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.,* p. 293. Per l'esclusione delle psicopatie dall'ambito operativo dell'art. 88 c.p., v. Cass. pen., sez. I, 6 aprile 1987, Cireddu, in Cass. *pen.,* 1988, p. 2075.

(24) Cfr. A. PAGLIARO, Principi di diritto penale, 6ª ed., Milano, 1998, p. 629.

(25) La Commissione — come noto — era composta dai Proff. Antonio Pagliaro (Presidente), Franco Bricola, Antonio Fiorella, Ferrando Mantovani e Tullio Padovani. Il testo è pubblicato nel volume Per un nuovo codice penale. *Schema* di disegno di legge-delega al Governo, a cura di M. Pisani, Padova, 1993.

(26) Il testo del d.d.l. (primo firmatario il sen. Roland Riz) è stato presentato alla Presidenza del Senato della Repubblica il 2 agosto 1995 e può leggersi in Riv. it. dir. proc. pen., 1995, p. 927 s.

(27) V. l'identità testuale tra gli attuali artt. 85 e 88 c.p., da un lato e dall'altro gli artt. 80 e 81 del d.d.l. cit.

(28) Per il rilievo che l'attuale disciplina dell'art. 90 c.p. si pone in tensione con il principio di colpevolezza, cfr. A. PAGLIARO, *Colpevolezza* e responsabilità obiettiva: aspetti di politica criminale e di elaborazione dogmatica, in Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza, a cura di A. Stile, Napoli, 1989, p. 10; da ultimo, v. analogamente A. MANNA, L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle «*finzioni* giuridiche» alla «*terapia* sociale», Torino, 1997, p. 44.

(29) Sul punto, v. F. INTRONA, Il progetto del nuovo Codice penale: problematiche medico-legali, in Riv. it. med. leg., 1997, p. 94, secondo cui il d.d.l. prenderebbe atto così della reale importanza che può assumere la «burrasca emotiva».

l'unica innovazione di rilievo è costituita da una pur significativa integrazione del testo degli attuali artt. 88 e 89 (che nella proposta di articolato diventano gli artt. 83 e 84). E precisamente: al concetto di infermità, che continua a caratterizzare la base empirico-psichiatrica dell'imputabilità, è stata affiancata l'anomalia psichica, che può integrare il vizio parziale di mente o quello totale a seconda che sia grave o gravissima. A ben vedere, però, il concetto di anomalia psichica, in ragione della sua capacità di evocare tuttora un paradigma di tipo pur sempre nosografico, sembra contrastare con l'istanza di un giudizio di imputabilità a base empirica aperta ([30]); a meno che, con indubbio realismo e nella consapevolezza di quanto poco contino le definizioni del legislatore nel campo dell'imputabilità, si confidi nell'astuzia di un'interpretazione che sappia dare al testo di legge un significato in grado di sopperire alla bisogna.

Rilievi di tipo diverso merita invece la disciplina dell'imputabilità, quale risulta nel citato schema di legge delega: si tratta, infatti, di un testo che, adottando una nozione psicologico-normativa di imputabilità, risulta per molti aspetti opportunamente innovativo, forse anche più di quanto appaia dalla relazione che lo accompagna. Rinunciando — al pari dei codici più moderni — a una definizione legislativa dell'imputabilità, l'art. 34, comma 1, dello Schema concentra l'attenzione sulle ipotesi di inimputabilità del maggiore degli anni quattordici, tra cui l'ubriachezza e l'azione di sostanze stupefacenti dovuta da caso fortuito o forza maggiore; situazioni, queste, rilevanti in tanto che escludano la capacità di intendere e di volere del soggetto agente. Il perno della disciplina è costituito però dalla rilevanza assegnata, oltre che all'infermità e alla cronica intossicazione da alcool o sostanze stupefacenti, a qualunque anomalia che determini nell'agente uno stato di mente tale da escluderne la capacità di intendere e di volere. A chiusura dell'art. 34, comma 1, si prevede altresì l'inimputabilità del soggetto che, per altra causa, era in stato di mente da escludere la capacità di intendere e di volere. Tutte queste ipotesi danno luogo a una diminuzione della responsabilità se determinano invece una rilevante riduzione delle capacità di intendere e di volere.

Come si può notare, lo Schema accoglie dunque una nozione di imputabilità a base empirica aperta; significativo è soprattutto il riferimento conclusivo a qualunque altra causa di esclusione della capacità di intendere e

([30]) Non a caso l'espressione «anomalia psichica» è stata severamente criticata, osservando che essa è «estremamente vaga *e* indeterminata, scarsamente utile sul piano clinico per il trattamento del malato, accettata con diffidenza dalla comunità scxientifica nel suo complesso, e difficilmente conciliabile con i più accreditati sistemi di nosografia psichiatrica»; così G.B. TRAVERSO, S. CIAPPI, Disegno di legge di *riforma del* codice penale: note critiche a *margine* della nuova disciplina *dell'imputabilità*, in Riv. it. med. leg., 1997, p. 671. Gli A. Concludono osservando che sarebbe certamente preferibile l'espressione «disturbo mentale», universalmente utilizzata dalla nosografia internazionale.

di volere ([31]). Infatti, il quadro normativo proposto, da un lato, supera l'idea dell'imputabilità come concetto a base solamente nosografica, dall'altro lato, non preclude la rilevanza esimente degli stati emotivi e passionali, che in ultima analisi finisce per dipendere dall'accertamento del loro effetto in concreto. Per converso, poco accentuata risulta la componente normativa della nozione di imputabilità, data la genericità del riferimento alla capacità di intende e di volere; formula, questa, priva di una reale efficacia esplicativa e che, come noto, viene oggi identificata con la mera capacità di comprendere il significato delle proprie azioni e di determinare il proprio comportamento scegliendo ragionevolmente tra motivi antagonistici ([32]). Preferibile, pertanto, può risultare l'utilizzo di una formula che faccia leva sulla incapacità del soggetto di autodeterminarsi conformemente alla pretesa legislativa.

5. – Il dibattito sulla nozione di imputabilità sembra dunque essersi avviato nella direzione di un adeguato ripensamento dell'istituto, anche in considerazione delle insufficienze, unanimemente riconosciute, dell'attuale disciplina. Ebbene, nella prospettiva di un'auspicabile riforma, sembra opportuno che il legislatore proceda a semplificare il quadro normativo, limitandosi a utilizzare una formula riassuntiva di tutti i fattori di alterazione della capacità di autodeterminarsi liberamente, considerati nel loro effetto di non consentire all'agente il rispetto della pretesa comportamentale fatta valere dall'ordinamento. In tal modo, la disciplina dell'imputabilità verrebbe pensata già con riferimento ai ruoli, alle competenze e alle conseguenti assunzioni di responsabilità che spettano, da un lato, al giudice e, dall'altro, all'antropologo, che venisse interpellato come perito. Mentre a quest'ultimo tocca la valutazione delle cause dell'imputabilità, considerate in relazione alla capacità di rapportarsi agli altri, al giudice spetta il compito di convogliare l'apporto proveniente dal sapere antropologico in una valutazione giuridica, relativa all'adempibilità della pretesa comportamentale fatta valere dall'ordinamento. In breve: se irrinunciabile è l'apporto del perito alla fondazione scientifica della nozione di capacità di autodeterminarsi liberamente, è pur vero che il giurista deve riappropriarsi della dimensione normativa dell'imputabilità, valorizzando il suo ruolo nell'individuazione della soglia di rilevanza, che, per il diritto penale, assume l'incapacità di autodeterminarsi liberamente.

Certo, di fronte alle difficoltà che — è inutile negarlo — sono insite in questo raccordo funzionale tra giudice e perito, forte può essere la tentazio-

---

([31]) Sul punto v. però i rilievi critici di G. PONTI, *L'imputabilità* nel progetto di *legge* delega per la riforma del codice penale, in Rass. it. *crim.*, 1993, p. 104, che considera ambigua l'espressione «altra anomalia» utilizzata nel Progetto.

([32]) Così ad esempio FIANDACA, MUSCO, *op. cit.*, p. 289.

ne di accrescere la certezza del concetto di imputabilità attraverso il ricorso legislativo a schemi nosografici predefiniti, in grado di ovviare, peraltro, alla disuguaglianza di trattamento, che può derivare da una nozione di imputabilità a base empirica aperta. Ma a parte l'illusorietà di una siffatta certezza, che — come dimostra l'esperienza spagnola maturata sotto il codice previgente e la nostra più recente giurisprudenza — non è affatto assicurata dall'uso di termini pregnanti come «infermità» o «alienazione», resta da chiedersi se questo sforzo definitorio possa compiersi utilmente nell'ambito della legge penale. Ebbene, la risposta che proviene dal recente dibattito dottrinale pare decisamente negativa; evidentemente, vi è diffusa consapevolezza che i dubbi della scienza non possono essere risolti dal legislatore.

ABSTRACT

The Spanish penal code dated 1995 amends the institute of imputability, releasing it from the merely biological-psychiatric concept taken on by the previously enforced code and adopting a model inspired by the mixed concept of imputability, said also the psychiatric standard, admitted by a large number of European penal codes. Inspired by the recent Spanish amendment, the A. compares the two concepts of imputability, inspired by deliberations to hopefully reform the current article 85 and following articles of the Italian penal code.

Il codice penale spagnolo del 1995 ha riformato l'istituto dell'imputabilità, disancorandolo dalla concezione meramente biologico-psichiatrica accolta dal codice previgente e adottando un modello ispirato alla concezione mista dell'imputabilità, anche detta psichiatrico-normativa, accolta in non pochi codici penali europei. Prendendo spunto dalla recente riforma spagnola, l'A. raffronta le due concezioni di imputabilità, traendone spunti di riflessione ai fini di una sperata riforma degli attuali artt. 85 e seg. del codice penale italiano.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova serie - Vol. XII (1998)

FAUSTO GIUNTA

IL GIUDICE E LA LEGGE PENALE. VALORE E CRISI DELLA LEGALITÀ, OGGI (*)

SOMMARIO: 1. La subordinazione del giudice alla legge nelle enunciazioni costituzionali. — 2. La crisi della legalità penale. — 2.1. I punti di emersione della c.d. delegificazione. — 2.2. Tra ipertrofia del diritto penale e funzione supplente del potere discrezionale del giudice. — 3. La crisi della legalità come principio. — 3.1. Ragioni vecchie e nuove dell'insofferenza alla legalità formale: uno sguardo ricognitivo. — 3.2. Un recente epifenomeno: la delegittimazione della politica e i suoi riflessi sulla credibilità della legge. — 4. Le prospettive del diritto penale minimo. Una via d'uscita realistica? — 4.1. La difficile praticabilità del programma. — 4.2. La smitizzazione del legislatore. — 5. Il nuovo volto della legalità. — 5.1. La legalità nella parte speciale e nella parte generale del diritto penale: tra riserva di legge e legalità sovralegislativa. — 5.2. La legalità come certezza. Dalla legalità della legge alla legalità del sistema. — 6. L'imprescindibile contributo del giudice.

1. – Una riflessione sull'odierno valore della legalità, sollecitata dai suoi innegabili e univoci segnali di crisi, può prendere le mosse dall'art. 101, comma 2, Cost., dove, come noto, si dispone che il giudice è soggetto soltanto alla legge. La dignità costituzionale di questa lapidaria affermazione e la sua portata di principio generale testimoniano infatti che, almeno sul piano dei solenni proclami, tutto il nostro sistema è impostato sulla subordinazione del giudice alla legge: la legalità e il suo primato assurgono dunque a valori generali dell'intero ordinamento.

È nel campo penale, però, che il primato della legalità si coglie nella sua massima espressione normativa e culturale.

Sul versante del diritto penale sostanziale, il principio di legalità proclamato nell'art. 25, comma 2, Cost., oltre che negli artt. 1 e 199 c.p., viene da tempo accentuato da una sua diffusa interpretazione dottrinale, intesa a

(*) Il testo, rielaborato e corredato di note, riproduce le considerazioni svolte in occasione dell'incontro, organizzato dall'Istituto Gramsci di Ferrara il 28 aprile 1998, sul tema: «Il giudice e la legge. La crisi della legalità nel diritto e nel processo penale». Il presente scritto è destinato agli Studi in memoria di Gian Domenico Pisapia.

rafforzarne la duplice *ratio di favor libertatis* e di certezza del diritto. Così, se per quel che concerne la riserva di legge è pressoché pacifica la sua natura assoluta (1), in relazione alla determinatezza, la sensibilità per una formulazione della legge capace di delineare con nettezza il confine tra l'area della illiceità e quella della libertà individuale è stata pienamente recepita dalla dottrina (2) e sta trovando un progressivo, seppure ancora timido, accoglimento nella giurisprudenza della Corte costituzionale (3). Quanto alla irretroattività della legge penale sfavorevole essa è da tempo patrimonio della nostra tradizione giuridica, come testimonia l'identità di formulazione tra i primi tre commi del vigente art. 2 c.p. e il testo dell'art. 2 del codice Zanardelli.

Sul versante processuale, l'obbligatorietà dell'azione penale, affermata dall'art. 112 Cost., si presenta, per parte sua, come una necessaria espressione dell'istanza di uguaglianza di trattamento e, al tempo stesso, come lo strumento che assicura l'effettività delle scelte di penalizzazione contenute nella legge (4); non a caso l'obbligatorietà dell'azione penale viene anche

---

(1) Tra i tanti, v.: M. SPASARI, Diritto penale e Costituzione, Milano, 1966, p. 11; F. BRICOLA, La discrezionalità nel diritto penale, vol. I, Nozione e aspetti costituzionali, Milano, 1965, p. 191; M. GALLO, La leggepenale, Torino, 1975, p. 14; M. BOSCARELLI, «*Nullum* crimen *sine lege*», in Enc. giur., vol. XXI, 1990, p. 2; M. TRAPANI, Legge penale, in Enc. giur. Treccani, vol. XVIII, 1990, pp. 4-6; F.C. PALAZZO, Legge penale, in *Dig.* disc. pen., vol. VII, 1993, p. 353; Nella manualistica, v.: A. PAGLIARO, Principi di diritto penale, parte generale, 5ª ed., Milano, 1996, p. 39 s.; F. MANTOVANI, Diritto penale, parte generale, 3ª ed., Padova, 1992, p. 85; G. FIANDACA, E. MUSCO, Diritto penale, parte generale, 3ª ed., Bologna, 1995, p. 52.

(2) Cfr.: A. PAGLIARO, Principio di legalità e *indeterminatezza* della legge penale, in Riv. it. dir. proc. pen., 1969, p. 694 s.; F.C. PALAZZO, Ilprincipio di *determinatezza* nel diritto penale, Padova, 1979, *passim*; M. RONCO, Il principio di tipicità della fattispecie penale *nell'ordinamento* vigente, Torino, 1979, p. 93 s.; G. LICCI, Ragionevolezza e significatività come parametri di *determinatezza* della *norma* penale, Milano, 1989, *passim*. Di recente v. G. VASSALLI, Nullum *crimen,* nulla poena *sine* lege, in *Dig.* disc. pen., vol. VIII, 1994, p. 321 s.

(3) V.: Corte cost., 22 dicembre 1980, n. 177 (in materia di misure di prevenzione), in Giur. cost., 1980, I, p. 1535, con nota di M. BRANCA, In tema di fattispecie penale e *riserva* di legge, ivi, p. 1537 s.; ID., 8 giugno 1981, n. 96 (in materia di plagio), ivi, 1981, I, p. 806 s., con nota di P. G. GRASSO, Controllo sulla rispondenza alla realtà *empirica* delle previsioni legali di reato, ivi, p. 808 s.; ID., 6 febbraio 1995, n. 34 (in materia di espulsione dello straniero), in Foro it., 1995, I, c. 2773 s., con nota di C. VISCONTI, *Determinatezza* della fattispecie penale e bilanciamento degli *interessi,* ivi. In relazione ad altre questioni di costituzionalità dichiarate dalla Corte manifestamente infondate, v.: M. PAPA, La questione di costituzionalità relativa alla disciplina delle *armi* giocattolo: il «diritto vivente» tra riserva di legge e *determinatezza* della *fattispecie,* in Giur. cost., 1989, p. 29 s., e più di recente A. PUGIOTTO, Sentenze *normative,* legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della *fattispecie,* in Giur. cost., 1994, III, p. 4219 s.

(4) Sui meriti e le funzioni del principio, v. di recente: M. CHIAVARIO, L'azione penale tra diritto e politica, Padova, 1995, p. 139 s.; M. DEVOTO, *Obbligatorietà-discrezionalità dell'azione* penale, molo del pubblico ministero, in Cass. pen., 1996, p. 2048. Sul punto, da ultimo v. E. MARZADURI, *Sul* principio di obbligatorietà *dell'azione* penale, in Il Ponte, 1998, nn. 2-3, p. 106 s.

indicata come principio di legalità processuale (5), ovvero come cardine dello stato di diritto (6).

A giudicare dalle sue enunciazioni normative e costituzionali, dunque, il sistema penale si presenta saldamente ancorato all'istanza prioritaria della legalità e coerentemente sviluppato su di essa. Alla base di tutto vi è l'idea che solo la legge possa assicurare la libertà individuale e l'uguaglianza di trattamento; da qui l'assegnazione del monopolio della produzione penale nelle mani del parlamento, quale organo fornito di legittimazione democratica diretta e, conseguentemente, espressione della volontà popolare. Per converso, per la mancanza di un'analoga investitura, il potere esecutivo e quello giudiziario assumono in questa prospettiva il ruolo di organi «sospetti», la cui operatività, potendo increspare la cristallinità della legalità parlamentare, va contenuta nel campo penale attraverso, rispettivamente, i principi della riserva di legge e della determinatezza della legge penale (7).

In breve, quale interprete della legge penale, il giudice è tenuto al rispetto della legalità sostanziale e processuale: non può punire in assenza di una legge, che sia entrata in vigore prima del fatto commesso, o al di là di quanto in essa espressamente previsto, ma non può nemmeno sottrarsi all'obbligo di applicare la legge penale sostanziale non esercitando l'azione penale.

2. – Ebbene, è questa visione della legalità, propria degli insegnamenti universitari ed espressione di un sentire ancora diffuso (8), che versa in una crisi evidente e profonda. Invero, se si esamina il problema sul piano dell'odierna realtà normativa, è di tutta evidenza il processo di c.d. delegificazione (9), ovvero della perdita di centralità della legge quale fonte del diritto penale, cui si associa il noto e lamentato scadimento della tecnica di formulazione della fattispecie incriminatrice.

2.1. – Il fenomeno presenta molteplici punti di emersione. Limitando l'attenzione ai principali, vale la pena di ricordare come l'eterointegrazione

(5) Cfr. ancora M. CHIAVARIO, *op. cit.*, p. 98.

(6) Così autorevolmente G. CONSO, Istituzioni di diritto e procedura penale, 3ª ed., Milano, 1969, p. 88; v. anche G. LEONE, Azione penale, in Enc. dir., vol. IV, 1959, p. 856, che considera l'obbligatorietà espressione inscindibile di un'organizzazione democratica.

(7) Nella manualistica cfr. per tutti F. MANTOVANI, *op.* cit., p. 81.

(8) Omettendo le citazioni della manualistica, per l'affermazione che solo una giustizia basata sulla legge è una vera giustizia, v. A. BERIA D'ARGENTINE, Il giudice e la legge, in Legge, giudici e giuristi, Milano, 1982, p. 31.

(9) Il termine esprime di solito un fenomeno ancor più ampio di quello segnalato nel testo, ovvero l'estensione sempre maggiore del potere regolamentare; al riguardo, v.: V. COCOZZA, Profili della delegificazione, Napoli, 1992, p. 31 s.; P. VIPIANA, La delegificazione, in Pol. dir., 1994, p. 317 s.

della fattispecie penale ad opera di altre fonti, anche sottordinate alla legge, sia oggi sempre più frequente, se non addirittura necessitata. In effetti, il carattere interventista del moderno stato sociale fa sì che sempre più vasti settori siano sottoposti a una disciplina per lo più amministrativa, la cui effettività viene presidiata dalla comminazione di sanzioni anche penali, che scattano nel caso della sua inosservanza; si pensi, esemplificativamente, alla normativa in materia ambientale ([10]). Questa scelta, per altro verso, favorisce la tipizzazione dei reati attraverso la c.d. tecnica del rinvio ([11]): ne consegue che, rinviando alla disciplina di settore contenuta in altre norme (magari distanti cronologicamente e a volte contenenti anch'esse un ulteriore rinvio legislativo), la fattispecie penale risulta di difficile ricostruzione già sul piano testuale, poiché l'interprete e, prima ancora, il cittadino devono prowedere alla giustapposizione dei vari frammenti normativi che concorrono a delineare il divieto penale. Senza contare che la norma non penale, incorporata dalla fattispecie incriminatrice, può presentare uno standard di determinatezza modesto, perché adeguato alla sua funzione originaria, ma non anche a quella incriminatrice, cui essa contribuisce una volta incorporata nella fattispecie penale ([12]).

Questi problemi risultano addirittura amplificati nella prospettiva della comunitarizzazione del diritto ([13]): sul terreno del diritto penale, l'armoniz-

---

([10]) *Nella vasta letteratura, v. tra gli altri: R. BAJNO, Contributo alla studio del bene giuridico nel diritto penale «accessorio»: l'ipotesi urbanistico-ambientale, in Riv. it. dir. proc. pen., 1979,* **p.** *144* s.; *A. CALAMANTI, Tecnica sanzionatoria e funzione della pena nei reati ecologici, in Riv. pen.,* 1992, **p.** 617 s.; *M. CATENACCI, La tutela penale dell'ambiente. Contributo all'analisi delle norme penali a struttura «sanzionatoria», Padova,* 1996, **p.** *61* s.; *G.* INSOLERA, *Modello penalistico puro per la tutela dellambiente, in Dir. pen. proc., 1997, p. 740* s.

([11]) *Cfr.: C. PEDRAZZI, Odierne esigenze economiche e nuove fattispecie penali, in Riv. it. dir. proc. pen,, 1975,* **p.** *1106* s.; *D.* PULITANÒ, *La formulazione delle fattispecie di reato: oggetti e tecniche, in Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per una riforma del codice, a cura del CRS, Milano, 1987,* **p.** *34* s.; *F.* SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'ilegalità penale, Bologna, 1990, p. 22* s.; *C. PIERGALLINI, Norma penale e legge regionale: la costruzione del tipo, in Sulla potestà punitiva dello stato e delle regioni, a cura di E. Dolcini, T. 'Padovani, F.C. Palazzo, Milano, 1994,* **p.** *126* s.; *G. VICICONTE, Riserva di legge in materia penale e fattispecie in rapporto di integrazione con atti amministrativi, ivi,* **p.** *58* s.; *nella manualistica, v. anche G. MARINUCCI, E. DOLCINI, Corso di diritto penale, Milano, 1995,* **p.** *184* s. *Sul fenomeno del rinvio legislativo ad altra norma,* v. *da un'angolazione più generale, A.* BERNARDINI, *Produzione di norme giuridiche mediante rinvio, Milano,* 1966, **p. 32** *e passim.*

([12]) *In termini generali, v.: F.C. PALAZZO, Le articolazioni concrete della certezza del diritto nel sistema penale, in La certezza del diritto. Un valore da ritrovare, Milano, 1993,* **p.** *74* s. *Con riferimento alla materia ambientale, cfr. da ultimo A.* BERNARDI, *La tutela penale dellambiente in Italia: prospettive nazionali e comunitarie, in questi Annali, Saggi IV, 1997,* **p.** *76* s.

([13]) *Al riguardo,* v.: *G. GRASSO, Comunità europee e diritto penale, Milano, 1989,* **p.** *129* s.; *A. BERNARDI, Verso una codificazione europea? Ostacoli e prospettive, in questi Annali, Saggi* III, *1996,* **p.** *35* s.; *S. MANACORDA, L'efficacia espansiva del*

zazione legislativa degli stati dell'Unione europea viene attuata accordando tutela penale alla violazione di regolamenti comunitari che, pur essendo sovraordinati alle leggi dello stato e direttamente efficaci nel nostro ordinamento, non presentano a tacer d'altro una diretta legittimazione democratica.

Infine, almeno un cenno merita il frequente ricorso agli atti aventi forza di legge nel campo del diritto penale. Quanto ai decreti-legge, non vi è da segnalare soltanto la sistematica elusione dei presupposti della necessità ed urgenza (14); la prassi della loro continua iterazione, invalsa fino a una notissima e recente pronuncia della Consulta (15), ha espropriato di fatto il parlamento del suo potere di indirizzo della politica criminale e ha reso del tutto priva di significato la loro mancata conversione. Ma anche l'impiego dei decreti legislativi viene criticato in materia penale, anche, se non soprattutto, come strumento per l'elaborazione di testi normativi complessi. Paradigmatica è la severa contestazione che, pochi anni orsono, ha subito la scelta della legge delega come strumento per l'emanazione di un nuovo codice penale (16); iniziativa che — come noto — si è fermata allo stato di progetto.

2.2. Va anche detto che, a sua volta, la delegificazione è espressione di un fenomeno più generale, qual è quello dell'eccesso di produzione norma-

---

diritto comunitario sul diritto penale, in *Foro it.,* 1995, IV, c. 55 s.; C. BERNASCONI, *L'influenza del diritto comunitario sulle tecniche di costruzione della fattispecie penale,* in *Indice penale,* 1996, p. 451 s.

(14) In argomento, cfr. F. SORRENTINO, *Il decreto legge non convertito,* in *Pol. dir.,* 1955, p. 421 s. dove si osserva, tra l'altro, che la decretazione d'urgenza è divenuta un metodo di legislazione ordinaria e concorrenziale rispetto alla legge del parlamento.

(15) V. Corte cost., 24 ottobre 1996, n. 360, in *Giust. cost.,* 1996, p. 3147. Per un commento, v.: S. BARTOLE, *La rinnovata (e più severa condanna) della reiterazione dei decreti legge,* in *Studium iuris,* 1996, p. 1335 s.; A. PIZZORUSSO, *Dalla Corte costituzionale uno stop alla reiterazione dei decreti-legge,* in *Corr. Giur.,* 1996, p. 1197 s.; R. ROMBOLI, *La reiterazione dei d.l. decaduti: una dichiarazione di incostituzionalità con deroga per tutti i decreti in corso (tranne uno),* in *Foro it.,* 1996, c. 3269 s.; V. ANGIOLINI, *La reiterazione dei d.d.l. La Corte censura i vizi del Governo e difende la presunta virtù del Parlamento?,* in *Dir. pubbl.,* 1997, p. 113 s.; C. PINELLI, *La regola della novità di contenuto come rimedio all'esercizio fraudolento di potestà normativa,* in *Dir. pubbl.,* 1997, p. 123 s.; A. SIMONCINI, *Il sistema delle fonti tra Governo e Parlamento dopo la sent. 36011996 della Corte cost.,* in *Rass. Parl.,* 1997, p. 977 s.

(16) Con riferimento allo Schema di legge-delega per l'emanazione di un nuovo codice penale (in *Documenti Giustizia,* 1992, n. 3, p. 305 s.), cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Note sul metodo della codificazione penale,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1992, p. 406 s.; per una difesa della scelta, v. A. PAGLIARO, *Verso un nuovo codice penale? Itinerari — Problemi — Prospettive,* in *Indice pen.,* 1992, p. 18 s. In argomento, da ultimo, v. A. MANNA, *Considerazioni sulla riforma del diritto penale in Italia,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1996, p. 526 s.

tiva (17), con conseguente ipertrofia del diritto penale e perdita di centralità del ruolo del codice (18). Com'è intuitivo, la crescita esponenziale dei divieti penali si riflette negativamente sulla conoscibilità della legge e sulla sua stessa certezza. Che senso ha professare l'istanza di determinatezza in un sistema che conosce una imprecisata e incalcolabile miriade di fattispecie incrirninatrici? Anche se tutte fossero determinate, è già il loro elevatissimo numero che vanifica l'aspirazione alla netta demarcazione tra l'area dell'illecito e quella del penalmente indifferente. Ebbene, in un sistema siffatto, da un lato, la conoscibilità della legge da parte del cittadino è per lo più virtuale, dall'altro lato, fortemente ridimensionato risulta il senso della sottoposizione del giudice alla legge. In ultima analisi, infatti, v'è da chiedersi a quale di queste leggi, spesso in concorso apparente tra loro, è soggetto il giudice (19). Nasce l'impressione che in un sistema caotico e confusionario il giudice sia soggetto soltanto al suo potere, nel migliore dei casi, discrezionale.

Ma l'impressione diventa presto certezza quando si passa a considerare lo stato di salute della legalità nel campo delle pene. Qui la disintegrazione del sistema sanzionatorio ha trasformato la discrezionalità giudiziale, da strumento conferito al giudice ai fini dell'individualizzazione della pena in concreto, in una delega alla gestione della risposta sanzionatoria sia sotto il profilo dell'*an,* sia sotto quello del quantum. Così, una pena anche elevata può perdere tutta la sua consistenza (o gran parte di essa) in ragione delle infinite alternative rimesse alla discrezionalità ora del giudice della cognizione, ora di quello dell'esecuzione (20). In breve: anche contro la sua volontà, il giudice viene sospinto in un campo dove la legalità è la grande assente. Non resta che sperare nel progressivo affinamento del buon senso giudiziale, una volta proiettato nella sua nuova funzione di stabile vicario delle scelte legislative.

Sul crinale processuale, infine, la reale portata dell'obbligatorietà dell'azione penale è erosa dal sovraccarico giudiziale e surrettiziamente violata dall'effetto della prescrizione, che, per un verso, è il destino ineludibile di una parte di illeciti, per l'altro verso, risulta un destino pilotabile ad opera del pubblico ministero: di fatto, l'opzione per la persecuzione di un reato ha, quale suo rovescio, il rischio che la prescrizione lasci un altro illecito

---

(17) **In** termini generali, v. F. SPANTIGATI, Guardare con speranza la crisi della legislazione, in *Pol.* dir., 1995, p. 655 s.

(18) Cfr. per tutti C.E. PALIERO, «Minimanon curat praetor». Ipertrofia del diritto penale e *decriminalizzazione* dei reati bagatellari, Padova, 1985, p. 89 s.

(19) Di recente v. sul punto M. PAPA, Le qualifiche giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme, Torino, 1997, p. 144 s.

(20) Cfr. volendo F. GIUNTA, L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio italiano, in *L'effettività* della sanzione penale, Milano, 1998, p. 15 s.

nel mondo sommerso della cifra oscura della criminalità ([21]). L'elevata quantità di processi porta con sé, dunque, la necessità di una selezione, ma non anche il criterio della selezione. In questa situazione è al giudice che spetta il compito di una scelta, che gli viene addossata da una legalità ipocrita, in quanto non ancora paga di trincerarsi dietro al principio di obbligatorietà ([22]).

Né si può dire che il fenomeno sia nuovo: fino a un passato non ancora lontano, l'impossibilità di reprimere tutto il penalmente rilevante ha indotto il legislatore all'uso cadenzato delle amnistie, trasformate da eccezionale strumento di pacificazione sociale in istituto di deflazione processuale ([23]). Oggi la stagione delle amnistie è finita, non tanto per mancanza di vocazione legislativa, quanto perché l'abuso che ne è stato fatto non consente ulteriori spudoratezze. Ma le abitudini radicate non si perdono facilmente. Così il recente decreto legislativo 19 febbraio 1998, n. 51 (Norme in materia di istituzione del giudice unico di primo grado) ha introdotto all'art. 227 un principio, che, finalizzato ad assicurare la rapida definizione dei processi pendenti alla data di efficacia del decreto stesso, consente al giudice di scegliere i casi da trattare, indipendentemente dalla data di commissione del reato e dell'iscrizione del procedimento, sulla base «della gravità e della concreta offensività del reato, del pregiudizio che può derivare dal ritardo per la formazione della prova e per l'accertamento dei fatti, nonché dell'interesse della persona offesa». È di tutta evidenza che, affidati alla falcidia della prescrizione, i reati non trattati verranno di fatto amnistiati dal giudice, sulla base di un coacervo di criteri così eterogenei tra di loro, da non consentire scelte coerenti e razionali.

3. – Ma la crisi della legalità non si coglie solamente sul piano della odierna realtà legislativa, essa investe anche la legalità come principio.

3.1. – I primi segnali di questa crisi sono risalenti e attengono alla dimensione formale della legalità, ritenuta, più che un necessario strumento di certezza e uguaglianza, un limite al bisogno di tutela avvertito in relazione vuoi all'emersione di nuovi beni giuridici, vuoi a nuove aggressioni di beni già compiutamente emersi. Si pensi ancora alla tutela penale dell'am-

---

([21]) Al riguardo v. già V. ZAGREBELSKY, Indipendenza del pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale, in Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di *riforma*, a cura di G. Conso, Bologna, 1979, p. 10; da ultimo v. R. MINNA, *op. cit.*, p. 186.

([22]) Coglie nell'obbligatorietà dell'azione penale un principio enfatizzato «sia nei significati politici sia nei contenuti normativi», O. DOMINIONI, Azione penale, in *Dig.* disc. pen., vol. I, 1987, p. 408. Al riguardo, v. anche C. VALENTINI REUTER, Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale, Padova, 1994, p. 39 s.

([23]) Per una severa critica, v. F. MANTOVANI, op.cit., p. 833 s.

biente. Sul finire degli anni'60 le lacune di tutela, connesse — come noto — alla fisiologica incompletezza dell'intervento penale, sono state avvertite da una nota giurisprudenza di merito — anche detta d'assalto — più come limiti patologici di tutela, che come valore e presidio della libertà individuale (24). Da qui, un'interpretazione di talune fattispecie, dichiaratamente finalizzata renderle applicabili a quei fatti per i quali non erano state previste; si pensi, ad esempio, alla fattispecie di danneggiamento di opere destinate all'irrigazione (art. 635, comma 2, n. 4) (25) e alla contravvenzione di getto pericoloso di cose (art. 674 c.p.), utilizzata per colpire immissioni inquinanti (26).

Né è mancato a un siffatto scavalcamento della legalità un autorevole avallo dottrinale: come si ricorderà, l'uso alternativo del diritto (27), che largo seguito ha avuto anni addietro, veniva teorizzato come strumento di affermazione di una nuova ideologia contro l'ideologia borghese cristallizzata nella legalità «formale».Legalità e interpretazione (o, se si preferisce, potere politico e potere giudiziario), rappresentavano già in quel contesto realtà antinomiche. Così, nonostante nella letteratura penalistica si insista sul suo valore di imprescindibile garanzia, agli occhi del giurista-interprete la legalità può apparire un ostacolo da aggirare, e di fatto è stato più volte aggirato attraverso interpretazioni c.d. evolutive, in nome della necessità di colmare lacune di tutela, magari non volute, ma in ogni caso prodotte dal legislatore.

Con ciò non si vuol negare che, in tal modo, la giurisprudenza sia riuscita a richiamare efficacemente l'attenzione sulla vetustà della legislazione sul punto, dando impulso al suo pur tardivo adeguamento a una nuova sensibilità sociale (28). Resta il fatto che una nuova legalità è sorta dalle

---

(24) Sul punto, v. R. *MINNA, Il controllo della criminalità. Politica e nuovo codice di procedura penale,* Firenze, 1977, p. 97. Si tratta di un fenomeno che ancora oggi si può cogliere in alcuni orientamenti della giurisprudenza di legittimità, al punto da indurre a parlare di Cassazione d'assalto: cfr. L. *BUTTI, Decisioni d'assalto della Cassazione e tutela effettiva dell'ambiente,* in *Riv trim. dir. pen. econ., 1993,* p. 3 s.

(25) Sul ruolo di «supplenza»che, prima dell'entrata in vigore della legge Merli, la norma sul danneggiamento ha svolto nella tutela delle acque dall'inquinamento, v. G. *AMENDOLA, La tutela penale dall'inquinamento idrico. Manuale operativo,* Milano, *1996,* p. *5.*

(26) Sul punto v. F. *FONDERICO, L'ambiente nella giurisprudenza,* Milano, *1995,* p. *12* s. Più in generale, v. F. *GIUNTA, Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni?,* in *Riv. it. dir. proc. pen., 1997,* p. *1102.*

(27) *V.* pagine di P. *BARCELLONA, Introduzione,* in *L'uso alternativo del diritto,* vol. *I, Scienza giuridica e analisi marxista,* a cura di P. Barcellona, Bari, *1973,* in particolare *XII* s.

(28) Di recente, osserva che è stata la magistratura «ad alimentare più intensamente e frequentemente i canali della innovazione legislativa», F.C. *PALAZZO, Scienza penale e produzione legislativa: paradossi e contraddizioni di un rapporto problematico,* in *Riv. it. dir. proc. pen., 1997,* p. *695. Più* in generale, sul ruolo che talvolta

ceneri di un'altra legalità negata. Per quel che più rileva, ne esce soprattutto una visione critica della legalità; quest'ultima non ha valore in sé, ma il suo valore dipende dai suoi contenuti. E ciò spiega, all'interno di un dibattito che non è nuovo, le continue fluttuazioni ora a favore ora contro la legalità. In effetti, agli occhi di molti la legalità si è come sdoppiata: la legalità che ha dignità di valore è soprattutto quella che consacra scelte di tutela condivisibili. L'altra legalità, nella migliore delle ipotesi, viene considerata come una degenerazione dello stato di diritto. E ancora oggi vi sono settori in cui si riproduce questa insofferenza alla legalità. Cambiano i pulpiti, ma non il tipo di lagnanza di fronte a una legalità ritenuta inadeguata per difetto. Limitando l'attenzione alle critiche che hanno finito per interessare la Corte costituzionale, si pensi, ad esempio, alla liceità dell'interruzione volontaria della gravidanza che avviene in conformità alla l. 194/1978, che ha indotto a denunciare la violazione da parte del legislatore di un asserito obbligo costituzionale di tutela penale ([29]). E più di recente, ancora una volta senza successo, si è chiesto alla Corte costituzionale la creazione di una nuova fattispecie incriminatrice intesa a superare la limitatezza del testo riformato dell'art. 727 c.p. ([30]), che pur avendo ampliato il novero dei comportamenti di maltrattamento di animali, non dà rilevanza penale all'uccisione del proprio animale ([31]). Come non si è mancato di osservare ([32]), è sorto così un «nuovo tipo di questioni di legittimità costituzionale aventi per oggetto sia il ritrarsi dell'intervento penale sia comunque la sua mancata previsione».

Né la funzione creativa della giurisprudenza può essere assunta come indicativa di una nuova legalità, che, pur mancante di una investitura democratica diretta, è almeno in grado di assicurare al diritto vivente la necessaria certezza. Non meno delle fattispecie di creazione legislativa, le discusse figure di reato escogitate dalla giurisprudenza sono soggette a vistose oscillazioni applicative. Si pensi alle note vicende della figura del concorso esterno nel reato associativo, sulla cui configurabilità — corretta o meno, al momento, non importa — non vi è unità di vedute nell'ambito

---

svolge la giurisprudenza nella genesi della fattispecie legislativa, v. **A.** CADOPPI, La genesi delle fattispecie penali. Una comparazione tra civil law e common law, in Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale, a cura di G. Fiandaca, Padova, 1997, p. 164 s.

([29]) In argomento, v. D. PULITANÒ, Obblighi costituzionali di tutela penale?, in Riv. it. dir. proc. pen., 1983, p. 484 s. Per una recente ricapitolazione della specifica vicenda, v. M. ZANCHETTI, La legge *sull'interruzione* volontaria della gravidanza. *Commentario* sistematico alla legge 22 maggio 1978 n. 194, Padova, 1992, p. 74 s., cui si rimanda anche per ulteriori indicazioni bibliografiche.

([30]) Il riferimento è al testo modificato dalla legge 22 novembre 1993, n. 473.

([31]) V. Corte cost., 27 luglio 1995, n. 411, in Cass. pen., 1996, p. 27 s.

([32]) Cfr. F. BRICOLA, Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela, in Funzioni e limiti *del* diritto penale, a cura di M. De Acutis e *G*. Palombarini, Padova, 1984, p. 14 s.

della stessa Corte di cassazione (33). Al pari del diritto legislativo, anche quello giurisprudenziale è spesso variabile e contingente. E per quanto favorito, se non necessitato, dalle emergenze che si sono succedute nel tempo (terrorismo prima, mafia e corruzione politica, oggi), il ruolo di supplenza della magistratura può aver soddisfatto il bisogno sociale di tutela (34), non anche quello di certezza del diritto, come testimonia oltre tutto la crisi — da più parti segnalata (35) — del ruolo di nomofilachia della Corte di Cassazione.

3.2. – Vi è infine un ultimo profilo di crisi che investe la legalità come principio: il più recente, ma, se possibile, anche il più grave, in quanto attiene alla credibilità della legge. Com'è oltre modo noto, negli ultimi anni, il valore della legalità è stato travolto dalla c.d. delegittimazione del potere politico, soprattutto nei casi in cui la legge è stata avvertita come un potenziale strumento di difesa e autoassoluzione del potere politico di fronte all'incalzare delle inchieste giudiziarie. Il riferimento non è solo alle paventate amnistie per i delitti contro la pubblica amministrazione e più in generale per gli illeciti connessi ai c.d. costi della politica. Anche la legalità processuale è diventata terreno di scontro politico: la scelta tra il mantenimento dell'obbligatorietà dell'azione penale e il suo temperamento è fortemente condizionata da valutazioni di tipo squisitamente politico, in ordine ai contraccolpi che l'attenuazione della legalità processuale può portare sul

---

(33). *Per la soluzione della configurabilità, v. per tutti Cass. Sez. Un., 5 ottobre 1994,* Demitry, *in Cass. pen., 1995, p. 842 (con nota di F.M. IACOVIELLO, Il concorso eventuale nel delitto di partecipazione ad associazione per delinquere, ivi, p. 858* s.). *Contra*: *Cass. sez. I, 30 giugno 1994, Della Corte, in Riv. pen., 1994, p.* 1114 *(con nota di A. TENCATI, Fiancheggiamento e partecipazione nell'art. 416-bis del codice penale, ivi, p. 1117* s.); *ID., 18 maggio 1994, Clementi, in Foro it., 1994,* II, c. *560 (con nota di C. VISCONTI, Il tormentato cammino del concorso «esterno» nel reato associativo, ivi,* c. *561). Non* è *univoco nemmeno l'atteggiamento della dottrina; per l'affermazione del concorso* «esterno» *ex art.* 416-*ter, v. C.F.* GROSSO, *Una configurazione possibile. Accordo elettorale politico-mafioso e concorso esterno in associazione mafiosa, in Foro it., 1996, V,* c. *122* s.; *diversamente, v. G. FIANDACA, Una espansione incontrollata del concorso criminoso. Accordo elettorale politico-mafioso e concorso esterno in associazione mafiosa, ivi,* c. *127* s. *In argomento v. anche: A. MANNA, L'ammissibilità di un c.d. concorso «esterno» nei reati associativi, tra esigenze di politica criminale e principio di legalità, in Riv. it. dir. proc. pen., 1994,* **p.** *1189* s.; *G. INSOLERA, Il concorso esterno nei delitti associativi: la ragione di Stato e gli inganni della dogmatica, in Foro it.,* 1995, II, c. *423* s.; *V.B. MUSCATIELLO, Il concorso esterno nel reato associativo, Padova, 1995, passim.*

(34) *Con riferimento al terrorismo, v. R. CORONA, I giudici e le tentazioni della supplenza, in Legge, giudici e giuristi, cit.,* **p.** *36* s. *In termini più generali, v. G. RIGGIO, Supplenza della magistratura nei rapporti con il potere politico e la pubblica amministrazione, in Studi in memoria di Gaetano Costa, Milano, 1982, p. 354* s.

(35) *Per tutti, v. S. CHIARLONI, La Cassazione e la norma, in Il giudizio di Cassazione nel sistema delle impugnazioni, a cura di S. Mannuzzu e R. Sestini, suppl. al n. 1 di Democrazia e diritto, 1992, p. 12* s.

fragile equilibrio della nostra vita politica, fondata su un sistema maggioritario ancora in rodaggio. Più di altri, quest'ultimo profilo di crisi conferma dunque nella legalità, non già lo strumento di composizione degli interessi coinvolti dalla giustizia penale, ma l'attuale terreno di scontro tra politica e giustizia.

4. – La legalità — dovrebbe esser chiaro — non è solo un principio in crisi; essa è un valore fragile, in quanto affidato a un delicato equilibrio di organi e funzioni, che impone la sua continua riconquista. E si comprende che è davvero difficile escogitare rimedi per restaurare una legalità violata: la perdita di significato della legalità non è un fenomeno isolabile, ma il sintomo di una trasformazione della cultura giuridica di cui la legalità è il portato.

Nondimeno, di fronte a uno stato di crisi così grave e preoccupante, viene avvertita da più parti l'esigenza di riportare la legalità alla sua autentica dimensione di garanzia, recuperandone le origini storiche e ideologiche. Esse, come noto, affondano nella separazione dei poteri e, per altro verso, nella valorizzazione dei diritti della persona, che vengono sacrificati dall'inflizione della pena. Invero, nella prospettiva utilitaristica consegnataci dall'illuminismo, il diritto penale si presenta come un necessario strumento di bilanciamento tra le ragioni della società e quelle dell'individuo: proprio perché l'intervento punitivo sacrifica sempre un bene della persona (qual è la libertà del colpevole) per tutelare altri beni individuali o collettivi, il punto di equilibrio tra i beni confliggenti ha bisogno di essere fissato nella legalità.

Ebbene, muovendo da queste premesse, una via d'uscita dalla crisi della legalità è parsa quella, per così dire, minimalista ([36]). Il diritto penale — si è osservato — deve restituire ad altre tipologie sanzionatorie i settori che ha storicamente usurpato, allorché gli illeciti di polizia vennero trasformati in reati, allo scopo di estendervi il complesso delle garanzie che si affermavano progressivamente nel campo penale ([37]). In breve: il recupero della legalità deve passare attraverso una massiccia depenalizzazione dei reati bagatellari e un ritorno a quel diritto penale minimo, fatto di poche leggi chiare e semplici, vagheggiato dall'illuminismo. Ne conseguirebbe — si potrebbe aggiungere — un recupero del principio di necessaria conoscibilità della legge da parte del cittadino e, per altro verso, un benefico deconge-

---

([36]) Cfr. L. FERRAIOLI, Il diritto penale minimo, in Il diritto penale minimo, a cura di A. Baratta, fascicolo speciale della rivista *Dei* delitti e delle pene, 1985, p. 493 s.; ID., Diritto e ragione. Teoria del *garantismo,* Bari, 1989, p. 325 s.; ID., Per un programma di diritto penale minimo, in La *riforma* del diritto penale. Garanzie ed effettività delle tecniche di tutela, a cura di L. Pepino, Milano, 1993, p. 57 s.

([37]) Cfr. per tutti F. BRICOLA, Teoria generale del reato, in *Nss.* D. I., Vol. XIX, 1973, p. 14.

stionamento dell'apparato repressivo, con auspicati vantaggi anche sul piano della celerità della giustizia penale. Il giudice, infine, non avrebbe più alibi per continuare a sottrarsi al vincolo della legge e a quella fedeltà alla lettera del testo normativo rivendicata dal positivismo illuministico ([38]).

Fermo restando che la politica di depenalizzazione è una strada da percorrere necessariamente e con assoluta priorità ([39]), bisogna chiedersi se questo ritorno a un passato in parte storico, ma anche ideale e idealizzato, sia possibile e auspicabile.

4.1. – Sotto il profilo della sua praticabilità, la prospettiva del diritto penale minimo rischia di confondere l'aspirazione, certamente realizzabile, a contenere la crescita ipertrofica del diritto penale con l'obiettivo, al momento francamente utopistico, di un diritto penale affidato ai pochi articoli di un corpo normativo unico o principale. Basta guardare con disincanto alla complessità della realtà sociale per rendersi conto che il diritto penale, anche e soprattutto quello *extracodicem*, sembra destinato a mantenere per lungo tempo una considerevole vastità. La sua contrazione equivarrebbe a una sensibile diminuzione della tutela. Come si diceva, lo sviluppo tecnologico amplifica le modalità di aggressione a beni giuridici fondamentali e la necessità di tutela non solo attraverso la creazione di fattispecie dolose (che costituiscono il nucleo storico del diritto penale moderno), ma anche attraverso fattispecie colpose e omissive, frutto della crescente dimensione solidaristica che assume l'intervento penale ([40]). Per non dire poi dei nuovi beni giuridici: la loro dimensione per lo più superindividuale ne favorisce la tutela in termini di pericolo, con conseguente dilatazione dell'area del penalmente rilevante. Ma non è tutto: la, pur necessaria, politica di depenalizzazione deve poter contare sull'efficienza repressiva delle pubbliche amministrazioni competenti, là dove l'effettività della sanzione amministrativa conosce oggi realtà notoriamente assai diverse e livelli di repressione discontinui ([41]). Infine, non va trascurato che l'odierna configurazione dell'illecito amministrativo su un modello parapenale può trasferire sul piano della repressione amministrativa alcune cause di ineffettività e di complessità della giustizia penale, o all'opposto indurre a uno svuotamento di fatto delle garanzie, in quanto ritenute inutili complicazioni burocratiche.

([38]) Cfr. G. D'AMELIO, *Illuminismo* e scienza del diritto in Italia, Milano, 1965, p. 25 s.

([39]) Cfr. F. GIUNTA, *Depenalizzazione*, in Dizionario di diritto e procedura penale, coordinato da G. Vassalli, Milano, 1986, p. 207 s.

([40]) Su questo fenomeno C.E. PALIERO, «Minimanon curat praetor», cit., p. 145 e p. 157.

([41]) Cfr.: F. MANTOVANI, Le «*modifiche* al sistema *penale*» del 1981: risultati ed indicazioni di una ricerca *empirica*, in Indice pen., 1986, p. 446 s.; F. GIUNTA, Effetti e prospettive della depenalizzazione *alla* luce di una *verifica empirica*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1986, p. 742 s.

4.2. – Anche su un piano più generale, quello per così dire dell'opportunità, il recupero dell'ideale illuministico di legalità può risultare inadeguato all'odierna realtà. Va tenuto presente che nella concezione illuministica, la legalità è il prodotto di un legislatore non solo rappresentativo della volontà popolare, ma anche illuminato e vincolato a una razionalità politico-criminale, che oggi non è dato cogliere in ogni legge penale. La consacrazione della legalità come supremo valore sottende l'idea dell'intrinseca bontà e capacità del legislatore, là dove diversa è la nostra recente esperienza (42): la supplenza giudiziaria, che oggi si lamenta, è stata voluta dal legislatore, che per inanità ha delegato la soluzione dei conflitti sociali al potere discrezionale del giudice. Se può sembrare irriverente dire che la legalità è stata tradita dal legislatore, bisogna quanto meno ammettere che essa non è stata adeguatamente salvaguardata dal legislatore, nel momento in cui ha consentito che la garanzia della giurisdizione non si aggiungesse, ma si sostituisse a quella della legalità. Un epilogo, questo, tanto più grave, se si considera che, all'interno della stessa magistratura, esistono concezioni della legalità tra loro diverse (43), per lo più influenzate dal ruolo processuale da cui si esamina il problema della legalità. Emblematica è la vicenda della riforma dell'art. 513 c.p.p. Per un verso — e dall'angolo visuale della pubblica accusa — la nuova norma è parsa ispirarsi a una *ratio* garantistica sospetta, in quanto idonea a produrre effetti invalidanti su processi penali aventi rilevanza politica, in quanto celebrati contro politici. Per l'altro verso, ad opera di una recente pronuncia della Corte di cassazione (44), la garanzia della retroattività è stata estesa anche alle norme processuali favorevoli all'imputato. Ebbene, per quanto l'applicabilità dell'art 2 c.p. alla norme processuali non sia per nulla pacifica in dottrina (45), la conclusione cui è pervenuta la Corte di cassazione non può contestarsi esclusivamente in ragione dei risultati cui esso conduce nella specifica vicenda; ne esce confermata, infatti, l'impressione che lo scontro sulla legalità delle garanzie sia troppo interessato alle intuibili ricadute politiche.

---

(42) Cfr. G. AZZARITI, Alla ricerca della legalità, in Pol. dir., 1994, p. 432, dove si rileva l'incapacità degli organi rappresentativi di definire indirizzi chiari e coerenti.

(43) Cfr. G. RIGGIO, *op. cit.*, p. 355.

(44) V. di recente Cass., sez. un., 25 febbraio 1998, n. 4265, Gerina, in *Guida* al diritto, 18 aprile 1998, p. 46 s.

(45) In senso affermativo, v.: F. CARNELUTTI, Riflessionisulla successione di leggi penali processuali, in Questionisul processo penale, 2ª ed., Milano, 1950, p. 195; M. GALLO, Interpretazione della Corte costituzionale e *interpretazione* giudiziaria (a proposito delle garanzie della difesa *nell'istruzione* sommaria), in Riv. it. dir. proc. pen., 1965, p. 215; M. SINISCALCO, *Irretroattività* delle leggi in materia penale. Disposizioni sostanziali e disposizioni processuali nella successione di leggi, Milano, 1969, p. 114; *Contra*: G. LEONE, Manuale di diritto processuale penale, 11ª ed., 1982, p. 23; G. LOZZI, Favor rei e processo penale, Milano, 1968, p. 106; M. ROMANO, *Commentario* sistematico del codice penale, vol. I, 2ª ed., Milano, 1995, p. 59. Di recente, in argomento, v. anche B. ROMANO, Il rapporto tra *norme* penali. *Intertemporalità, spazialità,* coesistenza, Milano, 1996, p. 315 s.

5. – Non resta allora che abbandonare il mito di un legislatore che, volendo, sappia ridurre drasticamente l'area del penalmente rilevante e che sia in grado di intervenire, così rapidamente e in modo esaustivo, da rendere davvero eccezionale il ricorso alla decretazione d'urgenza e alla tecnica del rinvio. Oggi, questa esaltante immagine del legislatore appare piuttosto un retaggio veteroilluministico ([46]), difficile da conciliare con le funzioni che ha assunto il diritto penale c.d. postmodermo ([47]). Certo la qualità del prodotto legislativo può e deve migliorare: ma ciò non dipende dalla legittimazione democratica dell'organo di produzione normativa ([48]). Di per sé, infatti, un parlamento che esprime la volontà popolare non assicura affatto la legalità dai rischi di scelte politico-criminali errate, o fortemente condizionate dalla ricerca del mero consenso politico e subordinate in definitiva all'esito dei sondaggi di opinione. Ma questo, nel diritto penale, non significa ancora che «la crisi della legislazione pone in questione [...] la stessa natura giuridica delle legge» ([49]), talché sarebbe entrata in una crisi irreversibile la legge come strumento di certezza e di soluzione dei conflitti ([50]).

5.1. – La realtà sembra piuttosto un'altra. Proprio perché indipendente dai suoi contenuti, oggi più che mai, il valore della legalità può vantare un fondamento «debole», ma almeno irriducibile nel suo debolismo: quello per così dire procedimentale, opportunamente sottolineato in dottrina ([51]). In una società che si avvia a essere sempre più multiculturale, il processo di formazione della legalità penale non può che essere il luogo del confronto pluralistico tra maggioranza ed opposizione ([52]). Il valore della legalità, dunque, risiede più nel mezzo e nelle condizioni della produzione normativa, che nel prodotto stesso. Sotto questo profilo, la riserva di legge risulta confermata nel suo ruolo di insostituibile strumento inteso ad assicurare

---

([46]) Sui rischi insiti nell' idealizzazione del legislatore, v. di recente, in termini generali, ma severi, **v.** P. GROSSI, Pagina introduttiva (ossia: delle miserie del legislatore italiano), in Quadernifiorentini per la storia del pensiero giuridico, 26 (1997), p. 2 s.

([47]) Con varietà di accenti, v. al riguardo: G. FIANDACA, E. MUSCO, Perdita di *legittimazione* del diritto penale?, in Riv. it. dir. proc. pen., 1994, p. 34; C.E. PALIERO, L'autunno del patriarca. Rinnovamento o *trasmigrazione* del diritto penale dei cadici?, in Riv. it. dir. proc. pen., 1994, p. 1225 s.; S. MOCCIA, Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni *postmoderne* e riflussi *illiberali*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1995, p. 347 s.

([48]) In argomento, v. di recente M. MORISI, La legalità tra giurisdizione e sistema politico, in Il Ponte, 1998, nn. 2-3, p. 17 s.; con riferimento al diritto penale v. **F.C.** PALAZZO, Ipotesi futuribili sui sistemi punitivi, ivi, p. 58.

([49]) Così **F.** SPANTIGATI, *op. cit.*, p. 656.

([50]) Cfr ancora F. SPANTIGATI, *op. cit.*, p. 657.

([51]) Cfr. **F.C.** PALAZZO, *op.* loc ult. cit.

([52]) Cfr. F.C. PALAZZO, *op.* loc ult. cit. V. anche W. HASSEMER, Diritto giusto attraverso un linguaggio *correttivo?* Sul divieto di analogia nel diritto penale, in Testo e diritto, 1997, p. 174.

un primo controllo sulla ponderazione delle scelte che attengono al tipo di disciplina penale, ovvero all'an e al quomodo della tutela.

Il valore della riserva di legge si avverte soprattutto in relazione all'ambito del penalmente rilevante (ovvero alla parte speciale del diritto penale): su questo terreno, trattandosi di individuare i beni meritevoli di protezione e le stesse tecniche della tutela, la legalità ha il compito di tracciare scelte politico-criminali, che si sottraggono ad ogni sindacato di legittimità costituzionale, nella misura in cui non tutelano beni inconciliabili con il catalogo dei valori costituzionali. L'area del penalmente rilevante, owero l'estensione dell'intervento penale, non può che continuare ad essere individuata dal legislatore, quale artefice esclusivo della politica criminale: di conseguenza, più che mai di fronte alle norme di parte speciale, il giurista deve aver contezza del suo ruolo di interprete delle scelte politico-criminali contenute nella legge, lasciando al legislatore il compito di interpretare i bisogni di tutela che si avvertono nel contesto sociale.

La parte generale del diritto penale, invece, in quanto espressione del volto dell'illecito penale, non può non essere sottratta al gioco delle maggioranze parlamentari ([53]). Anche nell'epoca della decodificazione, la parte generale esprime quell'esigenza di stabilità, che è propria dei principi di garanzia individuale, affermatisi come irrinunciabili. Non meraviglia allora che per la parte generale si avverta oggi, come assolutamente necessaria, una legalità superlegislativa, che consenta di ancorare i principi e le garanzie individuali, cui deve essere sottoposto l'intervento penale, a fonti sovraordinate e dunque vincolanti per il legislatore. E qui, oltre alla Costituzione, svolgono un ruolo fondamentale le diverse carte internazionali dei diritti dell'uorno, fiorite nella seconda metà di questo secolo.

In breve, posto che alla politicità della parte speciale si contrappone la dimensione garantistico-culturale della parte generale, non sorprenderà che anche il ruolo dell'interprete risulti differenziato: ovvero sensibile più ai principi che alla lettera della legge, quando si tratta di istituti della parte generale, e più fede alle scelte della legge che alle esigenze della politica criminale, in relazione alle singole scelte di penalizzazione.

5.2. – Ma la legalità è anche certezza del diritto: una certezza che non può esaurirsi nel dato testuale di partenza, ma che non può nemmeno pretendere di ipotecare interamente il risultato applicativo, che è frutto di un'attività interpretativa più vicina alla (ri)creazione del diritto che alla sua dichiarazione ([54]). In quest'ottica, la legalità non può che dipendere allora

---

([53]) Sul perdurante carattere costituzionale della parte generale, v. C.E. PALIERO, «Minima non curat praetor», cit., p. 89 s.

([54]) La letteratura sul punto è vastissima. Sul fondamentale e ineliminabile contributo creativo della giurisprudenza, v. per tutti. L. VALLAURI, Saggio *sul* diritto *giurisprudenziale,* Milano, 1967, p. 372 s.

dalla certezza dei meccanismi e delle regole che attengono al procedimento applicativo della legge (da quelle concernenti l'interpretazione a quelle processuali, passando attraverso il corretto uso del potere discrezionale del giudice). Com'è evidente, la dialettica tra le variabili del risultato applicativo del diritto si colloca del tutto al di fuori del procedimento di formazione della legge sostanziale, con la conseguenza che la certezza del diritto penale dipende dalla legalità dell'intero sistema. E qui assume una rinnovata e decisiva importanza la funzione della Corte costituzionale, quale garante della legalità del sistema ([55]), cui spetta verificare — owiamente *ex post* — se lo standard di indeterminatezza della fattispecie altera il dato testuale di partenza di un procedimento applicativo incerto, individuando le soglie di tollerabilità sociale delle varie tecniche di tipizzazione della fattispecie penale; comprese quelle fondate sulla tecnica del rinvio, la cui problematicità, tradizionalmente indicata sul versante della riserva di legge, si coglie ancora più marcatamente sotto il profilo della certezza e della conoscibilità della legge. In effetti, la recente giurisprudenza della Corte costituzionale ha dato contributi significativi all'attuazione della legalità del sistema. C'è da sperare che la sua opera prosegua anche con maggiore incisività, segnatamente in quei settori normativi in cui la conoscibilità della legge è di fatto vanificata da una sovrapposizione legislativa che tocca punte di intollerabile disorganicità, imponendo al giudice un notevole, quanto inane sforzo di razionalizzazione. Com'è evidente, qui il controllo della legalità non può limitarsi alla dimensione formale, ma va esteso alla norma reale; più che mai nel diritto penale la fisiologia dialettica tra testo e interpretazione non può trasformarsi in una giustificazione dell'attuale iato tra legalità formale e legalità sostanziale, senza compromettere la stessa funzione di orientamento comportamentale, cui è preposto il diritto penale.

6. – Resta da rimeditare il ruolo del giudice, che, in un contesto di recuperata legalità, non può restare libero artefice della politica criminale. Anche quando è legittimato *(rectius:* confortato) da un consenso sociale peraltro mutevole ([56]), il giudice non deve trascurare che l'assunzione di un ruolo di supplenza, rischia di farlo apparire come soggetto politico, che si rivolge direttamente all'opinione pubblica, nella veste di «interprete del conflitto»([57]). Una

([55]) In argomento, per ulteriori, ancorché le scettiche, considerazioni, v. G. AZZARITI, *op. cit.,* p. 433 s.

([56]) Sui rischi di una siffatta legittimazione «esterna» v. di recente M. NOBILI, *Principio di legalità e processo penale,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1995, p. 654 s.

([57]) L'espressione è di G. COLOMBO, *Dal giudice interprete del conflitto al giudice interprete della legge,* in *Il governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica,* a cura di E. Bruti Liberati, A. Ceretti, A. Giasanti, Milano, 1996, p. 85 s., che con essa, però, indica l'atteggiamento di una parte della magistratura disposta all'approfondimento degli illeciti connessi all'esercizio del potere.

prospettiva, questa, che sospinge il quadro istituzionale oltre la sua capacità di tolleranza; per quanto nessuno creda più alla favola del giudice che è bocca (o servo) della legge ([58]), mero esegeta della semantica di un testo ([59]), è pur vero che nella tradizione culturale, che permea la nostra realtà istituzionale, la legalità non può prescindere dall'essere soprattutto un dato di partenza: essa preesesiste alle sentenze e non può esserne solo il prodotto ([60]), senza vanificare il complesso delle garanzie individuali di fronte all'intervento punitivo, che si sono progressivamente consolidate. Si guardi pure con interesse alla diversa esperienza del *common law* ([61]): indubbiamente, la comparazione del diritto è prezioso strumento di conoscenza; ma anche nel mondo del diritto, conoscere di per sé non significa necessariamente imitare ([62]), bensì individuare, censire e comprendere i punti di diversità tra sistemi, non meno importanti di quelli di convergenza. Ebbene, la fiducia nel giudice, caratteristica dei sistemi di *common law,* ha radici storiche, culturali e giuridiche peculiari, che affondano in un modo di intendere il rapporto tra autorità e cittadino, radicalmente diverso dal nostro, che ha costruito sull'ermeneutica del diritto posi-

---

([58]) Di recente, v. D. PULITANÒ, *La giustizia penale alla prova del fuoco,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1997, p. 15 nonché P. BORGNA, M. CASSANO, *Il giudice e il principe. Magistratura e potere politico in Italia e in Europa,* Roma, 1997, p. 55 s.

([59]) Sul punto, in risposta alla proposta di N. IRTI — *La proposta della neo-esegesi (a modo di prefazione),* in *Scuola e figure del diritto civile,* Milano, 1982, III — favorevole a un ritorno all'esegesi e al terreno filologico, v. le pagine di P. GROSSI, *Epicedio per l'assolutismo giuridico (dietro gli «Atti» di un Convegno milanese, e alla ricerca di segni),* in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* (17), 1988, p. 527, dove, nel distinguere tra esegesi e *interpretatio* si osserva che il «giurista non è un letterato; non può contentarsi della filologia a causa del suo sapere incarnato nel sociale)).

([60]) Del resto, come non si manca di osservare, le due grandi scuole di giurisprudenza che si collocano agli inizi del secolo XIX, e dalle quali prendono le mosse le moderne dottrine dell'interpretazione (la scuola dell'esegesi e la scuola classica), convergono in ogni caso nel considerare «il diritto come una realtà precostituita all'interpretazione»; così G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto,* Bologna, 1974, p. 413.

([61]) Cfr. E. GRANDE, *Principio di legalità e diritto giurisprudenziale: un'antinomia?,* in *Pol. dir.,* 1996, p. 471 s., dove, attraverso una comparazione con i sistemi di *common law,* si osserva che la regola giudiziaria è una delle componenti del sistema giuridico e che il suo cambiamento comporta un mutamento del diritto. Il rilievo, di per sé corretto, non deve far perdere di vista che non ogni cambiamento della regola giudiziaria è legittimo, e che il parametro di giudizio è la sua giustificabilità in base al tenore logico-semantico della fattispecie astratta.

([62]) È questa, come noto, una prospettiva spesso coltivata dai comparatisti: cfr. E. AMARI, *Critica di una scienza delle legislazioni comparate* (Genova, 1857), vol. II, rist., Palermo, 1969, p. 163 s. Ciò — s'intende — non equivale a negare che la comparazione possa anche fungere da «serbatoio di soluzioni» e da «veicolo di materiali per i legislatori»; v. *Corso di sistemi giuridici comparati,* a cura di G. Alpa, Torino, 1996, p. 3.

tivo la sua scienza e anche la sua retorica (63). Senza contare poi — e non vuol essere una provocazione — che sono semmai i sistemi di *common Law* che oggi sembrano avvicinarsi all'esperienza della codificazione (64).

Con ciò non si intende negare che nella nostra realtà giuridica, certi ambiti di discrezionalità giudiziale siano funzionali e ineliminabili; se accompagnati da adeguati criteri di esercizio, coerenti ai fini della discrezionalità conferita al giudice, essi non si pongono in contrasto con la legalità del sistema. Ed è in questo senso che, secondo gli auspici della dottrina deve ricomporsi il sistema sanzionatorio: lo sfrondamento delle tante (per il vero troppe) alternative alla pena è un rimedio credibile sia alla crisi della legalità sul terreno delle sanzioni, sia a una discrezionalità giudiziale troppo dilatata per poter essere solo tecnica.

Ma, a conferma che la collaborazione del giudice è coessenziale al recupero della legalità, giova ricordare che il ricorso alla discrezionalità giudiziale viene discussa e guardata con certo favore anche in un'altra prospettiva: come strumento di selezione dei fatti non meritevoli di pena in concreto, ancorché corrispondenti a una fattispecie incriminatrice (65). Come noto, la prospettiva non è nuova. Parte della nostra dottrina l'ha proposta come criterio ermeneutico desumibile sia dall'art. 49, comma 2, c.p., sia dal più generale principio di offensività secondo la Costituzione (66). E il meccanismo, già operativo (con alcune particolarità) nel diritto penale mi-

---

(63) Stretti ed evidenti sono infatti i nessi tra la concezione dell'interpretazione come attività ricognitiva del testo e il principio di legalità formale. Cfr. G. BELLAVISTA, L'interpretazione della legge penale, rist. inalterata, Milano, 1975, p. 28; osserva l'A. che «non si può consentire al giudice, all'interprete la facoltà di creare la legge senza sovvertire il nostro ordinamento giuridico imperniato sul principio della legalità».

(64) Cfr. A. CADOPPI, I recenti progetti di codificazione penale nei paesi di common law: modelli per un superamento delle discrasie tra dottrina e giurisprudenza?, in Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale, a cura di A. Stile, Napoli, 1991, p. 259 s. nonché, in una retrospettiva storica, Il codice Zanardelli e la codificazione penale nei paesi di common law, in Riv. it. dir. proc. pen., 1996, p. 1055 s.; v. anche V. MILITELLO, Il diritto penale nel tempo della «*ricodificazione*». Progetti e nuovi codici penali in Francia, Italia, Spagna, Inghilterra, ivi, 1985, p. 785 s. Da ultimo, v. ampiamente M. PAPA, Il reato di Mail Fraud nel diritto federale statunitense: spunti sui presupposti della responsabilità penale tra previsione legale *dell'illecito* e prassi applicativa, in Riv. it. dir. proc. pen., 1997, p. 1291 s.

(65) In argomento v. P.L. ZANCHETTA, *L'«irrilevanza* del *fatto»* come strumento deflattivo: una via praticabile?, in Quest. Giust., 1990, p. 107 s.

(66) Cfr.: M. GALLO, I reati di pericolo, in Foro pen., 1969, p. 8; ID., Dolo (dir. pen.), in Enc. dir., vol. XIII, 1964, p. 786; G. NEPPI MODONA, Il reato impossibile, Milano, 1965, p. 399 s. nonché Reato impossibile, in *Dig.* disc. pen., vol. XI, 1996, p. 271 s.; F. BRICOLA, *op. ult. cit.*, p. 81 s. Per un'applicazione del principio da parte della giurisprudenza, v. con riferimento al campo dei reati di falso, E. SVARIATI, Il reato di falso e il principio di offensività in una recente pronuncia della Cassazione, in Cass. pen., 1995, p. 544 s.

norile ([67]), è stato proposto sia dal già citato Schema di legge delega per la riforma del codice penale ([68]), sia dal progetto di riforma costituzionale approvato dalla Commissione Bicamerale (art. 129, comma 2) ([69]). Non importa qui pronunciarsi se analoghi risultati sono raggiungibili già in base ad un'accorta interpretazione teleologica della fattispecie ([70]), che già di per sé rappresenta un fattore di deflazione ancora inespresso nella nostra realtà giudiziaria. In ogni caso, il suo accoglimento potrebbe superare quella fedeltà feticistica alla lettera della legge, cui la giurisprudenza mostra insospettata sensibilità quando conduce a risultati in *bonam partem* ([71]). Certo, l'istituzionalizzazione della non punibilità del fatto inoffensivo sconta il limite insuperabile della mancanza di criteri orientativi della scelta giudiziale, ma per contro si pone in alternativa sia ai già segnalati meccanismi che conducono alla depenalizzazione di fatto, sia a un ripensamento del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, quale si è venuto prospettando in una recente proposta di riforma del codice di procedura penale ([72]). Un compromesso accettabile potrebbe passare attraverso la su-

---

([67]) V. l'art. 27 d.p.r. 22 settembre 1988, n. 448, come sostituito dall'art. 1 della l. 5 febbraio 1992, n. 123; sul duplice presupposto della tenuità del fatto e dell'occasionalità del comportamento, la norma consente che, nelle indagini preliminari e su richiesta del pubblico ministero, possa pronunciarsi una sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto quando l'ulteriore corso del procedimento pregiudica le esigenze educative del minorenne. Sul punto, v. anche T. PADOVANI, Diritto penale, 3ª ed., Milano, 1995, p. 421.

([68]) V. gli artt. 4, comma 1, e 54. Al riguardo, v. F. MANTOVANI, Il principio di *offensività* nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale, in Riv. it. dir. proc. pen., 1997, p. 334 s.

([69]) Per un commento, non privo di accenti critici, v.: G. FIANDACA, La giustizia penale in Bicamerale, in Foro it., 1997, V, c. 165; F.C. PALAZZO, Le *riforme* costituzionali proposte dalla *Commissione* Bicamerale: B) Diritto penale sostanziale, in Dir. pen. proc., 1998, p. 41 s.

([70]) Cfr. al riguardo A. PAGLIARO, Bene giuridico e interpretazione della legge penale, in Studi in onore di Francesco Antolisei, Milano, 1965, vol. II, p. 389 s. nonché Principi di diritto penale, parte generale, 5ª ed., 1996, p. 81.

([71]) Un ulteriore segno di fedeltà all'istanza della legalità si coglie del resto nelle riserve manifestate dalla dottrina nei confronti dell'inesigibilità, che, mentre ha trovato in Germania maggiori spazi di accoglienza, da noi viene awersata proprio in ragione della sua natura di esimente ultralegale. In argomento, v. G. FORNASARI, Il principio di inesigibilità nel diritto penale, Padova, 1990, *passim*.

([72]) Il riferimento va all'art. 12 dello Schema di d.d.l. recante «Disposizioni in tema di definizione del contenzioso civile pendente, di procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica, di irrilevanza penale del fatto e di indennità spettanti al giudice di pace. Proroga dell'efficacia del decreto legislativo istitutivo del giudice unico di primo grado». L'articolo citato propone l'introduzione di un nuovo articolo (346-bis c.p.p.), che, in relazione ai reati per i quali la legge stabilisce una pena detentiva non superiore nel massimo a tre anni, esclude la procedibilità per irrilevanza del fatto quando «rispetto all'interesse tutelato, l'esiguità del danno o del pericolo che ne è derivato, nonché le modalità della condotta, la sua occasionalità [...] e il grado della colpevolezza non giustificano l'esercizio del'azione penale». Il testo dello Schema di d.d.l. può leggersi in Guida al diritto, 28 febbraio 1998, p. 17 s.

bordinazione della mancata repressione penale al risarcimento della vittima, potenziando, anche attraverso un più coraggioso ricorso alla procedibilità a querela dei reati offensivi di interessi privati ([73]), la ricomposizione extragiudiziale del conflitto creato dal reato, nella prospettiva di un sistema penale che si awia a essere sempre più disuguale, ma, almeno non per questo, ingiusto.

ABSTRACT

The value of legality is presently encountering a clear and deep crisis, the causes of which are many and difficult to remove. To recognise these is the initial measure required to deal positively, and dispassionately with possible solutions for a purely judicial legality and to create the conditions for restoring the manner of delivery of prescriptive text and interpretative activity within the channels of constitutional principles.

Il valore della legalità vive oggi una crisi evidente e profonda, le cui cause sono molteplici e difficili da rimuovere. La loro ricognizione è il punto di partenza di una riflessione volta a ricercare, con realismo e disincanto, sia i possibili rimedi contro il pericolo di una legalità puramente giudiziale, sie le condizioni per riportare la dialettica tra testo normativo e attività ermeneutica nell'alveo dei principi costituzionali.

([73]) Per questa proposta sia consentito rinviare a F. GIUNTA, Interessi privati e deflazione penale *nell'uso* della querela, Milano, 1993, p. 186 s.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova serie - Vol. XII (1998)

PAOLO FERRETTI

DE CENOTAPHIO DIATRIBA (1)

1. – Nel Digesto (2) si conservano le tracce di una controversia tra Marciano e Ulpiano in tema di cenotafio. Il motivo del contendere non è chiaro. Ai glossatori tale controversia non è passata inosservata. Alciato (3) e J. Gotofredo (4) ne hanno fatto oggetto di studio. La nostra intenzione è quella di ripercorrere il pensiero dei maestri e vedere quali altre opinioni successivamente siano state formulate, per giungere, se possibile, a qualche personale considerazione.

Tuttavia, preliminarmente, è opportuno considerare cosa i giuristi classici intendessero per *cenotaphium*. Il passo che ci offre maggiori ragguagli in merito è di Fiorentino:

> D. 11,7,42 (Flor. 7 inst.): Monumenturn generaliter res est memoriae causa in posterum prodita: in qua si corpus vel reliquiae inferantur, fiet sepulchrurn, si vero nihil eorurn inferatur, erit rnonumentum mernoriae causa factum, quod Graeci κενοτάφιον appellant (5).

Il giurista, nel libro settimo delle Istituzioni — scritte, secondo la *communis opinio* (6), tra la tarda età antonina e la prima età severiana —, definisce, in modo generale, *monumentum* la *res* costruita per i posteri *memoriae* causa (7). Se vi vengono depositati il corpo o le reliquie di un defunto,

---

(1) Così già J. GOTHOFREDUS, De cenotaphio diatriba, in E. OTTO, Thesaurus juris romani, III, Basileae 1744, 326 ss.

(2) D. 1,8,6,5; D. 1,8,7; D. 11,7,6,1.

(3) A. ALCIATUS, *ΠΑΡΕΡΓΩΝ*, seu obiter *dictorum*, in De *verborum* significatione, Lugduni 1548, 102.

(4) J. GOTHOFREDUS, De cenotaphio, cit., 326 ss.

(5) O. LENEL, Palingenesia *iuris* civilis, I, Lipsiae 1889, 173 n. 6, ritiene interpolato l'inciso *monumentum... factum*; analogamente, F. SCHULZ, *Einführung* in das *Studium* der Digesten, Tubingen 1916, 21; G. LONGO, Comunità cristiane primitive e res religiosae, in BIDR 59-60 (1956), 249 s., il periodo da si vero a appellant (cfr. IDEM, Ricerche *romanistiche*, Milano 1966, 232). Esclude ogni ipotesi interpolazionistica, sebbene con non assoluta certezza, S. QUERZOLI, Il sapere di Fiorentino, Napoli 1996, 191 n.35.

(6) Cfr., per tutti, S. QUERZOLI, Il sapere, cit., 33 s.

(7) Sulle diverse definizioni di *monumentum*, cfr. D. 11,7,2,6 (Ulp. 25 ad edict.): *Monumentum* est, quod *memoriae* sewandae gratia existat. D. 11,7,37,1 (Macer 1 ad

assume il nome tecnico di *sepulchrum*; rimane, invece, monumentum *memoriae* causa, se nihii inferatur, cioè κενοτάφιον, secondo la terminologia greca.

L'ampiezza di questa definizione ha dato luogo, già presso i più antichi interpreti, a due distinte opinioni, volte rispettivamente ad identificare il cenotafio con un tipo particolare di monumento oppure, al contrario, con ogni monumento.

Più precisamente, secondo alcuni ([8]), con l'espressione κενοτάφιον dovrebbe intendersi il monumentum eretto non perché vi fosse deposto il cadavere o le reliquie di un defunto, bensì per altri scopi: ex mero *honore* ([9]), il cenotafio edificato per affetto o per adulazione, affinché la memoria di uomini illustri e importanti, i cui resti erano posti altrove, fosse più ampiamente celebrata; oppure ex *officio* pietatis ([10]), il cenotafio costruito in ricordo di quei defunti, i cui corpi non si ritrovavano o non avevano ricevuto giusta sepoltura ([11]), in quanto caduti in battaglia, in un paese straniero o in un naufragio.

Secondo altri ([12]), invece, il termine cenotaphium avrebbe un significato

---

Zeg, *vicens*. hered.): Monumentum autem *sepulchri* id esse divus Hadrianus rescripsit, quod munumenti, id est causa muniendi eius Zoci factum sit, in quo *corpus* impositum sit. itaque si *amplum* quid aedificari testator *iusserit, veluti* incircum porticationes, eos sumptus *funeris* causa non esse. Tra le fonti letterarie, VARRO, Zing. 6,49: Monimenta quae in *sepulchris* et ideo *secundum* viam quo praetereuntis admoneant et se fuisse et *illos* esse *mortalis*. Ab eo cetera quae scripta ac *facta* memoriae causa monumenta *dicta*.

([8]) Cfr. J. GOTHOFREDUS, De cenotaphio, cit., 329; J. CUJACIUS, In Zib. X *Quaest. Aemilii* Papiniani, in IDEM, Opera, IV, Par. Fabrot. ed., Prati 1837, 945 s.: «Et male Accurs. in l. 6 in qua prius agit de monumento, deinde de κενοταφίω, et ait, monumentum purum, quod nondum transierit in nomen sepulchri vendi, posse donari, quod nondum sit locus religiosus: et sequitur, cenotaphium etiam posse vendi et donari, quia non est locus religiosus; manifeste separatur monumentum a κενοταφίω. Separatio haec est, quia etiamsi κενοτάφιον vocetur aliquando monumentum, ut in *l.* monumentum 42. eod. tamen monumentum est proprie, in quod inferendus est mortuus: κενοτάφιον in quod nec illatus, nec inferendus est mortuus, quod aedificatur memoriae tantum et honoris causa...».

([9]) Cfr. J. GOTHOFREDUS, De cenotaphio, cit., 329, secondo cui attesterebbero l'esistenza di questo tipo di cenotafio: CIC., *Phil*. 14,13; SVET., *Claud*. 1; HYG., fab. 273; DIO CASS. 55,2; LAMPR., *Alex*. 63; VOPISC., Tac. 15,1.

([10]) Cfr. J. GOTHOFREDUS, De cenotaphio, cit., 329, secondo cui testimonierebbero l'esistenza di questo tipo di cenotafio: VERG., Aen. 3,301 ss.; Aen. 6,378 ss.; Aen. 6,505 s.; Aen. 9,213 ss.; OV., met. 2. Solo in parte diversamente, J. CUJACIUS, In Zib. X *Quaest. Aemilii* Papiniani, cit., 946, che parla, non di cenotafi ex mero *honore* e *ex* officio pietatis, ma di cenotafi «memoriae et honoris causa».

([11]) J. GOTHOFREDUS, De cenotaphio, cit., 329, ci informa che le anime di questi defunti erano ritenute «palare vagarique, neque prius apud inferos recipi... quam justa recepissent». Sul puntò, cfr. PLIN., epist. 7,27; TERT., anim. 56 (cfr. *infra*).

([12]) Cfr. ACCURSIUS, *Glossa* in *Digestum* Vetus, in *Corpus Glossatorum Juris Civilis*, VII, a cura di M. Viora, Torino 1969, 378, ad D. 1,8,6,5: «Cenotaphium, locus vel res parata ad sepeliendum: non tamen fuit ibi aliquis missus adhuc»; IDEM, *Glossa*, cit., 637, ad D. 11,7,6,1: «Nam et cenotaphium et purum monumentum idem est... cenota-

più ampio: con esso, infatti, si indicherebbe anche il *monumentum* costruito per accogliere, in un momento successivo, un corpo, e quindi destinato a divenire sepolcro, e anche il sepulchrum, da cui fossero state rimosse le spoglie e trasformatosi così in monumento.

2. – A parte la nozione, un po' ambigua, di Fiorentino, apprendiamo dal passo che il cenotafio non era un sepulchrum. Del resto, il giurista sembra professare un'opinione già da lungo tempo invalsa ([13]), e successivamente ribadita ([14]), di sepolcro, come del luogo in cui vi era l'*illatio corporis*; coerentemente, avendo definito il cenotafio come il monumento in cui nihil (il corpo e le reliquie) inferatur, se ne ricava che, per il giurista, il *cenotaphium* non era un sepulchrurn.

Un aspetto forse è degno di rilievo. Siccome il collegamento tra illatio *corporis* e locus religiosus era del tutto pacifico, e riportato anche in opere istituzionali ([15]), ci aspetteremmo che Fiorentino, dopo aver identificato il cenotafio come il monumento che non contiene un cadavere, dicesse che non è luogo religioso. Invece, sorprendentemente, questo punto è sorvolato. Circostanza dovuta al caso oppure voluta, perché, in ipotesi, non era possibile affermarlo con sicurezza ([16])?

---

phium, locum ex quo principe permittente mortuus translatus est». In questo senso, si veda, tra gli altri, J. VOET, Commentarius ad Pandectas, I, Coloniae Allobrogum 1757, 480; J. BRUNNEMANNUS, *Commentarius* in Pandectas, Coloniae Allobrogum 1762, 402, ad D. 11,7,6,1; H. DONELLUS, Commentaria de iure civili, in Opera omnia, I, Lucae 1762, 638.

([13]) FEST., s.v. Sepulchrum (L. 456): *Sepulchrum* est, ut ait *Gallus Aeli<us, locus* in quo> mortuus sepultus est, quod *anti*<qui bustum appel>labant... Sul punto, per tutti, F. CAHEN, s.v. *sepulchrum,* in DS., IV, 2, 1232 ss.

([14]) Cfr. D. 11,7,2,5 (Ulp. 25 ad edict.): *Sepulchrum* est, ubi *corpus ossave hominis* condita sunt. D. 1,8,6,4 (nel testo). D. 47,12,3,2 (Ulp. 25 ad edict. praet.): *Sepulchri autem appellatione omnem sepolturae locum contineri existimandum* est.

([15]) Cfr. Gai. 2,6: Religiosum vero nostra voluntate facimus mortuum *inferentes* in *locum nostrum,* si modo eius *mortui funus* ad nos pertineat. D. 1,8,6,4 (nel testo). Inoltre, D. 11,7,2,5 (Ulp. 25 ad edict.): *Sepulchrum* est, ubi *corpus ossave* hominis condita sunt. *Celsus autem* ait: non totus, qui sepulturae destinatus est, locus *religiosus* fit, sed quatenus *corpus humatum* est. C. 3,44,2. Imp. Antoninus A. Hilariano. Invito *vel* ignorante te ab *alio* illatum *corpus* in puram possessionem *tuam vel lapidem* locum *religiosum facere* non potest. C. 3,44,4. Imp. Alexander A. Licinio. Si sepulchrum monumenti appellatione significas, *scire* debes iure dominii id *nullum* vindicare posse... Sulla problematica concernente il carattere religiosus attribuito ad un luogo, si veda, tra gli altri, G. LONGO, Comunità cristiane primitive, cit., 237 ss.; F. DE VISSCHER, Le droit des *tombeaux romains,* Milano 1963, 52 ss.; G. LONGO, Sul diritto sepolcrale romano, in Iura 15 (1964), 137 ss.; M. KASER, *Zum römischen* Grabrecht, in ZSS 95 (1978), 31 s.; A.D. MANFREDINI, Monumentum *perficere, monumentum* reficere (D. 11,8,5), in RIDA 34 (1987), 221 ss.; S. LAZZARINI, *Sepulcra* familiaria. *Un'indagine* epigrafico-giuridica, Padova 1991, 38 n.83; S. QUERZOLI, Il sapere di Fiorentino, cit., 191 n.35.

([16]) Cfr. *infra*.

Già avvertiti dalla reticenza di Fiorentino su possibili incertezze circa la natura di luogo religioso del cenotafio, veniamo a Marciano e a Ulpiano e ai termini della loro disputa in argomento.

Si legga:

> D. 1,8,6,4 (Marcian. 3 inst.): Religiosum autem locum unusquisque sua voluntate facit, dum mortuum infert in locum suum. <in commune autem sepulchrum etiarn invitis ceteris licet inferre. sed et ([17])> in alienum locum concedente domino licet inferre: et licet postea ratum habuerit quam illatus est mortuus, religiosus locus fit. 5 Cenotaphium quoque rnagis placet locum esse religiosum, sicut testis in ea re est Vergilius.

Marciano, in un frammento tratto dal libro terzo delle Istituzioni, analizzando la differenza tra res *sacrae*, religiosae e sanctae ([18]), anzitutto riconosce che è l'*illatio* del corpo di un defunto a rendere religioso un luogo. Ciononostante, il giurista, pur con la consapevolezza di muoversi su un 'terreno controverso — lo rivela l'uso di magis placet ([19]) —, viene a indicare come opinione preferibile quella secondo cui anche il cenotafio è locus reiigiosus e chiama a testimone Virgilio ([20]).

Uno scolio bizantino del testo ora visto, indica esplicitamente un luogo della poesia virgiliana:

> Schol. μνημεῖον ἕκαστος ποιεῖ, ad Bas. 46,3,5, in Heimb., IV, 561:... καὶ τὸ κενοτάφιον δὲ ῥελιγιόσον μᾶλλον ἤρεσεν εἶναι, ὅσον ἐκ τῆς Βιργιλίου

([17]) Per supposta interpolazione, si veda Th. MOMMSEN - P. KRÜGER, *Corpus iuris* civilis, I, 40 n.6a.

([18]) D. 1,8,6,2 (Marcian. 3 inst.): Sacrae *res* et religiosae et sanctae in *nullius* bonis sunt. *3* Sacrae *autem res* sunt hae, quae publice consecratae sunt, non private: si *quis ergo privatim* sibi *sacrum constituerit, sacrum* non est, sed *profanum. semel autem* aede sacra *facta* etiam diruto aedificio locus sacer manet.

([19]) Cfr., sull'uso, da parte della giurisprudenza, dell'espressione magis placet, in un contesto caraterizzato da una situazione di incertezza: D. 3,3,46,3; D. 5,1,13; D. 7,4,18; D. 8,2,36; D. 10,3,2,1; D. 24,1,28,2; D. 24,3,17,1; D. 29,2,25,5; D. 30,108,4; D. 31,55 pr.; D. 32,99,3; D. 33,7,22,1; D. 33,10,5 pr.; D. 34,2,28; D. 35,1,63 pr.; 38,2,42,1; D. 39,3,11,2; D. 40,7,31,1; D. 45,3,28,1; D. 47,2,9,1; D. 48,10,6,3; D. 50,16,203.

([20]) Non è questa l'unica citazione poetica rinvenibile nei frammenti di Marciano. Si legga, infatti, D. 32,65,4, in cui il richiamo è fatto per specificare il significato di una espressione: D. 32,65,4 (Marc. 7 inst.):... sic denique et *Homerus* in *Odyssia* ait, δῆεις τόν γε σύεσσι παρήμενον· *al* δὲ νέμονται | πὰρ Κόρακος πέτρῃ ἐπί τε κρήνῃ Ἀρεθούσῃ. Ancora, a fini esemplificativi: D. 39,6,1,1 (Marc. 9 inst.): Sic et apud *Homerum Telemachus* donat Piraeo. Sull'uso di citazioni letterarie da parte della giurisprudenza, in particolare di Omero e di Virgilio, si veda, per tutti, G.C.J.J. VAN DEN BERGH, Auctorttas *Poetarum.* The fortunes of a *legal argument,* in Daube noster. Essays in *Legal History* for D. Daube, Edimburgh-London 1974, 27 ss.; J.H.A. LAKIN, *Dormitat* bonus *Homerus* in **I.** *2,7,1,* in *Mélanges* F. Wubbe, éd. par. J.A. Ankum, R. Feenstra, J.E. Spruit, C.A. Cannata, Y. Le Roy, P. Weinar, Fribourg 1993, 295 ss.

μαρτυρίας, ὃς ὑποτίθεται τὴν Ἀνδρομάχην κενοτάφιον τῷ Ἕκτωρι κατασκευάσασαν μετὰ τὸ ἀναιρεθῆναι αὐτὸν καὶ ταφῆναι ἐν Τροίᾳ (21).

L'episodio richiamato è quello in cui Enea incontra Andromaca innanzi al tumulo, vuoto, di Ettore (22). Gotofredo (23) ipotizza che il richiamo testuale fosse presente anche nel passo di Marciano e sia stato successivamente eliminato dai compilatori.

Ed ora leggiamo il parere contrario di Ulpiano:

D. 11,7,6,1 (Ulp. *25* ad edict.): Si adhuc monumentum purum est, poterit quis hoc et vendere et donare. si cenotaphium fit, posse hoc venire dicendum est: nec enim esse hoc religiosum divi fratres rescripserunt.

Il giurista severiano, in un passo tratto dal libro venticinquesimo ad *edictum* ed inserito nel titolo De religiosis et sumptibus *funerum* et *ut funus ducere* liceat (24), dando l'impressione di voler smentire una opinione contraria (25), afferma che il cenotafio si può vendere. A conferma del suo assunto, ricorda che i Divi Fratres hanno rescritto che il cenotafio non è locus religiosus.

Questo provvedimento è menzionato in un altro passo sempre attribuito ad Ulpiano e collocato in D. 1,8,7, subito dopo il frammento di Marciano sopra citato (D. 1,8,6,5):

D. 1,8,7 (Ulp. *25* ad edict.): Sed divi fratres contra rescripserunt.

Possiamo anticipare che noi giudichiamo il passo di natura completamente insiticia (26).

3. – Orbene, ecco riassunti gli estremi della disputa: Marciano (27) dice esplicitamente che il cenotaphium è *locus* religiosus; Ulpiano (28), sostenen-

---

(21) Trad. lat.: *Cenotaphium* quoque *magis* placuit esse *religiosum,* ex testimonio Virgilii, qui ponit, *Andromacham cenotaphium construxisse* Hectori, *postquam* fuit *interfectus* et Troiae *sepultus*.

(22) VERG., Aen. 3,301 ss.: *Sollemnis cum* forte dapes et tristia dona / *ante urbem* in *luco,* falsi *Simoentis* ad *undam,* / libabat *cineri Andromache manisque* vocabat / *Hectoreum* ad *tumulum, viridi quem* caespite *inanem* / et *geminas, causam lacrimis,* sacraverat aras.

(23) J. GOTHOFREDUS, De cenotaphio, cit., 332.

(24) D. 11,7.

(25) Cfr. L. CHIAZZESE, Confronti testuali, in AUPA 16 (1931), 372, il quale ritiene D. 11,7,6,1 «verisimilmente interpolato, per eliminare la menzione del contrario avviso di molti giureconsulti».

(26) Sull'interpolazione del passo, cfr. *infra*.

(27) D. 1,8,6,5.

(28) D. 1,8,7; D. 11,7,6,1.

do che il cenotafio possa essere venduto e citando a supporto un rescritto di Marco Aurelio e Lucio Vero, in cui si afferma la natura non religiosa del medesimo, implicitamente lo nega.

Inutile dire che già i glossatori hanno cercato di comprendere il motivo della controversia. Nella Glossa ordinaria ([29]) si legge che «*Virgilius* sed falsus testis est: ut i. *l. proxi.* et de *relig.* l. is *qui*...».

Benché vi sia un errore di riferimento, già rilevato ([30]), il senso del rilievo è chiaro: la testimonianza virgiliana, invocata da Marciano, nulla può a fronte del provvedimento imperiale, su cui si basa l'opinione di Ulpiano ([31]). In altri termini, sembrano assumere i glossatori, era tale la sproporzione tra il peso argomentativo di Marciano e quello di Ulpiano (Virgilio non poteva competere con i Divi Fratres), che il secondo prevaleva senz'altro sul primo.

Contro la tesi accursiana ([32]), Alciato ([33]) propone una diversa soluzione, riprendendo per esteso il passo virgiliano, già segnalato dallo scoliaste bizantino di D. 1,8,6,5.

Si tratta di

> VERG., Aen. 3,303 ss.: Libabat cineri Andromache manisque vocabat / Hectoreum ad tumulum, viridi quem caespite inanem / et geminas, causam lacrimis, sacraverat aras.

Enea, appena sbarcato a Butropo, in Epiro, s'imbatte in Andromaca, vedova di Ettore, e la scorge nell'atto di invocare i Mani sul tumulo, vuoto, dell'eroico marito.

Secondo l'insigne studioso, Virgilio non alluderebbe al simplex cenotaphium, bensì a quello presso cui erano collocate due are, certamente consacrate (geminae arae, et quidem sacrae extructae erant ([34])), presso le quali venivano fatti sacrifici e i Mani invocati. Secondo Alciato, lo comproverebbe l'impiego del verbo *sacrare*, contenuto nel passo virgiliano sopra citato, che indicherebbe chiaramente il riferimento ad un luogo religioso o sacro.

([29]) ACCURSIUS, *Glossa* in *Digestum* Vetus, cit., 27, nt. q, ad D. 1,8,6,5.

([30]) Cfr. G.C.J.J. VAN DEN BERGH, Auctoritas Poetarum, cit., 35 n.6., il quale fa notare che il riferimento non è fatto a D. 11,7,6,1, bensì al passo che segue, cioè D. 11,7,7.

([31]) Sull'interpretazione della Glossa, si veda G.C.J.J. VAN DEN BERGH, *Auctoritas* Poetarum, cit., 29, che cita ODOFREDUS, *Lectura super Digesto veteri,* Lugduni 1550.

([32]) A. ALCIATUS, *ΠΑΡΕΡΓΩΝ,* seu *obiter dictorum,* cit., 102: «Non reprobariam Iureconsultis Virgilii de Cenotaphio sententiam adversus Accursii interpretationem».

([33]) A. ALCIATUS, *ΠΑΡΕΡΓΩΝ,* seu obiter dictorum, cit., 102.

([34]) A. ALCIATUS, *ΠΑΡΕΡΓΩΝ,* seu obiter *dictorum,* cit., 102.

Quindi, Marciano, nell'affermare che il cenotafio è luogo religioso, penserebbe a questo tipo di 'tumulo vuoto' consacrato.

Al contrario, i Divi Fratres, richiamati da Ulpiano, avrebbero legiferato sul simplex cenotaphium, eretto per la semplice memoria e senza la consacrazione.

Dunque, Marciano con Virgilio, da una parte, Ulpiano con Marco Aurelio e Lucio Vero, dall'altra, si sarebbero riferiti a figure diverse: il primo, al cenotafio reso religioso dalla presenza di arae consacrate, i secondi al semplice cenotafio. Pertanto, tra i due giuristi non ci sarebbe stato diritto controverso.

4. – Gotofredo ([35]), in un contributo abbastanza ampio, inizia col confutare alcune opinioni, volte a negare l'esistenza della disputa.

Anzitutto, richiama non meglio precisati autori, i quali avrebbero preteso di superare il conflitto tra il passo di Marciano e il rescritto dei Divi Fratres commettendo un errore storico, ovvero affermando che il giurista aveva espresso il suo pensiero prima che fosse emanato il provvedimento imperiale ([36]), con il quale si era mutato orientamento in ordine alla natura religiosa del cenotafio.

Altri studiosi, poi, avrebbero cercato di risolvere l'antinomia mediante una particolare distinzione, secondo la quale il cenotaphium era *locus religiosus* solo fino al momento in cui non fosse stato violato o abbattuto; soltanto del cenotafio abbattuto o violato si sarebbe occupato Ulpiano, sostenendo che potesse essere, diversamente dall'altro, venduto e donato. Questa opinione, secondo Gotofredo, difetterebbe di ogni base testuale.

Altri autori, ancora, quasi come desperatum remedium ([37]), avrebbero attribuito D. 1,8,7 ([38]), anziché ad Ulpiano, al medesimo Marciano, il quale, in D. 1,8,6,5, avrebbe ricordato una antica usanza, per aggiungere poi, in D. 1,8,7, che divi fratres *contra* rescripsemnt. Sempre su questa linea, non è mancato chi avrebbe proposto di leggere, in D. 1,8,6,5, l'espressione *magis* placet come maioribus placet, componendo in questo modo la disputa. An-

---

([35]) J. GOTHOFREDUS, De cenotaphio, cit., 330 ss.

([36]) Questa interpretazione risulterebbe smentita, tra gli altri, da numerosi passi dello stesso Marciano, in cui sono allegati i provvedimenti di Marco Aurelio e Lucio Vero (cfr. ad esempio D. 11,7,39). Inoltre, la dottrina è concorde nel datare le Istituzioni di Marciano negli anni successivi al 212; sul punto, si veda, tra gli altri, O. LENEL, Palingenesia, cit., I, 639; C. FERRINI, *Intorno* alle Istituzioni di Marciano, in Rend. *Ist. Lomb.*, ser. II, 34 (1901), 736 ss., ora in IDEM, Opere, II, Milano 1929, 285 ss.; H. FITTING, *Alter* und Folge der *Schriften* Juristen von Hadrian bis Alexander, Halle a S. 1908², 121 ss.; F.M. DE ROBERTIS, *Marciani Institutionum* libri, in RISG 15 (1940), 220 ss.; A.M. HONORÉ, The Severan *Lawjers:* a *Preliminarj Survej*, in SDHI 28 (1962), 213; F. SCHULZ, Storia della giurisprudenza romana, trad. it., Firenze 1968, 306; L. DE GIOVANNI, *Giuristi severiani*. Elio Marciano, Napoli 1989, 13 ss.

([37]) J. GOTHOFREDUS, De cenotaphio, cit., 331.

([38]) D. 1,8,7 (Ulp. 25 ad edict.): Sed divi fratres *contra rescripserunt*.

che questi tentativi non potrebbero essere accettati, perché in aperta contraddizione con lo stato delle fonti a noi pervenute.

Infine, secondo Gotofredo, la tesi di Alciato (favorevole ad annullare la controversia, sostenendo che si trattava di differenti tipi di cenotafi, religiosi e profani), oltre a non avere appiglio nelle fonti, ha orientato successivi studiosi a dare la colpa dell'apparente contrasto o a Marciano, per l'esposizione troppo generica, oppure ai giustinianei, rei di avere unito passi relativi a figure diverse.

Confutate queste tesi, Gotofredo passa in rassegna i luoghi, dai quali è possibile individuare i due tipi di cenotafio, di cui sopra, ex mero *honore* e ex *officio* pietatis. Secondo l'insigne studioso, tanto Marciano quanto Ulpiano, dato per pacifico che i primi non fossero *loci* religiosi, si occuperebbero solo di questi ultimi, cioè dei cenotafi ex *officio* pietatis, ma da posizioni diarnetralmente opposte.

5. – Vediamo quali sarebbero state, secondo Gotofredo, le ragioni di Marciano rintracciate nella poesia virgiliana.

Lo studioso individua quattro luoghi. Anzitutto, leggiamo

> VERG., Aen. 3,301 ss.: Sollemnis cum forte dapes et tristia dona / ante urbem in luco, falsi Simoentis ad undam, / libabat cineri Andromache manisque vocabat / Hectoreum ad tumulum, viridi quem caespite inanem / et geminas, causam lacrimis, sacraverat aras.

Si tratta del solito luogo già segnalato negli scolii, ripreso da Alciato e proposto più ampiamente da Gotofredo. A dir il vero, suggerisce quest'ultimo autore, l'espressione cenotaphium non si rinviene. È Servio ([39]) che, nel commentare i versi citati, traduce inanis *tumulus* con inanis *sepultura* e aggiunge di seguito a ad *tumulum,* l'espressione id est cenotaphium.

Poi

> VERG., Aen. 6,378 ss.: Nam tua finitimi longe lateque per urbis / prodigiis acti caelestibus ossa piabunt / et statuent tumulum et tumulo sollemnia mittent, / aeternumque locus Palinuri nomen habebit.

Il libro sesto dell'Eneide è costruito sulla discesa nell'Ade. Nel regno dei morti, Enea e la Sibilla, giunti nei pressi dell'infernale Acheronte, intravvedono tra la folta schiera degli insepolti, in attesa di essere traghettati da Caronte ([40]), Palinuro. Il timoniere, precipitato in mare, era approdato, do-

---

([39]) Cfr. SERV., Aen. 3, **303** s.

([40]) Virgilio ci informa, per bocca della Sibilla, che Caronte faceva attendere cento anni coloro che non avevano ricevuto sepoltura. Si legga: VERG., Aen. 6,325 ss.: Haec *omnis, quam cernis,* inops *inhumataque* turba est: / portitor *ille,* Charon; hi, quos vehit *unda,* sepulti. / Nec ripas datur horrendas et rauca *fluenta* / transportare prius, *quam* sedibus ossa *quierunt.* / *Centum* errant annos volitantque haec litora *circum:* / *tum demum admissi* stagna *exoptata* revisunt.

po essere stato per tre giorni preda delle acque, in Italia, sulla riva di Velia, dove un popolo barbaro l'aveva assalito e ucciso. Ad esso la Sibilla predice che saranno le stesse genti di Velia ad erigergli un tumulo e che quel luogo avrà in eterno il suo nome.

Servio (41) parla di *cenotaphium* per indicare il virgiliano *tumulus*.

Ancora

> VERG., *Aen.* 6,505 s.: Tunc egomet tumulum rhoeteo in litore inanem / constitui et magna manis ter voce vocavi /... Ad quae Priamides: «Nihil o tibi, amice, relictum: / omnia Deiphobo solvisti et funeris umbris».

È la descrizione dell'incontro tra il figlio di Anchise e Deifobo, crudelmente mutilato. All'eroe troiano Enea, avendolo creduto morto in battaglia (42), confessa di avere innalzato un *inanis tumulus* sulla spiaggia di Ilio. Anche questo è definito da Servio *cenotaphium* (43).

Infine

> VERG., *Aen.* 9,213 ss.: Sit, qui me raptum pugna pretiove redemptum / mandet humo solita aut si qua id Fortuna vetabit / absenti ferat inferias decoretque sepulcro.

Il passo è tratto dal celebre racconto di Eurialo e Niso che escono di nascosto dal campo per raggiungere Enea e awertirlo dell'incombente pericolo. Niso, maggiore per età, cerca di dissuadere l'amico, poco più che fanciullo, dall'impresa, evocando la sua possibile morte, il sepolcro o il cenotafio.

Così, infatti, il commento di Servio (44): *absenti ferat inferias, hoc est cenotaphium faciat et impleat honorem sepulcri*.

Dunque, Gotofredo individua nei luoghi virgiliani, attraverso l'interpretazione di Servio, dei cenotafi. Tuttavia, in nessuno di essi il poeta augusteo parla di *loci religiosi*. Che cosa, quindi, nonostante questo, può avere indotto Marciano ad invocare Virgilio a fondamento del suo assunto?

Gotofredo (45) ritiene che il giurista abbia citato Virgilio come esperto conoscitore della religione e dell'antico costume, secondo cui *cenotaphium magis placet locum esse religiosum*. Con ogni verosimiglianza, secondo il mos vetus et religiosus (46), per usare le parole dello studioso, non vi era

---

(41) SERV., Aen. 6,378.

(42) Deifobo confessa ad Enea di non essere rimasto vittima della battaglia, come credeva il figlio di Anchise, ma del tradimento di Elena, sposata dopo la morte di Paride.

(43) SERV., Aen. 6,325:... nam et Deiphobi *umbra* transvecta est, cui Aeneas *cenotaphium* fecit, ut tunc egomet tumulum Rhoeteo in litore inanem constitui.

(44) SERV., Aen. 9,213.

(45) J. GOTHOFREDUS, De cenotaphio, cit., 334.

(46) J. GOTHOFREDUS, De cenotaphio, cit., 334.

differenza tra il cenotafio *ex officio pietatis* (ovvero il cenotafio eretto per quei defunti, i cui corpi non si ritrovavano o non avevano ricevuto giusta sepoltura), sepolcro vuoto e immaginario (47), e il sepolcro pieno, al cui interno, cioè, fosse stato deposto il corpo di un defunto.

Ciò troverebbe espressa conferma in una spiegazione di Servio:

> SERV., *Aen.* 6,325: Inops inhumataque turba est duo dicit, id est nec legitimam sepulturam habet, neque imaginariam. inopem enim dicit sine pulveris iactu — nam 'ops' terra est — id est sine terra, sine humatione. vult autem ostendere tantum valere inanem, quantum plenam sepulturam...

Il grammatico, nel dare la definizione di *inops inhumataque turba*, ovvero di chi rientrasse tra gli insepolti, pone sullo stesso piano, dal punto di vista della funzione, sepolcro e cenotafio: *tantum valere inanern quantum plenam sepulturam.*

Secondo l'insigne studioso, tutti i passi virgiliani sopra citati attesterebbero l'affermazione: Virgilio, infatti, mostra come, innanzi ai *cenotaphia* e ai *sepulchra*, si osservassero le medesime formalità — i Mani erano evocati (48), rituali bevande e mesti doni offerti (49), le ossa espiate (50), le oblazioni rese (51) —; compiute le quali (52), le *umbrae* sarebbero state traghettate da Caronte, come se le loro ossa giacessero nella sede appropriata (53). In altri termini, il rispetto del medesimo rito sarebbe indice del fatto che, secondo l'antico mos vetus et religiosus, cenotafio e sepolcro, adempiendo alla medesima funzione (54) — rendere sepoltura ai defunti —, erano considerati, entrambi, *loci religiosi.*

---

(47) Cfr. *Lex Collegii* funeraticii Lanuvini, in *FIRA*², III, 99 ss.: ... *q[ui]squis* ex hoc collegio *servus* defunctus fuerit, et corpus eius a domino *dominav[e] iniquita*t<a>*e* sepulturae *datum* non fuerit, neque tabellas fecerit, ei *funus imag[ina]rium* fiet. Cfr., per tutti, F. CUMONT, *Lux* perpetua, Paris 1949, 24.

(48) VERG., Aen. 3,303; Aen. 6,506.

(49) VERG., Aen. 3,303.

(50) VERG., Aen. 6,379.

(51) VERG., Aen. 3,301; Aen. 6,380.

(52) Sui riti e sulle usanze funerarie, si veda, per tutti, J.M.C. TOYNBEE, Morte e sepoltura nel mondo romano, trad. it., Roma 1993, 28 ss.

(53) Non rappresenterebbe un ostacolo all'argomentazione di Marciano, in quanto vertente su un diverso caso, D. 11,7,44 (Paul. 3 quaest.): *Cum* in diversis locis *sepultum* est, uterque *quidem* locus religiosus non fit, quia una *sepultura* plura sepulchra *efficere* non potest: *mihi autem* videtur *illum religiosum* esse, ubi quod est principale *conditum* est, id est caput, cuius *imago fit,* inde *cognoscimur. cum* autem *impetratur,* ut reliquiae transferantur, desinit locus religiosus esse.

(54) J.M.C. TOYNBEE, Morte e sepoltura, cit., 40, sottolinea che «nel caso in cui non risultava possibile seppellire il corpo di un defunto... si costruiva un *cenotaphium* per provvedere l'anima di una sua dimora, in cui essa veniva invitata ad entrare con l'invocazione, ripetuta tre volte, del suo nome» (cfr. VERG., Aen. 6,505 s.). Cfr., sul punto, anche F. CUMONT, *Lux* perpetua, cit., 23.

Ecco, dunque, la ragione per cui Marciano richiamerebbe l'autorità di Virgilio, testimone esperto del costume e del diritto pontificale ([55]), come attestato del resto da numerose fonti ([56]).

Tuttavia, Gotofredo ([57]) non esclude un'altra ipotesi, ovvero che Virgilio, nel configurare i tumuli (definiti cenotaphia da Servio) quali *loci religiosi*, abbia potuto riferirsi piuttosto che al diritto pontificale, al "peculiare piacitum *Magorum*" ([58]), cioè alla "Magica *Theologia*" ([59]), di cui pure il poeta augusteo sarebbe stato esperto conoscitore ([60]). Diverse, infatti, sarebbero le testimonianze ([61]) che collegano maghi ed evocazione dei Mani, analogamente a quanto accadeva presso i cenotafi, come sopra visto.

Viceversa, la contraria opinione di Ulpiano, che faceva propria una decisione dei Divi Fratres, era stata ricavata, secondo Gotofredo, da una stretta interpretazione del diritto civile: se, infatti, luogo religioso era soltanto quello in cui venivano deposti — realmente — i corpi o le reliquie dei defunti, il cenotafio, che nulla accoglieva, non si sarebbe potuto ritenere tale.

L'abbandono dell'antica concezione magico-religiosa del cenotafio sarebbe stata indotta nei Divi Fratres da precise circostanze calamitose. Sul punto

> CAPITOL., *Aur.* 13,3: Tanta autem pestilentia fuit, ut vehiculis cadavera sint exportata serracisque. 4 Tunc autem Antonini leges sepeliendi sepulchrorumque asperrimas sanxerunt, quando quidem caverunt, ne quis <ubi> vellet fabricaretur sepulchrum. Quod hodieque servatur. 5 Et multa quidem milia pestilentia consumpsit multosque ex proceribus, quorum amplissimis Antoninus statuas conlocavit.

([55]) A nostro avviso, non è da escludere che, in questo suo tentativo, Marciano possa avere avuto in mente l'ampio significato di *religiosum*, termine che sembra abbracciare anche la sfera del sacro. Cfr. GELL. 4,9,8: *Masurius* autem Sabinus in *commentariis*, quos de indigenis *composuit: 'Religiosum'* inquit est, quod propter *sanctitatem aliquam remotum* ac sepositum a *nobis* est... Inoltre, MACR., Sat. 3,3,8. Sul punto, P. VOCI, Istituzioni di diritto romano, Padova 1996[5], 107 n. 2.

([56]) J. GOTHOFREDUS, De cenotaphio, cit., 334, cita GELL. 16,6,14: Hyginus *tamen* Iulius, qui ius *pontificum* non videtur ignorasse, in quarto librorum, quos de Vergilio fecit...; MACR., Sat. 3,2,1: *Verborum autem* proprietas *tam* poetae huic *familiaris* est ut talis observatio in Vergilio laus esse *iam* desinat; nullis *tamen magis* proprie usus est *quam* sacris *vel* sacrificalibus *verbis*; Sat. 3,3,1: Et quia inter decreta *pontificum* hoc *maxime* quaeritur quid *sacrum*, quid *profanum*, quid *sanctum*, quid *religiosum*, *quaerendum utrum* his *secundum definitionem suam* Vergilius usus sit et singulis vocabuli sui *proprietatem* suo *more* servaverit.

([57]) J. GOTHOFREDUS, De cenotaphio, cit., 336.

([58]) J. GOTHOFREDUS, De cenotaphio, cit., 336.

([59]) J. GOTHOFREDUS, De cenotaphio, cit., 336.

([60]) J. GOTHOFREDUS, De cenotaphio, cit., 334, richiama MACR., Sat. 3,1; Sat. 3,7; Sat. 3,9.

([61]) J. GOTHOFREDUS, De cenotaphio, cit., 334, cita HERODIANUS, Τῆς μετὰ Μάρκον βασιλείας ἱστορία 4,12,3; SERV., *ecl.* 4,10.

Giulio Capitolino ci informa che a causa di *tanta pestilentia,* nella quale trovarono la morte migliaia di persone, Marco Aurelio e Lucio Vero emanarono severissime leggi sulla sepoltura dei cadaveri e sulla costruzione dei sepolcri.

Tra queste, secondo il parere di Gotofredo (62), anche il rescritto in questione; con ogni probabilità, il particolare stato di necessità avrebbe reso indispensabile conferire ai proprietari di *cenotaphia* la facoltà di venderli e di donarli, facoltà che essi non avrebbero avuto, dal momento che, in quanto *res religiosae,* erano sottratti alla loro disponibilità (63).

In conclusione, dalla parte di Marciano ci sarebbe il tentativo di conservare un antico *mos religiosus,* dalla parte di Ulpiano, di far prevalere (sulla scorta di un rescritto che per la limitatezza della sua forza normativa non deve aver impensierito Marciano) punti di vista laici (64) e la con-

---

(62) *J. GOTHOFREDUS, De cenotaphio, cit., 335.*

(63) *Gai.* 2,9: *Quod autem divini iuris est, id nullius in bonis est...*

(64) *Ci inseriamo in questa interpretazione di Gotofredo, per ricordare, ad adiuvandum, un analogo caso, in cui* è *documentato il contrasto tra religione e diritto civile e di cui* è *testimone Cicerone. Si legga:* CIC., *leg.* 2,21: *Hoc eo loco multisque aliis quaero a vobis, Scevolae, pontifices maximi et homines meo quidem iudicio acutissimi, quid sit, quod ad ius pontificium civile adpetatis; civilis enim iuris scientia pontificium quodam modo tollitis. Nam sacra cum pecunia pontificum auctoritate, nulla lege coniuncta sunt. Itaque si vos tantum modo pontifices essetis, pontificalis maneret auctoritas, sed quod iidem iuris civilis estis peritissimi, hac scientia illam eluditis. Placuit P. Scevolae et Ti. Coruncanio, pontificibus maximis, itemque ceteris eos, qui tantundem caperent, quantum omnes heredes, sacris alligari. Habeo ius pontificium; quid huc accessit ex iure civili? Partitionis caput scriptum caute, ut centum nummi deducerentur; inventa est ratio, cur pecunia sacrorum molestia liberaretur. Quasi hoc, qui testamentum faciebat, cavere noluisset, admonet iuris consultus hic quidem ipse Mucius, pontifex idem, ut minus capiat, quam omnibus heredibus relinquatur; supra dicebant quicquid cepisset, adstringi; rursus sacris liberantur. Hoc vero nihil ad pontificium ius set e medio est iure civili, ut per aes et libram heredem testamenti solvant et eodem loco res sit, quasi ea pecunia legata non esset, si is, cui legatum est, stipulatus est id ipsum, quod legatum est, ut ea pecunia ex stipulatione debeatur, sitque ea non... La situazione descritta* dall'Arpinate, *sebbene spostata di alcuni secoli rispetto alla controversia che stiamo trattando,* è *incentrata, anch'essa, sul ricorso al diritto civile per eludere l'applicazione di una norma appartenente ad un diverso sistema, ormai in via di disgregazione [su* quest'ultimo *fenomeno, cfr., tra gli altri, P. BONFANTE, L'origine dell'Hereditas e dei legata nel diritto successorio romano, in BIDR 4* (1891), *ora in IDEM, Scritti giuridici varii, I, Torino 1926, 117 ss.; B. BIONDI, La vendita di cose fuori di commercio, in Studi Riccobono, IV, Palermo* 1936, 24 *ss.; P. COLLINET, Les variations de l'usucapion 'pro herede' avant Hadrien, in Studi Riccobono, cit., IV, 143 ss.; G. FRANCIOSI, Usucapio pro herede, Napoli 1965, 78 ss.; P. VOCI, Diritto ereditario romano, I, Milano* 1967², *115; F. SCHULZ, Storia della giurisprudenza, cit., 152; U. ZILLETTI,* s.v. *Sacra, in NNDI XVI (Torino* 1969), *305; G.* WISSOWA, *Religion und Kultus der Romer,* München 1971², *402 n.* 2]. *Cicerone* (CIC., *leg.* 2,19 *e* 2,20), *dopo aver elencato gli obbligati ai sacra sulla base dei decreti dei pontefici [suquesto punto si veda, tra gli altri, F.K. SAVIGNY, Vermischte Schriften, I, Berlin 1850, 151 ss.; H. BURCKHARD, Zu Cicero de legibus 11, 19-21, in ZSS 9 (1888), 286 ss.; A. METRO, Il legatum partitionis,*

sequenziaria applicazione di criteri razionali, quale quello dell'*illatio corporis*.

6. – Alciato e Gotofredo hanno fortemente influenzato le opinioni successive.

Alciato ha negato la controversia sull'assunto che Marciano e Ulpiano si riferissero a due tipi differenti di cenotaphium: il primo, al cenotafio religioso (reso tale dalla presenza in esso di are consacrate); il secondo, al semplice cenotafio, eretto a solo scopo di ricordo.

Gotofredo, al contrario, ritenendo che i giuristi si occupassero del medesimo tipo di monumento, cioè il cenotafio innalzato ex *officio* pietatis, approfondisce le ragioni del dissenso: Marciano avrebbe cercato di conservare un antico *mos* religiosus, Ulpiano di far prevalere concezioni laiche, che collegavano la religiosità di un luogo alla illatio *corporis*.

Passando alla letteratura più recente, si rinvengono solo scarni accenni. A parte alcuni autori, che si limitano a prendere atto dell'antinomia ([65]), possiamo constatare che le posizioni dei due antichi interpreti hanno condizionato tutto il pensiero successivo.

Cuq ([66]), seguendo Alciato, nega l'esistenza stessa della controversia, ipotizzando che Marciano e Ulpiano rinviassero a diverse tipologie di ceno-

---

in Labeo 9 (1963), 303; G. FRANCIOSI, I creditori e l'obbligo dei sacra, in Synteleia *Arangio-Ruiz*, II, Napoli 1964, 643 ss.; IDEM, Usucapio, cit., 104; P. VOCI, Diritto ereditario, cit., I, 112 ss.; P. BONFANTE, Corso di diritto romano, VI, Milano 1974², 135 s.], espone gli artifizi giuridici appositamente creati per esonerare alcuni di essi da quel dovere che viene descritto come molestia *sacrorum*. Nel testo sono i pontefici stessi a suggerire, in veste di giureconsulti, i rimedi più opportuni: così, ad esempio, per sollevare dall'obbligo i legatari, che sarebbero stati tenuti nel caso in cui avessero conseguito tanto quanto gli eredi, si consiglia il testatore di imporre ai medesimi di dedurre una minima somma dal lascito oppure agli stessi di accettare meno di quanto disposto a loro favore. Il ricorso al ius civile, contrapposto al ius pontificium nell'opera ciceroniana, sembra configurarsi proprio come il metodo impiegato per superare una disposizione non più consona alle nuove concezioni. In altri termini, il ius civile si pone come sistema cui accedere per rinvenire la ragione — inventa est ratio — attraverso cui superare l'antico obbligo pontificale — cur pecunia *sacrorum* molestia liberaretur [B. BIONDI, Obbietto *dell'antica* hereditas, in Iura 1 (1950), 158: «Cicerone contrappone ius civile a ius pontificium, pontifices a iurisconsulti... Il ius civile permette soltanto alcuni accorgimenti, che consentono di frodare le disposizioni pontificali»].

([65]) Cfr., tra gli altri, C. FERRINI, De iure *sepulcrorum* apud Romanos, in AG 30 (1883), ora in IDEM, Opere, cit., IV, 12; R. DÜLL, Studien *zum* romischen Sepulkralrecht. I, in Festschrift F. Schulz, I, Weimar 1951, 195; G. LONGO, Comunità cristiane primitive, cit., 249 s.; S. QUERZOLI, Il sapere di Fiorentino, cit., 191 n.35, secondo la quale soltanto in età severiana, sulla base di una diffusa «consapevolezza della contiguità di significato fra sepolcro e monumento», si sarebbe iniziato a reputare il cenotafio locus religiosus, ancora locus *purus* in epoca antonina.

([66]) E. CUQ, s.v. *Funus*, in DS., II, 2, 1396.

tafi: il primo si sarebbe occupato dei cenotaphia eretti per coloro che non avevano ricevuto sepoltura — questi sarebbero stati Zoci religiosi —, il secondo dei cenotafi innalzati per rendere onore a uomini illustri seppelliti altrove — questi non sarebbero stati Zoci religiosi.

Gluck (67), invece, sull'interpretazione tracciata da Gotofredo, ritiene che Marciano non abbia riferito che una "privata opinione" (68), dovuta alla mancata conoscenza del rescritto dei Divi Fratres (69) o alla convinzione che quest'ultima non avesse autorità generale o, infine, al fatto che presso tali monumenti era uso svolgere cerimonie religiose come presso i sepolcri.

Sempre su questa linea, De Visscher (70) ha sostenuto che l'edificazione di un cenotafio, nei casi in cui non sarebbe stato possibile disporre del corpo del defunto, sarebbe equivalsa ad una sepoltura fittizia. Bonfante (71), a proposito dell'opinione che vuole il cenotafio Zocus *religiosus*, parla più esplicitamente di "un antico concetto più rigido della religiosità" (72). Fabbrini (73) pensa che Marciano intendesse riferirsi ad un sepolcreto, il cui rito di fondazione fosse già stato esplicato dai pontefici (74). Analogamente, Kaser (75) ritiene che il parere di Marciano sia stato influenzato da concezioni sacre, secondo le quali il luogo di sepoltura sarebbe vincolato, sin dall'erezione, agli dei Mani, cosicché non avrebbe potuto essere più sottratto dalla sua destinazione.

7. – Dopo aver ricostruito i termini della disputa alla luce delle opinioni più e meno recenti, pensiamo sia possibile prospettare una ulteriore soluzione.

Un dato di partenza ci sembra sufficientemente acclarato dalle fonti, e cioè numerose e differenti erano le tipologie di *cenotaphium* di cui abbiamo notizia: cenotafi elevati per i defunti che non avevano ricevuto sepoltura (76); cenotafi edificati in ricordo di uomini sepolti altrove, affinché la

---

(67) F. GLÜCK, *Commentario* alle Pandette, trad. it., I, Milano 1888, 724 s., così conclude: «A noi basti sapere che la sua opinione non ebbe fortuna. Poiché Ulpiano s'attenne strettamente al rescritto imperiale e lo pose a fondamento anche della questione relativa all'alienazione d'un cenotafio».

(68) F. GLÜCK, Commentario alle Pandette, cit., 724.

(69) *Contra,* J. GOTHOFREDUS, De cenotaphio, cit., 331, ritiene inverosimile che Marciano potesse aver ignorato il rescritto.

(70) F. DE VISSCHER, Le droit des *tombeaux,* cit., 52 n.31, ove cita VERG., Aen. 3,301.

(71) P. BONFANTE, Corso di diritto romano, cit., II, p. I, 28.

(72) P. BONFANTE, *Corso* di diritto romano, cit., II, p. I, 28.

(73) F. FABBRINI, s.v. Res divini *iuris,* in NNDI XV (Torino 1968), 557 s.

(74) F. FABBRINI, ult. cit., 558, indica come momenti del rito la richiesta del parere al collegio pontificale; la delimitazione del luogo; la delimitazione del luogo con cippi; la cerimonia di fondazione.

(75) M. KASER, *Zum römischen* Grabrecht, cit., 31 s.

(76) Cfr. VERG., Aen. 6,378 ss.; Aen. 9,213 ss.

loro memoria fosse più ampiamente celebrata (77); cenotafi presso cui erano poste are e presso cui si svolgevano cerimonie religiose (78), analogamente a quanto accadeva innanzi ai sepolcri (79).

A questi diversi tipi di cenotaphium, noi pensiamo possano aggiungersi altri. Infatti, nel pensiero cristiano (80), seppure alquanto tardo, il termine cenotaphium è impiegato non solo per designare genericamente il sepolcro privo del cadavere (81) o il monumento volto a richiamare il ricordo (82), tipologie già incontrate, ma anche la scultura contenente un'immagine (*figura* (83), *simulacra* (84), μορφώματα (85)), come ad esempio un busto, una statua, nonché altri tipi di raffigurazione.

Se così era, se cioè esisteva una pluralità tipologica di cenotafi, non ci sembra inverosimile credere che questa situazione possa avere disseminato incertezze tali tra i privati, da indurli a ricorrere al parere di giuristi e imperatori circa la natura religiosa o meno del cenotafio, con descrizioni del caso concreto; era questo il profilo che doveva maggiormente interessare, perché collegato alla possibilità di vendita e di donazione. Forse, il rescritto di Marco Aurelio e Lucio Vero era stato emanato proprio in risposta ad un quesito teso a sapere quale fosse la qualificazione di un certo tipo di cenotaphium (86).

Ed ora veniamo alla giurisprudenza. A fronte dell'atteggiamento di Fiorentino (87), che pare rinunciare, deliberatamente, a risolvere il problema, si pongono — a quel che sembra — Marciano e Ulpiano, entrambi portatori dell'esigenza di ridurre idealmente ad uno i diversi tipi di cenotafio, per stabilirne in via definitiva la natura di luoghi religiosi o meno. Marciano,

---

(77) Cfr. CIC., *Phil.* 14,13; SVET., *Claud.* 1; HYG., fab. 273; DIO CASS. 55,2; LAMPR., *Alex.* 63,3; VOPISC., Tac. 15,1. Inoltre, CIL, XI, 1421, su cui, per tutti, A. FORCELLINI, Lexicon totius Zatinitatis, I, s.v. *Cenotaphium,* 575.

(78) Cfr. VERG., Aen. 3,301 ss.; Aen. 6,378 s.; Aen. 6,505 s.

(79) Sull'espressione *sepulchra* inania e simili, cfr. OV., *met.* 6,568; STAT., Theb. 12,124.; THDT., *qu.* 49 in I Reg., in Migne, PG, LXXX, 571; inoltre, CIL, VI, 3608; CIL, VI, 16913.

(80) Cfr. HIER., epist. 29,6, in Migne, PL, XXII, 440; EUCHER., *instr.* 2,3, in Migne, *PL,* L, 816. Entrambi interpretano le diverse espressioni di I *Reg.* 19,13: Καὶ ἔλαβεν ἡ Μελχὸλ τὰ κενοτάφια, καὶ ἔθετο ἐπὶ τὴν κλίνην, καὶ ἤπαρ τῶν αἰγῶν ἔθετο πρὸς κεφαλῆς αὐτοῦ, *xai* ἐκάλυψεν αὐτὰ ἱματίῳ... 16 Καὶ ἔρχονται οἱ ἄγγελοι, καὶ ἰδοὺ τὰ κενοτάφια ἐπὶ τῆς κλίνης, καὶ ἧπαρ τῶν αἰγῶν πρὸς κεφαλῆς αὐτοῦ. Così la Vulgata: 13 *Tulit autem Michol statuam,* et posuit *eam super lectum,* et *pellem pilosam caprarum* posuit ad caput eius, et *operuit eam vestimentis...* 16 *Cumque venissent* nuntii, inventum est *simulacrum super* Zectum, et *pellis caprarum* ad caput eius.

(81) Cfr. THDT., *qu.* 49 in I Reg., cit., 571.

(82) ADAMANUS, De *locis sacris* 2,4, in Migne, PL, LXXXVIII, 796.

(83) HIER., epist. 29,6, cit., 440.

(84) EUCHER., instr. 2,3, cit., 816.

(85) HIER., epist. 29,6, cit., 440; EUCHER., instr. 2,3, cit., 816.

(86) Questo spiegherebbe la ragione per cui Marciano potesse continuare a sostenere la religiosità del cenotafio anche dopo l'emanazione del rescritto.

(87) D. 11,7,42.

giurista accademico ([88]), forse più sensibile a concezioni tradizionali, sostiene che il cenotafio (meglio 'tutti i cenotafi') è Zocus religiosus; Ulpiano, uomo di stato e membro del consiglio imperiale ([89]), e perciò più pragmatico, afferma, invece, che il cenotafio (meglio 'tutti i cenotafi') non è locus religiosus.

Il solito *ius* controversum, rispetto al quale il profilo che ci sembra più interessante è la posizione di Giustiniano.

8. – I compilatori, infatti, sono intervenuti in un modo particolarmente originale: anziché prendere partito per l'una o per l'altra soluzione, e quindi omettere o l'uno o l'altro passo, li hanno riportati entrambi, impedendoci, apparentemente, di comprendere il loro pensiero:

D. 1,8,6,4 (Marcian. 3 inst.): Religiosum autem locum unusquisque sua voluntate facit, dum mortuum infert in locum suum. <in commune autem sepulchrum etiam invitis ceteris licet inferre. sed et> in alienum locum concedente domino licet inferre: et licet postea ratum habuerit quam illatus est mortuus, religiosus locus fit. 5 Cenotaphium quoque magis placet locum esse religiosum, sicut testis in ea re est Vergilius.

D. 11,7,6,1 (Ulp. 25 ad edict.): Si adhuc monumentum purum est, poterit quis hoc et vendere et donare. si cenotaphium fit, posse hoc venire dicendum est: nec enim esse hoc religiosum divi fratres rescripserunt.

Si potrebbe pensare ad una dimenticanza. Ma la esclude D. 1,8,7. Vediamo, affiancati, i tre passi:

D. 1,8,6,5 (Marcian. 3 inst.): Cenotaphium quoque magis placet locum esse religiosum, sicut testis in ea re est Vergilius.

D. 1,8,7 (Ulp. 25 ad edict.): Sed divi fratres contra rescripserunt.

D. 11,7,6,1 (Ulp. 25 ad edict.): Si adhuc monumentum purum est, poterit quis hoc et vendere et donare. si cenotaphium fit, posse hoc venire dicendum est: nec enim esse hoc religiosum divi fratres rescripserunt.

([88]) F. SCHULZ, Storia *della* giurisprudenza, cit., 195.
([89]) F. SCHULZ, Storia della giurisprudenza, cit., 194.

Orbene, ad una prima lettura, sembrerebbe che i giustinianei, compiuta la scelta di conservare memoria della controversia, si siano visti costretti, per risolverla, ad inserire, di seguito alla testimonianza marcianea (D. 1,8,6,5), il passo interpolato di D. 1,8,7. Questo passo, attribuito ad Ulpiano ([90]), libro vicensimo quinto ad *edictum*, riprende le parole divi fratres *rescripserunt*, con l'aggiunta di sed e *contra* ([91]).

Tuttavia, ad una più attenta meditazione, viene da chiedersi se sia proprio questo il significato che i compilatori abbiano voluto dare alla frase sed divi fratres *contra rescripserunt*, cioè quello di respingere l'opinione di Marciano contrapponendogli una fonte normativamente più autorevole, e quindi di adottare la regola che i cenotafi di tutti i tipi non erano luoghi religiosi. Se questa era l'intenzione, perchè non rimuovere le parole di Marciano, piuttosto che creare un'architettura testuale così barocca? A che pro mantenerle, con il rischio di creare problemi interpretativi, dal momento che la loro opposizione ad un rescritto imperiale non ne eliminava di per sè la forza ([92])? Inoltre, si violavano così quelle che erano le tassative disposizioni programmatiche, volte all'eliminazione di ogni possibile antinomia ([93]).

La difficoltà nel dare una risposta plausibile a questi interrogativi, ci porta a ritenere che i compilatori abbiano volutamente contrapposto Marciano a Ulpiano e Marciano al rescritto dei Divi Fratres, perché, a loro giudizio, la soluzione unitaria — tutti i cenotafi sono luoghi religiosi, tutti i cenotafi non sono luoghi religiosi — non funzionava a fronte della molteplicità tipologica esistente.

Quindi, quella dei giustinianei può, a nostro parere, definirsi una soluzione aperta. Si rammentasse, l'operatore del diritto, che le realtà erano due. Caso per caso si sarebbe dovuto stabilire se quel determinato tipo di cenotafio fosse locus reiigiosus oppure no.

9. – Significativamente, il legislatore bizantino, orientato a prendere partito per l'opinione secondo cui tutti i cenotafi non sono luoghi religiosi ([94]), omette il passo di D. 1,8,7, modifica completamente il testo di Marciano e riporta l'opinione ulpianea.

([90]) Cfr. O. LENEL, *Palingenesia*, cit., II, 562.

([91]) Cfr. L. CHIAZZESE, Confronti testuali, cit., 137 n.17 e 289 n.4.

([92]) Sull'opposizione da parte di un giurista ad un rescritto imperiale (che si tratti di un rescritto si desume da Inst. 2,20,4), si veda, ad esempio, D. 31,67,8 (Pap. 19 quaest.): Si *rem tuam, quam existimabam meam,* te herede instituto Titio *legem,* non est Neratii Prisci sententiae nec constitutioni *locus*...

([93]) Cfr. Deo auctore 4; 8; Tanta 15.

([94]) In senso contrario, ovvero che «Le cénotaphe est considéré pour les Byzantins, dans la filière de juristes ramains d'ailleurs, comme *locus religiosus*», E. KARABÉLIAS, Chronique, in RHD 76 (1998), 498, che cita B. H. STOLTE, 'Ama *virumque cano'* in *Byzantium, Polyphonia* Byzantina, 105-109.

Si legga:

Bas. 46,3,5, in Heimb., IV, 561 ([95]):
Τὸ κενοτάφιον μνημεῖον οὐκ ἔστιν.

Bas. 59,1,4, in Heimb. VII, 155 ([96]):
Τὸν καθαρὸν τόπον καὶ τὸ κενοτάφιον ἔξεστι πιπράσκειν καὶ δωρεῖσθαι· τάφος γὰρ κυρίως οὔκ ἐστιν.

ABSTRACT

The author reconstructs the terms of a controversy between Marciano and Ulpiano, explaning the thought of the ancient interpreters (Alciato e Gotofredo) and of the latest Romanistic literature, suggesting, in the end, a persona1 solution. Principal texts: D. 1,8,6,5; D. 1,8,7; D. 11,7,6,1; D. 11,7,42; VERG., *Aen.* 3,301 ss.; *Aen.* 6,325 ss.; *Aen.* 6,378 ss.; *Aen.* 6,505 ss.; *Aen.* 9,213 ss.

L'autore ricostruisce i termini di una controversia tra Marciano e Ulpiano, esponendo il pensiero degli antichi interpreti (Alciato e Gotofredo) e della letteratura romanistica più recente, per poi prospettare una personale soluzione. Testi principali: D. 1,8,6,5; D. 1,8,7; D. 11,7,6,1; D. 11,7,42; VERG., *Aen.* 3,301 ss.; *Aen.* 6,325 ss.; *Aen.* 6,378 ss.; *Aen.* 6,505 ss.; *Aen.* 9,213 ss.

([95]) Trad. lat.: *Cenotaphium non est monumentum.*
([96]) Trad. lat.: *Locum purum et cenotaphium vendere donareque Zicet; non enim est propie sepulcrum.*

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova serie - Vol. XII (1998)

Laurea honoris causa

Il 23 settembre 1994, alla presenza del Presidente della Corte Costituzionale Prof. Giuseppe Casavola, dell'Ambasciatrice del Regno di Spagna in Italia, delle autorità cittadine, di un folto pubblico di docenti e studenti e di invitati del mondo accademico italiano è stata conferita dal Magnifico Rettore Prof. Pietro Dalpiaz la laurea honoris causa in Giurisprudenza al Prof. Miguel Rodriguez Piñero y Bravo-Ferrer, all'epoca Presidente del Tribunal Constitucional spagnolo. Pubblichiamo la presentazione del laureando, letta dal Prof. Gian Guido Balandi e la Zectio *doctoralis* del neodottore (1)

Signor Presidente della Corte costituzionale, Signora Ambasciatore del Regno di Spagna, Magnifico Rettore, Autorità, Colleghi, Studenti, Signore e Signori.

La generazione alla quale appartengo ricevette, nel periodo della sua formazione, un'immagine della Spagna a tinte molto forti. La dittatura franchista sopravvissuta al crollo dell'Italia fascista e della Germania nazista; gli orrori, gli eroismi ed i dolori della guerra civile trasportati sul fiume ancora gonfio delle pagine di Hemingway e delle liriche di Federico Garcia Lorca che con le tele di Picasso ci portavano anche i colori e i sapori e gli odori di quella terra. Non eravamo mai stati in Spagna e, come Georges Bizet che compose la più popolarmente spagnola delle opere del melodramma ottocentesco senza avere mai varcato i Pirenei, ricostruimmo nelle nostra immaginazione un paese certo semplificato rispetto alla realtà. La realtà, invece, operava in una direzione che cominciava a flettere dalla statica rigidità che ci si rappresentava. Operava lentamente, senza cesure rivoluzionarie — «*con judicio*», come le prime parole di spagnolo dal sentore maccheronico che avevamo appreso negli studi di letteratura italiana della scuola media — formando quella classe dirigente che di lì a un quin-

(1) Già pubblicata in *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali, 1995,* p. 29, con il titolo *Costituzione, diritti fondamentali e contratto di lavoro.*

dicennio sarebbe stata capace di guidare il paese alla sorprendente transizione dalla dittatura alla democrazia, dal sottosviluppo alla modernità, dall'isolamento all'Europa.

Miguel Rodiguez-Pinero y Bravo-Ferrer si colloca a pieno titolo nella linea evolutiva che ho appena evocato e vi campeggia in primo piano.

Nato nel 1935 in una famiglia di opposizione monarchico liberale al regime, nel 1959 consegue il titolo di Dottore in Legge all'Università di Siviglia, in un ambiente che anni dopo egli stesso ricorderà come ((particolarmente liberale e progressista». La formazione immediatamente successiva si avvantaggerà di soggiorni in Germania ed in Italia, tappe obbligate del grand tour formativo del giovane giurista spagnolo dell'epoca, e culminerà con l'ascesa, giovanissimo, alla Cattedra di Diritto del lavoro, prima a Murcia e poi nella natia Siviglia.

Chi ripercorra, seppure con la sintesi che qui si impone, la storia del Diritto del lavoro in Spagna a partire dalla fine degli anni '50 ne coglie l'articolarsi lungo alcune linee essenziali, scandite, come è ovvio, dal declino e dalla caduta della dittatura franchista. Punto di partenza del processo che qui interessa richiamare — per il ruolo di protagonista che vi ha svolto Miguel Rodriguez Pifiero — può essere considerata la Ley *de* convenios collectivos del 24 aprile 1958. Duplice la prospettiva nella quale si poneva quella legge: di incentivazione all'aumento di produttività — necessario tra l'altro per le prime timide aperture della Spagna al mercato internazionale — e di pacificazione dei primi conflitti che avevano iniziato a manifestarsi a partire dal 1957. Significativamente, la prima opera monografica di Miguel Rodriguez Piñero, risalente proprio a quegli anni — il 1960 — è dedicata all'*Eficacia* generai del convenio colectivo. Difficilmente tuttavia quell'intervento legislativo avrebbe potuto garantire i requisiti minimi di rappresentatività e libertà delle parti in termini tali da configurare un vero strumento di autonomia collettiva. Si dice che il contratto collettivo fosse «piuttosto una norma statale elaborata mediante un procedimento speciale che non una vera e propria norma collettiva professionale». Fu merito della dottrina giuslavorista, nonché di una coraggiosa pratica forense, la trasformazione del rigido sistema legale in un sistema di relazioni di lavoro caratterizzato da alcuni elementi almeno di democrazia e partecipazione diretta. Significativo, nello stesso periodo e nello stesso quadro di forzatura dottrinale delle chiusure della legislazione corporativo fascista del franchismo, l'intervento — accolto dalla successiva giurisprudenza — a difesa del lavoratore scioperante e del suo diritto ad un controllo giudiziale dell'eventuale licenziamento.

Il contributo alla formazione, nel trentennio successivo, di un moderno sistema di relazioni industriali in Spagna trova fondamento, oltre che nella costante attenzione e curiosità verso un approccio interdisciplinare, anche nella sensibilità con la quale Miguel Rodriguez Pifiero si pose in contatto con le coeve elaborazioni che avevano corso nella dottrina italiana: in particolare — come ebbe occasione di ricordare alla fine degli anni '70 — con

le scuole giuslavoristiche che ruotavano attorno a Bari e Bologna e ai professori Giugni e Mancini. La Costituzione del 1978 segnò infine l'affermazione, anche in Spagna, di un modello di relazioni collettive di lavoro fondato sul riconoscimento del valore dell'organizzazione collettiva e dell'azione di autotutela; ma ciò non rappresentò che un' ulteriore tappa nell'opera di approfondimento che Miguel Rodriguez Pifiero ha dedicato a tanti temi — dalla libertà sindacale al principio di eguaglianza, dal licenziamento antisindacale alla democrazia interna nel sindacato — che qui non posso ricordare partitamente ma che costituiscono l'ossatura di un moderno diritto sindacale.

L'altra linea evolutiva è rappresentata dalle modifiche intervenute nella regolamentazione del rapporto individuale di lavoro. Qui i problemi affrontati sono parzialmente diversi in ragione dei differenti elementi strutturali che caratterizzavano la normativa del periodo della dittatura. Fondata sulla *Ley de contrato de trabajo* del 1944 ha conservato immutate fino alle riforme del periodo della transizione le principali caratteristiche, che si potevano dire comuni con le altre esperienze autoritarie degli anni '30: in particolare quella sorta di bilanciamento tra una — relativa — protezione della posizione individuale del lavoratore, l'assoluto divieto — penalmente sanzionato — dell'autonomia collettiva e una rete significativa — anche se variamente delimitata in qualità e quantità — di protezione previdenziale e assistenziale.

In questo campo, quello tradizionalmente proprio del diritto del lavoro individualistico, Miguel Rodriguez Pifiero si cimentò fin dall'inizio con il rigore dogmatico perfezionato negli studi condotti in Germania dopo il Dottorato; ed è proprio nella capacità di coniugare una pluralità di metodi che consiste il suo contributo principale alla modernizzazione del diritto del lavoro spagnolo anche su questo piano. Questa capacità è peraltro saldamente radicata nell'impegno alla costruzione di un sistema democratico di relazioni di lavoro; il richiamo a questo impegno non è qui rituale, infatti erigere un ordinamento giuslavoristico al passo con la collocazione della Spagna nel mercato europeo e mondiale più progredito, ha voluto dire anche demolire alcune delle rigidità precedenti e affrontare «un certo 'disarmo' della legislazione protettiva del lavoratore». Se ciò ha potuto avvenire senza che il «continuismo» soffocasse il cambiamento della Spagna — in questo campo — il merito va ascritto proprio a chi seppe guardare oltre i confini artificialmente in precedenza tracciati e unire i due approcci qui per comodità di esposizione distinti: «i tentativi di rinnovamento della disciplina nacquero precisamente negli autori che superarono la frontiera del diritto individuale per orientarsi verso il diritto collettivo». Questa opera di ricostruzione del diritto del rapporto di lavoro non sarebbe stata completa se non si fosse riflessa anche nella dimensione processuale, alla quale è dedicata la monografia del 1978 *Derecho del Trabajo y Proceso,* ed una costante attenzione che ha ruotato attorno all'evoluzione riformistica culminata nella legge sul processo del lavoro del 1990.

Tra le sorprendenti transizioni della Spagna postfranchista ho citato poco sopra quella dall'isolamento all'Europa. Il giovane Miguel Rodriguez Pifiero, che all'inizio degli anni '60 frequentava a Kiel Arthur Nikisch, a Roma la giovane dottrina italiana e a Trieste la dottrina giuslavorista europea riunita in quella singolare esperienza di Scuola di Specializzazione, coglieva le potenzialità evolutive di un ordinamento sociale sovranazionale: gli studi dedicati all'epoca alla Carta Sociale Europea non solo contribuirono a far conoscere in Spagna questo importante strumento ma anche a mettere in luce gli evidenti contrasti esistenti tra la Carta e l'ordinamento spagnolo, soprattutto dal punto di vista della democrazia nei rapporti di lavoro. Da allora è incessante l'interessamento di Miguel Rodriguez Pifiero alla realtà europea, testimoniata da numerosissimi studi — citerò per tutti la monografia del 1982 su *Seguridad social de los trabajadores migrantes* — pubblicati in Spagna e nelle principali riviste giuridiche europee, oltre alla attiva partecipazione ad occasioni di incontro ed al riconoscimento quale Consulente delle Comunità Europee in materia sociale.

Nel tratteggiare la figura di Miguel Rodriguez Pifiero giurista europeo mi si consenta infine di ricordare l'intensa attività di ricerca e formazione nel diritto del lavoro comunitario e comparato che è stata vissuta nei seminari di Pontignano. Auspice l'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale, nella prima metà degli anni '80 un gruppo di giuslavoristi provenienti da cinque paesi europei decise di organizzare annualmente un intenso seminario residenziale destinato alla formazione di giovani studiosi. Tra i più entusiasti, attenti, partecipi sostenitori dell'iniziativa fu proprio Miguel Rodriguez Pifiero che non si sottrasse alla settimana di intenso lavoro neppure quando fu chiamato all'alta carica di Giudice della Corte costituzionale e che per due edizioni — nel 1987 e nel 1993 — si è prodigato affinché il seminario potesse svolgersi in Spagna.

La menzione dei seminari di Pontignano — ai quali risale anche, mi sia consentito ricordarlo, la conoscenza ed il legame di collaborazione ad un tempo scientificamente intensa ed amicale tra chi Vi parla ed il Prof. Miguel Rodriguez Pifiero — mi introduce infine ad un profilo altrettanto importante di quelli sino ad ora disegnati. Voglio ricordare la sua attività come promotore di studi, sia nella veste di Maestro di una folta generazione di giuslavoristi che in quella di ispiratore di iniziative editoriali. Non ricorderò *norninatirn* i colleghi e amici spagnoli che si sono formati nel suo insegnamento — la «*Escuela Sevillana de Derecho del Trabajo*» — e che, da lui sollecitati, hanno costituito la linfa di una intensa circolazione di idee attraverso tutta l'Europa ma sempre — mi pare proprio di poterlo affermare — con particolare affetto e attenzione per l'Italia. Voglio invece sottolineare come a questa Scuola facciano idealmente capo non solo studiosi, ma anche esponenti dell'amministrazione e della politica fino ai massimi vertici dello Stato.

Tra le iniziative editoriali merita una menzione la rivista *Relaciones Laborales*, che da circa un decennio è diventata una tribuna competente e

appassionata del dibattito giuslavoristico spagnolo ed europeo. La direzione di Miguel Rodriguez Piñero ha significato tra l'altro una sua costante presenza negli editoriali di apertura di ciascun fascicolo, che per anni, con cadenza quindicinale hanno tenuto il polso dell'evoluzione giuslavoristica in tutti i campi.

L'impegno di Miguel Rodriguez Pifiero giurista della trasformazione democratica dell'ordinamento lavorista ha trovato il più alto riconoscimento con la nomina a Giudice costituzionale nel 1986. Il suo interessamento alle tematiche delle norme fondamentali è ben precedente: senza risalire ai già citati studi sulla Carta Sociale Europea basta ricordare quelli sulla libertà sindacale e sul lavoro nella Costituzione, del 1978 e 1980 e su eguaglianza e discriminazione, del 1986. Giunto al *Tribunal Constitucional* ha dato un apporto fondamentale ad importanti sentenze in tutti i campi del diritto; in materia giuslavoristica si può ricordare la significativa evoluzione impressa a temi quali l'uguaglianza e la non discriminazione ed i diritti fondamentali nel contratto di lavoro. Nel 1992 è stato eletto Presidente, distinguendosi in quella veste per l'impulso dato all'attività della Corte.

Magnifico Rettore!

Le tinte forti che ho evocato all'inizio si sono dissolte in un quadro più composito e variegato. Guardando con ironia la Spagna, ad esempio attraverso il lucido disincanto, a tratti confinante con il cinismo, di un Pepe Carvalho, si coglie una società moderna, afflitta da crisi ma animata da forti vitalità. Se può essere stato vero per il passato quello che ne ha scritto un profondo e raffinato conoscitore: «La Spagna ha conquistato il mondo e non ha saputo che farsene)),riportare all'oggi questa sentenza appare ingiusto. La dimensione europea che ci accomuna e nella quale dobbiamo tracciare faticosamente ma insieme la strada per le prossime generazioni è frutto, e perciò irreversibile, dell'opera di milioni di donne e di uomini, ciascuno per la propria parte. Miguel Rodriguez Pifiero ha svolto la propria con generosità e capacità singolari che gli valgono il più alto riconoscimento.

Lo accolga dunque questa nostra antica università tra i suoi dottori.

Lectio doctoralis

Costituzione, diritti fondamentali e contratto di lavoro

Siano le mie prime parole di ringraziamento per questa antica e illustre Università di Ferrara e per la sua prestigiosa Facoltà di giurisprudenza che mi ha onorato del conferimento del titolo di Dottore «honoris causa)),che non considero solo come coronamento di una lunga carriera accademica ma anche come testimonianza di affetto e mutuo rispetto fra i giuristi del

lavoro di Spagna e Italia. I giuslavoristi, ed io per primo, dobbiamo molto alla solida dottrina del lavoro italiana, nella quale, nel momento del necessario rinnovamento della disciplina degli anni '70. abbiamo trovato un comune punto di riferimento. I nostri rapporti non si sono svolti solo attraverso lo scambio di pubblicazioni ma anche, e soprattutto, attraverso frequenti e amichevoli contatti personali. Siviglia, Madrid, Valenzia, Barcellona, Granada, Cordova, Saragozza hanno visto frequenti interventi di professori italiani in seminari, lezioni, etc. Però anche per noi e per me Roma, Milano, Bari, Napoli, Messina e soprattutto Pontignano sono state come un secondo focolare accademico, di reciproco arricchimento e di convivenza amichevole e intima. Mai in Italia mi sono sentito come straniero, e questo dottorato «honoris causa» mi legittima ancora di più a considerarmi uno di voi.

L'argomento della mia lezione è quello della interrelazione fra i diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione ed il contratto di lavoro. Il rapporto tra la costituzione ed il contratto è un fenomeno relativamente nuovo, poiché, come ricorda Raiser, i civilisti classici non si preoccuparono dei principi e dei diritti costituzionali. Essi fondarono la loro elaborazione dogmatica nelle tradizioni del diritto comune utilizzarono le categorie e gli schemi elaborati dall'Illuminismo dell'Ancièn regime, che supponeva il ripristino del vecchio diritto romano. La traduzione dell'individualismo politico in individualismo giuridico non si realizzò come sviluppo della costituzione, dato che si partiva da una separazione radicale e netta tra il diritto privato e il diritto pubblico, tra lo stato e la società civile.

Soltanto all'inizio di questo secolo comincia ad incrinarsi la separazione tra il diritto privato e la costituzione, come conseguenza di due novità nel costituzionalismo moderno, In primo luogo, l'ampliamento dei contenuti delle costituzioni che includono anche una parte dogmatica molto estesa, che abbraccia, per così dire, tutti gli aspetti della vita umana, in modo da condizionare non solo il sistema politico ma anche la cosiddetta società civile e la vita quotidiana dei cittadini.

All'inizio stesso di questo processo si produce la cosiddetta costituzionalizzazione del diritto del lavoro. Con l'entrata in vigore della Costituzione di Weimar inizia una nuova fase dell'evoluzione storica del diritto del lavoro (Vardaro): acquistano rango costituzionale diversi principi o diritti del lavoro, collocandosi anche a livello molto superiore di altri settori del diritto privato. La costituzionalizzazione del diritto del lavoro si accompagna con l'accettazione dei diritti collettivi, della libertà sindacale, dello sciopero e della negoziazione collettiva, così come di determinati diritti sociali che presuppongono un impegno dei pubblici poteri nello stabilire meccanismi di protezione sociale. Il nascente diritto del lavoro trova, sin dal primo momento, nella costituzione la sua base ed il suo fondamento, fino al punto che si parla della costituzionalizzazione come una caratteristica della disciplina. Questa situazione non cesserà di creare difficoltà dogmatiche, dal momento che apparve come l'eccezione alla regola generale, ancora resi-

stente benché in fase di revisione, della separazione dell'ambito costituzionale e di quello privato (Pothoff, Jacobi).

Il secondo fenomeno è il riconoscimento del valore normativo della parte dogmatica della costituzione. Per Kelsen, una costituzione che non abbia meccanismi per farsi rispettare non merita il nome di costituzione. L'accettazione di questa idea è il punto di partenza del caratteristico sistema europeo di giustizia costituzionale concentrato in corti o tribunali costituzionali, come garanzia per assicurare il primato della costituzione, come supremazia su tutti i poteri pubblici, incluso il legislatore. La costituzione ormai non opera solo come fonte di fonti, ma è essa stessa suprema fonte regolatrice che prevale su ogni altra norma (Mariucci).

La rilevanza normativa dei principi e diritti costituzionali diviene ora il fondamento dell'unità del sistema giuridico. I principi generali dell'ordinamento ormai non si deducono solo dai codici come individuazione dei valori ispiratori degli stessi, ma anche, e soprattutto, dalla costituzione, data la necessaria prevalenza di quella sul resto delle fonti del diritto, inclusi i principi generali «infracostituzionali» del diritto.

Nel diritto del lavoro questa influenza della costituzione sulla normativa infracostituzionale è stata più facilmente riconosciuta, data la costituzionalizzazione di molti istituti giuridici del lavoro, che permette di parlare di una costituzione sociale che si riferisce alla situazione del cittadino come lavoratore e come destinatario della protezione sociale. Ma questa costituzionalizzazione degli istituti giuridici del lavoro, in buona parte esterna al contratto di lavoro, ha lasciato nell'ombra un altro aspetto della costituzionalizzazione del diritto del lavoro, collegato con la moderna teoria dei diritti fondamentali, e che si riferisce al lavoratore come cittadino. Si tratta dei diritti di cittadinanza nella cornice del contratto di lavoro, ai quali desidero dedicare la mia attenzione, anche in omaggio agli importanti contributi che gli studiosi italiani di diritto del lavoro e di diritto costituzionale hanno realizzato al riguardo.

In tutti gli ordinamenti giuridici avanzati ha acquistato una speciale importanza il tema dei diritti fondamentali, e la nuova visione o dimensione di questi. Il rispetto dei diritti fondamentali costituisce attualmente l'interesse pubblico primario. Allo stesso tempo, la configurazione di tali diritti si è diversificata ed estesa al di là del rapporto dei privati col potere politico. I diritti fondamentali non solo devono servire da base al sistema politico, ma anche alla struttura e al contenuto delle istituzioni giuridico-private, che ora devono essere modellate e condizionate dalla costituzione per assicurare che il pieno sviluppo di una società democratica non trovi una barriera insuperabile nell'ambito del contratto né in quello dell'impresa.

Il loro riconoscimento al massimo livello normativo, ciò che si è chiamato la loro {{irresistibile supremazia», implica che essi godano di pieno accoglimento in tutti i settori dell'ordinamento. Adesso l'aggettivo «fondamentale», come attributo dei «diritti», acquisisce l'autentica dimensione che gli corrisponde: essere al vertice dell'ordinamento giuridico ed inoltre

essere componente essenziale della teoria della giustizia per fornire il necessario ordine assiologico. Poiché alla fine i diritti fondamentali non sono una pura creazione delle costituzioni, queste, nel consacrarli, si collocano coscientemente in una determinata civiltà, punto di specificazione e confluenza di valori. Il fondamento ultimo dei diritti fondamentali è la dignità della persona e la libertà come valore strumentale indispensabile per assicurarne il conseguimento(Alexy).

I diritti fondamentali cercano di facilitare e rendere possibile lo sviluppo integrale della persona e l'esercizio reale ed effettivo della sua libertà. La conversione ed il potenziamento della libertà generica in autodeterminazione e autorealizzazione che si esprime in diritti concreti connessi alla dignità umana. come fondamenti della società e dell'ordine politico in cui quella si organizza.

Per mantenere la coerenza interna dell'ordinamento, questi diritti devono influenzare tutto l'ordinamento giuridico nel suo insieme e nella sua totalità, assicurando che i valori etici ed i principi democratici voluti dal costituente si irradino di fronte ad ogni persona o gruppo che possa porli in pericolo, e informino di sé fino all'ultimo ambito sociale. Non basta conseguire la libertà e la sicurezza di fronte allo stato e ai poteri pubblici, perché anche nei rapporti tra i privati si possono verificare attentati alla dignità umana, ai suoi diritti e alle libertà, provenendo da parte di poteri economici e sociali di fatto i quali possono essere più implacabili dello stato nella violazione dei diritti fondamentali(Kahn-Freund).

Una democrazia richiede l'irradiazione dei diritti fondamentali in tutto l'insieme dell'ordinamento giuridico ed in seno alla società civile. Come ha detto il Tribuna1 costitucianal spagnolo «i diritti fondamentali sono i componenti strutturali basilari, tanto dell'insieme dell'ordine obiettivo come di ognuno dei rami che lo integrano, in ragione del fatto che sono l'espressione giuridica di un sistema di valori che, per decisione del costituente, deve informare di sé l'insieme dell'organizzazione giuridica e politica» (STC 53/1985).

Pertanto, i diritti fondamentali sono anche basilari componenti strutturali del diritto del lavoro e, in concreto, del diritto del contratto di lavoro, tenendo conto inoltre delle speciali caratteristiche di un rapporto in cui non solo la persona del lavoratore è coinvolta, ma che la vede inserita in una altrui organizzazione e sottomessa a una autorità che, sebbene privata, non cessa di essere un potere sociale con rilevanza giuridica (Di Majo).

La penetrazione dei diritti fondamentali nei rapporti tra i privati è stata potenziata mediante il riconoscimento della loro efficacia orizzontale (Drittwirkung) ed uno dei primi difensori di questo concetto fu precisamente un illustre giurista del lavoro: H.C. Nipperdey. Nel suo pensiero esistono precetti costituzionali sui diritti fondamentali che fanno riferimento non solo ad una sfera di libertà protetta di fronte allo stato, ma che garantiscono ad ogni cittadino uno status socialis nei suoi rapporti giuridici con gli altri cittadini, e specialmente di fronte ai formidabili poteri sociali, di gruppi e organizzazioni il cui smisurato potere minaccia l'individuo

isolato e impotente, e di fronte ai quali i diritti fondamentali costituiscono garanzia e difesa. Dal momento che questi diritti si basano sulla dignità e libertà dell'uomo, non c'è niente nella loro essenza che obblighi a considerare che essi vincolino soltanto i poteri pubblici e che solo per essi vi siano limitazioni, poiché«non esiste nessuna difficoltà ontologica affinché i diritti fondamentali sviluppino la loro efficacia nella sfera privata» (Prieto).

La dignità, la libertà, la riservatezza, il libero sviluppo della personalità devono essere tutelati non solo di fronte allo stato ed i poteri pubblici, ma anche di fronte a terzi privati: e ciò indipendentemente da come si articoli questa tutela e dal ruolo della mediazione legislativa. Ciò suppone l'irruzione della costituzione nei rapporti tra privati, in modo che ormai nulla scappi alla sua longa manus (Durig).

L'efficacia interprivata — detta anche «orizzontalizzazione» — dei diritti fondamentali si collega all'idea dello stato sociale di diritto che conclude una evoluzione nella quale il perseguimento di interessi generali non è assorbito dallo stato, ma si armonizza in una mutua azione stato-società, in cui sfuma la dicotomia diritto pubblico-diritto privato, determinando la compenetrazione fra queste due sfere giuridiche.

Quanto sin qui esposto apre, dalla specifica prospettiva del diritto del lavoro, nuove frontiere teoriche che stanno modificando in maniera significativa il profilo tradizionale della disciplina.

Come ho già detto, il fenomeno della costituzionalizzazione del diritto del lavoro è, forse, una delle manifestazioni più risalenti della ingerenza costituzionale in ambito privatistico. Svolgendo la sua classica funzione, sono parole di Sinzheimer, di barriera per evitare che l'individuo sia trattato come una cosa, risulta logica tale priorità temporale e l'estensione con cui si realizza la recezione dei diritti propri dei lavoratori nel quadro costituzionale, concretizzandosi talora quell'innalzamento di rango giuridico di cui parla Jeammaud. Accade, però, che si incorra subito in una eccessiva frammentazione materiale del significato della costituzionalizzazione di tali diritti: si tratta di diritti di natura strettamente lavoristica, rispondenti alla logica interna di tutela di fronte allo sfruttamento economico che anima le prime fasi del diritto del lavoro. I classici studi sulla rilevanza costituzionale del diritto del lavoro di Giannini, Lega, Riva Sanseverino, Pergolesi, Prosperetti, Mortati, Natoli, Smuraglia, o quelli più recenti di Scognamiglio, sottolineano la rilevanza del lavoro nelle disposizioni fondamentali della costituzione. Ma molto al di sopra della rilevanza del lavoro vi è la rilevanza della persona che lavora, la quale, di conseguenza, viene nella costituzione considerata alla stregua degli altri individui, non come lavoratore, bensì come cittadino.

Una conclusione secondaria, ma estremamente importante, è quella di ridurre la portata del fenomeno di «orizzontalizzazione» dei diritti fondamentali in ambito lavoristico alla sola cerchia dei diritti che non possono assolutamente essere concepiti al di fuori di essa. Non è un caso che il riconoscimento del diritto di sciopero e di libertà sindacale, la legittimazio-

ne costituzionale del diritto al riposo, alla retribuzione sufficiente o alla protezione sociale — per citare solo alcuni esempi — abbiamo rappresentato il contenuto usuale nelle descrizioni del fenomeno di costituzionalizzazione del diritto del lavoro (Smuraglia).

I decenni '60 e '70 portarono ad un sostanziale ripensamento di questa impostazione. L'esperienza italiana, soprattutto tramite norme di importanza notoria nel nostro ambito culturale come lo statuto dei lavoratori del 1970, è una dimostrazione esemplare di questa svolta, di questo processo di ridimensionamento dell'impatto derivante dal riconoscimento costituzionale di diritti fondamentali che possono proiettarsi sul contratto di lavoro. In altre parole, vi è la presa di coscienza fra i giuslavoristi italiani (Giugni, Mancini, Romagnoli, Ghezzi, Pera, Mengoni per citare solo alcuni della mia generazione) del valore che la condizione di cittadino rivestita dal lavoratore conferisce alla struttura classica del contratto di lavoro, consapevolezza che in seguito influirà su altre esperienze come quella francese e quella spagnola.

La nostra materia è, per definizione, protettiva. Tutela l'individuo in quanto produttore giuridicamente subordinato ad un altro individuo o gruppo di individui che controllano e dirigono il suo lavoro. E questo aspetto della personalità e dignità umana — il più direttamente coinvolto nella dinamica del rapporto di lavoro — su cui si appunta l'attenzione delle norme, della giurisprudenza e della dottrina. Anzi, la patrimonializzazione del rapporto di lavoro viene considerata come una garanzia (Mancini), la miglior tutela contro una potenziale espansività del contratto che — si teme — possa condurre a moderne forme di servitù.

La progressiva presa di coscienza che la tutela dei diritti e dei valori costituzionali inerisce alla dignità dell'essere umano, obbliga a riconsiderare l'orientamento economicistico (Cessari), connesso in qualche modo con I'idea del conflitto come conflitto economico, e, conseguentemente, la struttura stessa del contratto di lavoro alla luce di tali principi. Pertanto la posizione del lavoratore non viene rappresentata attraverso dei diritti costituenti degli strumenti di difesa, reattivi, di fronte al potere economico e giuridico del datore di lavoro. Ora, si tratta solo di garantire al lavoratore la condizione di produttore, coni diritti e gli interessi ad essa più direttamente connessi. Viene in considerazione anche una dimensione attiva; la sua dignità come essere umano, il rispetto per se stesso — «a volte il più importante produttore primario», nelle parole di Rawls — come membro della società civile che lavora, conferisce alla sua posizione contrattuale un insieme di diritti ed interessi che possono condizionare o limitare profondamente una logica produttiva che, nell'assetto precedente, solo difensivo, predominava è si giustificava in se medesima: una mera visione dell'homo economicus, come homo faber. Oggi si avviano processi di interazione la cui reale importanza, in un momento tanto delicato per il diritto del lavoro come quello presente, non è stata pienamente apprezzata. E chiaro, nondimeno, che essi alterano il contenuto del rapporto di lavoro in quanto inci-

dono sull'assetto del conflitto di interessi che vi è alla basse, cercando di inserire nuovi tipi di interessi finora negati o ignorati(Atiyah).

Nell'insistere troppo sul lavoratore come componente di una collettività, il diritto del lavoro ha talvolta disconosciuto il carattere strumentale dei fenomeni collettivi, posti al servizio della realizzazione della persona. Oggi questo nuovo fenomeno coinvolge soprattutto gli aspetti connessi al contratto di lavoro, in particolare i soggetti dotati di potere direttivo per la gestione del rapporto di lavoro.

Tradizionalmente, i diritti fondamentali sono stati concepiti come un limite per il legislatore, che deve rispettarne il contenuto essenziale. La moderna teoria dei diritti fondamentali evidenzia come gli stessi pongano altresì obblighi o doveri positivi per il legislatore. Comeha affermato il Tribunal constitucional spagnolo, i diritti fondamentali, in quanto componenti strutturali di base di tutti i settori dell'ordinamento, impongono agli stati non solo l'obbligo negativo di non ledere la sfera individuale o istituzionale tutelata dagli stessi, ma anche l'obbligo positivo di contribuire all'effettività di tali diritti e dei valori che rappresentano, anche quando non esista una pretesa soggettiva da parte del cittadino. L'obbligo è rivolto in particolare al legislatore, il quale riceve dai diritti fondamentali «impulsi», linee direttive. Si tratta di un obbligo che acquista particolare rilevanza laddove un diritto od un valore costituzionale rimarrebbe vuoto senza la predisposizione di«mezzi di tutela» (STC 5311985).

I diritti fondamentali richiedono un'azione statale impegnata a compensare il deficit di diritti fondamentali che la società genera (Del Rey).In questo modo, i diritti fondamentali svolgono nell'ordinamento giuridico una funzione innovatrice o creatrice ed un ruolo importante perla creazione del diritto positivo, come punti di appoggio necessari per una stabile ricostruzione dell'ordinamento giuridico, compreso il diritto del lavoro.

Questo aspetto positivo dell'attività legislativa, di apertura al possibile esercizio di diritti in ambiti nuovi, tradizionalmente tenuti lontani dalla sfera «naturale» di tali diritti, è, probabilmente, il primo passo effettivamente compiuto negli ordinamenti lavoristici più avanzati, e lo statuto dei lavoratori italiano ne è, ancora una volta, I'esempio più significativo. Nel contesto specifico del diritto del lavoro, non può disconoscersi la presenza virtuale di altri soggetti dotati di un potere regolativo, che agiscono all'interno della società civile e devono essere guidati da quegli «impulsi o direttive», in un quadro costituzionale che, in quanto non estraneo a nessuna manifestazione normativa, contribuisce al processo di unificazione dell'ordinamento giuridico (Kelsen).

Le regole proprie dell'autonomia collettiva — risultato esse stesse dell'esercizio di un diritto fondamentale si trasformano così in occasioni per la crescita o la esteriorizzazione di diritti a carattere strettamente individuale, quando l'importanza regolativa di questi ultimi consente di proiettare sull'autonomia collettiva finalità costituzionali di salvaguardia dei diritti inerenti alla dignità e alla libertà dei soggetti destinatari. Tale affermazione

incontra, naturalmente, un limite: non produrre lesioni né porre in essere discipline contrarie ai diritti fondamentali, il che richiede un filtro aggiuntivo, di particolare importanza ed utilità, che valorizzi la correttezza nell'esercizio dei poteri di contrattazione collettiva. Il caso di discriminazione per ragioni di sesso può essere un esempio dei limiti che incontra l'autonomia collettiva nella sua funzione regolativa (Ballestrero).

E tuttavia nella forma positiva, o attiva, dell'esercizio del potere regolativo dell'autonomia collettiva, come mezzo per far penetrare nell'impresa e nel contratto di lavoro i diritti fondamentali, che si rinvengono le lacune o i vuoti principali. La funzione dell'autonomia collettiva, strumento di razionalizzazione, limitazione e controllo dei poteri imprenditoriali, è idonea a questo scopo. Tuttavia la strada da percorrere è ancora molto lunga. Nel panorama comparato, in un contesto di alterazione dell'equilibrio di poteri fino ad allora dominanti, è comprensibile l'atteggiamento difensivo delle parti negoziali, per tentare di conservare le posizioni di vantaggio conquistate nel tradizionale contesto dominato dalla patrimonializzazione del rapporto di lavoro (Treu). Comprendere il fenomeno, però, non impedisce di mettere in evidenza il mancato sfruttamento delle potenzialità, specie in periodi di espansione economica, racchiuse nella contrattazione. La quale non si è sviluppata avendo come fine la tutela ed il rafforzamento dei diritti fondamentali dei lavoratori, intesi come limite autonomo dei poteri imprenditoriali, limite capace di condizionare e favorire lo sviluppo dei diritti stessi nell'ambito dell'impresa.

Nondimeno, il contratto di lavoro è il terreno dove maggiore è la riflessione e la ricostruzione teorica (Lyon-Caen). Accettare la tutela dei diritti fondamentali con riguardo al complesso di diritti e doveri posti in capo alle parti del rapporto di lavoro, ha profonde conseguenze. Il riconoscimento di diritti come la riservatezza, la libertà di espressione, il divieto di discriminazioni, la libertà di pensiero, la proibizione di molestie sessuali nei luoghi di lavoro, per citare solo gli esempi più rilevanti, non può lasciare inalterata la struttura della relazione giuridica che fu concepita senza prenderli in considerazione o li collocò su un piano decisamente secondario.

Certamente, il diritto o la libertà non cambia natura nell'essere esercitata o nel realizzarsi davanti ad un privato o ad un pubblico ufficiale, tuttavia il suo contenuto non può essere lo stesso o coincidere se opera nell'uno o nell'altro caso. Il Tribunal constitucional spagnolo ha sostenuto che i diritti fondamentali devono applicarsi in maniera flessibile nel diritto dei contratti «in quanto devono contemperarsi con altri valori o parametri che hanno come fonte primaria il principio di autonomia della volontà e che si manifestano attraverso i diritti ed i doveri che nascono dalla relazione contrattuale creata dalle parti o dalla relativa situazione giuridica» (STC 177/1988).

Questa necessaria adattabilità si riflette, naturalmente, sulla struttura del contratto. In primo luogo attraverso tecniche interdittive, come l'ordine pubblico costituzionale, ma, come mostra l'esperienza spagnola e italiana, vi sono anche esempi più stimolanti, di tipo promozionale, soprattutto nel-

l'esercizio di particolari diritti. Di nuovo, la discriminazione sessuale e l'insieme di strumenti di tutela positiva per contrastarla, è un esempio eloquente di un mutamento qualitativo di approccio. Si tratta però di una condizione necessaria ma non sufficiente. Il legislatore o l'autonomia collettiva non possono utilizzare unicamente tecniche interdittive o promozionali e ritenere che nella propria attività si esaurisca la portata dell'«orizzontalizzazione» dei diritti fondamentali nel contratto di lavoro.

L'astrazione, il rigore e la generalità della norma, che è il suo punito forte, costituiscono altresì il punto debole di qualunque intento di conseguire la osmosi tra la costituzione ed il contratto di lavoro mediante l'abbandono di quest'ultimo al semplice gioco delle regole normative. Questo contratto, essenzialmente flessibile e malleabile, sempre adattato alle circostanze, tende a «fuggire»da regole eccessivamente chiuse e rigide (Aliprantis). Da qui l'importanza che ha acquistato nella teoria dei diritti fondamentali la funzione creatrice che questi implicano nel momento della interpretazione delle norme giuridiche che sviluppano il contratto stesso.

In ragione di queste caratteristiche più aperte e dinamiche, la costituzione ed i diritti fondamentali debbono costituire la guida all'interpretazione delle norme giuridiche a loro subordinate. Questa interpretazione costituzionale, difesa da Mengoni, implica concepire il processo ermeneutico come una fatica tendente a massimizzare e ottimizzare l'efficacia dei diritti fondamentali. Criterio ermeneutico al quale, come indica Ramm, non è possibile rinunciare, e che suppone necessariamente un rinnovamento dei concetti e delle regole del diritto del lavoro.

Mediante il processo interpretativo, le clausole generali costituiscono un'altra via di accesso dei diritti fondamentali nel quadro del contratto di lavoro (Alonso Garcia). I vantaggi che clausole come il rispetto dell'ordine pubblico o la buona fede rappresentano sono ben conosciuti: flessibili e modificabili, adattabili al quadro sociale nel quale si sviluppano, contribuiscono ad attenuare la rigidità delle norme ed a fornire robusti supporti interpretativi nel complesso procedimento di trasformazione interna del contratto di lavoro. Senza negare il valore di quelle clausole, accade però che è precisamente il quadro contrattuale nel quale si muovono che chiede di essere rivisto. Si tratta di uno schema nel quale predomina e primeggia la logica organizzativa produttiva, che tende ad autolegittimarsi ed a proporre messaggi di discrezionalità e razionalità economica che smentiscono ovvero neutralizzano gli intenti di produrre altre logiche compensatorie basate su diversi principi. Ciò di cui si fa questione non è di negare quella logica produttiva, bensì di inquadrarla e di sottoporla ad una necessaria revisione critica(Rescigno).

Ciò conduce direttamente alla struttura di base del contratto di lavoro, nucleo nel quale deve risolversi la battaglia che si è sviluppata nel diritto civile nel corso degli anni (Clavero), ed alla quale è opportuno volgere l'attenzione per ripensare le istituzioni, per liberare dalle superfetazioni che non costituiscono elementi integranti indispensabili del tipo contrat-

tuale, ma che sono risultate ricomprese come conseguenza di una modalità di ricostruzione della teoria del contratto di lavoro a partire da premesse esclusivamente descrittive della realtà produttiva della prima metà di questo secolo (Balandi).

L'interiorizzazione dei diritti fondamentali nel contratto di lavoro, per la specialità delle prestazioni alle quali il lavoratore si obbliga (come bene osservarono i primi maestri della disciplina) si proietta su tutti i poteri dell'imprenditore (Simitis). Limiterò la trattazione solo ad alcuni nuclei potenziali di conflitto tra questi poteri e quei diritti.

Nel potere di direzione e controllo dell'attività lavorativa risulterà praticamente interessato il senso ultimo della discrezionalità che, abitualmente, vi si accompagna come tratto caratteristico. Nel momento reale di sviluppo dell'organizzazione produttiva, compete al datore di lavoro la funzione di determinare lo svolgimento della prestazione del lavoratore. Negare ciò vorrebbe dire negare una delle basi sulle quali si sostiene il sistema della libera impresa. Dunque, questo modello fino ad ora ha tollerato esclusivamente metodi di difesa collettiva, affidando ai rappresentanti dei lavoratori un contropotere che eviti eventuali eccessi owero che funzioni come mezzo di tutela degli interessi dei lavoratori (Romagnoli, Mancini). Senza negare il ruolo centrale di questi meccanismi, ci si potrebbe chiedere se l'attenzione predominante che gli è stata prestata, nel potenziare la tipicità del diritto del lavoro, non abbia contribuito a lasciare da una parte strumenti molto validi che adeguano il processo di interazione tra la costituzione ed il contratto di lavoro.

Nella prospettiva che qui interessa, la razionalizzazione economica non è l'unico fattore di legittimazione delle decisioni imprenditoriali, allorquando queste attengano a diritti fondamentali del lavoratore, non soltanto come produttore ma anche come persona. E altrettanto necessaria la ricerca di regole al fine di valutare l'adattabilità dei poteri datoriali nei confronti di un nucleo di interessi costituzionalmente riconosciuti che necessariamente dovranno trovare collocazione nella dinamica del contratto in quanto caratterizzanti ed essenziali per il lavoratore come la libertà sindacale o lo sciopero.

È importante sapere fino a che punto i diritti fondamentali «adattati», ma impossibili da ignorare nell'ambito dell'impresa, resistano alla pressione di quei poteri e obbligano a valutare ragioni, a ponderare interessi, a giustificare decisioni, a porre in evidenza, insomma, terreni precedentemente chiusi e di esclusiva titolarità imprenditoriale e che si presentavano davanti al giudice o all'interprete quali complesse aree di ponderazione non sufficientemente esplorate. Si tratta di sapere, insomma, fino a che punto l'affermazione — certa — della titolarità imprenditoriale sull'organizzazione ha condotto all'altra — non altrettanto certa — di sistematica prevalenza del suo interesse su qualunque altro contrapposto e non riconducibile allo stretto schema dello scambio.

La parola chiave «adattabilità» — owero «modalizzazione» — non si applica solo ai diritti fondamentali del lavoratore: altrettanto si riferisce ai

poteri dell'imprenditore per quanto riguarda l'organizzazione produttiva, e deve essere precisata per via di un processo che in qualche misura modifica le classiche vie prospettate dalla teoria del contratto di lavoro, obbligando a riconoscere — ed a collocare all'interno della struttura del rapporto — posizioni soggettive del lavoratore, vincolate al rispetto dovuto alla sua dignità e che creano veri e propri doveri di fare o di sopportare a carico dell'imprenditore (Giugni). Valori come l'educazione, la formazione ed il perfezionamento professionale, la libertà ideologica o religiosa, la riservatezza, la vita e l'integrità fisica, ecc. non sono estranei all'organizzazione o alla sua logica. Costituiscono un quadro nel quale trovare una nuova collocazione, lasciando loro spazio mediante un processo di riaggiustamento dell'insieme dei diritti e dei doveri delle parti del contratto, e non cercando di conservare tesi tradizionali che, in ultima istanza e salvo un concreto intervento legislativo, lascerebbero solo operare i diritti fondamentali nei modesti interstizi lasciati da un contratto che, se non riconsiderato alla luce dei dati apportati dalla teoria dei diritti fondamentali, non avrebbe spazio per i valori in questione.

Assieme a questo adattamento reciproco dei valori contrattuali classici, nonché a quelli nuovi scaturiti dalla teoria dei diritti fondamentali, occorre anche mettere in rilievo che la considerazione dei diritti fondamentali del lavoratore, in quanto cittadino, non solo impone specifiche giustificazioni o nuove formule di valutazione della discrezionalità dell'imprenditore, ma in certi casi arriva fino ad eliminare ogni discrezionalità, rendendo necessario il suo esercizio in una determinata direzione. Così, per esempio, il potere disciplinare può risultare da questo punto di vista profondamente adattato (Vardaro), quanto meno in una duplice direzione.

In primo luogo, per quanto riguarda le condizioni di legittimità del suo esercizio, mediante l'imposizione del rispetto delle garanzie del lavoratore interessato (Simitis, Romagnoli), della proibizione della disuguaglianza di trattamento o di discriminazione, nonché della esclusione dall'ambito delle condotte sanzionabili dei comportamenti dei lavoratori che costituiscano esercizio legittimo di diritti fondamentali(legati alla libertà di espressione e informazione, nella modalità di denuncia di irregolarità nell'impresa), anche se si contrappongono all'interesse imprenditoriale.

In secondo luogo, attraverso la perdita della discrezionalità sanzionatori, rendendo obbligatorio l'uso di un potere che tradizionalmente è stato concepito per l'esclusiva difesa dell'interesse imprenditoriale. Le condotte configuranti molestie sessuali sul lavoro possono essere un modello tipico di questo condizionamento del potere imprenditoriale, obbligando il datore di lavoro a sanzionarle per evitare una responsabilità per omissione che potrebbe essergli, per altro verso, imputata (Del Rey), in quanto il potere di controllo dell'organizzazione rende attuale I'obbligazione di utilizzare tutti i mezzi che l'ordinamento mette a disposizione dell'imprenditore affinché questo non provochi né permetta, a sua volta, comportamenti contrari, in questo caso, alla dignità e riservatezza della persona.

In un momento di relativo sconcerto del diritto del lavoro, nel quale gli imperativi economici del mercato mettono in questione molti dogmi tradizionali della disciplina, è opportuno ricordare il perdurante vigore dei diritti fondamentali nell'impresa, che potrebbe essere un antidoto per emancipare il contratto di lavoro dalla sua eccessiva subordinazione all'economia. Le riflessioni che ho presentato non pretendono di risolvere tutti i problemi, bensì ne propongono alcuni nuovi. Le questioni poste dall'avanzare della teoria dei diritti fondamentali nel costituzionalismo moderno, sollecitati all'inizio da istituzioni strettamente lavoristiche, restituiscono al diritto del lavoro parte del tradizionale ruolo di avanguardia del diritto privato, che, in questo ambito, è stato relativamente trascurato.

In questo quadro il diritto del lavoro si trasforma ma non si snatura. La costituzione gli offre una nuova dimensione e ne esige nuovi fondamenti per riacquistare il suo autentico ruolo di garanzia dell'autodeterminazione e autorealizzazione del lavoratore come cittadino, come la dottrina italiana ha saputo dimostrare in questi ultimi trent'anni.

ABSTRACT

In September 1994 the University of Ferrara conferred an honorary degree in Law on Miguel Rodriguez Piñer Y Bravo Ferrer. Here are pubplished the presentation of the candidate, read at the ceremony by Gian Guido Balandi and the Zectio doctoraiis entiled "Constitution, fundamental rights and labour contract".

Nel Settembre 1994 l'università di Ferrara ha conferito la laurea honoris causa in Giurisprudenza a Miguel Rodriguez Piñero Y Bravo Ferrer. Sono qui pubblicate la presentazione del candidato, letta alla cerimonia da Gian Guido Balandi e la Zectio *dottoralis,* intitolata "Costituzione, diritti fondamentali e contratto di lavoro".

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

AA.VV., *Constitucíon i Derecho del Trabajo*, a cura di M. R. Alarcon Caracuel (Madrid, 1992).

J. F. AGUILAR, *Derechos fundamentales y libertad negocial* (Madrid, 1990).

R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Baden Baden (1985).

N. ALIPRANTIS, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes* (Paris, 1980).

E. ALONSO GARCIA, *La interpretación de la Constitución* (Madrid, 1984).

J. APARICIO TOVAR, *Relación de trabajo y libertad de pensamiento en las empresas ideológicas*, in *Lecciones de Derecho del Trabajo 1990*, en *homenaja a Bayón Chacón y del Peso y Calvo*, Madrid, p. 400.

P. S. ATIYAH, *Essays on Contract* (Oxford, 1988).

M. V. BALLESTRERO, *Dalla tutela alla parità: la legislazione italiana sul lavoro delle donne* (Bologna, 1979).

F. BLAT GIMENO, *Relaciones laborales en empresas ideológicas* (Madrid, 1986).

Contrato de trahajo y derechos fundamentales en la doctrina del Tribuna Constitucional, in AA.VV., *Constitucion y Derecho del Trabajo...*, cit.

P. CRUZ VILLALON, *Formación y evolución de los derechos fundamentales*, in REDC **25**, (1988) p. 35.

S. DEL REY GUANTER, *Libertad de expressión e información y contrato de trabajo* (Madrid, 1994).

F. DURAN LOPEZ, *Inviolabilidad de la persona del trabajador, el Estatuto de los Trabajadores*, t. IV (Madrid, 1983).

G. DURING, *Gesammelte Schriften* (Berlin, 1984).

M. F. FERNANDEZ LOPEZ, *La igualdad y la discriminacion en la jurisprudencia constitucional*, in AA.VV., *Constitucion y Derecho del Trabajo ...*, cit., p. 160.

M. F. FERNANDEZ LOPEZ, *Libertad ideológica y presentación de servicios*, in RL (1985) p. 57-??.

G. GIUGNI, *Diritto sindacale* (Bari, 1992).

J. L. GONI SEIN, *El respecto a la esfera privada del trabajador* (Madrid, 1992).

S. GONZALES ORTEGA, *Información sobre los contratos e intimidad*, in RT (1990), p. 347.

G. HIDALGO RUA, J. J. DEL VAL ARNAL, *La libertad de expresión en las relaciones laborales*, in *Poder Judicial. 1990* numero monografico speciale XIII, p. 36.

A. JEAMMAUD, *Le droit constitutionnel dans les relations du travail*, in AJDA (1991), p. 612.

O. KAHN-FREUND, *Trabajo y Derecho*, trad. Galiana Moreno (Madrid, 1987).

H. KELSEN, *Teoria general del Derecho y Estado*, trad. Garcia Maynez, (Mexico, 1979).

G. LYON-CAEN, *Les libertés publiques et l'emploi*, in DF (1992).

L. MARIUCCI, *Le fonti del diritto del lavoro* (Torino, 1988).

H. C. NIPPERDAY, *Die Wurde des Menschen*, in *Die Grundrechte*. Handbuch der Theorie und Praris der Grundrechte (Berlin, 1954), p. 18.

Per una storia di costituzione del lavoro tedesca, a cura di L. Gaeta e G. Vardaro (Milano, 1989).

F. PEREZ DE LOS COBOS, *Sobre el derecho a la propria imagen*, Poder Judicial (1988), p. 75.

A. PEREZ LUNO, *Derechos humanos. Estado de Derecho y* Constitución *(Madrid,* 1986).

L. PRIETO SANCHIS, *Estudios sobre derechos fundamentales (Madrid,* 1990), **p. 83.**

T. QUADRA SALCEDO. *E2 recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares (Madrid, 1981).*

T. RAMM, *Grundrechte und Arbeitsrecht, in* JZ *(1991),* **p.** *1.*

J. RAWLS, *La libertades fundamentales y su prioridad, in Libertad, Igualdad y Derecho (Barcelona,* 1988).

J. RIVERO LAMAS, J. GARCIA BLASCO, *Respeto a la esfera privada y derecho a la informaciòn sobre la contratación laboral, in RT* (1990), *p.* **453.**

G. L. ROJAS RIVERO, *La libertad de expresión del trabajador (Madrid, 1991).*

A.V. SEMPERE NAVARRO, *El contrato de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, in TL,* (1990), *p. 127.*

J. J. SOLOZABAL ECHEVARRIA, *Libertad de expresión, información y relaciones privadas, in REDC, (1989) p. 165.*

Ann. Univ. Ferrara - *Sc.* giur.
Nuova serie - Vol. XII (1998)

NOTIZIARIO

Il DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DI FERRARA, nell'anno accademico 1997/98, ha promosso e accolto numerosi incontri ed iniziative culturali.

Nel corso di Istituzioni di Diritto Romano il prof. A. Watson della University of Georgia School of law ha tenuto un corso integrativo *(Seven Lectures)* sui seguenti temi: *The XII tables and legal Inteylretation; Sources of Roman Law; The Corpus Juris and Byzantine Reality; Inteylretation and Reception; Codification and Roman Law, Authority and Fake Authority; The Importance of Elementary Works.*

Nell'ambito del Dottorato di ricerca in DIRITTO ROMANO E METODO COMPARATIVO, XII ciclo, l'attività seminariale svolta ha visto la partecipazione dei professori F. Ferrari, dell'università di Bologna e U. Vincenti, dell'Università di Padova, che hanno tenuto, rispettivamente, un seminario su: *Abstraktionsprinzip, Traditionsprinzip e consensualismo nel trasferimento di beni mobili. Una superabile divaricazione?* e un seminario su: *Il metodo della giurisprudenza romana tra passato e presente.* Ancora nell'ambito del Dottorato in DIRITTO ROMANO E METODO COMPARATIVO, il prof. A. Manfredini, dell'università di Ferrara, ha tenuto una lezione sul tema *Molti delinquenti ed esemplarità (D. 48,19,16,10)*; il prof. V. Scarano Ussani ha parlato di *Una «rivoluzione» non avvenuta: giurisprudenza e razionalità.*

La Cattedra di Storia del Diritto Romano ha invitato il prof. M. Torelli, dell'università di Perugia, a parlare su tema: *Caio Genucio, la prefettura di Caere e la civitas sine suffragio.*

Nel corso di diritto Commerciale è stato organizzato un ciclo di lezioni, tenuto da A. Dondena, dr. commercialista in Milano, sul tema: *Analisi di bilancio e revisione.*

Gli incontri promossi nell'ambito della Storia del Diritto Italiano hanno visto la partecipazione del prof. B. Sordi, dell'università di Firenze, che ha tenuto una conferenza dal titolo *Formazione e trasformazioni dei modelli amministrativi ottocenteschi;* del prof. P. Cappellini, dell'università di Firenze, che ha parlato sul tema *Codice civile e fascismo;* della prof. D. Novarese, dell'università di Messina, che ha tenuto una lezione dal titolo *Alle origini del costituzionalismo europeo: la genesi della Carta siciliana del 1812.*

Nel corso di Diritto del Lavoro e nell'ambito del Dottorato di Diritto Comunitario e Comparato del Lavoro la prof. D. Gottardi, dell'università di Verona, ha condotto un seminario su *La procedimentalizzazione dei poteri dell'imprenditore e ruolo dei sindacati.*

Nell'ambito del Diritto della Previdenza Sociale il Pretore di Ferrara, dott. G. Benassi, ha avuto con gli studenti incontri in cui si è simulato un procedimento in materia previdenziale.

Nell'insegnamento di Diritto Penale hanno tenuto una conferenza, rispettivamente, sul tema *Restauro e contraffazione di beni culturali nel diritto penale,* il prof. F. Lemme dell'università di Siena; sul tema *Tipicità e offensività: la concezione realistica del reato,* il prof. *L.* Stortoni, dell'Università di Bologna; sul tema *L'irrilevanza del fatto nel diritto penale degli adulti,* il prof. G. Fiandaca, dell'università di Palermo.

Nel corso di Procedura Penale il magistrato dr. L. Mancuso ha svolto una relazione su *L'indagine per i fatti di terrorismo nell'esperienza di un magistrato inquirente.*

Nell'ambito degli insegnamenti di Filosofia del Diritto e Teoria Generale del Diritto si sono tenuti degli incontri a cui hanno partecipato: il prof. G. H. von Wright, dell'università di Helsinki, che ha tenuto una lezione dal titolo *Deontic Logic – As I See It;* il prof. S. L. Paulson, della Washington University di Sain-Louis, Missouri, che ha tenuto un seminario sul tema *Kelsen's Earliest Legal Theory: Critica1 Constructivism;* il prof. *R.* Guibourg, dell'università di Buenos Aires che ha tenuto una lezione su *La norma tra fatto e valore.*

Per il corso di Filosofia del Diritto, inoltre, si sono segnalate le lezioni del prof. R. Alexy, dell'università di Kiel, sul tema *The Concept of Law; Law and Correctness; Legal and Moral Correctness* e, nell'ambito del corso di Sociologia del Diritto, la lezione del prof. M. Cattaneo, dell'università Statale di Milano su *Montesquieu* e *la critica del despostismo.*

Nell'ambito delle iniziative promosse dal Dipartimento di Scienze Giuridiche si è tenuta una Tavola Rotonda su *Il costituzionalismo e la tesi della separazione tra diritto e morale,* con la partecipazione dei professori R. Alexy, dell'Università di Kiel; E. Bulygin, dell'università di Buenos Aires, L. Ferrajoli, dell'università di Camerino, G. Zagrebelsky, Giudice della Corte Costituzionale.

Si è svolto presso l'Aula Magna del Dipartimento di Scienze giuridiche il seminario promosso dalla Cattedra di Diritto costituzionale sul tema *"Elettori legislatori? Il problema dell'ammissibilità del quesito elettorale",* che ha visto la partecipazione di molti costituzionalisti appartenenti a ge-

nerazioni e provenienze culturali diverse. I lavori, aperti da una relazione del prof. S. Bartole, dell'università di Trieste, sono proseguiti con interventi dei professori V. Angiolini, dell'università di Milano, A. An, dell'Università di Roma II, A. Barbera, dell'università di Bologna, R. Bin, dell'Università di Ferrara, G. Brunelli, dell'Università di Ferrara, A. Cariola, dell'Università di Catania, L. Carlassare, dell'università di Padova, P. Carnevale, dell'università di Roma III, G. Gemma, dell'università di Modena, M. Luciani, dell'università di Roma I, J. Luther, dell'università di Pisa, C. Pinelli, dell'Università di Macerata, E. Rossi, della Scuola Superiore di Studi universitari e perfezionamento Sant'Anna di Pisa, G. M. Salerno, dell'Università di Macerata, e dei dottori A. Giorgis, dell'università di Torino, G. Guzzetta, dell'università di Roma II, M. Magri, dottore di ricerca dell'Università di Ferrara, A. Morrone, dottorato di ricerca dell'università di Bologna, R. Pinardi, dell'università di Modena, A. Pugiotto e P. Veronesi dell'Università di Ferrara. Hanno preso parte ai lavori anche i Presidenti della Corte costituzionale A. Corsaniti e L. Paladin, nonchè l'on. G. Calderisi ed il dott. E. Colombo, entrambi del Comitato promotore del referendum elettorale per l'abolizione del voto di lista per l'attribuzione con metodo proporzionale del 25% dei seggi.

Gli atti del Seminario; che ha avuto larga eco nella stampa, sono già pubblicati dall'Editore Giappichelli ("*Elettori* legislatori? Il problema *del*l'ammissibilità del quesito elettorale" a cura di R. Bin, Torino 1999) e sono stati inseriti nella documentazione giuridica di cui la Corte Costituzionale si è servita nell'istruire la recente decisione che ha dichiarato ammissibile il quesito referendario elettorale.

Il CENTRO INTERUNIVERSITARIO PER LA DOCUMENTAZIONE E LO STUDIO DELLE RELAZIONI GIURIDICHE FRA ITALIA E GERMANIA ha promosso il 12° ciclo dei CORSI DI PERFEZIONAMENTO NEL DIRITTO TEDESCO E NELLA DISCIPLINA DEGLI SCAMBI COMMERCIALI FRA ITALIA E GERMANIA. In tale ambito si sono svolti cicli di lezioni sui seguenti temi: Le garanzie reali mobiliari e immobiliari del credito *nel* diritto tedesco, prof. Dr. A. Wacke, dell'università di Köln; La tutela del consumatore nel diritto tedesco, austriaco, italiano ed europeo, prof. Dr. B. Eccher, dell'università di Innsbruck; La *riforma* del *diritto* della filiazione in *Germania,* prof. Dr. Dr. h.c. E. Jayme, dell'università di Heidelberg; Unificazione giuridica: modelli nazionali del *19°* secolo e obiettivi europei del presente, prof. Dr. R. Schulze; La cessione d'azienda *nel* diritto tedesco, prof. Dr. Kindler, dell'università di Bochum; La *riforma* del diritto fallimentare tedesco, prof. Dr. W. Grunsky, dell'università di Bielefeld; Il contratto preliminare nel *diritto* tedesco e Il diritto europeo dei contratti, prof. Dr. Dr. h.c. D. Henrich, dell'università di Regensburg; Introduzione al diritto tedesco della concorrenza con particolare *riferimento* alle nuove tecnologie *(Internet-Cyberlaw),* prof. Dr. M. Lehmann, dell'università di Munchen.

Sempre nell'ambito delle iniziative promosse dai CORSI DI PERFEZIONA-

MENTO NEL DIRITTO TEDESCO E NELLA DISCIPLINA DEGLI SCAMBI COMMERCIALI FRA ITALIA E GERMANIA, il Dr. H. BOSS, presidente della sezione presso il Tribunale di Berlino, ha tenuto un corso articolato in più lezioni su: Il processo penale in *Germania* ed il prof. Dr. K. Siehr, dell'Università di Zurich, un corso su I vizi della volontà nel diritto tedesco.

Vanno, infine, segnalati, a complemento delle suddette iniziative, la presenza di Corsi di lingua e *terminologia* giuridica Tedesca, a diversi livelli di difficoltà, tenuti da una lettrice di madre lingua tedesca, dott. C. Havemann.

Nell'anno 1998 il CENTRO DI DOCUMENTAZIONE E STUDI SULLE COMUNITÀ EUROPEE ha organizzato un ciclo di conferenze su Recenti innovazioni nella *Unione* Europea. Vi hanno partecipato il prof. D. Velo, dell'Università di Pavia e direttore dell'AUSE, che ha parlato sul tema Le istituzioni della Comunità secondo il trattato di Amsterdam; la prof. L. Forlati, dell'Università di Venezia, che ha discusso su Il trattato di Amsterdam: codificazione dell'esistente o disegno di una nuova *Ue?*; l'on. G. Fantuzzi, Europarlamentare e presidente dell'Ass. «Europa amica», che si è soffermato su La costruzione *dell'Unione* europea e il ruolo futuro del Parlamento; il prof. G. Stefani, emerito dell'Università di Ferrara, che si è occupato di Politica regionale della *Ue* e disparità strutturali e di Coesione economica, fondi strutturali e ampliamento della *Ue*; il dott. A. Damiani, Capo unità per gli affari scientifici e ricerca della Commissione europea, ha, infine affrontato il tema: Ricerca e sviluppo tecnologico: il *5°* programma quadro.

Si segnala inoltre la recente pubblicazione del CENTRO DI DOCUMENTAZIONE E STUDI SULLE COMUNITÀ EUROPEE, dal titolo Verso la realizzazione della unione europea, dove, con premessa del prof. G. Balandi, sono contenuti i contributi dei professori: G. Gallizioli, Lineamenti della politica comune della pesca, con particolare riguardo alle misure *di* conservazione e gestione per il *Mediterraneo;* C. d'Aloya, La politica agricola comunitaria: protezionismo o libero mercato?; G. Stefani, Politica regionale, disparità strutturali e ampliamento *dell'Ue;* F. Valdes Dal Re, La contrattazione collettiva europea: una prospettiva; G. Fantuzzi, La costruzione *dell'Unione* europea e il ruolo futuro del parlamento; D. Velo, Il processo di globalizzazione e la *riforma* del Welfare.

Il MODULO EUROPEO sulla INTEGRAZIONE EUROPEA ha promosso un corso, organizzato e tenuto dal dott. G. Donà, già Capo Divisione al segretariato Generale della Commissione C.E., nel cui ambito si è trattato, oltre che dei numerosi temi illustrati nel programma, dei seguenti argomenti: Il funzionamento *dell'Unione* europea; Risultati del Consiglio europeo di Lussemburgo (12 e 13 dicembre 1997) e Programma per il 1998; Euro: significato e conseguenze; Panoramica generale sulla situazione attuale; Grande Mercato *Unico* senza *frontiere* (Libera circolazione delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali); La concorrenza e gli aiuti di Stato (procedura prevista *all'art.* 93 CE); 1 gennaio 1999: *Unione* monetaria tra undici Stati europei;

Consolidamento del Mercato unico europeo dove persone, merci, capitali e servizi possono circolare liberamente; Opportunità, in particolare, per laureati di ogni Facoltà.

Nell'ambito delle attività dell'ISTITUTO DI APPLICAZIONE FORENSE, si sono svolte lezioni, incontri e conferenze a cui hanno partecipato sia docenti dell'università di Ferrara, sia di altre Università italiane.

Si segnalano, fra i numerosi incontri tenutisi, la conferenza del prof. G. Malinverni, della Faculté de droit, Université de Genève, dal titolo *L'esecuzione delle sentenze della Corte Europea dei diritti dell'Uomo nell'ordinamento svizzero;* la conferenza del prof. S. Seminara, dell'università di Pavia, su *L'usura tra vecchia e nuova nomativa;* la lezione del prof. M. Papa, dell'università di Firenze, su *Il problema del concorso tra nome relative alla circolazione di carte di credito di provenienza illecita (l. 197711991) e quella di furto (art. 624 c.p.).*

Al fine di promuovere più proficui contatti fra Università e mondo del lavoro, il Dipartimento ha ospitato una iniziativa promossa dal SOROPTIMIST Club sul tema *"Dall'Università alle imprese: studenti, imprenditori di se stessi"*. Alla presentazione della prof. M. Palmira Fasulo, presidente del Soroptimist Club di Ferrara, sono seguite le relazioni di C. Morelli, Confederazione europea junior enterprise: *junior enterprise: una realtà di successo in venticinque anni Università italiane;* A. Zavoli, Je Ingegneria-Bologna, P. Valentini, Je Economia-Venezia, M. Belletati, Je Economia-Venezia: *Come operano le Junior enterprises in Italia;* ing. P. Vita Finzi, v. presidente Unione Industriali di Ferrara, dott. S. Riboldazzi, v. direttore generale Cassa di Risparmio di Cento: *Il punto di vista delle imprese.* Dopo il dibattito l'incontro è stato chiuso dal prof. L. Costato, preside della Facoltà di Giurisprudenza dell'università di Ferrara.

Si sono tenuti nel corso dell'anno, presso le aule del Dipartimento di Scienze Giuridiche numerosi concerti ed incontri musicali, aperti a tutti gli studenti e docenti della Facoltà di Giurisprudenza e di tutte le altre Facoltà dell'Ateneo.

Per favorire anche un'attività di approccio teatrale su testi che riguardino il tema della giustizia, nell'ambito dell'iniziativa, coordinata dal prof. G. Grippo, *L'emozione di comunicare,* si sono tenuti uno stage intensivo condotto da E. Montagna, Direttore della Scuola Teatro Colli e del Gruppo Teatro Colli di Bologna, su tema *la comunicazione verbale. Tecniche di emissione e concentrazione; La comunicazione corporale – Il linguaggio del corpo. Adattamento corporeo palcoscenico attraverso il training autogeno.* Si è tenuto, inoltre, nello stesso ambito un incontro-dibattito con la Compagnia «il cerchio teatro-laboratorio>>del Centro Sociale Culturale Saffi di Bologna, sui temi *Dal teatro «da camera. al «teatro-laborario»,* a cui ha fatto seguito il recital «L'umana effimera fantastichezza» (testi di R. J.Wilcock e J. L. Borges).

Il Programma Socrates ha consentito la presenza, presso al nostra Facoltà del prof. J.M. Garrigou-Lagrange, della Faculté de droit et Science Politique di La Rochelle, il quale ha tenuto delle lezioni sui temi: *Le Conseil constitutionnel et le contrôle de constitutionnalité des Zois* e *La constitution de 1958 et Zes cohabitations.*

Nel quadro del progetto ERASMUS, per l'a.a. 1997198, vi sono stati 44 studenti in uscita e 35 in entrata.

[WANDA FORMIGONI CANDINI]

INDICE

A. PUGIOTTO: *L'irresistibile ultrattività della legge interpretata autenticamente* ..... pag. 1
G. TUZET: *Volontà generale e fondamenti del diritto nel pensiero di Jean-Jacques Rousseau* ..... pag. 41
G. BRUNELLI: *L'illegittimità costituzionale conseguenziale come deroga al principio del contraddittorio* ..... pag. 113
P. ZAMORANI: *Minima de patrum auctoritate* ..... pag. 125
A.D. MANFREDINI: *Il responso pro aequitate contra ius di Galba* pag. 129
A.D. MANFREDINI: *Gli oltraggi all'adultero: un argumentum a maiore ad minus [D.48,5,23(22),3]* ..... pag. 141
F. GIUNTA: *Quale disciplina per l'imputabilità?* ..... pag. 151
F. GIUNTA: *Il giudice e la legge penale. Valore e crisi della legalità, oggi* ..... pag. 163
P. FERRETTI: *De cenotaphio diatriba* ..... pag. 183
Laurea honoris causa ..... pag. 201
Notiziario..... pag. 217