Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova serie . Vol. XV (2001)

ALESSANDRO BERNARDI – CIRO GRANDI

IL DIRITTO DELLA CONCORRENZA NELLA ESPERIENZA ITALIANA. PROFILI PENALI E PENAL-AMMINISTRATIVI (*)

SOMMARIO: SEZIONE I: *La disciplina italiana in tema di concorrenza.* — 1. Cenni storici. — 2. La legge italiana *antitrust* del 1990: suo ambito di applicazione e suoi rapporti con l'ordinamento comunitario. — 2.1. Il principio della c.d. barriera unica ed i problemi da esso posti in materia di concentrazioni. — 2.2. I problemi correlati al principio della barriera unica in materia di intese e di abuso di posizione dominante. — 2.2.1. L'applicazione del diritto CE da parte dell'Autorità *antitrust* nazionale: vecchie e nuove questioni. — 3. Nozioni preliminari in merito alle condotte anticoncorrenziali vietate dalla l. 287/1990. — 4. Il divieto di intese restrittive della libertà di concorrenza. — 4.1. L'oggetto o l'effetto anticoncorrenziale e la nozione di "lesione consistente". — 4.2. Le condotte espressamente vietate dall'art. 2 l. 287/1990. — 4.3. La nullità delle intese illecite. — 4.4. Le deroghe al divieto di intese restrittive della libertà di concorrenza. — 5. Il divieto di abuso di posizione dominante. — 5.1. Il concetto di posizione dominante. — 5.2. Il concetto di comportamento abusivo ai sensi dell'art. 3 l. 287/1990. — 6. La disciplina delle operazioni di concentrazione. — 6.1. La nozione di concentrazione. — 6.2. L'obbligo di comunicazione delle concentrazioni rilevanti. — 6.3. Il divieto di concentrazioni restrittive della concorrenza. La valutazione prognostica dell'Autorità *antitrust*. — 6.3.1. I poteri dell'Autorità *antitrust* in materia di concentrazioni anticoncorrenziali. — 7. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato: struttura e funzioni. — 7.1. Le disposizioni a tutela dell'indipendenza dell'Autorità *antitrust*. — 7.2. I rapporti tra l'Autorità *antitrust* e le altre autorità di settore. — SEZIONE II: *Il sistema sanzionatorio nazionale della concorrenza.* — 8. Considerazioni introduttive. — 9. La progressiva restrizione dell'area dell'illecito penale in tema di concorrenza. — 9.1. La disciplina penale della concorrenza: principi ed istituti. — 10. Il primato dell'illecito amministrativo e delle relative sanzioni

(*) Il presente testo riproduce i contenuti della relazione dal titolo *Competition Law Sanctions System: Italy*, destinata al volume *Transnational Application and Enforcement of Law in Europe by Repressive Sanctions. Importance and Influence of EU-Competition Law for the National Legal Systems*, a cura di G. Dannecker e O. Jansen, in corso di pubblicazione. La relazione è stata sviluppata sulla base di un questionario destinato a fungere da schema per i singoli contributi nazionali dei quindici Paesi membri dell'Unione europea.

pecuniarie nella normativa *antitrust*. — 10.1. La disciplina generale dell'illecito amministrativo in Italia. — 10.2. Il concorso tra sanzioni penali e sanzioni amministrative. — 11. I criteri di commisurazione della sanzione amministrativa. — 12. Il risarcimento del danno. — Sezione III: *Il procedimento amministrativo in materia antitrust*. — 13. Premessa. — 14. Il procedimento in tema di intese e di abuso di posizione dominante. — 15. Il procedimento in tema di operazioni di concentrazione. — 16. Le garanzie procedimentali. — 17. I meccanismi di impugnazione dei provvedimenti in materia *antitrust*. — 18. L'esecuzione delle sanzioni. — 19. Il diritto della concorrenza nella prassi applicativa italiana: dati statistici. — Sezione IV: *Le interrelazioni fra diritto comunitario e diritto nazionale della concorrenza*. — 20. La collaborazione tra Autorità nazionale e Commissione CE nell'applicazione del diritto comunitario. — 21. L'influenza del diritto comunitario sul diritto nazionale della concorrenza. — 22. Il dibattito in merito alle proposte contenute nel Libro bianco sulla riforma degli artt. 81 e 82 TCE.

Sezione I
LA DISCIPLINA ITALIANA IN TEMA DI CONCORRENZA

1. *Cenni storici*.

Con notevole ritardo rispetto alla generalità dei Paesi industrializzati, l'Italia si è dotata solamente un decennio fa di una propria normativa *antitrust* (1). Si tratta della legge 10 ottobre 1990 n. 287 (recante "Norme per la tutela della concorrenza e del mercato" (2)), la quale ha istituito un'apposita Autorità garante, dotata di ampi poteri di controllo finalizzati all'individuazione e all'eventuale punizione di comportamenti lesivi della concorrenza nel mercato interno, in particolare le intese, gli abusi di posizione dominante e le concentrazioni.

Il ritardo nel varo della legge italiana *antitrust* è stato dovuto a tutta una serie di ragioni, quali la lentezza del processo d'industrializzazione, i divari tra le aree economicamente progredite del nord e quelle depresse del sud, gli orientamenti politici favorevoli alla collettivizzazione e alla nazionalizzazione di interi settori produttivi. Tali fattori hanno ora incentivato ora reso necessario l'intervento della mano pubblica, relegando in posizione tutto sommato marginale il libero mercato quale *deus ex machina* dei rapporti economici (3).

---

(1) Sullo sviluppo storico della disciplina *antitrust* in Italia cfr., diffusamente, Donativi, in *Diritto italiano antitrust*, a cura di Frignani, Pardolesi, Patroni, Griffi, Ubertazzi, Bologna, 1993, p. 49 ss.

(2) In *Gazz. Uff.*, 13 ottobre 1990, n. 240.

(3) In argomento cfr., *amplius*, Clarich, Marrone, voce *Concorrenza – IV) Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Enc. dir.*, 1995, p. 1.

Sennonché, l'assenza ancora negli anni '80 (fatto oramai unico in Europa) di una legislazione *antitrust* interna e la presenza al contrario di numerose imprese pubbliche beneficiarie di aiuti di Stato sono state oggetto di un crescente atteggiamento critico da parte delle istituzioni comunitarie. In particolare, si è osservato come da questa complessiva situazione sarebbero conseguite probabili distorsioni nel futuro mercato unico.

Il testo normativo attuale costituisce il punto di mediazione tra due progetti ispirati a differenti filosofie *antitrust*. Mentre il primo (d.d.l. n. 1012, c.d. progetto "Rossi") si poneva l'obiettivo prioritario di "assicurare una più efficiente utilizzazione delle risorse", dato che nei mercati concorrenziali l'innovazione e lo sviluppo economico e dell'occupazione sono maggiori, il secondo (d.d.l. 1240, c.d. progetto "Battaglia") sottolineava innanzitutto la necessità di tutelare i consumatori ([4]).

Secondo quest'ultimo disegno di legge, l'Autorità *antitrust,* (ivi battezzata "Commissione per la tutela del mercato") non sarebbe stata dotata di poteri imperativi né tantomeno sanzionatori, ma avrebbe dovuto svolgere un'attività di monitoraggio sulle intese e sulle concentrazioni comunicate. Essa avrebbe potuto segnalare eventuali violazioni all'autorità giudiziaria, cui sarebbe spettato pronunciarsi sull'illiceità delle condotte ed irrogare le sanzioni.

Nella legge 287/1990, le competenze dell'Autorità *antitrust* risultano assai più estese, dato che nell'applicazione della normativa in materia di concorrenza tale organo risulta dotato, oltre che di penetranti poteri di controllo, anche di autonomi poteri autoritativi e sanzionatori.

2. *La legge italiana* antitrust *del 1990: suo ambito di applicazione e suoi rapporti con l'ordinamento comunitario.*

La legge *antitrust* italiana detta pochi divieti di carattere generale aventi come esclusivi destinatari le imprese. Per l'individuazione delle condotte vietate essa attinge in modo palese, e financo pedissequo, dal diritto comunitario.

Per ragioni di chiarezza ed economia espositiva, l'analisi dei comportamenti rilevanti risulta inscindibile dalla considerazione dei rapporti con la normativa comunitaria.

La già segnalata scarsa cultura della concorrenza in Italia, accompagnata dalla necessità che "una legislazione che nasce nel contesto di graduale unificazione del mercato europeo (...) si rifaccia ai criteri ispiratori della legislazione comunitaria" ([5]), ha determinato una sostanziale identità del

([4]) *Ibidem*, p. 2.

([5]) Sottolineata dal primo dei due succitati progetti di legge (vale a dire dal d.d.l. n. 1240 del ministro Battaglia).

testo normativo nazionale con la legislazione comunitaria in materia, specie per quanto concerne le fondamentali condotte vietate. Anche il criterio ermeneutico previsto dall'art. 1 comma 4 — secondo cui le norme sostanziali della l. 287/1990 devono essere interpretate in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di concorrenza — concorre a rafforzare tale identità.

L'ossequio al principio della supremazia del diritto CE ha determinato, inoltre, l'adozione del criterio c.d. della barriera unica (*one-stop principle*) per la determinazione dei rispettivi ambiti di applicazione. Tale criterio si rinviene nell'art.1 comma 1, ove viene stabilito che "le disposizioni della presente legge (...) si applicano alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni di imprese che non ricadono nell'ambito di applicazione degli artt. 65 e/o 66 del Trattato CECA, degli artt. 81 e/o 82 del Trattato CE, dei regolamenti CE o di atti comunitari con efficacia normativa equiparata".

È quindi accantonata la teoria della doppia barriera, che sottopone le condotte anticoncorrenziali alla valutazione di liceità del diritto tanto interno quanto comunitario. Viene altresì respinta la dottrina c.d. *Walt Wilhelm* elaborata dalla Corte di giustizia (6), che consente l'applicazione parallela di entrambe le normative, purché sia rispettato il "principio del primato del titolo comunitario" e quindi non risulti pregiudicata né la "piena ed uniforme applicazione del diritto comunitario né l'efficacia degli atti adottati nell'esecuzione dello stesso".

Va precisato che l'adozione del principio della barriera unica non è necessario per salvaguardare la prevalenza delle norme comunitarie, dato che quest'ultima è sancita autonomamente. Un'ulteriore conferma di ciò si ricava dal fatto che taluni ordinamenti nazionali optano per il principio della doppia barriera (7).

Ciò che il diritto comunitario non consente è, in conclusione, che il diritto nazionale autorizzi comportamenti vietati dagli artt. 81 e/o 82 del Trattato o che vieti intese autorizzate dalla Commissione ai sensi dell'art. 81.3; al contrario il diritto comunitario non vieta *tout court* l'applicazione di norme nazionali a condotte soggette al Trattato (8) ovvero soggette ad atti di diritto derivato.

La scelta del legislatore italiano di adottare il criterio della barriera unica è supportata da più ragioni.

---

(6) Sent. 13 febbraio 1969, in causa 14/68 (*Walt Wilhelm* c. *Bundeskartellamt*), 1969, p. 1 ss. Per una disamina della teoria della doppia barriera e dei rapporti tra norme comunitarie e nazionali alla stregua della dottrina *Walt Wilhelm* cfr. Bortolotti, *La legge antitrust: ambito di applicazione e status delle intese compatibili con la libertà di concorrenza*, in *Contratto e impresa*, 1991, p. 597 ss.

(7) In senso critico rispetto alla scelta del legislatore, accusato di "scarso coraggio", cfr. Alessi, Olivieri, *Commento alla Legge 10 ottobre 1990: norme per la tutela della concorrenza e del mercato*, Torino, 1993, p. 7 ss.

(8) Cfr. Auteri, *I rapporti tra la normativa nazionale e quella comunitaria dopo la legge comunitaria del 1994*, in *Contratto e impresa/europa*, 1996, p. 536 s.

Innanzitutto si è voluta garantire la certezza del diritto, evitando che una medesima fattispecie fosse valutabile alla stregua di diversi ordinamenti con possibile difformità di giudizio ([9]).

Inoltre si è ritenuto opportuno che la normativa interna non si occupasse di condotte già adeguatamente disciplinate in ambito CE e che l'Autorità non si intromettesse nel raggio d'azione della Commissione, comportando un dispendio inutile di energie amministrative ([10]).

Seppur condivisibile nei propositi, il sistema delineato non è privo di inconvenienti ed esente da critiche. Esso difatti presuppone che l'ambito di applicazione del diritto comunitario sia precisamente determinato, e che dunque quello del diritto nazionale possa essere individuato *a contrariis*: a tal proposito occorre distinguere tra concentrazioni ed altre pratiche vietate.

2.1. *Il principio della c.d. barriera unica ed i problemi da esso posti in materia di concentrazioni.*

Per quanto riguarda le concentrazioni, il reg. CEE 4064/89 individua con parametri quantitativi quelle di rilievo comunitario, escludendo inoltre esplicitamente l'applicazione dei diritti nazionali quando tali parametri siano raggiunti (art. 21.2).

Al riguardo, parte della dottrina ha paventato l'ipotesi di un'applicabilità minimale della disciplina italiana.

Come noto, infatti, gli artt. 81 e 82 del Trattato CE vietano rispettivamente le intese e gli abusi di posizione dominante che siano in grado di pregiudicare il commercio tra gli Stati membri, mentre prima del reg. CEE 4064/89 non esisteva alcuna disciplina comunitaria sulle concentrazioni.

Ora, al fine di evitare le conseguenze negative di questo pericoloso *vacuum* normativo, in talune sue sentenze la Corte di giustizia aveva interpretato estensivamente gli artt. 81 e 82, applicandoli ad alcune operazioni di concentrazione ([11]).

Sennonché, una volta entrato in vigore il reg. CEE 4064/89, tale *vacuum* è stato colmato, in quanto, come detto, il regolamento in questione individua una soglia precisa al di sotto della quale le concentrazioni non sono soggette alle disposizioni dello stesso.

([9]) Tale rischio sarebbe comunque fugato dalla ricordata uniformità delle fattispecie sostanziali e dalla presenza del principio ermeneutico dell'art. 1 comma 4.

([10]) Cfr. Auteri, *I rapporti tra la normativa nazionale e quella comunitaria*, cit., p. 537 s.

([11]) Sent. 21 febbraio 1973, causa 61/72 (*Europemballage e Continental Can c. Commissione*), in *Racc.*, 1973, p. 215 ss.; sent. 17 novembre 1987, cause riunite 142 e 156/84 (*BAT e Reynolds c. Commissione*), in *Racc.*, 1987, p. 4487 ss.

Sono tuttavia rimasti dubbi sulle concentrazioni di entità inferiore, non essendo chiaro se ad esse fossero ancora applicabili gli articoli del Trattato (con conseguente loro assorbimento nell'alveo della disciplina comunitaria) oppure no.

Se si fossero ritenuti ancora applicabili a tali concentrazioni "minori" gli artt. 81 e 82 del Trattato CE, alla stregua della giurisprudenza segnalata, ne sarebbe risultata una pressoché totale vanificazione dell'ambito di applicazione della legge italiana del 1990.

La dottrina ha tuttavia riconosciuto che la *ratio* di quelle sentenze stava nella necessità di non lasciare le concentrazioni prive di regolamentazione ([12]); ora, in presenza del regolamento 4064/89 tale interpretazione appare non più necessaria e la normativa italiana deve ritenersi senz'altro applicabile a quelle concentrazioni che risultino al di sotto della soglia CE ([13]), e che presentino i requisiti di cui agli artt. 5, 6 e 16 l. 287/1990.

2.2. *I problemi correlati al principio della barriera unica in materia di intese e di abuso di posizione dominante.*

Per ciò che concerne le altre pratiche vietate, vale a dire intese e abusi di posizione dominante, l'analisi è più complessa. Il presupposto per l'applicazione degli artt. 81 e 82 è il pregiudizio arrecato al commercio interstatale, dato questo di difficile accertamento.

Come noto, fin dall'inizio, la Corte di giustizia ha interpretato estensivamente il requisito dell'*inter-state test*: nella sentenza *Consten-Grunding* ([14]) si è ritenuto sufficiente anche un pregiudizio "indiretto e potenziale", la cui sussistenza, per vero, sembra ancor più difficilmente valutabile.

Altro elemento costante nella giurisprudenza CE è quello per cui anche pratiche tra soggetti operanti in uno stesso Stato membro e relative al mercato interno possono arrecare danno al commercio interstatale, in quanto capaci d'innalzare le barriere in entrata e compartimentare i mercati ([15]).

([12]) Cfr., *amplius*, Munari, in *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287 ed al decreto legislativo 74/1992*, a cura di Afferni, Padova 1994, p. 10 ss.; Auteri, *I rapporti tra la normativa nazionale e quella comunitaria*, cit., p. 540, in particolare nt. 4 per ulteriori riferimenti bibliografici; Alessi, voce *Concorrenza – I) Libertà di concorrenza*, p. 3, in *Enc. dir.*, 1994.

([13]) Individuata precisamente nell'art. 1 dello stesso regolamento.

([14]) Sent. 13 luglio 1966, cause riunite 56 e 58/64 (*Consten* e *Grunding*), in *Racc.*, 1966, p. 457 ss., in particolare p. 519.

([15]) Sulle incertezze nell'individuazione del requisito del "pregiudizio al commercio intracomunitario" e per ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali cfr. Alessi, Olivieri, *Commento alla Legge 10 ottobre 1990*, cit., p. 8 s.; Munari, in *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287*, a cura di Afferni, cit., p. 16 s.

In presenza di confini così approssimativi e sfumati, ben poco spazio applicativo sarebbe potuto rimanere per la legge 287/1990; l'Autorità avrebbe potuto astenersi dall'intervenire nel dubbio che la materia rientrasse nelle competenze della Commissione, e le imprese avrebbero potuto eccepire l'inapplicabilità della normativa interna in modo da bloccare i procedimenti nazionali ([16]).

Tuttavia nella prassi ciò non è avvenuto: l'Autorità non è rimasta inerte neppure quando i dubbi sulla rilevanza comunitaria della questione sono apparsi più che fondati ([17]).

Né risulta che le imprese destinatarie dei provvedimenti dell'Autorità abbiano impugnato con successo le decisioni adottate nei loro confronti sostenendo l'inapplicabilità della disciplina nazionale.

Né infine il T.A.R. del Lazio e le Corti d'Appello, giudici competenti sui ricorsi contro i provvedimenti dell'Autorità, si sono dichiarati incompetenti a pronunciarsi per inapplicabilità della legge 287/1990.

In sostanza sia l'Autorità *antitrust*, sia le istituzioni nazionali deputate al controllo delle sue decisioni hanno cercato di recuperare ogni spazio possibile di applicazione della legge 287/1990, anche forzando un poco i limiti angusti che il legislatore aveva sancito. Quanto ciò sia avvenuto per diretta volontà e quanto per scarsa attenzione sull'esistenza dei presupposti della competenza comunitaria è tuttora oggetto di dibattito in Italia.

Indubbiamente, tale atteggiamento "dinamico" dell'Autorità è risultato utile, in quanto un ulteriore presupposto del funzionamento di un sistema basato sul *one-stop principle* dovrebbe essere la effettività del controllo svolto dalla Commissione sulle pratiche anticoncorrenziali; ma data la mole di

---

([16]) Qualora l'Autorità adottasse comunque un provvedimento nei confronti delle imprese interessate, nonostante l'eccezione relativa all'inapplicabilità del diritto nazionale, le stesse potrebbero impugnare lo stesso dinanzi al T.A.R. del Lazio ai sensi dell'art. 33 l. 287/1990. Sugli ulteriori possibili sviluppi del procedimento dopo tale impugnazione, con riferimenti alla possibilità di un ricorso interpretativo alla Corte di giustizia, cfr. ALESSI, voce *Concorrenza – I) Libertà di concorrenza*, cit., p. 10 ss.

([17]) Nel caso *English Language Book* (in *Boll.*, 1992, n. 8, p. 6 ss.) si trattava di un accordo sui tassi cambio calcolati dall'ALI (Associazione librari italiani), comprensivi della forfetizzazione delle spese di importazione, ed utilizzati nella vendita di libri pubblicati all'estero. Secondo le risultanze dell'istruttoria il mercato rilevante era rappresentato dall'intero territorio nazionale ed aveva chiaramente come effetto finale la restrizione della concorrenza sul prezzo finale. Ai sensi dei parametri della giurisprudenza comunitaria, tale intesa appariva assolutamente idonea a pregiudicare il commercio intracomunitario; ciononostante l'Autorità ha ritenuto sussistente la propria competenza affermando che "una competenza della Commissione CEE a valutare la fattispecie in esame potrebbe sussistere se la medesima, secondo il disposto dell'art. 85 [ora 81] del Trattato, avesse come principale oggetto o effetto il pregiudizio al commercio degli Stati membri". Tale interpretazione è apparsa azzardata in quanto l'operatività degli artt. 81 e 82 non è mai stata subordinata all'accertamento di un oggetto o di un effetto della pratica pregiudizievole *principalmente* per il commercio intracomunitario.

lavoro della stessa, vi sono ipotesi sovente tralasciate, come quelle aventi una importanza economicamente minore o quelle esplicanti i propri effetti soprattutto all'interno del mercato di un singolo Stato membro ([18]).

Tuttavia è necessario ancorare a basi giuridiche solide e non a prassi applicative utili, ma di incerto fondamento, il funzionamento del sistema: da un lato la segnalata difficoltà di determinazione del requisito del pregiudizio al commercio intracomunitario come presupposto dell'applicabilità del diritto comunitario e la conseguente interpretazione estensiva delle istituzioni europee, dall'altro lato la prassi applicativa altrettanto disinvolta delle istituzioni nazionali nell'applicazione del diritto interno comportano una pericolosa incertezza circa la normativa utilizzabile in numerosi casi.

Peraltro, tale situazione ambigua non ha finora dato luogo ad un numero significativo di contestazioni. Ciò è avvenuto per due ragioni.

In primo luogo, perché nei casi in cui le imprese hanno impugnato le decisioni dell'Autorità *antitrust* per inapplicabilità della disciplina nazionale, gli organi giurisdizionali hanno avvallato l'interpretazione a maglie larghe del criterio della barriera unica adottata dall'Autorità stessa.

In secondo luogo, perché l'Autorità *antitrust* si è comportata in modo moderato nella sua attività di controllo: essa ha evitato di assumere posizioni troppo rigide, irrogando sanzioni solo nei casi di violazioni gravi ed eclatanti ed invece invitando le imprese interessate a cessare i comportamenti anticoncorrenziali, eventualmente indicando le misure necessarie per rendere lecite certe operazioni.

Nel momento in cui la prassi applicativa della l. 287/1990 divenisse più severa, non si potrebbe tuttavia escludere la ricerca di una via di fuga da parte delle imprese stesse, la più semplice delle quali sarebbe proprio quella di invocare l'inapplicabilità della disciplina nazionale in caso di rilevanza comunitaria della pratica in questione ([19]).

Al fine di evitare tali inconvenienti e tali incertezze applicative, la giurisprudenza ([20]) ha tentato di valorizzare un inciso dell'art. 1 comma 2 l. 287/1990; in base a tale norma, qualora la Commissione inizi una procedura in relazione a fattispecie già oggetto di un'istruttoria avviata dall'autorità nazionale, questa la sospende *salvo che per gli eventuali aspetti di esclusiva rilevanza nazionale*.

Si ipotizza quindi che in certi casi di rilevanza comunitaria vi siano aspetti scindibili riguardanti solo il mercato nazionale, che possano essere perse-

---

([18]) Cfr., *amplius*, Munari, in *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287*, a cura di Afferni, cit., p. 20 ss.

([19]) *Ibidem*.

([20]) Cfr. T.A.R. del Lazio 2.11.1993, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1994, 470 (n. 3077) e App. Milano 5.2.1992, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1992, 436 (n. 2798). In dottrina cfr. Di Via, *L'applicazione del principio di sussidiarietà nel diritto della concorrenza italiano e comunitario*, in *Contratto e impresa/europa*, 1996, p. 76 ss., p. 106 ss.

guiti sulla base della normativa interna senza violare il comma 1 della succitata norma ([21]).

Parte della dottrina ha sostanzialmente condiviso tale orientamento ([22]); taluno ha invece criticato la stessa scelta del legislatore, ritenendola fonte di ulteriori incertezze ([23]); la maggioranza degli autori ha comunque escluso che sia consentito il perseguimento sul piano interno di *ogni* pratica di rilievo comunitario limitatamente agli effetti relativi al mercato nazionale, dato che una tale interpretazione comporterebbe l'abrogazione *de facto* dell'art. 1 comma 1 ([24]).

La dottrina prevalente ritiene, in sostanza, che le intese escluse dall'ambito di applicazione dell'art. 81 del Trattato, siano non solo quelle che non pregiudicano il commercio intracomunitario, ma anche quelle che lo pregiudicano in modo non apprezzabile; per quanto riguarda le intese aventi rilievo comunitario, invece, sarà la Commissione l'organo competente a valutarne gli effetti complessivi, compresi quelli afferenti i singoli mercati nazionali.

2.2.1. *L'applicazione del diritto CE da parte dell'Autorità* antitrust *nazionale: vecchie e nuove questioni.*

I summenzionati sforzi interpretativi della giurisprudenza, avvallati come detto solo fino ad un certo punto dalla dottrina, tendono a recuperare spazi applicativi per la legge 287/1990; ma, fino alla riforma del 1996, la questione più dibattuta è stata se l'Autorità nazionale possa o meno perseguire intese e pratiche abusive sulla base del diritto comunitario.

Al riguardo, la dottrina italiana aveva individuato molteplici ragioni, esposte in seguito, che suggerivano di attribuire all'Autorità la possibilità di applicare il diritto comunitario.

([21]) Si pensi ad un sistema di distribuzione selettiva che si applichi solo in un determinato Stato membro con modalità esecutive particolarmente restrittive; oppure ad intese esplicanti effetti sull'intero territorio CE, ma le cui conseguenze siano rilevanti all'interno di un solo mercato nazionale, a causa della situazione concorrenziale particolarmente depressa, o delle peculiarità del mercato stesso, e che al contrario non lo siano in ambito comunitario in virtù del criterio *de minimis*. In effetti, sono proprio le c.d. intese minori quelle perseguibili sul piano interno attraverso questa via: si tratta in sostanza di quelle intese che dispiegano i propri effetti sull'intero territorio della comunità, ma delle quali la Commissione non si occupa considerata la loro irrilevante incidenza. A tal proposito cfr., *amplius*, Auteri, *I rapporti tra la normativa nazionale e quella comunitaria*, cit., p. 541 ss.

([22]) Cfr. Auteri, *I rapporti tra la normativa nazionale e quella comunitaria*, cit., p. 545.

([23]) Cfr. Alessi, Olivieri, *Commento alla Legge 10 ottobre 1990*, cit., p. 9 ss.

([24]) In senso parzialmente difforme, cfr. Guarino, *Sul rapporto tra la nuova legge* antitrust *e disciplina comunitaria in tema di concorrenza*, in *Concorrenza e mercato*, 1993, p. 3 ss., in particolare p. 15.

Come noto, già l'art. 9.3 del risalente reg. CEE 17/62 attribuisce alle istituzioni *antitrust* nazionali il potere di applicare gli artt. 81.1 e 82 "fino a quando la Commissione non abbia iniziato alcuna procedura a norma degli artt. 2, 3, 6".

Questa disposizione consente un ampio decentramento nell'attuazione delle regole comunitarie a favore delle autorità dei Paesi membri, le quali spesso sono nelle condizioni migliori per accertare e reprimere le violazioni che si esplicano prevalentemente all'interno dei singoli mercati nazionali.

Tuttavia tale possibilità non è stata sfruttata adeguatamente, in quanto l'Autorità *antitrust* non disponeva di efficaci strumenti applicativi: essa infatti non solo non poteva avvalersi dei poteri e delle procedure previste dal reg. CEE 17/62 ([25]), ma non poteva neppure applicare le sanzioni amministrative stabilite dagli artt. 15 e 16 dello stesso, né infine, in assenza di disposizioni interne che lo consentissero, poteva irrogare le sanzioni disciplinate dalle leggi dello Stato.

Mentre alcuni Stati dell'Unione hanno recentemente dotato le istituzioni *antitrust* nazionali dei mezzi necessari per l'applicazione effettiva delle norme comunitarie, il legislatore italiano del 1990 non ha attribuito all'Autorità tali poteri; nell'art. 1 comma 2 l. 287/1990 ha semplicemente previsto che "qualora (l'Autorità) ritenga che una fattispecie al suo esame non rientri nell'ambito di applicazione della presente legge ai sensi del comma 1, ne informa la Commissione (...) cui trasmette tutte le informazioni in suo possesso".

In effetti, l'Autorità, prima della riforma attuata nel 1996, non ha mai aperto alcuna istruttoria sulla base degli artt. 81 e 82, sia per i dubbi sui poteri utilizzabili, sia per la consapevolezza di non poter in tali casi irrogare né le sanzioni comunitarie né quelle previste dall'art. 15 della l. 287/1990.

Questa situazione di stallo si è protratta per circa sei anni, vale a dire sino all'entrata in vigore della legge 6 febbraio 1996 n. 52. L'art. 54 di tale legge prevede infatti che "l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (...) applica gli artt. 81.1 e 82 del Trattato (...) utilizzando i poteri ed agendo secondo le procedure di cui al titolo II, capo 2, della l. 287/1990. L'Autorità informa la Commissione delle Comunità Europee e sospende lo svolgimento del procedimento qualora la Commissione inizi, con riguardo alla medesima fattispecie, una procedura a norma dei regolamenti comunitari".

Tale disposizione ha fugato ogni dubbio circa l'applicabilità degli artt. 81.1 e 82 del Trattato da parte dell'Autorità, cui ha attribuito gli stessi poteri d'indagine, di decisione e di irrogazione delle sanzioni ([26]) esperibili in sede di

---

([25]) Gli artt. 15 e 16 del reg. CEE 17/62 riservano alla Commissione il potere di irrogare le sanzioni previste per la violazione degli articoli 81 e 82 del Trattato e per l'inottemperanza agli ordini della Commissione stessa.

([26]) *Contra* l'applicabilità delle sanzioni nazionali cfr. Porchia, *L'applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato CE da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. comm. intern.*, 1995, p. 869 ss., contestato puntualmente da Auteri, *I rapporti tra la normativa nazionale e quella comunitaria*, cit., p. 549, nt. 22.

applicazione della legge nazionale. Pertanto l'Autorità potrà sia avviare un'istruttoria sulla base delle norme del Trattato, sia proseguire su tale base un'istruttoria iniziata ai sensi della legge 287/1990 qualora si accorga successivamente della dimensione comunitaria del caso in esame. In tale ipotesi dovrà informare la Commissione e trasmettere le informazioni in suo possesso, ma non dovrà sospendere il procedimento fino a che quest'ultima non avvii un procedimento formale ([27]).

Come intuitivo, la sostanziale identità delle condotte vietate nell'ordinamento nazionale ed in quello comunitario e la competenza dell'Autorità *antitrust* in relazione ad entrambi gli ordinamenti, funge da efficace deterrente rispetto alla presentazione di un'eccezione a scopo dilatorio basata sull'inapplicabilità del diritto interno. Anche in tale eventualità, l'Autorità potrebbe comunque procedere sulla base degli artt. 81 e 82 anziché sulla base della legge 287/1990, utilizzando gli stessi mezzi istruttori e gli stessi poteri e senza stravolgere le valutazioni date in precedenza, stante la sostanziale sovrapponibilità delle norme di riferimento ([28]). Un ulteriore vantaggio, questa volta a favore delle imprese, è quello di poter adire l'Autorità nazionale al fine di far valere il diritto comunitario, senza dover ricorrere necessariamente alla Commissione, dunque senza dover scontare tempi di attesa indubbiamente maggiori, correlati all'attivazione di quest'ultimo organo ([29]).

3. *Nozioni preliminari in merito alle condotte anticoncorrenziali vietate dalla l. 287/1990.*

La legge 287/1990 è incentrata su pochi divieti generali, aventi come destinatarie le imprese, per l'individuazione dei quali è tuttavia opportuno precisare alcune fondamentali nozioni a carattere preliminare.

a) Il concetto di impresa. È opinione unanime della dottrina italiana che ai fini dell'applicazione della normativa *antitrust* risulti insoddisfacente la

---

([27]) *Contra* Benedettelli, *Ulteriori riflessioni sull'ambito di applicazione della legge n. 287/1990*, in *Contratto e impresa*, 1992, p. 587 ss.

([28]) Qualora il provvedimento dell'Autorità venisse impugnato davanti al T.A.R. per applicazione di una disciplina piuttosto che dell'altra, difficilmente si potrebbe arrivare all'annullamento della decisione proprio in virtù dell'identità delle regole sostanziali. Cfr., *amplius*, Auteri, *I rapporti tra la normativa nazionale e quella comunitaria*, cit., p. 551; Cena, *Legge comunitaria per il 1994 e ruolo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nell'applicazione delle norme* antitrust *comunitarie*, in *Contratto e impresa/europa*, 1997, p. 922 ss.

([29]) Ciò che rimane nella competenza esclusiva della Commissione è la possibilità di concedere esenzioni al divieto di intese lesive della concorrenza ai sensi dell'art. 81.3; tale questione è come noto oggetto dei più recenti dibattiti e dei progetti di riforma che hanno dato luogo alla pubblicazione del *White paper on modernisation of the rules implementing articles 81 and 82 of the EC Treaty* ed alla presentazione della proposta di regolamento CE del 27/9/2000.

nozione di impresa (*rectius*: di imprenditore) ricavabile dall'art. 2082 c.c. ([30]): sia perché tale nozione è troppo restrittiva, e dunque consentirebbe facili elusioni da parte di figure giuridiche in essa non esattamente ricomprese; sia perché l'art. 1 comma 4 l. 287/1990 impone un adeguamento ai canoni interpretativi comunitari.

Facendo propria la definizione resa dalla Corte di giustizia, l'Autorità ha considerato impresa "qualsiasi entità che eserciti attività economica a prescindere dal suo stato giuridico e dalle sue modalità di finanziamento". Fermo restando che per "attività di natura economica" deve intendersi "qualsiasi attività che partecipi agli scambi economici indipendentemente dalla ricerca del profitto" ([31]).

Ad esempio, nel concetto di impresa/imprenditore sono stati fatti rientrare sia i liberi professionisti, sia la FIV (Federazione Italiana Vela) per ciò che concerne l'attività di organizzazione di manifestazioni sportive, atta a consentire la realizzazione di introiti derivanti dai contratti di sponsorizzazione e dai finanziamenti pubblici.

b) Le imprese pubbliche. L'art. 8 della legge 287/1990 estende l'ambito di applicazione della disciplina *antitrust* (in essa contenuta) anche alle imprese pubbliche o a prevalente partecipazione statale ([32]).

Con tale norma si è voluto eliminare dal campo ogni dubbio circa l'applicabilità delle legge in esame a questi soggetti ([33]), data la grande diffusione della proprietà industriale pubblica in Italia, e data anche la scarsa disciplina riscontrata in tale settore nell'osservanza delle regole della libera concorrenza. In effetti, la maggior parte delle istruttorie concernenti l'abuso di posizione dominante ha riguardato imprese pubbliche, a partecipazione statale o recentemente privatizzate.

Il capoverso dello stesso articolo prevede un'eccezione in riferimento alle "imprese che, per disposizione di legge esercitano la gestione di servizi d'interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati". *Ratio* della norma è chiaramente quella di

---

([30]) Ritengono invece che non vi siano sostanziali differenze tra le due nozioni Alessi, Olivieri, *Commento alla Legge 10 ottobre 1990*, cit., p. 24.

([31]) Provv. *A.I.C.I.*, in *Boll.*, 1992, n. 22, p. 6.

([32]) In generale sull'art. 8 cfr. Osti, in *Commentario breve al diritto della concorrenza*, a cura di Marchetti, Ubertazzi, Padova, 1997, *sub* art. 8, p. 405 ss.; Giudici, in *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287*, a cura di Afferni, cit., p. 237 ss.; Alessi, Olivieri, *Commento alla Legge 10 ottobre 1990*, cit., p. 55 ss.

([33]) Alcuni autori hanno evidenziato la sostanziale superfluità di tale disposizione, in quanto non vi sarebbe ragione di escludere le imprese in questione dalla soggezione alla disciplina *antitrust*, né esiste una norma corrispondente nel diritto comunitario. Cfr., Giudici, in *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287*, a cura di Afferni, cit., p. 238; *contra* Alessi, Olivieri, *Commento alla Legge 10 ottobre 1990*, cit., p. 55.

evitare che la rigida applicazione della normativa *antitrust* si ponga in contrasto con i fini per cui l'ordinamento ha attribuito una posizione privilegiata ai soggetti in questione.

La disposizione in oggetto ha ricevuto un'interpretazione restrittiva, sia in quanto deroga ad un principio generale ispiratore della l. 287/1990, sia in considerazione della prassi applicativa altrettanto severa dell'art. 86.2 del Trattato, vale a dire della norma di diritto comunitario corrispondente alla suddetta disposizione di diritto interno. In base a tale interpretazione, ad esempio, un'impresa operante in un certo mercato in regime di monopolio legale, non può estendere abusivamente la propria posizione dominante sui mercati contigui ([34]).

Occorre quindi accertare se l'impresa di cui si discute operi in regime di monopolio ovvero sia incaricata della gestione di un servizio di interesse economico generale per espressa disposizione di legge e se il comportamento contestato concerna precisamente i compiti dalla legge stessa affidati. Per quanto riguarda il concetto di "interesse economico generale", espressione già usata nell'art. 86 del Trattato, l'Autorità si è completamente affidata all'interpretazione data dalla Corte di giustizia, tale nozione non trovando riscontro nella nostra tradizione pubblicistica.

c) Il mercato rilevante. Prima di passare in rassegna le singole condotte vietate, occorre accennare alla nozione di mercato rilevante ([35]) adottata dall'Autorità *antitrust*, essendo essa riferibile sia alla intese, che agli abusi di posizione dominante, che alle concentrazioni. Con tale nozione si suole indicare l'ambito entro il quale le condotte anticoncorrenziali esplicano i propri effetti e che deve quindi essere tenuto in considerazione per valutare l'impatto anitconcorrenziale dei comportamenti stessi.

L'individuazione del mercato rilevante avviene attraverso due criteri: il criterio merceologico e quello geografico.

Per quanto concerne il primo criterio, l'Autorità ha fatto riferimento alla "sostituibilità" del bene, considerando il mercato del prodotto comprendente "tutti i prodotti e/o servizi che sono considerati intercambiabili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle caratteristiche dei prodotti, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati".

Per quanto concerne il secondo criterio, l'Autorità ha fatto riferimento "alle caratteristiche dei prodotti oggetto delle intese e alle abitudini degli acquirenti: di conseguenza quando determinati prodotti hanno rilevato particolari caratteristiche di deperibilità o alti costi di trasporto o quando

---

([34]) Cfr., *amplius*, Clarich, Marrone, voce *Concorrenza – IV) Autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit., p. 3.

([35]) Sulla nozione di mercato rilevante cfr., *amplius*, Giudici, in *Commentario breve al diritto della concorrenza*, a cura di Marchetti, Ubertazzi, cit., *sub* art. 3, p. 364 ss.; Alessi, voce *Concorrenza – I) Libertà di concorrenza*, cit., p. 8.

sono emersi connotati rilevanti del mercato di sbocco, l'operazione è stata valutata con riguardo a parti limitate del territorio nazionale" ([36]).

4. *Il divieto di intese restrittive della libertà di concorrenza.*

L'art. 2 della legge 287/1990 vieta le intese "che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante...".

Tale norma costituisce il pendant su scala nazionale dell'art. 81.1 del Trattato CE.

La dottrina pressoché unanime ritiene che le differenze testuali, peraltro minime, riscontrabili tra la disposizione nazionale e quella comunitaria non siano rilevanti sotto il profilo del loro contenuto, anche in virtù del principio interpretativo di cui all'art.1 comma 4 della legge italiana, più volte richiamato.

La nozione di intesa accolta dal nostro legislatore è onnicomprensiva ([37]): l'art. 2 comma 1 l. 287/1990 considera intese "gli accordi e/o le pratiche concordate tra imprese nonché le deliberazioni (...) di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari".

La riconduzione di un'intesa all'interno di una singola categoria piuttosto che di un'altra ha scarsa rilevanza ([38]), in quanto la *ratio* della norma sta nell'intento di colpire, indipendentemente dalla qualificazione, qualsiasi coordinamento di condotte che riduca l'incertezza sul comportamento futuro delle imprese concorrenti; in tale incertezza risiede infatti l'anima di un mercato concorrenziale.

Volendo comunque individuare i tratti essenziali delle diverse tipologie di intese vietate, occorre osservare che l'interpretazione adottata dall'Autorità *antitrust* fa ampio riferimento all'esperienza pluridecennale comunitaria.

Nell'ambito della nozione di accordo viene fatta rientrare ogni manifestazione dell'incontro di volontà di più imprese, indipendentemente sia dalla veste formale utilizzata (forma solenne, scritta o solo verbale), sia dalla vincolatività di tale espressione di volontà (essendo sufficiente una dichiarazione comune d'intenti o un *gentlemen's agreement*) ([39]).

Le pratiche concordate comprendono, secondo l'Autorità, "qualsiasi forma di collaborazione in cui le imprese, pur senza giungere alla stipula-

---

([36]) Autorità *antitrust*, *Relazione annuale*, 1992, p. 18.

([37]) Cfr. Giudici, in *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287*, a cura di Afferni, cit., p. 70; Alessi, Olivieri, *Commento alla Legge 10 ottobre 1990*, cit., p. 21 ss.

([38]) *Ibidem*, p. 22.

([39]) Sulla nozione di accordo e sulle diverse tipologie cfr., *amplius*, Ghezzi, in *Commentario breve al diritto della concorrenza*, *sub* art. 2, cit., p. 349 s.

zione di un vero e proprio accordo, consapevolmente sostituiscano la reciproca collaborazione pratica ai rischi della concorrenza" ([40]). Il problema più rilevante posto dalle pratiche concordate riguarda il loro riconoscimento, mancando una qualsiasi forma di manifestazione di volontà collusiva distinta dal mero comportamento uniforme sul mercato. Un semplice parallelismo di comportamenti non risulta pertanto sufficiente ad individuare con certezza una pratica concordata, ma ne costituisce solamente un indizio. Occorre valutare altri fattori, quali la durata di tale omogeneità di comportamenti, la preesistenza di incontri anche informali tra i rappresentanti delle imprese interessate, il livello di concorrenzialità del mercato, il livello dei profitti.

Si deve comunque notare una pressoché totale assenza di provvedimenti riguardanti le pratiche concordate nei primi anni d'attività dell'Autorità.

Per quanto concerne infine le deliberazioni di consorzi, associazioni di imprese e organismi similari, la *ratio* del divieto risulta la medesima della corrispondente disposizione del Trattato CE (art. 81.1), nonostante alcune lievi differenze testuali: si vuole "impedire un coordinamento in chiave anticoncorrenziale guidato o semplicemente suggerito dalle deliberazioni di enti cui le imprese facciano, in qualche maniera, riferimento" ([41]). Anche in questo caso, come per gli accordi, non è necessaria la vincolatività dell'atto, essendo sufficiente anche una mera raccomandazione che esprima la volontà degli aderenti all'associazione o al consorzio di comportarsi conformemente a quanto è stato affermato nel documento ([42]).

4.1. *L'oggetto o l'effetto anticoncorrenziale e la nozione di "lesione consistente".*

Le intese vietate sono quelle che hanno "per *oggetto* o per *effetto* di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza".

L'Autorità *antitrust*, allineandosi ancora una volta agli orientamenti emersi in sede comunitaria, ha sancito l'alternatività dei due requisiti.

Per individuare l'oggetto anticoncorrenziale sarà sufficiente "provare l'astratta idoneità della intesa ad impedire, restringere, falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza" ([43]).

L'oggetto dell'intesa è pure stato definito dall'Autorità "l'obbiettivo rispet-

---

([40]) Provv. *Centro Italiano GPL*, in *Boll.*, 1993, n. 8.

([41]) Giudici, in *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287*, a cura di Afferni, cit., p. 73 s.

([42]) Cfr., *amplius*, Alessi, Olivieri, *Commento alla Legge 10 ottobre 1990*, cit., p. 23 s.; Ghezzi, in *Commentario breve al diritto della concorrenza*, a cura di Marchetti, Ubertazzi, cit., *sub* art. 2, p. 350 s.

([43]) Provv. *Federazione Nazionale Spedizionieri*, in *Boll.*, 1993, n. 6.

to al quale l'accordo stesso risulta essere funzionale" ([44]). Nei casi in cui è stato riscontrato un oggetto anticoncorrenziale, i provvedimenti dell'Autorità sono risultati quantomai stringati e concisi: ad esempio nelle ipotesi di cartelli orizzontali di fissazione dei prezzi o di ripartizione dei mercati.

Qualora l'oggetto anticoncorrenziale non risulti evidente occorrerà "dimostrare che l'intesa in sede di concreta applicazione, ha gli effetti di natura anticoncorrenziale che la disciplina di cui all'art. 2 intende contrastare" ([45]).

Proprio a riguardo delle intese che non hanno un palese oggetto anticoncorrenziale, l'Autorità ha applicato prudentemente il divieto dell'art. 2 comma 2, facendo leva sull'inciso contenuto nella stessa disposizione, in base al quale si richiede un effetto "consistente" sul gioco della concorrenza.

Tale inciso non trova corrispondenti nell'art. 81 del Trattato CE ed è forse l'unica differenza significativa tra la disposizione nazionale e quella comunitaria.

La norma interna consente, secondo la prassi applicativa dell'Autorità, una valutazione complessiva delle singole fattispecie concrete, autorizzando la non applicazione del divieto dell'art. 2 in determinate ipotesi in cui, appunto, l'effetto anticoncorrenziale non sia consistente.

In effetti l'Autorità ha fatto ampio uso di tale criterio ([46]), in particolare in tre categorie di ipotesi: nel caso di intese verticali, intercorrenti cioè tra operatori economici situati a diversi stadi del processo produttivo (ad esempio produttori e distributori), considerata la loro minore pericolosità ([47]); nel caso in cui l'intesa si inserisca in un mercato altamente frammentato; nel caso in cui, infine, il mercato interessato sia in forte sviluppo con necessità di adeguamento dell'offerta alla crescente domanda ([48]).

Parte della dottrina tende comunque a sminuire la differenza della norma nazionale rispetto a quella comunitaria derivante dall'inciso in questione; si ritiene che esso non sia che la esplicitazione a livello normativo di un principio già esistente nella giurisprudenza della Corte di giustizia e nella prassi della Commissione: si tratta del principio di irrilevanza delle intese minori e del pregiudizio c.d. "sensibile" ([49]).

([44]) Autorità *antitrust*, *Relazione annuale*, 1995, p. 128.

([45]) Autorità *antitrust*, *Relazione annuale*, 1994, p. 152.

([46]) Per un'ampia rassegna delle ipotesi in cui l'Autorità non ha applicato il divieto di cui all'art. 2 comma 2 l. 287/1990 cfr. Giudici, in *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287*, a cura di Afferni, cit., p. 110 ss.

([47]) Sulle intese verticali cfr., ancora, Giudici, *ivi*, p. 100 ss.

([48]) Tale prudenza nell'applicazione del divieto dell'art. 2 ha ridotto il campo di applicazione del procedimento autorizzatorio previsto dal successivo art. 4, anche nei casi in cui sarebbe stato opportuno farvi ricorso, come nell'ultima categoria di ipotesi indicate nel testo.

([49]) La stessa dottrina si interroga sull'utilizzabilità in Italia degli stessi criteri quantitativi usati dalla Commissione per escludere la rilevanza di certe intese; cfr. Giudici, in *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287*, a cura di Afferni, cit., p. 81; Alessi, voce *Concorrenza – I) Libertà di concorrenza*, cit., p. 7 s.

4.2. *Le condotte espressamente vietate dall'art. 2 l. 287/1990.*

L'art. 2 comma 2 della legge *antitrust* contiene un elenco a carattere meramente esemplificativo di tipologie di intese illecite ([50]). Tale elenco, che ricalca quasi testualmente quello presente nell'art. 81.1 del Trattato CE, comprende:

a) le intese che determinano i prezzi o le altre condizioni contrattuali; queste sono le intese ad oggetto più evidentemente anticoncorrenziale, che pertanto subiscono sia a livello nazionale che a livello comunitario un'applicazione pressoché automatica del divieto;

b) le intese che limitano la produzione, gli sbocchi, gli accessi al mercato, gli investimenti, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico;

c) le intese che ripartiscono i mercati o le fonti di approvvigionamento; le ipotesi *sub b)* e *c)* spesso si sovrappongono ed hanno l'effetto di mantenere artificialmente bassa l'offerta attraverso la fissazione di quote massime di produzione e la frustrazione dei processi di modernizzazione della produzione stessa, o di cristallizzare la clientela di ogni singola impresa, cui viene garantita una quota di mercato individuata geograficamente o merceologicamente;

d) le intese che fissano condizioni diverse per prestazioni equivalenti nei rapporti commerciali con altri contraenti: esempio classico è la discriminazione sui prezzi;

e) infine le intese che subordinano la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura, o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun rapporto con l'oggetto dei contratti stessi ("funzione del divieto è quella di evitare che, attraverso un'intesa, una pluralità di imprese sfrutti il potere economico o contrattuale complessivamente detenuto su di un mercato per estendere tale potere su altri mercati, legando al prodotto principale un altro bene o servizio" ([51])).

Al di fuori di tale elenco, vengono spesso in rilievo le intese concernenti lo scambio di informazioni: tramite lo scambio di notizie relative ad esempio alle strategie di mercato o alle politiche dei prezzi, possono difatti essere incentivate le pratiche concordate, dato che tale flusso di comunicazioni elimina l'incertezza circa il futuro comportamento dei concorrenti ([52]).

([50]) Sulle ipotesi normativamente previste cfr., *amplius*, Alessi, voce *Concorrenza – I) Libertà di concorrenza*, cit., p. 8 ss.; Giudici, in *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287*, a cura di Afferni, cit., p.85 ss.; Ghezzi, in *Commentario breve al diritto della concorrenza*, a cura di Marchetti, Ubertazzi, cit., *sub* art. 2, p. 356 ss.

([51]) Ghezzi, in *Commentario breve al diritto della concorrenza*, cit., *sub* art. 2, p. 360.

([52]) Cfr., *amplius*, Alessi, voce *Concorrenza – I) Libertà di concorrenza*, cit., p. 9.

Sia a livello nazionale che a livello comunitario si è posto inoltre il problema della rilevanza delle intese intercorrenti tra imprese dello stesso gruppo, cioè legate da vincoli di partecipazione azionaria o facenti capo ad una medesima controllante.

L'orientamento della Commissione esclude l'applicabilità dell'art. 81.1 del Trattato qualora le imprese interessate non godano di autonomia comportamentale e si sia pertanto in presenza di un'unica entità economica. L'Autorità italiana ha assunto un atteggiamento elastico: essa ha considerato le intese infragruppo irrilevanti quando le imprese coinvolte non operavano in modo indipendente; è invece intervenuta applicando il divieto dell'art. 2 comma 2 qualora il gruppo fosse caratterizzato dalla presenza di mere partecipazioni azionarie non determinanti una strategia imprenditoriale comune ([53]).

4.3. *La nullità delle intese illecite.*

L'art. 2 terzo comma l. 287/1990 sancisce la nullità ad ogni effetto delle intese vietate.

La violazione del divieto contenuto nel secondo comma è quindi punita non solo con le sanzioni pecuniarie ed inibitorie previste dall'art. 15 (vedi, *infra*, sez. II, par. 10), ma anche con la sanzione civilistica della nullità.

La disposizione in oggetto, in combinato disposto con l'art. 33 della legge medesima, comporta una serie di conseguenze:

a) chiunque può agire in giudizio per far accertare la nullità delle intese dinanzi alla Corte d'appello e la sentenza di tale giudice ha efficacia *ex tunc*, essendo meramente dichiarativa;

b) chiunque può richiedere al giudice medesimo il risarcimento del danno subito in virtù della intesa illecita, nonché i provvedimenti cautelari che garantiscono il soddisfacimento del proprio diritto;

c) l'Autorità può accertare la violazione dell'art. 2, imporre la cessazione delle condotte illecite ed irrogare sanzioni, ma non può accertare la nullità delle intese. La natura non già di organo giurisdizionale, ma di organo amministrativo, deputato a vigilare sul corretto funzionamento del mercato, preclude all'Autorità di statuire sugli effetti civilistici della nullità delle intese; l'art. 33 della legge 287/1990 attribuisce tale potere alla Corte d'appello competente per territorio ([54]).

([53]) Sulle intese infragruppo cfr., *amplius*, Alessi, voce *Concorrenza – I) Libertà di concorrenza*, cit., p. 6; Giudici, in *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287*, a cura di Afferni, cit., p. 96.

([54]) Cfr. Alessi, Olivieri, *Commento alla Legge 10 ottobre 1990*, cit., p. 30 s.

4.4. *Le deroghe al divieto di intese restrittive della libertà di concorrenza.*

L'art. 4 l. 287/1990 attribuisce all'Autorità *antitrust* il potere di autorizzare, sulla base di determinate condizioni e per un periodo di tempo limitato, intese altrimenti ricadenti nell'ambito del divieto posto dall'art. 2. L'autorizzazione, che può essere individuale o relativa a categorie di intese, può essere concessa alle intese che "diano luogo a miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato i quali abbiano effetti tali da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori...". Tuttavia "l'autorizzazione non può (...) consentire restrizioni non strettamente necessarie al raggiungimento delle finalità di cui al presente comma né può consentire che risulti eliminata la concorrenza da una parte sostanziale del mercato".

Tale potere spetta esclusivamente all'Autorità ed il suo esercizio comporta delle valutazioni estremamente complesse, che riguardano anche l'opportunità della deroga dal punto di vista della politica economica; un eventuale sindacato giurisdizionale non potrà incidere sulla discrezionalità del provvedimento di concessione o di diniego della deroga, ma verterà piuttosto sulla coerenza e completezza della motivazione ([55]).

Altra conseguenza di tale competenza esclusiva dell'organo amministrativo sta nel fatto che "in una ipotetica causa civile in cui si discutesse della invalidità di un'intesa ai sensi dell'art. 2 l. 287/1990, a nulla varrebbe argomentare che essa soddisfa i requisiti posti dall'art. 4 pur in assenza di un'autorizzazione (...): una volta accertato che l'intesa non è autorizzata, infatti, il giudice deve ignorare il contenuto dell'art. 4 e decidere esclusivamente in base all'art. 2" ([56]).

Parte della dottrina ha messo in luce che, nonostante la formulazione testuale alquanto diversa, la norma detta sostanzialmente le stesse condizioni previste dall'art. 81.3 del Trattato CE ([57]), che attribuisce alla Commissione un analogo potere autorizzatorio ([58]).

Estraneo alla normativa comunitaria è invece l'inciso in cui si richiede che i "miglioramenti nelle condizioni di offerta (...) siano individuati anche tenendo conto della necessità di assicurare alle imprese la necessaria concorrenzialità sul piano internazionale". Ragione di tale precisazione è la preoccupazione relativa alla dimensione medio-piccola delle imprese italiane.

([55]) *Ibidem*, p. 44.

([56]) Giudici, in *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287*, a cura di Afferni, cit., p. 146.

([57]) Cfr. Alessi, Olivieri, *Commento alla Legge 10 ottobre 1990*, cit., p. 42 s. Per un ulteriore confronto tra le due norme cfr. Giudici, in *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287*, a cura di Afferni, cit., p. 146; Siri, in *Commentario breve al diritto della concorrenza*, a cura di Marchetti, Ubertazzi, cit., *sub* art. 4, p. 370 s.

([58]) Sulle condizioni richieste dall'art. 4 cfr., *amplius*, Siri, in *Commentario breve al diritto della concorrenza*, a cura di Marchetti, Ubertazzi, cit., *sub* art. 4, p. 374 s.

La dottrina ha sottolineato come il problema in esame potrebbe risolversi più direttamente autorizzando ed incentivando operazioni di concentrazione tra le imprese stesse; nondimeno le intese possono risultare utili al fine di favorire la cooperazione tra tali soggetti sottodimensionati, consentendo loro di perseguire strategie altrimenti riservate ai soggetti maggiori ([59]).

È comunque escluso che si possa adottare un provvedimento di autorizzazione solo sulla base dell'esigenza appena ricordata ed in mancanza degli altri presupposti richiesti dall'art. 4 ([60]).

La concessione dell'autorizzazione individuale presuppone la presentazione della richiesta all'Autorità: ai sensi dell'art. 4 comma 3 l'Autorità deve provvedere entro 120 giorni dal ricevimento della richiesta, avvalendosi dei poteri istruttori di cui all'art. 14 ([61]).

Il comma 4 dell'articolo in commento prevede la possibilità di revocare l'autorizzazione quando le imprese interessate ne abbiano abusato o quando venga meno uno dei presupposti del provvedimento stesso.

L'Autorità *antitrust* non ha utilizzato il potere attribuitole di emanare regolamenti di esenzione per categoria. Come noto, la Commissione CE ha invece fatto larghissimo uso del potere corrispondente previsto dall'art. 81.3 del Trattato.

La dottrina si è chiesta se sulla base del principio ermeneutico più volte citato contenuto nell'art. 1 comma 4 l. 287/1990 si possano traslare nell'ordinamento italiano i contenuti dei regolamenti di esenzione comunitari, al fine di ritenere autorizzate le stesse tipologie di intese ricadenti nell'ambito di applicazione della legge nazionale. La risposta è stata negativa in quanto "quei regolamenti rispondono ad esigenze e funzioni parzialmente difformi rispetto a quelle proprie della normativa italiana (si pensi all'esigenza di favorire gli scambi commerciali tra gli Stati membri) che ne rendono improponibile un recepimento integrale in Italia" ([62]).

Si è tuttavia convenuto che i principi contenuti in quei regolamenti sono preziosi punti di riferimento per l'interpretazione sia dell'art. 2 che dell'art. 4 della legge italiana e che essi devono guidare l'Autorità *antitrust* nella valutazione in ordine all'opportunità di concedere le autorizzazioni.

([59]) Giudici, in *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287*, a cura di Afferni, cit., p. 148.

([60]) *Ibidem*, p. 147 s.

([61]) La dottrina ha rinvenuto un mancato coordinamento tra l'art. 4 comma 3 e l'art. 13, che impone di avviare l'istruttoria entro 120 giorni dalla comunicazione delle intese. Per i problemi applicativi che ne derivano e le possibili soluzioni interpretative cfr. Alessi, Olivieri *Commento alla Legge 10 ottobre 1990*, cit., p. 44 ss.; Siri, in *Commentario breve al diritto della concorrenza*, a cura di Marchetti, Ubertazzi, cit., *sub* art. 4, p. 374 s.

([62]) Giudici, in *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287*, a cura di Afferni, cit., p. 151.

5. *Il divieto di abuso di posizione dominante.*

L'art. 3 l. 287/1990 vieta "l'abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante".

L'omogeneità tra tale articolo e la corrispondente norma di diritto comunitario (l'art. 82 del Trattato CE) è ancora più palese di quella concernente le norme riguardanti le intese.

La dottrina ha anche sottolineato l'identità di struttura esistente tra l'articolo in commento ed il precedente art. 2: ad un divieto di carattere generale segue un elenco esemplificativo di condotte vietate; e tale elenco è nelle due norme praticamente identico (come del resto lo è nelle due corrispondenti norme del Trattato CE, artt. 81.1 e 82) ([63]).

Alcuni dubbi ha suscitato la formula con cui viene introdotta la suddetta serie di condotte specificamente proibite ("ed è inoltre vietato"), in quanto letteralmente sembrerebbe indicare fattispecie autonome, distinte dalla fattispecie generale di abuso di posizione dominante.

"I lavori preparatori, la rubrica della norma e soprattutto la logica del sistema portano però ad affermare che la formulazione vuole solo sottolineare (forse in modo non molto efficacie) il carattere esemplificativo e non tassativo delle fattispecie vietate" ([64]).

La nozione di abuso di posizione dominante all'interno del mercato nazionale è costituita dai seguenti elementi: la posizione dominante di una o più imprese, lo sfruttamento abusivo della stessa ed il mercato rilevante. Per ciò che concerne le nozioni di impresa e di mercato rilevante si rinvia a quanto detto *supra*, *sub* par. 3.

5.1. *Il concetto di posizione dominante.*

Fin dal principio l'Autorità *antitrust* ha fatto propria la nozione di posizione dominante elaborata dalla Corte di giustizia, che la qualifica "una posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e, in ultima analisi, dei consumatori" ([65]).

([63]) Cfr. Alessi, Olivieri, *Commento alla Legge 10 ottobre 1990*, cit., p. 33.

([64]) *Ibidem*, p. 35; Giudici, in *Commentario breve al diritto della concorrenza*, a cura di Marchetti, Ubertazzi, cit., *sub* art. 5, p. 363; Frignani, in *Diritto italiano antitrust*, a cura di Frignani, Pardolesi, Patroni, Griffi, Ubertazzi, cit., p. 368 s.

([65]) Sent. 13 febbraio 1979, causa 85/76 (*Hoffman La Roche*), in *Foro it.*, 1979, VI, c. 357.

Per individuare la posizione di potenza economica, sia la Corte di giustizia che l'Autorità nazionale hanno utilizzato diversi indici, primo dei quali è risultata la quota di mercato. Nella giurisprudenza comunitaria quote superiori al 70% sono ritenute essere prove della posizione dominante; quote comprese tra il 40% ed il 70% costituiscono un indizio che necessita di ulteriori conferme; quote inferiori sono considerate poco significative pur non escludendo l'esistenza di una posizione dominante, in presenza di altri fattori ([66]).

I dati numerici di riferimento dell'Autorità sono analoghi, ma essa non ha mai attribuito valore univoco ed esclusivo alla quota di mercato al fine di individuare la posizione dominante ([67]).

Tra gli altri fattori spesso presi in considerazione si possono ricordare:

— la stabilità della quota di mercato, in considerazione dell'esistenza di rilevanti barriere all'ingresso e della concorrenza potenziale;

— la possibilità di sfruttare marchi o brevetti, i quali attribuiscono diritti esclusivi di proprietà industriale;

— la struttura del mercato, in riferimento al numero ed alle dimensioni dei soggetti concorrenti;

— il ruolo di fornitore di materie prime verso i propri concorrenti svolto dall'impresa interessata;

— l'indipendenza di comportamento, ossia la capacità di perseguire strategie industriali indipendenti da quelle dei concorrenti e dal comportamento dei clienti e dei consumatori ([68]).

Un'ipotesi particolare di posizione dominante si realizza nei settori caratterizzati dalla presenza di imprese operanti in regime di monopolio legale o beneficiarie di diritti esclusivi. Tali settori risultano essere numerosi nella struttura dell'economia italiana; con ciò si spiega la copiosità dei provvedimenti adottati nei primi anni di attività dall'Autorità *antitrust* sulla base dell'art. 3, nonostante la fattispecie di abuso di posizione dominante sia astrattamente meno frequente di quella di intesa restrittiva della concorrenza, in quanto richiede sia la presenza di una posizione dominante che l'abuso della stessa.

A proposito di queste ipotesi l'Autorità ha affermato che "il riconoscimento di un diritto esclusivo in capo ad un soggetto, anche se esso deriva da un disposizione di legge, costituisce una tipica forma di posizione dominante" ([69]).

([66]) Sent. 13 febbraio 1979, cit.; sent. 14 febbraio 1978, causa 27/76 (*United Brands*), in *Foro it.* 1978, IV, c. 518; sent. 16 marzo 1983, causa 267/81 (*Michelin*), in *Foro it.*, 1984, IV, c. 228.

([67]) Provv. *Marinzulich/Tirrenia*, in *Boll.*, 1992, n. 7.

([68]) Cfr., *amplius*, Giudici, in *Commentario breve al diritto della concorrenza*, a cura di Marchetti, Ubertazzi, cit., *sub* art. 5, p. 366 s.; Alessi, voce *Concorrenza – I) Libertà di concorrenza*, cit., p. 13.

([69]) Provv. *IBAR/Aeroporti di Roma*, in *Boll.*, 1993, n. 6.

Questa soluzione interpretativa dell'organo garante della concorrenza è accompagnata da una lettura restrittiva dell'art. 8 comma 2 l. 287/1990 (che prevede la non applicazione della legge stessa alle imprese esercenti per disposizione di legge la gestione di servizi di interesse economico generale o operanti in regime di monopolio legale, cfr., *supra*, *sub* par. 3).

Ne è conseguita una estrema parsimonia da parte dell'Autorità *antitrust* ad ammettere comportamenti abusivi di una posizione dominante sulla base dell'art. 8 comma 2 ([70]).

Altra figura particolare di posizione dominante è quella detenuta collettivamente da più imprese ([71]). L'Autorità ha fatto propria la tesi emersa a livello comunitario secondo la quale è ammissibile che due o più imprese legate da vincoli di natura economica o giuridica detengano congiuntamente un posizione dominante proprio in virtù del loro agire comune e concertato ([72]).

Qualora i vincoli che rendono tali soggetti collettivamente dominanti sul mercato assumano la consistenza di intese lesive della concorrenza si avrà, inoltre, una sovrapposizione dei divieti di cui agli artt. 2 e 3 l. 287/1990. Non sono difatti infrequenti i procedimenti aperti sulla base di entrambe le disposizioni, con una specificazione solo successiva di quale delle due si debba applicare alla fattispecie concreta ([73]).

5.2. *Il concetto di comportamento abusivo ai sensi dell'art. 3 l. 287/1990.*

Non è illecito detenere una posizione dominante sul mercato di riferimento; illecito è abusarne, cioè approfittarne per ridurre ulteriormente nel mercato stesso il livello concorrenziale o per impedirne lo sviluppo.

L'abuso può consistere anche nel tentativo di sfruttare la propria posizione dominante su un mercato al fine di estenderla sul mercato contiguo (ad esempio dal mercato della produzione a quello della distribuzione).

L'Autorità *antitrust* ha affermato che l'abuso è da valutarsi da un punto di vista oggettivo, a prescindere dall'intento dell'impresa in posizione dominante di procurarsi un vantaggio.

L'abuso, inoltre, sussiste indipendentemente dall'effettivo conseguimento del vantaggio stesso ([74]).

([70]) Cfr., *amplius*, Alessi, voce *Concorrenza – I) Libertà di concorrenza*, cit., p. 13 s.; Schiano di Pepe, in *Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287*, a cura di Afferni, cit., p. 130 ss.

([71]) Cfr., *amplius*, *ibidem*, p. 128 ss.

([72]) Sent. 10 marzo 1992, cause riunite T-68, 77 e 78/89 (*SIV c. Commissione*), in *Foro it*., 1992, VI, c. 433; Autorità *antitrust*, provv. *Centro GPL*, in *Boll*., 1992, n. 19.

([73]) Cfr. Alessi, voce *Concorrenza – I) Libertà di concorrenza*, cit., p. 6.

([74]) *Ibidem*, p. 14.

Come detto, l'art. 3 fornisce un elenco di alcune delle condotte che integrano l'abuso di posizione dominante (75). Esso comprende:

a) l'imposizione di prezzi di acquisto, di vendita o di altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose; a questo proposito l'art. 82 del Trattato CE parla di prezzi o altre condizioni *non eque*. Si è posto il problema della copertura da parte della norma nazionale del *predatory pricing* (vendita a prezzi sottocosto per eliminare la concorrenza più debole), pratica sicuramente vietata dalla norma comunitaria, ma che, a rigore, non comporta prezzi "gravosi" per i consumatori (76); fattispecie senza dubbio vietate dalla disposizione in oggetto sono l'applicazione di prezzi ingiustamente gravosi per i servizi resi, la mancata applicazione di sconti in presenza di servizi inferiori, l'imposizione di una clausola di esclusiva ai distributori;

b) l'impedimento o la limitazione della produzione, degli sbocchi o degli accessi al mercato, dello sviluppo tecnico o del progresso tecnologico, a danno dei consumatori; rientrano in questa ipotesi il rifiuto da parte di un impresa dominante nel mercato delle materie prime di rifornire i concorrenti fabbricanti di prodotti finiti al fine di eliminarli ed acquisire il dominio anche sul mercato contiguo; l'utilizzazione del potere regolamentare relativo alla concessione di autorizzazioni al fine di ostacolare l'ingresso sul mercato di nuovi concorrenti e promuovere il proprio servizio (77); la riduzione quantitativa dell'offerta al fine di mantenere elevato il livello dei prezzi;

c) l'applicazione di condizioni discriminatorie nei rapporti commerciali con diversi contraenti; il divieto concerne le discriminazioni non giustificabili da alcun criterio obiettivo; esso comprende innanzitutto la discriminazione sui prezzi; riguarda anche in generale i trattamenti di favore nei confronti delle società controllate o controllanti (78);

d) il subordinare la conclusione di un contratto all'esecuzione di una prestazione estranea all'oggetto dello stesso; si tratta, come nell'art. 2 comma 2 lett. *e*), delle c.d. pratiche leganti, attraverso le quali l'impresa dominante tenta di estendere la propria posizione di supremazia anche sui mercati contigui.

---

(75) Sulle ipotesi normativamente previste cfr., *amplius*, Alessi, voce *Concorrenza – I) Libertà di concorrenza*, cit., p. 14 s.; Giudici, in *Commentario breve al diritto della concorrenza*, a cura di Marchetti, Ubertazzi, cit.,p. 369 ss.; per una rassegna giurisprudenziale e di provvedimenti dell'Autorità *antitrust* cfr. Schiano di Pepe, in *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287*, a cura di Afferni, cit., p. 140 ss.; Gobbo, *Il mercato e la tutela della concorrenza*, Bologna, 1991, p. 176 ss.

(76) Cfr. Alessi, voce *Concorrenza – I) Libertà di concorrenza*, cit., p. 12; Giudici, in *Commentario breve al diritto della concorrenza*, a cura di Marchetti, Ubertazzi, cit., *sub* art. 5, p. 368, ove si ritiene che la fattispecie del *predatory pricing* sia vietata ai sensi dell'art. 3 lett. *b*).

(77) Provv. *AICI*, in *Boll.*, 1992, n. 22.

(78) Provv. *IBAR/Aeroporti di Roma*, cit.

Come precisato per l'art. 2, anche l'articolo in commento sancisce un divieto immediatamente applicabile dall'autorità giudiziaria, a prescindere dall'iniziativa dell'Autorità *antitrust*. La mancanza di norme relative ad autorizzazioni o comunicazioni (come gli artt. 4 e 13 applicabili alle intese), rende l'applicazione dell'art. 3 più semplice ed aproblematica rispetto alla disciplina delle intese.

6. *La disciplina delle operazioni di concentrazione.*

Il sistema di controllo delle operazioni di concentrazione delineato dalla legge 287/1990 da un lato si differenzia sensibilmente da quello previsto per le intese e per gli abusi di posizione dominante, dall'altro lato ricalca in modo pedissequo il sistema introdotto a livello comunitario dal reg. CEE 4064/89 ([79]).

La struttura del sistema previsto dalla legge italiana è il seguente:

— l'art. 5 provvede non tanto a definire le concentrazioni quanto ad indicare le fattispecie tramite le quali esse possono realizzarsi;

— l'art. 7 precisa le modalità di realizzazione di una concentrazione mediante l'acquisto del controllo di un impresa, definendo il concetto stesso di controllo;

— l'art. 16 comma 1 indica la soglia quantitativa, relativa al fatturato delle imprese coinvolte nell'operazione, superata la quale ogni concentrazione (a meno che non sia di rilievo comunitario) deve essere notificata alla Autorità *antitrust*;

— l'art. 6 detta i criteri alla stregua dei quali l'Autorità deve considerare le concentrazioni notificate al fine di valutare l'opportunità di vietarle, autorizzarle o consentirle subordinatamente al rispetto di talune condizioni.

6.1. *La nozione di concentrazione.*

La dottrina concorda sostanzialmente nel definire la concentrazione come quella operazione che comporta "la scomparsa dal mercato di una o più imprese che cessano di essere autonomi centri decisionali e vengono sottoposte ad un controllo gerarchico unitario" ([80]).

([79]) Cfr. Alessi, voce *Concorrenza – I) Libertà di concorrenza*, cit., p. 15; Osti, in *Diritto italiano antitrust*, a cura di Frignani, Pardolesi, Patroni, Griffi, Ubertazzi, cit., p. 526; Toffoletto, in *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287*, a cura di Afferni, cit., p. 163 s.; Alessi, Olivieri *Commento alla Legge 10 ottobre 1990*, cit., p. 47 ss.

([80]) Denozza, *Antitrust*, Bologna, 1993, p. 71.

Come anticipato, l'art. 5 non contiene alcuna definizione, stabilendo invece che una concentrazione si realizza: *a)* quando una o più imprese procedono a fusione; *b)* quando un o più soggetti in posizione di controllo di almeno un'impresa ovvero una o più imprese acquisiscono il controllo dell'insieme o di parti di una o più imprese; *c)* quando una o più imprese procedono attraverso la costituzione di una nuova società alla costituzione di un'impresa comune.

a) Fusioni. "Si ha concentrazione mediante fusione quando due o più imprese indipendenti si uniscono in una nuova impresa e cessano di esistere quali entità giuridiche indipendenti (fusione c.d. propria) ovvero quando un'impresa viene assorbita in un'altra che mantiene la propria soggettività (fusione per incorporazione)" ([81]).

Nell'art. 5 comma 1 lett. *a*) l. 287/1990 manca la precisazione, presente invece nella norma corrispondente di diritto comunitario di cui all'art. 3.1 lett. *a*) reg. CEE 4064/89, per cui la rilevanza della concentrazione realizzata tramite fusione è subordinata alla precedente indipendenza delle imprese coinvolte nell'operazione stessa.

La dottrina si è chiesta se tale omissione possa essere superata in via interpretativa o se invece il legislatore abbia voluto adottare un atteggiamento diverso da quello del diritto comunitario rispetto al fenomeno delle fusioni intragruppo ([82]).

Nella prassi applicativa l'Autorità *antitrust* ha sempre preteso la notificazione di tali fusioni, considerata anche la mancanza nel nostro ordinamento di chiare definizioni di "gruppo" e di "indipendenza"; ciononostante, le operazioni infragruppo notificate sono state costantemente ritenute ammissibili, in quanto prive di effetti sull'assetto concorrenziale del mercato ([83]).

Recentemente peraltro l'Autorità ha emanato un avviso ([84]) con il quale sono state esentate dallo obbligo di notifica la concentrazioni concluse tra imprese delle quali una abbia il controllo di diritto delle altre, mediante una partecipazione azionaria di maggioranza assoluta.

b) Acquisto del controllo. È l'ipotesi statisticamente più frequente di

---

([81]) Ghezzi, in *Commentario breve al diritto della concorrenza*, a cura di Marchetti, Ubertazzi, cit., *sub* art. 6, p. 380; sull'assimilabilità alla fusione delle operazioni di scissione cfr. Osti, in *Diritto italiano antitrust*, a cura di Frignani, Pardolesi, Patroni, Griffi, Ubertazzi, cit., p. 575.

([82]) A favore della prima ipotesi cfr. Alessi, Olivieri Commento alla Legge 10 ottobre 1990, cit., p. 50; Toffoletto, in *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287*, a cura di Afferni, cit., p. 167; *contra*, Bernini, *Un secolo di filosofia antitrust*, Bologna, 1991, p. 338.

([83]) Cfr., per un'ampia rassegna di provvedimenti in tema di fusione infragruppo, Toffoletto, in *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287*, a cura di Afferni, cit., p. 166.

([84]) In *Boll.*, 1995, n. 12.

concentrazione; la nozione di controllo si ricava dal combinato disposto degli artt. 5 comma 1 lett. *b*) e 7 l. 287/1990 ([85]).

Il tratto fondamentale del controllo è individuato dall'art. 7 nella possibilità di esercitare un'influenza determinante sulle attività d'impresa, anche attraverso: diritti di proprietà o di godimento sulla totalità o su parti del patrimonio di un'impresa; diritti, contratti o altri rapporti giuridici che conferiscono un'influenza determinante sulla composizione, sulle deliberazioni o sulle decisioni degli organi di un'impresa.

A proposito delle concentrazioni tramite acquisto del controllo occorre precisare quando il controllo esista ed attraverso quali mezzi esso si possa acquisire.

Al riguardo per aversi influenza determinante sulle attività di un'impresa non occorre dominare l'intero campo d'azione della stessa; è sufficiente che tale influenza si possa esercitare su alcune decisioni strategiche per l'attività della controllata, bastando a volte anche un potere a contenuto negativo, come un potere di veto rispetto all'assunzione di determinate deliberazioni ([86]).

È inoltre irrilevante l'esercizio effettivo del potere di controllo, essendo sufficiente un'influenza potenziale ([87]).

Tra le modalità di acquisto del controllo, la più comune è l'acquisizione del pacchetto azionario di maggioranza; può essere sufficiente anche una partecipazione minoritaria in presenza di fattori ulteriori quali la polverizzazione delle altre partecipazioni, l'assenteismo in assemblea, la presenza di clausole statutarie che attribuiscono all'azionista di maggioranza relativa il potere di nomina di più della metà dei componenti degli organi sociali ([88]).

Il controllo tramite partecipazione azionaria può essere esclusivo, quando è detenuto da un solo soggetto o da una sola impresa, o congiunto, quando diversi azionisti devono accordarsi per adottare le decisioni sull'attività della

---

([85]) L'art. 7 al fine di stabilire quando si abbia controllo richiama i casi contemplati dall'art. 2359; lo stesso art. 7 contiene poi una definizione che sembra essere comprensiva di quella codicistica. Sull'utilità di tale richiamo cfr., tuttavia, Ghezzi, in *Commentario breve al diritto della concorrenza*, a cura di Marchetti, Ubertazzi, cit., *sub* art. 6, p. 382 ss.

([86]) *Ibidem*.

([87]) *Ibidem*; Toffoletto, in *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287*, a cura di Afferni, cit., p. 229.

([88]) Al fine di stabilire l'esistenza del controllo sulla base della partecipazione azionaria rilevano solo le azioni con diritto di voto. Ne deriva che non è necessaria la proprietà delle azioni stesse, essendo sufficiente un diritto parziario che attribuisca tale facoltà (ad esempio pegno, usufrutto) purché di durata idonea ad incidere sull'attività sociale. Cfr., *amplius*, Ghezzi, in *Commentario breve al diritto della concorrenza*, a cura di Marchetti, Ubertazzi, cit., *sub* art. 6, p. 382 s.; Toffoletto, in *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287*, a cura di Afferni, cit., p. 172 e p. 234.

controllata, avendo ciascuno di essi il potere di impedire, ma non di adottare le deliberazioni ([89]).

Si ha concentrazione sia quando si passa da controllo esclusivo a controllo congiunto, poiché vi sono soggetti che acquistano *ex novo* il controllo, seppur in comune con l'originaria controllante ([90]); sia nel caso inverso poiché "l'influenza determinante esercitata da un'unica impresa differisce in modo sostanziale da quella esercitata congiuntamente da più imprese, poiché in questo secondo caso si deve tenere conto degli interessi potenzialmente diversi" ([91]).

Altra modalità di acquisto del controllo su un'impresa consiste nell'acquisizione di diritti sul patrimonio: ad esempio l'acquisto del complesso aziendale o anche soltanto di un ramo d'azienda capace di svolgere attività economica autonoma; oppure di singoli cespiti patrimoniali di particolare rilevanza, come i marchi o i brevetti.

Per quanto riguarda infine i soggetti controllanti, l'art. 7 comma 2 stabilisce che sono da considerare tali i titolari dei diritti o i beneficiari delle posizioni soggettive di cui al primo comma, di cui si è or ora discusso, o coloro che pur non essendo titolari o beneficiari di tali posizioni soggettive abbiano il potere di esercitare i diritti che ne derivano.

La norma "propone una definizione estremamente ampia e capace di sfuggire ad ogni eccezione di carattere formale: chiunque si trovi anche solo nella condizione di esercitare un'influenza determinante sull'attività di un'impresa viene riconosciuto essere titolare del controllo sulla stessa" ([92]).

c) Costituzione di un'impresa comune. L'ultima modalità di realizzazione di una concentrazione prevista dall'art. 5 comma 1, cioè la costituzione di un'impresa comune da parte di più imprese, contiene alcune vistose differenze rispetto alla corrispondente fattispecie dell'ordinamento comunitario (art. 3.2 reg. CEE 4064/89).

La norma italiana fa infatti riferimento alla costituzione di una impresa *nuova* ed *in forma societaria.*

La disposizione comunitaria invece incentra la nozione di impresa comune sul controllo congiunto da parte di altre imprese, senza richiedere

---

([89]) Si ha una situazione come quella descritta nel testo non solo in presenza di due partecipazioni paritetiche del 50%, ma anche quando le partecipazioni siano inferiori ma, se sommate, diano la maggioranza; ed anche nel caso di partecipazioni diseguali, fermo restando almeno il potere di veto del controllante minore; cfr., *amplius*, Ghezzi, in *Commentario breve al diritto della concorrenza*, a cura di Marchetti, Ubertazzi, cit., *sub* art. 6, p. 384 ss.

([90]) Cfr. Autorità *antitrust*, *Relazione annuale* 1992, par. 69. Analoga situazione si ha con l'aumento del numero di azionisti controllanti congiuntamente.

([91]) Cfr. Autorità *antitrust*, *Relazione annuale* 1991, par. 44. Analoga situazione si ha con la diminuzione del numero di azionisti controllanti congiuntamente.

([92]) Toffoletto, in *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287*, a cura di Afferni, cit., p. 230.

né che l'impresa sia di nuova costituzione, né che la veste giuridica sia quella societaria.

La dottrina si è interrogata sul significato di tali differenze ed ha in definitiva ritenuto, anche sulla scorta della prassi applicativa dell'Autorità *antitrust* e del principio interpretativo dell'art. 1 comma 4 della legge in commento, che ad esse non debba essere attribuito valore sostanziale: in conclusione anche nel nostro ordinamento la nozione di impresa comune si impernia sul controllo congiunto di più soggetti, indipendentemente dalla costituzione *ex novo* di un impresa in forma societaria ([93]).

Il comma 2 dell'art. 5 esclude dal novero delle concentrazioni i casi in cui "una banca o un istituto finanziario acquisti, all'atto della costituzione di un'impresa o dell'aumento del suo capitale, partecipazioni in tale impresa al fine di rivenderle sul mercato, a condizione che durante il periodo di possesso di dette partecipazioni, comunque non superiore a ventiquattro mesi, non eserciti i diritti di voto inerenti alle partecipazioni stesse".

Le ipotesi previste da tale comma sono da considerarsi tassative e di stretta interpretazione, trattandosi di norma eccezionale ([94]).

Il comma 3 esclude che siano concentrazioni "le operazioni aventi quale oggetto principale il coordinamento del comportamento di imprese indipendenti".

Tali operazioni devono essere valutate alla stregua dell'art. 2 relativo alle intese restrittive della concorrenza

6.2. *L'obbligo di comunicazione delle concentrazioni rilevanti.*

Tra le operazioni di concentrazione individuate ai sensi dell'art. 5 occorre distinguere tre gruppi:

a) quelle aventi i requisiti richiesti dall'art. 1 reg. CEE 4064/89, che rientrano nell'ambito di applicazione del diritto comunitario e devono essere comunicate alla Commissione;

b) quelle che non raggiungono la soglia comunitaria, ma superano una delle due soglie di fatturato alternativamente richieste dall'art. 16 comma 1 l. 287/1990, e che devono pertanto essere comunicate all'Autorità *antitrust*;

([93]) Sul punto cfr., *amplius*, Ghezzi, in *Commentario breve al diritto della concorrenza*, a cura di Marchetti, Ubertazzi, cit., *sub* art. 6, p. 388; Toffoletto, in *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287*, a cura di Afferni, cit., p. 173; Alessi, Olivieri *Commento alla Legge 10 ottobre 1990*, cit., p. 51.

([94]) Cfr. Ghezzi, in *Commentario breve al diritto della concorrenza*, a cura di Marchetti, Ubertazzi, cit., *sub* art. 6, p. 386. In ordine alla difficoltà di definire gli istituti finanziari e alle differenze con la corrispondente norma comunitaria (art. 3.5 reg. CEE 4064/89) cfr. Toffoletto, in *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287*, a cura di Afferni, cit., p. 177.

c) quelle, infine, che non presentano neppure i requisiti previsti in tale ultima disposizione e che non sono soggette ad alcun obbligo di comunicazione.

Interessano in questa sede le concentrazioni *sub specie b)*. I requisiti previsti dall'art. 16 riguardano il fatturato delle imprese coinvolte nell'operazione ([95]); affinché scatti l'obbligo di comunicazione è sufficiente che:

— il fatturato totale realizzato a livello nazionale dall'insieme delle imprese interessate sia superiore a cinquecento miliardi di lire, *ovvero*

— il fatturato totale realizzato a livello nazionale dall'impresa di cui è prevista l'acquisizione sia superiore a cinquanta miliardi di lire ([96]).

6.3. *Il divieto di concentrazioni restrittive della concorrenza. La valutazione prognostica dell'Autorità* antitrust.

L'art. 6, nonostante la rubrica, non contiene un divieto in termini assoluti delle concentrazioni, ma individua i parametri in base ai quali l'Autorità *antitrust* deve valutare le concentrazioni notificate ai sensi dell'art. 16 comma 1, al fine di decidere se vietarle o meno.

Il limite di liceità delle concentrazioni è dato dalla costituzione o dal rafforzamento di una posizione dominante sul mercato nazionale in modo da ridurre in modo sostanziale e durevole ([97]) la concorrenza.

La dottrina si è interrogata sul rapporto tra la nozione di posizione dominante contenuta nell'art. 3, che vieta lo sfruttamento abusivo della stessa (nozione a sua volta desunta dall'interpretazione data a livello comunitario dell'art. 82 del Trattato CE) e quella contenuta nell'articolo in commento.

Si è ritenuto, seppur con qualche incertezza, che le due nozioni, nonché i

---

([95]) Per le modalità di calcolo del fatturato cfr. Talenti, in *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287*, a cura di Afferni, cit., p. 350 ss.; Ghezzi, in *Commentario breve al diritto della concorrenza*, a cura di Marchetti, Ubertazzi, cit., *sub* art. 6, p. 441 ss.

([96]) Tali valori sono incrementati annualmente di un ammontare equivalente all'aumento del deflattore dei prezzi del prodotto interno lordo: cfr. Talenti, in *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287*, a cura di Afferni, cit., p. 351 s.

([97]) Nell'art. 2.3 reg. CEE 4064/89 manca il riferimento alla durata temporale della restrizione della concorrenza; ma la dottrina ha ritenuto che tale riferimento fosse implicito nel diritto comunitario, "giacché nell'ambito del diritto *antitrust* nessun fenomeno appare assumere rilevanza se non nel medio periodo" (Toffoletto, in *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287*, a cura di Afferni, cit., 186); cfr. anche Ghezzi, in *Commentario breve al diritto della concorrenza*, a cura di Marchetti, Ubertazzi, cit., *sub* art. 6, cit., p. 406; Osti, in *Diritto italiano antitrust*, a cura di Frignani, Pardolesi, Patroni, Griffi, Ubertazzi, cit., p. 660.

criteri per l'individuazione della sussistenza della posizione dominante, siano pressoché gli stessi nelle due norme ([98]).

Tuttavia, diverso è il criterio di valutazione della posizione dominante ai fini dell'individuazione dell'illecito di cui all'art. 3 ovvero dell'illecito di cui all'art. 6.

Ai sensi del primo è necessario che l'impresa dominante sul mercato abusi della propria posizione, dovendonsi quindi individuare storicamente, *ex post*, i comportamenti abusivi.

"Nel valutare la legittimità di una concentrazione, al contrario, si deve operare una sorta di previsione; si deve cioè ipotizzare *ex ante* quale sarà lo sviluppo della situazione economica nel mercato rilevante, al fine di determinare se l'impresa risultante dall'operazione sarà in grado di mantenere il potere di mercato acquisito con la concentrazione" ([99]).

Si prescinde dai singoli atti abusivi e si considera quale presumibilmente sarà l'effetto della concentrazione sulla situazione concorrenziale del mercato rilevante ([100]).

Tale valutazione prospettica deve avvenire, come indicato nel secondo periodo dell'art. 6 comma 1, "tenendo conto delle possibilità di scelta dei fornitori e degli utilizzatori, della posizione sul mercato delle imprese interessate, del loro accesso alle fonti di approvvigionamento o agli sbocchi di mercato, della struttura dei mercati, della situazione competitiva dell'industria nazionale, delle barriere all'entrata sul mercato di imprese concorrenti, nonché dell'andamento della domanda e dell'offerta dei prodotti o servizi in questione".

Tra questi fattori ruolo preminente assume ancora una volta la quota di mercato dell'impresa risultante dalla concentrazione. Tuttavia non si è attribuito valore esclusivo a tale parametro, ma al contrario è stata rivolta l'attenzione anche alla solidità di tale quota, soprattutto alla luce della esistenza o meno di barriere all'entrata sul mercato rilevante e, quindi, alla possibilità di ingresso di nuovi concorrenti ([101]).

Altro fattore rilevante risulta essere la situazione della domanda e dell'offerta sul mercato rilevante: un mercato in cui la domanda è in forte crescita sarà più appetibile per gli investitori e la posizione dominante risultante dalla concentrazione sarà più facilmente attaccabile.

([98]) Cfr. Toffoletto, in *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287*, a cura di Afferni, cit.,p. 184; Osti, in *Diritto italiano antitrust*, a cura di Frignani, Pardolesi, Patroni, Griffi, Ubertazzi, cit., p. 645; Ghezzi, in *Commentario breve al diritto della concorrenza*, a cura di Marchetti, Ubertazzi, cit., *sub* art. 6, cit., p. 398.

([99]) Toffoletto, in *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287*, a cura di Afferni, cit., p. 191.

([100]) Cfr., *amplius*, *ibidem*, p. 183 ss.; Ghezzi, in *Commentario breve al diritto della concorrenza*, a cura di Marchetti, Ubertazzi, cit., *sub* art. 6, p. 398. Cfr. anche provv. *Cereol/Continentale*, in *Boll.* 1992, n. 6, p. 22.

([101]) Cfr. provv. *Parmalat/Giglio*, in *Boll.*, 1993, n. 2, p. 29 ss.

Il riferimento alle alternative dei fornitori e degli utilizzatori permette di considerare la forza contrattuale dell'impresa in questione con i propri *partners* commerciali; qualora essi possano orientare le proprie scelte verso altri contraenti, la possibilità di un duraturo effetto anticoncorrenziale della concentrazione sarà sensibilmente ridotto ([102]).

6.3.1. *I poteri dell'Autorità* antitrust *in materia di concentrazioni anticoncorrenziali.*

L'art. 6 comma 2 consente all'Autorità *antitrust*, al termine dell'istruttoria di cui all'art. 16 comma 4, di vietare le concentrazioni che presentino i requisiti di cui si è detto, oppure di autorizzarle prescrivendo le misure necessarie ad impedirne gli effetti anticoncorrenziali ([103]).

La norma ha come corrispondente nel diritto comunitario l'art. 8.2 del reg. CEE 4064/89 ([104]).

L'Autorità ha, in effetti, utilizzato il potere di autorizzare concentrazioni potenzialmente lesive della concorrenza, indicando nel contempo le misure necessarie ad evitare gli effetti dannosi.

Un caso particolarmente interessante è stato quello *Alitalia /Malev* ([105]), in cui la compagnia aerea italiana comunicava il proposito di acquistare quella ungherese.

L'acquisizione avrebbe comportato un monopolio di fatto sulle rotte aeree tra Italia ed Ungheria; la situazione era aggravata dalla presenza di barriere all'entrata di carattere sia amministrativo (relative alle autorizzazioni governative necessarie a coprire la rotta), sia tecnico (relative alla ridotta disponibilità di scali), sia economico (relative ai costi fissi d'ingresso da affrontare per i possibili nuovi concorrenti).

Nel corso del procedimento i governi dei due Paesi e le compagnie interessate hanno assunto gli impegni necessari per realizzare l'abbattimento di tali barriere; l'Autorità ha quindi autorizzato la operazione, nonostante essa conducesse, come detto, ad una situazione di monopolio di fatto, in

---

([102]) Cfr. Toffoletto, in *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287*, a cura di Afferni, cit., p. 197 ss.; Ghezzi, in *Commentario breve al diritto della concorrenza*, a cura di Marchetti, Ubertazzi, cit., *sub* art. 6, p. 400 ss.

([103]) Cfr., *amplius*, Ghezzi, in *Commentario breve al diritto della concorrenza*, a cura di Marchetti, Ubertazzi, cit., *sub* art. 6, p. 404 ss.; Toffoletto, in *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287*, a cura di Afferni, cit., p. 206 ss.

([104]) Parte della dottrina ritiene che l'Autorità nazionale sia stata dotata di un potere più marcatamente discrezionale di quello attribuito alla Commissione. Cfr. Toffoletto, in *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287*, a cura di Afferni, cit., p. 206; Alessi, Olivieri, *Commento alla Legge 10 ottobre 1990*, cit., p. 54.

([105]) In *Boll.*, 1993, n. 7.

considerazione della possibilità di ingresso di nuovi concorrenti sul mercato ([106]).

7. *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato: struttura e funzioni.*

La novità fondamentale introdotta con la legge 287/1990 consiste nell'istituzione di un'apposita autorità amministrativa incaricata del controllo sull'applicazione della normativa *antitrust*.

Il connotato essenziale dell'Autorità *antitrust* è l'indipendenza nei confronti dell'esecutivo.

L'art. 10 comma 2 sancisce che l'Autorità "opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e valutazione".

La natura amministrativa ([107]) dell'organo *antitrust* e la sua caratterizzazione in termini di indipendenza hanno indotto la dottrina a considerarlo facente parte delle c.d. autorità amministrative indipendenti ([108]).

L'istituzione di tali organi, che si distinguono per forte imparzialità ed autonomia, e conseguentemente l'abbandono progressivo delle forme tradizionali di organizzazione amministrativa, ha caratterizzato le scelte del legislatore degli ultimi due decenni; tali scelte si giustificano con la necessità di affidare il monitoraggio di certi settori della vita economica e sociale a soggetti per quanto possibile immuni dai condizionamenti provenienti dal mondo politico e dal mondo dei poteri economici "forti".

Alle amministrazioni indipendenti sono difatti affidati quei settori in cui "si confrontano interessi privati connessi all'esercizio delle libertà di iniziativa economica ed interessi collettivi costituzionalmente protetti" ([109]).

Tali organi hanno il compito di assicurare che le attività proprie dei settori affidati alla loro cura si svolgano in modo fisiologico, nel pieno rispetto delle "regole del gioco"; non si tratta di attuazione diretta degli interessi in questione, ma, di nuovo, di garantire l'osservanza delle regole settoriali.

Il corretto svolgimento di tale compito presuppone evidentemente l'imparzialità e l'equidistanza delle autorità stesse rispetto agli interessi coinvolti.

([106]) Per una più ampia rassegna di provvedimenti di questo tenore cfr. TOFFOLETTO, in *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287*, a cura di Afferni, cit., p. 206 ss.; GOBBO, *Il mercato e la tutela della concorrenza*, Bologna, 1991, p. 197 ss.

([107]) Parte della dottrina sottolinea che alcune prerogative dell'Autorità *antitrust* sono tipiche degli organi giurisdizionali e non amministrativi; cfr. MARSON, in *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287*, a cura di Afferni, cit., p. 297 ss.; BETTIN, in *Commentario breve al diritto della concorrenza*, a cura di Marchetti, Ubertazzi, cit., *sub* art. 20, p. 418 s.

([108]) Sulle autorità amministrative indipendenti cfr., in generale, MARSON, in *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287*, a cura di Afferni, cit., p. 261 ss., in particolare nt. 3 p. 262 per ulteriori riferimenti bibliografici.

([109]) *Ibidem*, p. 265.

Occorre verificare quali garanzie siano state poste a presidio della indipendenza, neutralità e terzietà dell'Autorità garante della concorrenza al fine di chiarire la natura di tale organo e di verificare l'esattezza della sua collocazione nel novero delle autorità amministrative indipendenti.

7.1. *Le disposizioni a tutela dell'indipendenza dell'Autorità* antitrust.

L'art. 10 comma 2 della legge in commento determina la composizione dell'Autorità *antitrust*, i requisiti dei membri e la procedura di nomina degli stessi.

L'Autorità è composta dal Presidente e da quattro membri nominati con determinazione adottata d'intesa tra i Presidenti della Camera e del Senato ([110]).

Il Presidente deve essere scelto "tra persone di notoria indipendenza che abbiano ricoperto incarichi istituzionali di grande responsabilità e rilievo"; gli altri membri sono scelti tra i magistrati delle corti superiori, tra i professori universitari in materie giuridiche od economiche, o tra personalità provenienti dal mondo dell'economia; tutti i membri devono dare garanzia di indipendenza. Si vuole assicurare che tutti i componenti siano dotati di un bagaglio completo di imparzialità, esperienza e professionalità sufficiente per ricoprire il ruolo in questione.

Il comma 3 dell'articolo in commento detta una serie di prescrizioni a presidio dell'indipendenza dei membri, relativamente alla fase successiva alla nomina.

La durata della carica è particolarmente lunga, sette anni, e non è prevista la possibilità di riconferma. La carica stessa è incompatibile con lo svolgimento di attività professionali o di consulenza, con l'assunzione dell'incarico di amministratore o dello stato di dipendente in enti pubblici o privati.

Il comma 6 attribuisce all'Autorità la potestà di regolamentare la propria organizzazione ed il proprio funzionamento ([111]), il trattamento economico e

---

([110]) Parte della dottrina ha criticato la scelta dei soggetti competenti a nominare i membri dell'Autorità poiché i Presidenti dei due rami del Parlamento non darebbero garanzia di imparzialità, rispondendo essi all'influenza dei gruppi parlamentari rispettivi; cfr. Marson, in *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287*, a cura di Afferni, cit., p. 277; Aquilanti, in *Diritto italiano antitrust*, a cura di Frignani, Pardolesi, Patroni, Griffi, Ubertazzi, cit., p. 859.

([111]) Per quanto concerne l'autonomia organizzativa, un limite è previsto nel quinto comma dello stesso articolo che prevede l'emanazione di un apposito regolamento dell'esecutivo per stabilire "le procedure istruttorie che garantiscono agli interessati la piena conoscenza degli atti istruttori, il contraddittorio e la verbalizzazione"; il procedimento dell'Autorità è inoltre soggetto alla legge generale sul procedimento amministrativo n. 241/1990.

giuridico del personale e l'ordinamento delle carriere ([112]), nonché la gestione delle proprie spese ([113]).

In definitiva "il modello istituzionale adottato dal legislatore si segnala per il conferimento di garanzie di indipendenza e di neutralità certamente apprezzabili, in linea con (se non addirittura superiori a) quelle attribuite ad altre autorità amministrative indipendenti esistenti nel nostro ordinamento" ([114]).

7.2. *I rapporti tra l'Autorità* antitrust *e le altre autorità di settore.*

La generale competenza in materia *antitrust* attribuita all'Autorità istituita con la legge 287/1990 incontra un limite nell'art. 20 comma 2, laddove si rimette l'applicazione degli artt. 2, 3, 4 e 6 alla Banca d'Italia per i settori ricadenti nelle competenze della stessa ([115]).

In tali casi l'Autorità *antitrust* è tenuta a dare un proprio parere, non vincolante, entro trenta giorni dal ricevimento della documentazione relativa al procedimento in atto ([116]).

La *ratio* della deroga va individuata nella necessità di affidare la tutela di interessi ulteriori (nel nostro caso la stabilità del settore creditizio) rispetto a quello della libertà di iniziativa economica, di cui è tutore l'organo *antitrust*, ad un soggetto specializzato, che dispone di flussi privilegiati di informazioni.

([112]) Tuttavia l'autonomia relativa al trattamento del personale riceve un significativo ridimensionamento in virtù dell'art. 11 comma 2, che prevede che tale trattamento debba essere stabilito in base ai criteri fissati dal contratto di lavoro in vigore per la Banca d'Italia; cfr., *amplius*, Marson, in *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287*, a cura di Afferni, cit., p. 286.

([113]) Non è invece prevista l'autonomia finanziaria non essendo l'Autorità dotata di alcuna risorsa propria. Sull'autonomia contabile e sul fondo stanziato nel bilancio dello Stato ai sensi del comma 7 cfr. Marson, in *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287*, a cura di Afferni, cit., p. 290 ss.

([114]) *Ibidem*, p. 295. Lo stesso autore nota la pressoché totale assenza di disposizioni che consentano l'ingerenza o il controllo di organi statali sull'attività dell'Autorità *antitrust*; né tale conclusione può essere smentita dalla previsione dell'art. 25 che attribuisce al governo poteri eccezionali in materia di concentrazioni (potendo l'esecutivo vietare operazioni autorizzate dall'Autorità o dettare criteri per autorizzare concentrazioni vietate, in presenza di determinate condizioni; cfr. Toffoletto, in *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287*, a cura di Afferni, cit., p. 601 ss.; Alessi, Olivieri, *Commento alla Legge 10 ottobre 1990*, cit., p. 132 ss.).

([115]) È stato invece abrogato il comma 1 che prevedeva che le competenze per l'applicazione degli stessi articoli spettassero al Garante per l'editoria (cfr. art. 1 comma 6 lett. *c*) n. 9 l. 31 luglio 1997 n. 249).

([116]) Il comma 4 dell'articolo in commento rende invece necessaria l'acquisizione, da parte della Autorità, del parere dell'ISVAP nel caso di provvedimenti riguardanti imprese assicurative.

Pur comprendendo tali ragioni, la dottrina ha generalmente criticato la scelta di attribuire il compito di applicare la medesima disciplina sostanziale a diversi enti di controllo.

Meglio sarebbe stato assegnare la competenza in materia *antitrust* esclusivamente all'Autorità garante della concorrenza, tutelando gli interessi particolari del settore del credito mediante il riconoscimento della loro specialità (eventualmente dotando l'Autorità stessa di poteri specifici al riguardo) ([117]).

La dottrina ha pure sottolineato l'insufficienza dei criteri di coordinamento delle attività delle diverse Autorità settoriali dettati dalla legge 287/1990; non risultano chiari neppure i criteri in base ai quali devono ripartirsi le competenze rispettive ([118]).

Particolarmente complessi sono i casi in cui vengono poste in essere condotte rilevanti da parte di più soggetti (ad esempio intese) operanti in settori diversi, sottoposti quindi al controllo di diversi organi.

In questo caso alcuni autori sostengono la competenza dell'autorità cui è affidata la cura del mercato in cui si producono gli effetti ([119]); non manca tuttavia chi attribuisce la competenza per le fattispecie miste interamente all'Autorità *antitrust* ([120]).

Qualora gli effetti interessino diversi mercati, ciascun organo dovrebbe conservare le competenze relative al proprio settore ed adottare i provvedimenti limitatamente allo stesso, ai sensi del comma 7 dell'articolo in commento.

Sezione II
IL SISTEMA SANZIONATORIO NAZIONALE DELLA CONCORRENZA

8. *Considerazioni introduttive.*

Le violazioni della normativa italiana in tema di concorrenza vengono, di regola, punite in via amministrativa. Infatti, come vedremo subito, il ricorso alla sanzione penale — già nella l. 287/1990 riservato ai soli illeciti in tema di

---

([117]) Alessi, Olivieri, *Commento alla Legge 10 ottobre 1990*, cit., p. 122 ss.

([118]) A questo proposito sia in dottrina che nella prassi applicativa sembra emergere la tendenza ad attribuire la competenza all'una o all'altra autorità in dipendenza non dei soggetti attori delle condotte rilevanti, ma dei settori (*rectius* mercati) in cui si producono gli effetti; cfr. Alessi, Olivieri, *Commento alla Legge 10 ottobre 1990*, cit., p. 122 ss.; Bettin, in *Commentario breve al diritto della concorrenza*, a cura di Marchetti, Ubertazzi, cit., *sub* art. 20, p. 455 ss.

([119]) Alessi, Olivieri, *Commento alla Legge 10 ottobre 1990*, cit., p. 124.

([120]) Bettin, in *Commentario breve al diritto della concorrenza*, a cura di Marchetti, Ubertazzi, cit., *sub* art. 20, p. 456.

partecipazione al capitale degli enti creditizi — è stato circoscritto nelle successive riforme ad ipotesi sempre più specifiche e marginali.

Nei paragrafi successivi si darà conto dell'*excursus* normativo delle fattispecie penali in materia *antitrust*, nonché della piena applicabilità a tali norme incriminatici dei principi fondamentali riguardanti l'illecito penale in generale.

Tuttavia, i comportamenti anticoncorrenziali puniti con sanzioni amministrative saranno oggetto di una ancor più attenta analisi, per due ragioni essenziali: in primo luogo, in considerazione del loro ruolo prioritario nell'ambito del diritto punitivo della concorrenza; in secondo luogo, in vista delle peculiarità concernenti l'applicazione di determinati principi e criteri generali in materia di illecito amministrativo (quali il principio di colpevolezza ed i criteri che informano la commisurazione delle sanzioni) nel settore dell'illecito *antitrust*.

Infine, nell'ambito delle conseguenze *lato sensu* pregiudizievoli per l'autore degli illeciti in questione, alcuni cenni saranno dedicati al regime civilistico del risarcimento del danno causato da una condotta anticoncorrenziale: anche in tale ambito, infatti, si riscontrano dubbi interpretativi e difficoltà applicative, di cui si darà sommariamente conto.

9. *La progressiva restrizione dell'area dell'illecito penale in tema di concorrenza.*

Nella legge 287/1990 il ricorso alla sanzione penale era originariamente previsto esclusivamente in relazione a taluni illeciti contenuti, rispettivamente, negli artt. 27 e 29 commi 1 e 2.

Essi si riferivano a tre ipotesi particolari:

a) mancanza, incompletezza o falsità della richiesta d'autorizzazione per l'acquisizione di partecipazioni al capitale degli enti creditizi o della comunicazione delle partecipazioni già esistenti, necessarie quando le partecipazioni in questione superassero determinate percentuali (art. 27);

b) violazione del divieto d'esercizio del diritto di voto relativamente alle azioni la cui acquisizione non fosse ancora stata autorizzata (art. 29 comma 1);

c) inottemperanza dell'obbligo di vendita delle azioni che eccedessero il 15% del capitale degli enti creditizi (art. 29 comma 2).

Questo insieme di fattispecie penali è stato oggetto di riforma ad opera della l. 14 dicembre 1992 n. 481, tesa essenzialmente a semplificare le norme in questione. Successivamente, il d.lgs. 1 settembre 1993 n. 385 ha abrogato le disposizioni penali di cui alla l. 287/1990 e successive modificazioni, riformulando taluni degli illeciti penali ivi precedentemente previsti, mentre i restanti venivano in parte eliminati dall'ordinamento, in parte trasformati in illeciti amministrativi. Un'ulteriore ancor più drastica potatura delle condotte penalmente rilevanti in materia di concorrenza si è avuta col d.lgs. 23 luglio 1996 n. 415, il quale ha mantenuto in ambito criminale esclusivamente le

false dichiarazioni contenute vuoi nella domanda di autorizzazione all'acquisizione di quote particolarmente significative del capitale di enti creditizi, vuoi nella comunicazione relativa alla conclusione di accordi per l'esercizio concertato del diritto di voto.

Attualmente, è dunque questa l'unica fattispecie penale sopravvissuta tra quelle originariamente previste dalla legge *antitrust* 287/1990. Si tratta di una contravvenzione, punita ai sensi dell'art. 139 del d.lgs. 385/1993 con la pena dell'arresto fino a tre anni.

9.1. *La disciplina penale della concorrenza: principi ed istituti.*

Data l'estrema limitatezza del ricorso al diritto penale in tema di concorrenza, e data anche l'assenza in tale ambito di deviazioni dalla tradizionale disciplina dell'illecito penale, in questa sede sarà fornito un quadro estremamente sintetico dei principi e degli istituti penalistici ivi operanti; per contro, nei prossimi paragrafi, sarà riservata maggiore attenzione ai principi ed istituti applicabili in relazione agli illeciti amministrativi in materia di concorrenza.

Per quanto concerne innanzitutto l'irrogazione delle sanzioni penali, nel sistema giuridico italiano (e naturalmente anche nel settore della concorrenza) esse sono poste a carico delle sole persone fisiche, se giudicate imputabili, cioè se giudicate capaci di intendere e di volere ([121]). Alle persone giuridiche non possono essere infatti applicate sanzioni penali, ma solo sanzioni amministrative. Ciò in quanto nel sistema penale italiano, nonostante le insistenze di una parte della dottrina e le stesse sollecitazioni provenienti dagli organi comunitari, non sono state ancora introdotte forme di responsabilità penale a carico delle persone giuridiche.

Passando ora alle questioni relative alle fondamentali garanzie penalistiche sancite dal codice penale — e prima ancora dalla Costituzione italiana — va sottolineato che esse si applicano senza eccezioni anche nel (come detto estremamente circostanziato) diritto penale della concorrenza.

In tale ambito risulta quindi vigente il principio *nullum crimen sine lege*, che in Italia viene inteso in senso particolarmente rigoroso, specialmente per quanto riguarda i sui tre corollari della c.d. "riserva di legge" ([122]), del divieto

([121]) Nel sistema italiano è senz'altro considerato capace di intendere e di volere il soggetto maggiore di anni 18 e sano di mente. Rispetto ai soggetti minori degli anni 18, ma maggiori degli anni 14 il giudice deve accertare di volta in volta se l'autore del reato era o no imputabile. Infine i soggetti minori degli anni 14 sono considerati sempre e comunque non imputabili.

([122]) In Italia infatti, almeno in linea di principio, solo il Parlamento può varare leggi contenenti norme penali. I testi penali varati dal Governo presuppongono il previo consenso, o la successiva ratifica del Parlamento (cfr. artt. 76 e 77 Cost.).

di retroattività della norma penale sfavorevole (123) e della c.d. "determinatezza" (o "precisione") della fattispecie (124).

Dal principio di determinatezza della legge penale si deduce anche, inconfutabilmente il divieto di analogia, naturalmente circoscritto alle norme penali di sfavore (125).

Quanto poi al principio di retroattività della lex mitior, esso non viene previsto a livello costituzionale, con la conseguenza che in ambito penale il legislatore resta libero di prevedere l'irretroattività di talune norme penali di favore. Quest'ultima soluzione risulta comunque scarsamente utilizzata in quanto, in linea generale, in tema di successione di leggi penali trova applicazione l'art. 2 comma 3 c.p., il quale stabilisce che "se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile". Ragioni di economia processuale (più esplicitamente, la consapevolezza dell'estrema difficoltà di riquantificare le pene irrogate, ogni volta che sia intervenuta una modifica legislativa *in bonam partem*) ha indotto il legislatore a fissare questo limite alla retroattività favorevole. Limite che, peraltro, cessa di sussistere quando la legge posteriore anziché prevedere un trattamento più favorevole per il reo, addirittura abroga il reato. In questo caso, ai sensi dell'art. 2 comma 2 c.p., anche "se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali" (126).

Passando ora al principio di colpevolezza, è ormai opinione pressoché unanime che esso risulti costituzionalizzato in quanto ricavabile dal principio costituzionale di personalità della responsabilità penale (art. 27 comma 1 Cost.). Pertanto, deve in linea di principio ritenersi che l'autore del reato possa essere condannato e assoggettato alla sanzione penale solo se il fatto da lui commesso sia stato realizzato con dolo o con colpa (127).

---

(123) Peraltro, pur non senza contrasti in dottrina, viene talora ammessa la retroattività della disciplina delle c.d. misure di sicurezza, anche se sfavorevole al condannato, nonché la retroattività di talune norme processuali capaci anch'esse di produrre effetti sfavorevoli in capo all'imputato.

(124) Vale a dire di chiarezza e precisione della norma penale, così da limitare al massimo i problemi di interpretazione ad essa connessi.

(125) Per contro, anche se con taluni limiti, il sistema italiano ammette l'analogia *in bonam partem*. In argomento cfr., per tutti, Mantovani, *Diritto penale*, Padova 1992, p. 110 ss.; *amplius*, Marinucci, Dolcini, *Corso di diritto penale*, Milano, 1999, p. 123 ss.

(126) Va infine precisato che, ai sensi del comma 4 dell'art. 2 c.p., la retroattività favorevole al reo non opera rispetto alle leggi penali eccezionali e a quelle temporanee, vale a dire caratterizzate da una durata predeterminata.

(127) Merita di essere sottolineato che il codice penale italiano del 1930 prevedeva talune ipotesi di responsabilità oggettiva tendenzialmente incompatibili con il dettato costituzionale. Non deve dunque stupire se, con l'avvento della Costituzione, le norme in questione siano state, ove possibile, reinterpretate in chiave di colpevolezza, ovvero siano state dichiarate costituzionalmente illegittime. Le pochissime ipotesi di responsabilità oggettiva tuttora esistenti (cfr., in particolare, l'art. 117 c.p.)

Per quanto attiene, infine, all'istituto della prescrizione, occorre distinguere tra la prescrizione del reato, che interviene prima della sentenza di condanna, e la prescrizione della pena, che interviene successivamente alla sentenza stessa ([128]).

La lunghezza dei termini prescrizionali del reato e della pena dipende, rispettivamente, dalla gravità astratta del reato, ricavabile dal massimo edittale della sanzione, e dalla pena concretamente irrogata con la sentenza di condanna. In Italia (fatta eccezione per i più gravi reati, che non sono soggetti a prescrizione), le varie forme di prescrizione in materia penale hanno una durata oscillante tra i due e i trenta anni.

Per ciò che concerne l'unico reato previsto in materia *antitrust*, vale a dire quello di cui all'art. 139 d.lgs. 385/1993, esso, in quanto contravvenzione punita con la pena dell'arresto, si estingue in tre anni ai sensi dell'art. 157 comma 1 n. 5 c.p. In caso di sentenza definitiva, la relativa pena si estingue in cinque anni, ai sensi dell'art. 173 comma 1 c.p.

10. *Il primato dell'illecito amministrativo e delle relative sanzioni pecuniarie nella normativa* antitrust.

Come in precedenza si è avuto modo di sottolineare, lo strumento privilegiato per colpire gli illeciti in materia di concorrenza è costituito dalla sanzione amministrativa, la quale, tuttavia, nel settore qui considerato presenta significative peculiarità applicative.

Gli artt. 15 e 19 della legge 287/1990 prevedono una serie di sanzioni amministrative a presidio del divieto di intese restrittive della concorrenza, del divieto di abuso di posizione dominante, dell'obbligo di comunicazione delle concentrazioni di cui all'art. 16 comma 1 e del divieto di concentrazioni proibite dall'Autorità ai sensi dell'art. 18.

In particolare, l'art. 15 stabilisce che "se a seguito dell'istruttoria di cui all'art. 14 l'Autorità ravvisa infrazioni agli artt. 2 o 3 ([129]) fissa alle imprese e agli enti interessati il termine per l'eliminazione delle stesse".

Pertanto, le condotte anticoncorrenziali non vengono sempre e comun-

---

appaiono anch'esse destinate ad essere dichiarate incostituzionali. Sulla progressiva affermazione del principio di colpevolezza nel sistema penale italiano cfr., da ultimo, Dolcini, *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 863 ss.

([128]) Nel sistema italiano alcuni istituti (quali in particolare la recidiva, la dichiarazione di delinquente professionale o per tendenza) comportano un aumento dei tempi di prescrizione, o addirittura escludono l'operatività di tale istituto (il quale peraltro — merita sottolinearlo — non trova applicazione nemmeno rispetto ai reati puniti con la pena dell'ergastolo o in caso di irrogazione di tale pena).

([129]) Infrazioni, queste, concernenti rispettivamente le intese e gli abusi di posizione dominante.

que assoggettate a sanzione, ma, inizialmente, ne viene solo ordinata la cessazione con un provvedimento di diffida. L'articolo in commento stabilisce successivamente che solo in caso di "infrazioni gravi, tenuto conto della gravità e della durata", l'Autorità disponga il pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria compresa tra l'1% ed il 10% del fatturato realizzato da ciascuna impresa coinvolta, relativamente ai prodotti oggetto della pratica anticoncorrenziale.

Dunque, l'assoggettabilità delle infrazioni agli artt. 2 e 3, non sussiste in ogni caso, ma dipende dal giudizio di gravità delle infrazioni stesse, giudizio che spetta all'Autorità *antitrust*. A questo proposito, parte della dottrina ha sottolineato l'eccessiva discrezionalità lasciata all'organo garante della concorrenza, in quanto dalla legge non viene specificato alcun parametro in base al quale valutare la sussistenza del requisito della gravità. Secondo la succitata dottrina, questo stato di cose potrebbe comportare una censura di incostituzionalità della norma, per violazione del principio di determinatezza, qualora quest'ultimo si ritenesse applicabile anche all'illecito amministrativo ([130]).

Invero, la discrezionalità in capo al garante della concorrenza risulta davvero oltremodo estesa in virtù del fatto che la gravità dell'infrazione non è solo elemento costitutivo della fattispecie punibile, ma anche criterio di commisurazione della sanzione ([131]).

In definitiva, per stabilire l'effettiva punibilità delle infrazioni *antitrust* se ne dovrà valutare la gravità; in caso di infrazione grave (e quindi punibile) si dovrà ulteriormente valutare il livello di gravità dell'infrazione stessa al fine di commisurare la sanzione ([132]).

Il comma 2 dell'articolo in commento prevede che, in caso di inottemperanza della diffida di cui al comma 1, l'Autorità applichi una sanzione pecuniaria di importo fino al 10% del fatturato realizzato da ciascuna delle imprese coinvolte, relativamente ai prodotti oggetto della pratica. Qualora, poi, fosse già stata irrogata una sanzione ai sensi del comma 1 (quindi nei casi di infrazioni gravi), la nuova sanzione dovrà essere di importo minimo doppio rispetto alla prima, fermo restando il limite edittale massimo del 10% del fatturato.

([130]) Cfr. Licciardello, *Le sanzioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 363 ss., il quale, peraltro, propende per l'applicabilità del principio costituzionale al solo illecito penale; sul punto cfr., *infra*, *sub* par. 10.1.

([131]) Ciò ai sensi del ricordato inciso dell'art. 15 comma 1 "tenuto conto della gravità e della durata dell'infrazione".

([132]) Per un'analisi dei criteri di valutazione della gravità (intesa sia come parametro per la cernita tra violazioni punibili e quelle non punibili, sia come parametro per la commisurazione della sanzione in concreto) si rinvia al par. 11 dedicato ai criteri di determinazione della sanzione.

L'illecito in oggetto si consuma nel momento in cui scade il termine assegnato dall'Autorità per la cessazione delle condotte anticoncorrenziali, senza che i destinatari abbiano adempiuto l'ordine stesso.

L'art. 15 conclude prevedendo che "nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività d'impresa fino a trenta giorni": si tratta dell'unica sanzione di carattere interdittivo prevista dalla legge *antitrust*.

È opportuno, anche in questo caso, sottolineare la discrezionalità attribuita all'Autorità ([133]), la quale *può* applicare la sanzione in esame. Tale discrezionalità si giustifica in considerazione dello straordinario coefficiente affittivo della sanzione in questione, capace di condizionare la capacità produttiva e l'immagine dell'impresa, pregiudicando anche interessi ulteriori rispetto a quelli dell'autore dell'illecito (si pensi, ad esempio, ai dipendenti).

In mancanza di parametri normativi, si ritiene che l'esercizio della potestà sanzionatoria e di commisurazione della sanzione debbano esercitarsi avuto riguardo, ancora una volta, alla "gravità" della violazione ed, in definitiva, agli stessi criteri previsti per l'applicazione delle sanzioni pecuniarie.

Quanto all'art. 19, esso provvede a sanzionare alcune condotte illecite in materia di concentrazioni lesive della concorrenza, distinguendo le violazioni in base ad una tecnica analoga a quella seguita dagli artt. 14 e 15 reg. CEE 4064/89 ([134]). Come detto in precedenza (*sub* par. 6.2), le concentrazioni aventi certi requisiti (relativi ai fatturati delle imprese coinvolte) devono essere comunicate all'Autorità, ai sensi dell'art. 16 comma 1 l. 287/1990. Quest'ultima deve valutare se le operazioni notificate comportino effetti lesivi per la concorrenza ai sensi dell'art. 6 della stessa legge; in caso affermativo l'Autorità può, ai sensi dell'art. 18 del medesimo testo, vietare le concentrazioni oppure, se nel frattempo esse sono già state realizzate, prescrivere le misure necessarie a ripristinare condizioni di concorrenza effettiva. La dottrina ha pertanto notato che le concentrazioni non sono mai *ab inizio* illecite, ma lo diventano nel momento in cui l'Autorità le vieta ([135]).

Più specificamente, l'art. 19 comma 1 stabilisce che "qualora le imprese realizzino un'operazione di concentrazione in violazione del divieto di cui

---

([133]) Cfr. Mucciarelli, *Le sanzioni nella legge* antitrust, in *LP*, 1991, p. 617, ove si sottolinea che la discrezionalità è ulteriormente accresciuta dal fatto che pure l'elemento genetico dell'infrazione, cioè la diffida che rimane inottemperata, è provvedimento in parte discrezionale dell'Autorità; tutto ciò considerato lo stesso autore ritiene che "le perplessità sulla formulazione della fattispecie in esame si accrescono considerevolmente e sfociano in un sicuro giudizio di illegittimità costituzionale, qualora si ritenga (...) che i principi di determinatezza e tassatività debbano essere rispettati anche in materia di illecito amministrativo".

([134]) Sul punto cfr. Talenti, in *Commentario breve al diritto della concorrenza*, a cura di Marchetti, Ubertazzi, cit., *sub* art. 19, p. 450.

([135]) Cfr. Licciardello, *Le sanzioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit., p. 372.

all'art. 18, comma 1, o non ottemperino alle prescrizioni di cui al comma 3 del medesimo articolo, l'Autorità infligge sanzioni amministrative pecuniarie" comprese tra l'1% ed il 10% del fatturato delle attività d'impresa oggetto della concentrazione. L'analisi degli illeciti in questione non ha suscitato particolari dubbi interpretativi; si ritiene, in linea di principio, che la violazione sussista anche nel caso in cui le imprese abbiano rispettato soltanto parzialmente o tardivamente le prescrizioni impartite dall'Autorità ai sensi dell'art. 18 comma 3 ([136]).

Il comma 2 dell'articolo in commento sanziona, invece, la violazione dell'obbligo di comunicazione delle concentrazioni sancito dall'art. 16, prevedendo che "l'Autorità *può* infliggere (...) sanzioni amministrative pecuniarie fino all'1% del fatturato (...) in aggiunta alle sanzioni applicabili in base a quanto previsto dal comma 1 (...)" ([137]).

Anche in questo caso la sanzione è applicata dall'Autorità discrezionalmente, sia nell'*an* ([138]) che nel *quantum* ([139]).

10.1. *La disciplina generale dell'illecito amministrativo in Italia.*

In Italia l'illecito amministrativo, pressoché da sempre esistente, ha trovato una sua organica disciplina solo con la l. 24 novembre 1981 n. 689. Tale legge detta al capo I i principi generali applicabili in materia di sanzioni amministrative e le fondamentali regole processuali per la loro applicazione.

La disciplina in questione è stata pensata con specifico riferimento alle persone fisiche, le quali, ai sensi dell'art. 2 della legge in questione, possono essere assoggettate a sanzioni amministrative solo se di età non inferiore a 18 anni e se capaci di intendere e di volere. Tuttavia in base all'art. 6 comma 3 l. 689/1981, "se la violazione è commessa dal rappresentante o dal dipendente di una persona giuridica o di un ente (...) o, comunque, di un imprenditore (...) la persona giuridica o l'ente o l'imprenditore è obbligato in solido con l'autore della violazione al pagamento della somma da questo dovuta". Tale disposizione configura, in definitiva, una forma di responsabilità solidale per "l'obbligazione pecuniaria derivante dall'illecito ammi-

---

([136]) Cfr. Mucciarelli, *Le sanzioni nella legge* antitrust, cit., p. 619

([137]) La norma non fa riferimento alle sole attività oggetto della concentrazione, per la determinazione del fatturato su cui va calcolata la sanzione, ma la dottrina ritiene implicito tale riferimento.

([138]) Circa ai casi in cui la sanzione merita o meno di trovare applicazione cfr. diffusamente e su posizioni divergenti, Licciardello, *Le sanzioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit., p. 376; Mucciarelli, *Le sanzioni nella legge* antitrust, cit., p. 620 s.

([139]) Per una analisi dei criteri di commisurazione della sanzione cfr., *infra*, *sub* par. 11.

nistrativo" ([140]), e ribadisce come la persona fisica sia il destinatario esclusivo della sanzione amministrativa. Tant'è che, ai sensi del comma 4 del medesimo articolo, la persona giuridica obbligata in solido, in caso di pagamento, "ha diritto di regresso per l'intero nei confronti dell'autore della violazione".

Per ovviare alla assai criticata assenza di una organica normativa sanzionatoria specificamente rivolta a colpire le persone giuridiche, la l. 29 settembre 2000 n. 300 ([141]) ha delegato il Governo ad emanare entro 8 mesi un decreto legislativo avente ad oggetto "la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle società, associazioni od enti privi di responsabilità giuridica". Detta responsabilità, sempre secondo quanto stabilito dalla legge delega, risulta connessa alla commissione da parte di una o più persone fisiche, agenti nell'interesse della società stessa, di talune, tassative ipotesi di reato indicate nella legge. Nonostante che la l. 300/2000 abbia dettato principi e criteri direttivi abbastanza stringenti, solo con l'imminente varo del decreto legislativo di fonte governativa, risulterà chiaro nei suoi esatti profili il modello di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche accolto in Italia.

Tutto ciò premesso, appare chiaro che a tutt'oggi la disciplina *antitrust* dettata dalla l. 287/1990 costituisce, per così dire un'eccezione all'interno dell'attuale complessivo sistema sanzionatorio italiano, dato che in essa — più di dieci anni prima del succitato decreto di futura emanazione — venivano previste in via generale forme di responsabilità amministrativa della persona giuridica. Forme di responsabilità che — quantomeno secondo la più attenta dottrina — trovano la loro radice nella realizzazione di una violazione posta in essere da una o più persone fisiche, le cui condotte risultino riferibili alla persona giuridica stessa ([142]). Come intuibile, il fatto che la legge italiana *antitrust* sancisca, in tendenziale contrasto con quanto sinora previsto in via generale dall'ordinamento italiano, forme di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, ha favorito il sorgere ed il persistere di taluni dubbi interpretativi circa la sua compatibilità con i principi e con gli istituti in tema di sanzioni amministrative dettati, con riferimento alle persone fisiche, dalla l. 689/1981. La questione viene lasciata aperta dall'art. 31 della legge *antitrust* ([143]), il quale stabilisce che "per le

---

([140]) Sul punto cfr., *amplius*, e per tutti, Dolcini, in *Commentario delle "modifiche al sistema penale"*, a cura di Dolcini, Giarda, Mucciarelli, Paliero, Riva Crugnola, Milano, 1982, *sub* art. 6, p. 41 ss.

([141]) In *Gazz. Uff.*, 25 ottobre 2000, n. 250, S.O.

([142]) Cfr., in particolare, Alessandri, in *Commentario breve al diritto della concorrenza*, a cura di Marchetti, Ubertazzi, cit., *sub* art. 31, p. 469; Licciardiello, *Sulle sanzioni a tutela della concorrenza e del mercato. Italia e Francia a confronto*, in *Riv. it. di pubbl. com.*, 1993, p. 111.

([143]) Cfr. Alessandri, in *Commentario breve al diritto della concorrenza*, a cura di Marchetti, Ubertazzi, cit., *sub* art. 31, p. 467.

sanzioni amministrative conseguenti alla violazione della presente legge si osservano, *in quanto applicabili*, le disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II, della l. 24 novembre 1981, n. 689". Proprio per il fatto che i principi generali enunciati nella suddetta legge sono stati costruiti pensando ad illeciti commessi da persone fisiche, risulta tutt'altro che chiaro quali di tali principi siano senz'altro applicabili, quali non lo siano e quali possano esserlo solo a seguito di un'attività interpretativa diretta a renderli compatibili con la specificità dagli illeciti *antitrust*.

Nel prosieguo della trattazione, l'esame delle garanzie penalistiche applicabili agli illeciti amministrativi ed alle relative sanzioni pecuniarie sarà fatta privilegiando, per l'appunto, la disciplina italiana esistente sulla base della l. 689/1981 e dei relativi sviluppi interpretativi. Come ovvio, le deviazioni previste in relazione a tale disciplina dalla legge *antitrust* e dall'interpretazione ad essa data dalla giurisprudenza e dalla stessa dottrina saranno puntualmente segnalate.

a) Passando dunque all'analisi dei tratti caratterizzanti la disciplina italiana dell'illecito amministrativo, con specifico riferimento ai suoi fondamentali principi garantistici, occorre innanzitutto sottolineare che anche le sanzioni amministrative si improntano al *principio di stretta legalità*. In base all'art. 1 l. 689/1981, infatti, "nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione. Le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto nei casi e per i tempi in esse considerati".

Secondo la migliore dottrina ([144]), sulla base di tale disposizione devono ritenersi applicabili anche in materia di illecito amministrativo i tre fondamentali corollari del principio di legalità (riserva di legge, determinatezza, irretroattività).

a1) Per ciò che concerne il principio della riserva di legge, esso in linea di massima tende a ricalcare i lineamenti assunti in materia penale. Tuttavia, tra la riserva di legge in materia penale e quella in materia amministrativa esistono taluni significativi punti di divergenza. In particolare, è assolutamente pacifico che fonte di un illecito amministrativo possa essere non solo una legge nazionale, ma anche una legge regionale ([145]); anzi, numerose sono ormai le leggi regionali che puniscono con sanzione amministrativa le violazioni dei propri precetti.

a2) A proposito della determinatezza (cioè della chiarezza e precisione) delle norme punitive amministrative, ancora una volta occorre fare riferimento ai profili assunti da tale principio in materia penale; tuttavia, in

---

([144]) Cfr. Dolcini, in *Commentario delle "modifiche al sistema penale"*, a cura di Dolcini, Giarda, Mucciarelli, Paliero, Riva Crugnola, cit., *sub* art. 1, p. 9 ss.

([145]) Viceversa, il problema, a suo tempo assai dibattuto, relativo alla possibilità o meno di creare fattispecie penali da parte dei Parlamenti regionali, deve ormai ritenersi definitivamente risolto in senso negativo

relazione agli illeciti amministrativi, tenuto anche conto del minor coefficiente di afflittività delle relative sanzioni, il principio di determinatezza della norma sanzionatoria viene solitamente inteso in senso meno rigoristico. Ciò comporta, di riflesso, l'attribuzione in capo all'organo giudicante di un potere discrezionale un po' più esteso di quello solitamente attribuitogli in ambito penale. Potere nell'ambito del quale l'interpretazione estensiva della norma potrebbe rischiare, quantomeno in taluni casi limite, di confondersi (più di quanto non accada, per l'appunto, in ambito penale) con l'analogia *in malam partem* ([146]). Resta comunque il fatto che, in linea di principio, l'analogia *in malam partem* deve considerasi vietata anche rispetto agli illeciti amministrativi.

Per ciò che riguarda, invece, l'analogia *in bonam partem*, parallelamente a quanto già detto con riferimento all'analogia in materia criminale, deve ritenersi indubbiamente preferibile la tesi della sua ammissibilità ([147]).

a3) Venendo ora al divieto di retroattività, esso si ricava, limitatamente alle norme sanzionatorie amministrative sfavorevoli, dall'art. 1 comma 1 l. 689/1981.

Per contro, la norma amministrativa tende a retroagire ove la relativa sanzione sia meno grave di quella precedentemente prevista per lo stesso fatto. Tuttavia, la mancata costituzionalizzazione del principio del *favor rei* (o della *lex mitior*) sembra rendere ammissibile la scelta legislativa di non far retroagire la norma amministrativa favorevole, e dunque di accogliere in tutto il suo rigore il principio *tempus regit actum*.

Per altro verso, si ritiene che la norma sanzionatoria amministrativa possa retroagire rispetto ai fatti in precedenza costituenti illecito penale e successivamente depenalizzati. In caso contrario, si giungerebbe al risultato, per molti aspetti paradossale, di non potere assoggettare ad alcuna sanzione l'illecito amministrativo che al tempo della sua realizzazione costituiva reato. Infatti, in tal caso, da un lato la sanzione penale risulterebbe inapplicabile a seguito dell'avvenuta depenalizzazione; dall'altro lato nemmeno potrebbe farsi ricorso alla sanzione amministrativa, stante che all'epoca della commissione del fatto quest'ultimo non costituiva, per l'appunto, illecito amministrativo.

b) Quanto al problema della rilevanza del principio di colpevolezza rispetto alle sanzioni amministrative applicabili in materia *antitrust*, esso risulta indubbiamente di estrema complessità. In questa sede sarà dunque possibile fornire, rispetto al problema in esame, solo una risposta oltremodo sintetica. Dato di partenza ineludibile è che, ai sensi dell'art. 3 l. 689/1981, la sanzione

---

([146]) Come noto una parte della dottrina penale pone in dubbio l'esistenza di un netto discrimine logico tra interpretazione estensiva e analogia: cfr., per tutti, Hassemer, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, in *Testo e diritto*, *Ars interpretandi*, 1997, n. 2, p. 190

([147]) *Ibidem*, p. 20 s.

amministrativa risulta applicabile solo ove l'autore agisca con dolo o colpa. Vero è, però, che nella legge in questione il requisito dell'elemento soggettivo sembra calibrato in relazione ad un autore persona fisica. La questione è allora quella di verificare se in relazione alle violazioni *antitrust* poste in essere (almeno di regola) da persone giuridiche, risulti ancora operante il principio di colpevolezza sancito dalla legge 689/1981, in quanto "applicabile" ai sensi dell'art. 31 l. 287/1990.

Prima di addentrarsi nell'analisi di tale questione occorre premettere come essa presenti una effettiva rilevanza solo con riferimento agli illeciti sanzionati dall'art. 15 l. 287/1990 (intese e abuso di posizione dominante) e non anche con riferimento agli illeciti di cui all'art. 19 (concentrazioni), poiché il contenuto stesso di quest'ultima norma sembra delineare tipologie di violazioni realizzabili solo con dolo o colpa. Rispetto dunque agli illeciti in tema di intese e abuso di posizione dominante, il problema della necessità o meno di un coefficiente di colpevolezza in capo all'ente agente sembra ammettere quantomeno tre diverse tesi.

In base alla prima — che sembra trovare i suoi presupposti nella concezione c.d. unitaria delle sanzioni punitive e nella idea della riconducibilità del principio costituzionale di responsabilità "personale" (dunque colpevole) ad ogni tipo di illecito (penale o amministrativo) e ad ogni tipo di autore (persona fisica o giuridica) — anche in relazione agli illeciti in materia *antitrust* le ipotesi di responsabilità oggettiva dovrebbero risultare senz'altro escluse ([148]).

In base alla seconda tesi — che sembra ricollegabile alle concezioni volte a circoscrivere il principio di personalità-colpevolezza della responsabilità *ex* art. 27 comma 1 solo agli illeciti *stricto sensu* penali, o comunque agli illeciti realizzati dalle persone fisiche — le violazioni in tema di intese ed abuso di posizione dominante prescinderebbero da qualsivoglia coefficiente di colpevolezza dell'ente-soggetto attivo ([149]).

In base, infine, *ad una terza intermedia tesi*, la questione dell'applicabilità alla legge *antitrust* degli artt. 2 e 3 l. 689/1981 in tema di imputabilità e colpevolezza risulterebbe tendenzialmente irresolubile. Anche se, per vero, i sostenitori di questa tesi sembrano propendere, nella materia in oggetto, per schemi di responsabilità della persona giuridica atti ad evitare in capo ad essa forme di responsabilità oggettiva ([150]), con risultati inter-

---

([148]) In argomento cfr., anche per ulteriori approfondimenti e riferimenti bibliografici, Alessandri, in *Commentario breve al diritto della concorrenza*, a cura di Marchetti, Ubertazzi, cit., *sub* art. 31, p. 469.

([149]) Al riguardo cfr., in particolare, Schiavano, in *Commentario breve al diritto della concorrenza*, a cura di Marchetti, Ubertazzi, cit., *sub* art. 15, p. 435 ss.

([150]) Sul punto cfr., diffusamente e per tutti, Licciardello, *Le sanzioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 360 ss., e bibliografia ivi riportata.

pretativi, quindi, in qualche modo analoghi a quelli raggiunti dai seguaci della prima tesi.

Il problema della rilevanza dell'elemento soggettivo in materia di illeciti *antitrust* sembra comunque assumere ulteriori, peculiari aspetti in ragione della particolare struttura della disciplina sanzionatoria di cui all'art. 15 l. 287/1990. In base a tale disciplina, mentre *le infrazioni da ritenersi non gravi* sono assoggettabili a sanzione amministrativa pecuniaria solo in caso di mancato rispetto del termine fissato dall'Autorità per l'eliminazione delle infrazioni stesse ([151]), *le infrazioni gravi* sono senz'altro punite con sanzione amministrativa pecuniaria, senza cioè che sia consentito all'ente di evitare la sanzione cessando entro un dato termine il comportamento vietato. Al riguardo è importante sottolineare che, secondo la più attenta dottrina, gli elementi della colpa e del dolo dovrebbero "rientrare nel paniere dei criteri" ([152]) utilizzati dall'Autorità per valutare la gravità del fatto. Ancora una volta, quindi, in assenza di dolo o colpa, gli atti anticoncorrenziali non potrebbero essere puniti con sanzione amministrativa; o meglio, potrebbero esserlo solo nel caso di mancata ottemperanza della diffida a cessare gli atti in questione.

c) Infine *con riferimento all'istituto della prescrizione in ambito amministrativo* — e segnatamente riguardo alle violazioni in materia *antitrust* — essa risulta disciplinata in modo assai diverso rispetto a quanto previsto in materia penale. Infatti, il legislatore del 1981, pur prefiggendosi di introdurre una vera e propria disciplina generale degli illeciti amministrativi, ha tralasciato di elaborare un organico sistema di cause estintive dell'illecito e della sanzione analogo a quello penale ([153]). Esso si è, infatti, limitato a regolare gli effetti derivanti dalla *mancata contestazione* nonché, per l'appunto, dalla *prescrizione*.

c1) Con riferimento al primo di questi due istituti, merita di essere sottolineato che le violazioni amministrative debbono essere, ove possibile, contestate immediatamente al trasgressore (art. 14 comma 1 l. 689/1981). Ove poi non si sia avuta contestazione immediata, gli estremi delle violazioni debbono essere notificati agli autori del fatto nel termine di 90 giorni se residenti in Italia, ovvero di 360 giorni se residenti all'estero. In caso di mancata notificazione nel termine prescritto, l'obbligazione di pagare la

---

([151]) Sul punto cfr., specificamente, Mucciarelli, *Le sanzioni nella legge* antitrust, cit., p. 613, secondo cui "il legislatore ha costruito una fattispecie semplice non punibile, dalla quale deriva un semplice obbligo di osservanza del provvedimento dell'Autorità che impone la rimozione della situazione antigiuridica".

([152]) Caruso, *Colpa nell'illecito* antitrust, in *Danno e responsabilità*, 1998, n. 2, p. 124.

([153]) In proposito cfr., per tutti, Riva Crugnola, in *Commentario delle "modifiche al sistema penale"*, a cura di Dolcini, Giarda, Mucciarelli, Paliero, Riva Crugnola, cit., *sub* art. 28, p. 170.

somma dovuta per la violazione si estingue (art. 14 ultimo comma l. 689/1981).

c2) Con riferimento invece all'istituto della prescrizione, l'art. 28 l. 689/1981 stabilisce che "il diritto a riscuotere le somme dovute per le violazioni indicate dalla presente legge si prescrive nel termine di cinque anni dal giorno in cui è stata commessa la violazione".

10.2. *Il concorso tra sanzioni penali e sanzioni amministrative.*

In Italia il concorso tra sanzioni penali e sanzioni amministrative (nonché fra una pluralità di sanzioni amministrative) è disciplinato dall'art. 9 comma 1 l. 689/1981. In base a tale norma, "quando uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da un disposizione che prevede una sanzione amministrativa, ovvero da una pluralità di disposizioni che prevedono sanzioni amministrative, si applica la disposizione speciale". Tale norma ha comportato, almeno in linea di principio, l'abbandono del precedente meccanismo incentrato sul cumulo delle sanzioni, decretando l'accoglimento del principio del *ne bis in idem*, con prevalenza della sanzione prevista dalla disposizione speciale. Peraltro non può essere ignorato che il principio in questione viene sovente derogato dalla giurisprudenza, la quale — ispirandosi a concezioni valutative incentrate sull'identità o meno dell'interesse protetto dalle diverse disposizioni — ritiene che le diverse sanzioni possano concorrere tra loro quando le norme che le prevedono sono poste a tutela di beni giuridici differenti. Tali questioni, tuttavia, non meritano di essere approfondite in questa sede, dato che la disciplina *antitrust* si fonda in modo pressoché esclusivo su sanzioni amministrative ([154]). Al riguardo merita di essere sottolineato che l'art. 14 comma 5, nell'attribuire all'Autorità la possibilità di irrogare determinate sanzioni nell'ambito dell'istruttoria, fa "salve le diverse sanzioni previste dall'ordinamento vigente". Tale disposizione introduce, evidentemente, una deroga al principio affermato nell'art. 9 l. 689/1981 ([155]).

11. *I criteri di commisurazione della sanzione amministrativa.*

Come anticipato, il generico rinvio operato dall'art. 31 l. 287/1990 alle disposizioni della legge 689/1981 in quanto applicabili, ha sollevato notevoli

---

([154]) Come ricordato *supra*, *sub* par. 9, in materia *antitrust* residua solo una fattispecie penale.

([155]) Per l'individuazione delle ulteriori sanzioni eventualmente applicabili cfr. Alessi, Olivieri, *Commento alla Legge 10 ottobre 1990*, cit., p. 87; Licciardello, *Le sanzioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit., p. 378.

dubbi interpretativi nell'individuazione di quali dei principi dell'ultima legge citata siano, appunto, applicabili in materia *antitrust*.

Tra le perplessità suscitate dall'articolo in oggetto, particolare rilevanza assume quella relativa ai criteri utilizzabili al fine di commisurare le sanzioni previste dagli artt. 15 e 19 della legge nazionale sulla concorrenza. In primo luogo, infatti, i criteri indicati nella legge stessa sono decisamente insufficienti a delimitare la discrezionalità dell'Autorità; in secondo luogo, l'art. 11 della legge 689/1981, rubricato "criteri per l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie", "reca tracce inequivoche di un modello personalistico ritagliato sulla persona fisica" ([156]), mentre i destinatari delle sanzioni in oggetto sono persone giuridiche.

A testimonianza della complessità della questione in esame, si possono significativamente citare due decisioni giurisprudenziali di segno opposto.

In una pronuncia del 1993 ([157]), in merito ad un ricorso presentato contro una decisione dell'Autorità, il T.A.R. del Lazio ha censurato i criteri di commisurazione utilizzati dall'organo *antitrust*, in quanto eterogenei ed estranei rispetto a quelli indicati nell'art. 11 l. 689/1981, i quali dovrebbero sempre integrare quelli troppo scarni forniti dalla legge 287/1990.

In una sentenza dello stesso anno ([158]), la Corte di Cassazione ha, al contrario, individuato nel provvedimento con il quale l'Autorità infligge la sanzione il carattere di provvedimento amministrativo discrezionale diretto alla tutela di un pubblico interesse, e non di provvedimento meramente punitivo; in base a tale considerazioni l'Autorità non sarebbe obbligata al rispetto dei criteri previsti dal succitato art. 11 (i quali non sarebbero altro che "parametri astrattamente rilevanti" per la valutazione della gravità dell'infrazione).

Questa difformità di pareri si rinviene anche in dottrina; e tuttavia sembra emergere un punto di convergenza in merito alla necessità di attribuire il maggior spazio applicativo possibile ai criteri indicati nell'art. 11 della legge sull'illecito amministrativo, i quali fungerebbero da "limiti garantistici" ([159]), o da "limiti legislativamente predeterminati" ([160]), o da criteri cui "in man-

---

([156]) Alessandri, in *Commentario breve al diritto della concorrenza*, a cura di Marchetti, Ubertazzi, cit., *sub* art. 31, p. 469.

([157]) T.A.R. del Lazio, 17 marzo 1993, sui ricorsi per l'annullamento del provvedimento dell'Autorità *Pro. Cal.*, in *Boll.*, 1992, n. 10. Cfr. anche Cons. Stato, IV sez., 29 novembre 1996, n. 1792, in cui si interpreta in senso espansivo il ruolo dei principi della l. 689/1981 per ciò che concerne l'irrogazione delle sanzioni in materia *antitrust*.

([158]) Cass., 18 marzo 1993, in *Foro it*.,1994, I, c. 732.

([159]) Alessandri, in *Commentario breve al diritto della concorrenza*, a cura di Marchetti, Ubertazzi, cit., *sub* art. 31, p. 469.

([160]) Fattori, *I poteri dell'Autorità antitrust in materia di intese e abusi di posizione dominante: diffide e sanzioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, p. 899.

canza di qualunque specifico dato normativo (...) l'Autorità dovrà attenersi per la commisurazione delle sanzioni" ([161]).

Data la complessità e la varietà delle posizioni giurisprudenziali e dottrinali al riguardo, sembra opportuno procedere, alla ricognizione dei criteri utilizzati nella propria prassi dall'Autorità ([162]), avvertendo sin da ora che l'organo garante,in mancanza di indicazioni normative, ha ampiamente attinto dall'esperienza comunitaria; sarà infine precisato in che misura siano stati applicati i principi dettati dall'art. 11 l. 689/1981.

Giova ricordare che, per ciò che concerne le violazioni previste in materia di intese e di abuso di posizione dominante, l'art. 15 sancisce la punibilità delle sole violazioni gravi (cfr., *amplius*, *supra*, par. 10). La "gravità", inoltre, viene anche presa in considerazione, insieme alla "durata" della condotta illecita, come criterio di commisurazione della sanzione. I parametri per valutare la gravità, intesa sia come presupposto della sanzione sia come fattore incidente sulla commisurazione, sono sempre gli stessi: è quindi opportuna una loro trattazione congiunta

Al riguardo, è stata innanzitutto attribuita rilevanza alla natura dei comportamenti anticoncorrenziali, ritenendo più gravi e meritevoli di sanzione condotte palesemente contrarie alle norme *antitrust*, come i cartelli di fissazione dei prezzi o di ripartizione delle quote di mercato, in considerazione della loro indubbia pericolosità. L'applicazione delle sanzioni è stata di regola subordinata all'effettiva realizzazione del contenuto degli accordi.

Si è, poi, tenuto conto della dimensione degli effetti anticoncorrenziali verificatisi, in dipendenza del numero delle imprese partecipanti, del loro potere di mercato e dell'estensione geografica e merceologica degli effetti stessi.

Ancora, nell'accertare la gravità degli abusi di posizione dominante, si sono considerati i pregiudizi subiti dagli utilizzatori e dai consumatori ed il valore economico dei servizi oggetto dell'abuso. In generale, comunque, l'applicazione delle sanzioni nei casi di abuso di posizione dominante è risultata piuttosto rara.

Quanto alla durata dell'infrazione, essa nel dettato normativo sembra costituire soltanto un parametro di commisurazione della sanzione e non anche un presupposto necessario all'irrogazione della sanzione stessa. Nonostante ciò, la prassi dell'Autorità *antitrust* ha finito col considerare il dato della "durata" elemento costitutivo delle fattispecie punibili, stante che il dato "gravità dell'infrazione" viene a dipendere proprio dalla durata di quest'ultima.

Per ciò che concerne, specificamente, i criteri previsti dall'art. 11 l.689/1981, l'Autorità ha sempre attribuito rilevanza all'opera svolta dalle imprese per attenuare le conseguenze dell'illecito, considerando, ad esempio, circostanza aggravante la continuazione della condotta anticoncorrenziale anche

---

([161]) Mucciarelli, *Le sanzioni nella legge* antitrust, cit., p. 623.

([162]) Per un'ampia rassegna di tali criteri e per i riferimenti giurisprudenziali relativi cfr., per tutti, Fattori, *I poteri dell'Autorità* antitrust *in materia di intese e abusi di posizione dominante*, cit., p. 893 ss.

dopo l'apertura dell'istruttoria e, viceversa, valutando positivamente un atteggiamento di disponibilità e "lealtà processuale" dei soggetti indagati.

Sempre ai fini della commisurazione delle sanzioni pecuniarie, indubbia importanza assumono le condizioni economiche delle imprese coinvolte; talora l'Autorità attenua la risposta sanzionatoria anche in considerazione della situazione di crisi del settore in cui l'impresa opera.

Indubbiamente, il criterio di più difficile applicazione nella commisurazione di sanzioni rivolte a persone giuridiche resta comunque quello relativo alla personalità dell'agente; esso potrebbe assumere particolare rilevanza nelle ipotesi di recidiva.

Nei casi di violazioni poste in essere da più imprese, come nel caso delle intese, l'Autorità ha valutato il ruolo svolto da ciascuna di esse nella realizzazione dell'illecito, al fine di commisurare gli importi in proporzione alle responsabilità individuali (sulla scorta di quanto avviene in ambito comunitario nell'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato CE).

In conclusione, i parametri indicati nell'art. 11 l. 689/1981 sono stati per quanto possibile, utilizzati al fine di commisurare le sanzioni amministrative pecuniarie previste dalla legge *antitrust*. L'Autorità ha tuttavia dovuto far ricorso anche ad altri criteri, pressoché tutti di derivazione comunitaria, stante l'insufficienza e l'inadeguatezza dei criteri forniti sia dalla stessa legge *antitrust* sia dalla l. 689/1981.

12. *Il risarcimento del danno.*

Nell'ambito della normativa italiana *antitrust*, l'istituto del risarcimento del danno è stato utilizzato con estrema rarità ([163]). Resta il fatto che l'art. 33 comma 2 l. 287/1990 stabilisce che "le azioni di (...) risarcimento del danno (...) sono promoss[e] davanti alla corte d'appello competente per territorio", e riconosce ai privati il diritto di "reagire autonomamente alle violazioni della normativa promovendo azioni risarcitorie nei confronti degli autori delle violazioni" ([164]). Nonostante la mancanza di un adeguato rodaggio giurisprudenziale (o forse proprio a causa di tale mancanza), è verosimile ritenere che in materia *antitrust* il risarcimento del danno ponga complessi problemi, almeno in parte già ipotizzati dalla dottrina ([165]). In primo luogo, quello concernente

---

([163]) Cfr., all'interno di una giurisprudenza straordinariamente povera, App. Milano 18/7/1995, in *Foro it*., 1996, I, c. 276.

([164]) Toffoletto, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa* antitrust, Milano, 1996, p. 174; Rossi, Antitrust *e teoria della giustizia*, in *Riv. soc*., 1995, I, p. 7.

([165]) Cfr., anche per ulteriori riferimenti dottrinali, Di Via, in *Commentario breve al diritto della concorrenza*, a cura di Marchetti, Ubertazzi, cit., *sub* art. 33, p. 478 ss.; Genovese, *Il risarcimento del danno per violazione di norme* antitrust: *l'esperienza americana*, in *Riv. soc*., 1992, I, p. 691.

l'individuazione dei soggetti legittimati a proporre l'azione per il risarcimento del danno ([166]); in secondo luogo, quello riguardante l'elemento soggettivo nell'illecito *antitrust*, a proposito del quale la dottrina sembra orientata nel senso di ammettere il ricorso alla categoria della *colpa presunta* ([167]), derogando così il principio fondamentale in materia di illecito civile extracontrattuale (ricavabile dall'interpretazione dell'art. 2043 c.c.) secondo cui l'onere di provare la colpa o il dolo dell'autore del danno spetta a chi agisce per ottenere il risarcimento.

Sezione III
IL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO IN MATERIA *ANTITRUST*

13. *Premessa.*

Come appena visto nella sezione precedente, la legge 287/1990 ha attribuito all'Autorità *antitrust* consistenti poteri sanzionatori a presidio dei divieti e degli obblighi in materia di intese, di abuso di posizione dominante e di operazioni di concentrazione.

L'irrogazione delle sanzioni, potere di esclusiva competenza dell'Autorità, sussegue, eventualmente, ad un procedimento di natura amministrativa nell'ambito del quale l'organo garante può utilizzare rilevanti poteri istruttori disciplinati dai capi II e III della legge nazionale *antitrust*. Nell'ambito dello stesso procedimento sono inoltre garantiti i diritti fondamentali delle parti interessate, in conformità della l. 241/1990, testo generale sul procedimento amministrativo, cui si adegua il reg. 217/1998 ([168]), sulle procedure istruttorie dell'Autorità *antitrust*. Nei paragrafi successivi saranno inizialmente descritte le fasi salienti dei procedimenti in materia di intese e di abuso di posizione dominante da un lato, e di operazioni di concentrazione dall'altro; successivamente si darà conto delle garanzie predisposte a tutela del diritto fondamentale di difesa dei soggetti indagati.

14. *Il procedimento in tema di intese e di abuso di posizione dominante.*

L'art. 12 l. 287/1990 stabilisce che l'Autorità debba valutare gli elementi di cui sia giunta in possesso, autonomamente o in seguito a denunce ([169])

([166]) In argomento cfr.,in particolare, Nivarra, in *Diritto italiano antitrust*, a cura di Frignani, Pardolesi, Patroni, Griffi, Ubertazzi, cit., *sub* art. 33, p. 1452.

([167]) Cfr. Caruso, *Colpa nell'illecito* antitrust, in *Danno e responsabilità*, 1998, n. 2; Di Via, in *Commentario breve al diritto della concorrenza*, a cura di Marchetti, Ubertazzi, cit., *sub* art. 33, p. 478.

([168]) D.P.R. 30 aprile 1998 n. 217, in *Gazz. Uff.*, 9 luglio 1998, n. 158.

([169]) Sulla natura ti tali atti cfr., *amplius*, Bartesaghi, in *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287*, a cura di Afferni, cit., *sub* art. 12, p. 303

presentate da privati, da pubbliche amministrazioni o, in genere, da "chiunque vi abbia interesse", al fine di valutare l'esistenza di infrazioni agli articoli 2 e 3. In questa fase l'Autorità svolge un'attività di carattere delibatorio, di valutazione sommaria degli elementi in suo possesso, al fine di considerare l'opportunità di aprire un'istruttoria formale ai sensi dell'art. 14, qualora sussista il *fumus* di un'infrazione. Questa fase non viene disciplinata né dalla l. 287/1990 né dal reg. 217/1998 ([170]): sono pertanto sorti dubbi soprattutto in relazione alla durata della stessa, che dipende, in definitiva, dalla discrezionalità dell'Autorità, la quale può procedere ad un'analisi assolutamente breve e sommaria, oppure ad un esame più approfondito, quasi "anticipatorio" dell'istruttoria formale ([171]).

Se, a seguito dell'accertamento preliminare, risultano sussistere elementi tali da far ipotizzare una violazione, l'Autorità dispone l'apertura dell'istruttoria, notificando il relativo provvedimento alle imprese ed agli enti interessati ([172]), secondo quanto dispone l'art. 14 comma 1. Durante l'istruttoria, l'Autorità dispone di amplissimi poteri d'indagine, modellati sul collaudato schema comunitario, in particolare sugli artt. 11 e 14 del reg. CEE 17/62, i quali attribuiscono alla Commissione, rispettivamente, poteri di raccolta di informazioni presso i Governi degli Stati membri e presso le imprese interessate e poteri di accertamento mediante esami documentali, audizioni ed ispezioni. L'art. 14 comma 2 della legge nazionale prevede, infatti, che in ogni momento dell'istruttoria l'Autorità possa:

— richiedere a chiunque ne sia in possesso, anche soggetti estranei all'istruttoria, di esibire documenti o fornire informazioni utili; le modalità di esercizio di tali poteri sono specificate dal reg. 217/1990;

— disporre ispezioni al fine di controllare i documenti aziendali;

---

ss.; Schiavano, in *Commentario breve al diritto della concorrenza*, a cura di Marchetti, Ubertazzi, cit., *sub* art. 12, p. 425 ss.; Antonioli, *Riflessioni in tema di procedimento nel diritto* antitrust, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, p. 75 ss.

([170]) Sulla disciplina di tale fase preliminare e sull'applicabilità alla medesima delle stesse regole che informano l'istruttoria formale cfr., diffusamente, Antonioli, *Riflessioni in tema di procedimento nel diritto* anitrust, cit., p. 85 ss.

([171]) Alcuni hanno proposto l'applicazione analogica del termine previsto nell'art. 13 l. 287/1990, che impone all'Autorità di avviare l'istruttoria entro 120 giorni dal ricevimento della comunicazione "spontanea" da parte delle imprese delle intese intercorse, pena la consumazione del potere di avviare l'istruttoria stessa (cfr. Bartesaghi, in *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287*, a cura di Afferni, cit., *sub* art.12, p. 305); altri hanno proposto l'applicazione dell'art. 2 della l. 241/1990 che prevede, in mancanza di determinazione diversa da parte delle amministrazioni pubbliche, un termine generale di 30 giorni dall'inizio del procedimento (cfr. Alessi, Olivieri, *Commento alla Legge 10 ottobre 1990*, cit., p.77).

([172]) La notifica deve essere effettuata anche "ai soggetti che ai sensi dell'art. 12 comma 1 della legge [287/1990] avendo un interesse immediato ed attuale, hanno presentato denunce o istanza utili all'avvio dell'istruttoria" (art. 6 comma 4 reg. 217/1998).

— disporre perizie, analisi statistiche e consultazioni di esperti.

Gli artt. 9, 10 e 11 del reg. 217/1998 provvedono a disciplinare dettagliatamente le modalità di esercizio di tali poteri istruttori (173).

Il comma 5 dell'articolo in commento prevede, inoltre, che l'Autorità possa irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria di importo massimo di cinquanta milioni di lire, nei confronti dei soggetti che rifiutano od omettono di fornire le informazioni richieste senza giustificato motivo; l'importo massimo sale fino a cento milioni nel caso vengano fornite informazioni o esibiti documenti non veritieri (174).

Per ciò che concerne la chiusura del procedimento, l'art. 6 del regolamento di procedura prevede che spetti all'Autorità indicare, nell'atto con cui si notifica l'apertura dell'istruttoria, il termine di conclusione. Il successivo art. 14 prevede che le risultanze dell'istruttoria vengano comunicate ai soggetti cui è stata notificata l'apertura del procedimento, i quali hanno diritto di depositare memorie scritte e di essere sentiti dinanzi al collegio prima della chiusura definitiva della fase istruttoria stessa; una volta terminata tale fase, il collegio adotta il provvedimento finale.

15. *Il procedimento in tema di operazioni di concentrazione.*

Il procedimento previsto in tema di concentrazioni non differisce da quello sopra descritto per quanto concerne i poteri istruttori dell'Autorità, né per le garanzie fondamentali a presidio del diritto di difesa dei soggetti indagati (per le quali si rinvia a quanto si dirà).Tale procedimento, tuttavia, presenta rispetto a quello in tema di intese e di abuso di posizione dominante una maggiore articolazione e complessità, nonché una scansione temporale più serrata (175).

A seguito della comunicazione dell'operazione di concentrazione, si apre, anche in questo caso, una fase preliminare, nell'ambito della quale l'Autorità deve valutare se sussistano, *prima facie*, i presupposti indicati dall'art. 6 per vietare l'operazione.

---

(173) Sui poteri di indagine dell'Autorità alla luce delle disposizioni regolamentarti cfr., diffusamente, Barbuto, *Aumentano i poteri dell'ufficio del garante: ispezione a tutto campo per agevolare l'indagine*, in *Guida al diritto*, 1998, n. 37, p. 37 ss.

(174) L'ultimo inciso del comma in commento fa salve "le diverse sanzioni previste dall'ordinamento vigente"; tale disposizione deroga all'art. 9 l. 689/1981 in virtù del quale, qualora un fatto sia punito sia da sanzioni penali che da sanzioni amministrative o da più sanzioni amministrative, si applica solo la sanzione speciale. Per l'individuazione delle ulteriori sanzioni applicabili alla fattispecie in esame cfr. Alessi, Olivieri, *Commento alla Legge 10 ottobre 1990*, cit., p. 87; Licciardello, *Le sanzioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit., p. 378.

(175) In argomento cfr., diffusamente, Antonioli, *Riflessioni in tema di procedimento nel diritto* antitrust, cit., p. 96 ss.

È opportuno sottolineare un'importante differenza rispetto al regime comunitario per ciò che concerne gli effetti della comunicazione: mentre l'art. 7 reg. CEE 4064/89 attribuisce alla comunicazione un effetto sospensivo automatico della concentrazione, la quale potrà essere realizzata solo dopo l'autorizzazione della Commissione (ovvero nel caso in cui la Commissione accordi una deroga all'effetto stesso), la l. 287/1990 attribuisce all'Autorità *antitrust* il potere di sospendere la concentrazione comunicata, con un provvedimento adottato ai sensi dell'art. 17, non discendendo alcun effetto automatico dalla semplice comunicazione ([176]).

Entro cinque giorni dal ricevimento della comunicazione, l'Autorità deve comunque darne notizia al Presidente del Consiglio ed al Ministro dell'industria ([177]).

Entro trenta giorni l'Autorità deve decidere se aprire un'istruttoria formale ai sensi dell'art. 14, e, in caso contrario, comunicarne il mancato avvio al Ministro dell'industria ed alle imprese interessate. Il termine suddetto, previsto dall'art. 16 comma 4, è stato ritenuto perentorio dalla giurisprudenza ([178]), sicché il suo spirare determina la decadenza dell'Autorità dal potere di avviare l'istruttoria e, quindi, di vietare la concentrazione ([179]). Tuttavia, nel caso in cui le comunicazioni contengano informazioni inesatte, incomplete o non veritiere, il comma 7 dell'articolo in commento fa salvo il potere dell'Autorità di avviare l'istruttoria oltre i trenta giorni. Il successivo comma 8 prevede un ulteriore termine, espressamente perentorio, di 45 giorni ([180]) per la chiusura dell'istruttoria eventualmente aperta e per la notifica delle conclusioni raggiunte al Ministro dell'industria ed alle imprese

---

([176]) In definitiva, l'ordine di sospensione è subordinato al fatto che la concentrazione non sia ancora stata effettuata, potendo le imprese comunicare l'operazione e realizzarla, paradossalmente, il giorno stesso; il potere sospensivo attribuito all'Autorità è, quindi, facilmente vanificabile, in quanto dipende dalle imprese interessate la scelta tra attendere l'esito dell'istruttoria o realizzare la concentrazione immediatamente, assumendo il rischio di dover successivamente attuare le misure di ripristino ordinate ai sensi dell'art. 18 comma 2; sul punto cfr., *amplius*, Talenti, in *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287*, a cura di Afferni, cit., p. 401 ss.

([177]) Una comunicazione al Governo si rende necessaria anche nel caso in cui l'Autorità, a seguito dell'indagine preliminare, ritenga di non dar luogo ad istruttoria formale; ed, in caso contrario, al termine dell'istruttoria stessa, per rendere partecipe l'esecutivo delle conclusioni raggiunte. Queste previsioni si collegano ai poteri eccezionali in materia di concentrazioni attribuiti al Governo ai sensi dell'art. 25 (cfr., *supra*, nt. 114).

([178]) T.A.R. del Lazio, 24 febbraio 1993, in *G. comm.* 1993, II, 783 ss. con nota conforme di Olivieri.

([179]) Cfr. Talenti, in *Commentario breve al diritto della concorrenza*, a cura di Marchetti, Ubertazzi, cit., *sub* art. 16, p. 445.

([180]) Il termine è prorogabile una sola volta per un massimo di trenta giorni qualora "le imprese non forniscano informazioni e dati a loro richiesti che siano nella loro disponibilità".

interessate. Allo spirare dei quarantacinque giorni il potere di vietare una concentrazione viene meno irreversibilmente ([181]).

I possibili esiti dell'istruttoria avviata ai sensi dell'art. 16 comma 4 l. 287/1990, e disciplinata secondo la rigida scansione temporale segnalata, sono regolati in modo piuttosto frammentario dalla legge stessa; è opportuno, quindi, fornirne un quadro schematico.

A prescindere dai provvedimenti di carattere sanzionatorio adottabili ai sensi dell'art. 19 (su cui vedi, *supra*, *sub* par. 10) possono aversi:

a) il divieto della concentrazione, adottato ai sensi dell'art. 18 comma 1, qualora all'esito dell'istruttoria l'Autorità ritenga sussistenti i requisiti indicati dall'art. 6 comma 1 (cioè qualora l'operazione comporti la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato nazionale in modo da eliminare o ridurre in modo sostanziale la concorrenza);

b) l'autorizzazione della concentrazione, subordinata al rispetto di alcune misure necessarie ad impedire le conseguenze dannose per la concorrenza, ai sensi dell'art. 6 comma 2;

c) la chiusura dell'istruttoria, qualora nel corso della stessa le imprese ne facciano richiesta, dopo avere comprovato "di avere eliminato dall'originario progetto di concentrazione gli elementi eventualmente distortivi della concorrenza" (art. 18 comma 2) ([182]);

d) la chiusura dell'istruttoria, qualora non emergano elementi tali da consentire un intervento nei confronti dell'operazione di concentrazione, e la conseguente comunicazione delle conclusioni raggiunte alle imprese interessate ed al Ministro dell'industria (art. 18 comma 2);

e) la prescrizione delle "misure necessarie a ripristinare condizioni di concorrenza effettiva" qualora la concentrazione sia già stata realizzata (art. 18 comma 3) ([183]).

([181]) In proposito cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, Antonioli, *Riflessioni in tema di procedimento nel diritto* antitrust, cit., p. 99, nt. 127 e p. 100.

([182]) Nella prassi applicativa l'Autorità non si è limitata a chiudere l'istruttoria di fronte alle proposte di modifica degli accordi, ma ha adottato il provvedimento di autorizzazione condizionata di cui al comma 2 dell'art. 6, a seguito del quale l'impresa scaturente dalla concentrazione è sottoposta ad un controllo anche successivo dell'Autorità (cfr., *amplius*, Talenti, in *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287*, a cura di Afferni, cit., p. 381 ss.).

([183]) Il contenuto delle misure di ripristino può essere il più vario e la sua determinazione è sostanzialmente rimessa alla discrezionalità dell'Autorità (così come, peraltro, la decisione sull'*an* dell'adozione del provvedimento in oggetto). Le misure in questione possono, al limite, incidere sulla struttura stessa realizzatasi in seguito alla concentrazione, come nel caso di un ordine di scissione dell'impresa risultante dalla fusione; può trattarsi, inoltre, di un ordine di vendita del pacchetto azionario il cui acquisto ha determinato l'acquisizione del controllo sull'impresa bersaglio. Indicazioni utili possono derivare, secondo la dottrina, dalla esperienza comunitaria consolidatasi in applicazione dell'art. 8.4 reg. CEE 4064/89, che attribuisce alla Commissione un potere analogo (cfr., *amplius*, Talenti, in *Concor-*

A seguito della mancata comunicazione preventiva, della realizzazione della concentrazione in violazione del divieto di cui alla lettera *a)*, del mancato rispetto delle misure di ripristino di cui alla lettera *d)*, l'art. 19 prevede l'applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie (a proposito delle quali vedi, *supra*, *sub* par. 10).

Nessuna sanzione è invece prevista per la violazione dell'ordine di sospensione della concentrazione comunicata e non ancora realizzata, adottato ai sensi dell'art. 17 (cfr. invece, per il diritto comunitario, l'art. 14.2 lett. *b*) reg. CEE 4064/89) ([184]).

16. *Le garanzie procedimentali.*

La normativa nazionale in materia di procedimento *antitrust* detta una serie di garanzie a presidio degli interessi dei soggetti coinvolti dal procedimento stesso, in conformità da quanto stabilito da diverse fonti sovraordinate. A livello comunitario, la Corte di giustizia ritiene principio fondamentale del diritto CE il *rispetto dei diritti di difesa* in ogni procedimento, anche di natura amministrativa, a seguito del quale possano essere irrogate sanzioni ([185]). La tutela dei diritti di difesa è inoltre sancita dall'art. 6 comma 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ed è stata ribadita dal Consiglio d'Europa con esplicito riferimento ai procedimenti amministrativi comunitari nella Risoluzione n. (77) 31 del 28 settembre 1977 ([186]). In tale risoluzione vengono affermati i diritti a:

— essere ascoltati dall'Autorità amministrativa ogniqualvolta il provvedimento possa incidere su diritti, libertà fondamentali, interessi;

— accedere alla documentazione relativa al procedimento;

— essere assistiti e rappresentati durante il procedimento;

— essere informati dei motivi del provvedimento;

— conoscere gli strumenti di impugnazione dell'atto.

A livello nazionale, è necessario accennare ai rapporti tra la legge *antitrust* 287/1990 e la l. 241/1990, la quale detta alcune regole generali in materia di

---

renza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287, a cura di Afferni, cit., p. 407 ss.; Alessi, Olivieri, *Commento alla Legge 10 ottobre 1990*, cit., p. 112 e ss).

([184]) Per colmare tale grave lacuna alcuni suggeriscono l'applicazione della norma penalistica di cui all'art. 650 c.p. che prevede il reato di disobbedienza all'ordine dell'Autorità. Cfr. Alessi, Olivieri, *Commento alla Legge 10 ottobre 1990*, cit., p. 108.

([185]) Cfr. Raffaelli, *I poteri di indagine in materia di concorrenza della Commissione CEE e dell'Autorità garante*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, I, p. 592 ss.; Schiavano, in *Commentario breve al diritto della concorrenza*, a cura di Marchetti, Ubertazzi, cit., *sub* art. 14, p. 429 ss., anche per riferimenti giurisprudenziali.

([186]) *Ibidem*, p. 429 ss.; Amorelli, *Concorrenza e mercato*, 93, I, 44, nt. 8.

procedimento amministrativo ed in materia di diritto di accesso ai documenti ([187]). Secondo la dottrina maggioritaria, le disposizioni della l. 241/1990 sanciscono, a favore dei soggetti i cui interessi sono coinvolti nel procedimento, un nucleo di garanzie minime, il cui rispetto è necessario in tutti i procedimenti amministrativi, anche se disciplinati da leggi successive; tali disposizioni sono pertanto derogabili solo in *melius*, cioè qualora le leggi relative ai singoli procedimenti prevedano garanzie ulteriori.

Tale conclusione vale anche per la disciplina del procedimento in materia *antitrust* dettata dalla l. 287/1990 e dal reg. 217/1998, la quale sarà, dunque, integrata dalle norme della l. 241/1990, laddove le garanzie previste dalla disciplina settoriale non raggiungano la "soglia minima" assicurata dalla legge ultima citata ([188]). Sommariamente, le norme "garantiste" della legge sul procedimento amministrativo tendono a dare attuazione ai precetti costituzionali che impongono il buon andamento, l'imparzialità e la trasparenza dell'attività amministrativa (art. 97 Cost.), e che tutelano il diritto di informazione (art. 21 Cost.) ([189]). Tali norme prevedono che:

— l'avvio del procedimento deve essere comunicato ai soggetti destinatari del provvedimento finale e, ove possibile, a tutti quelli i cui interessi possono essere pregiudicati dallo stesso (artt. 7 e 8);

— tutti i soggetti suddetti hanno facoltà d'intervenire nel procedimento prendendo visione degli atti (secondo le modalità stabilite negli artt. 22 ss.) e presentando memorie scritte e documenti pertinenti l'oggetto del procedimento, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare nell'ambito del processo decisionale (artt. 8 e 9);

— tutti i provvedimenti amministrativi devono essere motivati (secondo quanto previsto nell'art. 3, che prevede alcune eccezioni) ([190]).

Si tratta ora di analizzare in che modo le disposizioni specifiche in materia di procedimento *antitrust* dettate dalla l. 287/1990 e dal reg. 217/1998 attuino i principi generali ricavabili dalla l. 241/1990 e dalle fonti sopranazionali succitate.

L'art. 14 l. 287/1990 innanzitutto attribuisce alle imprese ed agli enti interessati il diritto di essere informati dell'apertura dell'istruttoria, mediante un atto di notificazione proveniente dall'Autorità. L'art. 6 comma 3 reg. 217/

([187]) L. 7 agosto 1990 n. 241, in *Gazz. Uff.*, 18 agosto 1990, n. 192. Sulla legge in oggetto cfr., in generale, AA. VV., *La legge sul procedimento amministrativo*, a cura di Pugliese, Milano, 1999; MORBIDELLI, in *Diritto amministrativo*, Bologna, 1998, vol. II, p. 1206 ss.

([188]) In argomento cfr. ANTONIOLI, *Riflessioni in tema di procedimento nel diritto* antitrust, cit., p. 61 ss., in particolare p. 68; MORBIDELLI, in *Diritto amministrativo*, cit., p. 1228 ss.

([189]) Cfr., *amplius*, *ibidem*, p. 1279 ss. e 1299 ss. ed *ivi* nt. 64 e 65.

([190]) Anche l'obbligo di motivazione costituisce garanzia del diritto di difesa in quanto attraverso l'analisi della stessa potranno individuarsi gli eventuali vizi dell'*iter* decisionale dell'organo amministrativo suscettibili di essere censurati in sede giurisdizionale; al riguardo cfr. MORBIDELLI, in *Diritto amministrativo*, cit., p. 1432 ss.

1990 precisa che l'atto deve specificare gli elementi essenziali della presunta infrazione, il termine di conclusione del procedimento, il responsabile del procedimento ([191]) stesso, l'ufficio dove si può prendere visione degli atti ed il termine entro il quale gli interessati possono esercitare il diritto di essere sentiti. Il provvedimento di avvio deve essere notificato, ai sensi del successivo comma 4, alle imprese ed agli enti interessati nonché ai soggetti che "avendo un interesse diretto, immediato ed attuale, hanno presentato denunce o istanze utili all'avvio dell'istruttoria", ai sensi dell'art. 12 l. 287/1990 ([192]).

Il diritto di essere informati dell'apertura dell'istruttoria, mediante un atto che precisi gli elementi essenziali degli addebiti nonché i tempi e le modalità utili per intervenire nel procedimento, è strumentale alla possibilità di esercitare concretamente il diritto di difesa nel procedimento stesso.

Il comma 2 dell'art. 14 della legge *antitrust* prevede che "i titolari o i legali rappresentanti delle imprese e degli enti hanno diritto di essere sentiti personalmente o a mezzo di procuratore speciale (...) ed hanno la facoltà di presentare deduzioni e pareri in ogni stadio dell'istruttoria, nonché di essere nuovamente sentiti prima della chiusura di questa".

Il reg. 217/1990 provvede a precisare e ad allargare la previsione legislativa. L'art. 7 estende il diritto di partecipare all'istruttoria a tutti i soggetti che hanno ricevuto la notifica dell'apertura della stessa (quindi anche coloro che hanno presentato denunce o istanze ai sensi dell'art. 12 della legge); nonché, in generale, a tutti i soggetti portatori di interessi pubblici o privati (anche associazioni rappresentative di consumatori) cui possa derivare un pregiudizio dalle infrazioni in esame o dai provvedimenti che possono essere adottati ([193]).

Ai sensi del comma 2 dell'articolo in esame, tutti coloro che partecipano all'istruttoria possono presentare memorie scritte, documenti deduzioni pareri ed accedere ai documenti nei limiti e con le modalità stabilite dal successivo art. 13.

Solo coloro che hanno ricevuto la notifica ai sensi dell'art. 6 del regolamento hanno diritto di essere sentiti.

L'ultimo comma dell'art. 7 sancisce il diritto di comparire nel corso delle audizioni mediante un proprio rappresentante legale od un procuratore speciale, nonché il diritto di farsi assistere da consulenti di propria fiducia.

L'art. 13 del regolamento disciplina minuziosamente il diritto di accesso

---

([191]) Con riferimento alla figura del responsabile del procedimento, introdotta con la l. 241/1990, cfr. Morbidelli, in *Diritto amministrativo*, cit., p. 1251 ss.

([192]) Secondo la dottrina le disposizioni sulla notifica non soddisfano pienamente le esigenza di informazione tutelate dall'art. 7 l. 241/1990; sul punto cfr. Aquilanti, in *Diritto italiano antitrust*, a cura di Frignani, Pardolesi, Patroni, Griffi, Ubertazzi, cit., p. 888 ss.

([193]) Tale disposizione dà attuazione agli artt. 9 e 10 della legge 241/1990.

ai documenti relativi al procedimento, tentando un difficile bilanciamento delle esigenze contrapposte di salvaguardia del contraddittorio e di disponibilità dei mezzi di prova, da un lato, e di tutela di riservatezza e dei segreti commerciali, industriali e finanziari, dall'altro.

Infine l'art. 14 stabilisce che le risultanze dell'istruttoria debbano essere comunicate ai soggetti di cui all'art. 6 comma 4 (cioè a coloro che hanno ricevuto la notifica dell'apertura del procedimento) almeno trenta giorni prima del termine di chiusura. I soggetti in questione possono presentare ulteriori memorie scritte e documenti fino a cinque giorni prima del termine stesso; su richiesta espressa, inoltre, le imprese e gli enti interessati possono essere sentiti dinanzi al collegio (cfr., *amplius*, art. 14 comma 5 ss. reg. 217/1998).

La normativa nazionale nulla precisa in ordine all'applicabilità, nell'ambito dell'istruttoria eseguita dall'Autorità *antitrust*, del c.d. *"legal privilege"*, ossia del principio per cui deve ritenersi sottratta al potere ispettivo dell'Autorità stessa la corrispondenza tra avvocato e cliente.

La giurisprudenza della Corte di giustizia ([194]) ha affermato la sussistenza di tale limite rispetto ai poteri d'indagine della Commissione, subordinandone l'operatività a due condizioni: le comunicazioni in questione devono essere fatte nell'interesse del diritto di difesa del cliente e si deve trattare di corrispondenza intrattenuta con un legale indipendente, cioè non lavoratore subordinato del cliente.

La dottrina ritiene, in via interpretativa, che tale principio sia applicabile anche in ambito nazionale ([195]).

Per ciò che concerne, invece, il principio processual-penalistico del *nemo tenetur se ipsum accusare* (o, se si preferisce, del *nemo tenetur se detegere*), esso è sancito nell'ordinamento italiano dall'art. 63 c.p.p. ([196]). Nulla al riguardo è invece stabilito in materia di procedimento amministrativo, tantomeno dal reg. 217/1990 che disciplina l'istruttoria condotta dall'Autorità *antitrust*. Il principio fondamentale del *privilege against self-incrimination* è peraltro sancito nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ed è da considerare "principio consolidato in ogni sistema nazionale" ([197]). Ciò è tanto più vero in Italia, stante il rango

---

([194]) Cfr. sent. 17 ottobre 1989, causa 85/87 (*Dow Benelux n. v. c. Commissione*), in *Attività della Corte di giustizia*, 1989, n. 21, p. 9; sent. 18 maggio 1982, causa 155/79 (*A. M. & S. c. Commissione*), in *Racc.*, 1982, p. 1576.

([195]) Cfr. Bartesaghi, in *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287*, a cura di Afferni, cit., *sub* art. 14, p. 331.

([196]) In argomento cfr., fondamentalmente e per tutti, Grevi, Nemo tenetur se detegere: *interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972.

([197]) Bartesaghi, in *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287*, a cura di Afferni, cit., p. 324.

legislativo (ma, per taluni, addirittura costituzionale) ivi attribuito alla Convenzione nella gerarchia delle fonti nazionali. Ancora una volta è quindi dato riscontrare una concordanza di fondo tra il sistema normativo italiano di settore e quello comunitario. Come noto, infatti, nel caso *Orkem* ([198]) la Corte di giustizia ha stabilito che la Commissione, nell'ambito della fase di investigazione preliminare, non possa imporre alle imprese indagate di fornire informazioni dalle quali si possa desumere l'ammissione di un'infrazione commessa.

Nella prassi applicativa, comunque, l'Autorità *antitrust* ha considerato il grado di "lealtà" e di disponibilità nel fornire informazioni utili in merito ad infrazioni eventualmente commesse da parte delle imprese come elementi rilevanti ai fini della commisurazione delle sanzioni: essa ha, difatti, attenuato la risposta sanzionatoria qualora le imprese indagate avessero mantenuto un atteggiamento collaborativo durante lo svolgimento delle investigazioni. Ancora una volta deve segnalarsi la conformità della prassi dell'Autorità con quanto indicato dalla Commissione nella *Comunicazione sulla non imposizione o sulla riduzione delle ammende nei casi di cartello* ([199]), che ha seguito il *Progetto di comunicazione della Commissione sulla non imposizione o sulla riduzione delle ammende nei casi di cartello* ([200]).

17. *I meccanismi di impugnazione dei provvedimenti in materia* antitrust

L'art. 113 comma 1 della Costituzione italiana stabilisce che "contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa"; il comma 3 attribuisce alla legge il compito di

---

([198]) Sent. 18 ottobre 1989, causa T-87/89 (*Orkem c. Commissione*), in *Foro it.*, 1990, IV, c. 117.

([199]) In *G.U.C.E.* C 207, 18 luglio 1996, p. 13.

([200]) Pubblicato in *G.U.C.E.* C 341, 19 dicembre 1995, p. 13, tra le *Informazioni della Commissione delle Comunità europee riguardanti la politica di imposizione delle ammende nei casi d'infrazione alle norme di concorrenza* (doc. 95/C 341/08) in cui la Commissione chiedeva il commento scritto sul progetto a chiunque fosse interessato. Tra le circostanze attenuanti di cui la Commissione ha dimostrato di tener debitamente conto, che hanno portato alla determinazione di sanzioni ridotte, assume particolare rilevanza quella del comportamento collaborativo dell'impresa colpevole nel corso dell'istruttoria della Commissione o addirittura confessorio dell'esistenza dell'infrazione. Questi comportamenti, infatti, assunti da parte delle imprese giustificano, secondo la Commissione, una sostanziale riduzione delle ammende; cfr. sent. 10 marzo 1992, causa T-12/89, (*Solvay*), in *Racc.*, 1992, p. II-911 ss.; sent. 10 marzo 1992, causa T-13/89, (*ICI*), in *Racc.*, 1992, p. II-1025 ss.; sent. 14 luglio 1994, causa T-77/92, (*Parker Pen*), in *Racc.*, 1994, p. II-579, punto 90; sent. 6 ottobre 1994, causa T-83/91, (*Tetra Pak*), in *Racc.*, 1994, p. II-853, punto 229; sent. 6 aprile 1995, causa T-143/89, (*Ferriere Nord*), in *Racc.*, 1995, p. 917.

determinare quali organi giurisdizionali possano annullare gli atti della pubblica amministrazione.

Al fine di dare attuazione a tale norma costituzionale, il legislatore ha previsto un sistema di controllo giurisdizionale dei provvedimenti dell'Autorità *antitrust*, essendo la stessa un organo amministrativo, seppur facente parte della categoria particolare delle autorità amministrative indipendenti.

L'art. 33 l. 287/1990 attribuisce al T.A.R. del Lazio la competenza esclusiva sui ricorsi presentati contro i provvedimenti adottati dall'Autorità ai sensi delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV della legge medesima ([201]). Tale norma ha sollevato una serie di problemi interpretativi a causa dell'imperfetto coordinamento tra le disposizioni della l. 287/1990 e quelle della l. 689/1981 in materia di illecito amministrativo. L'art. 22 di quest'ultima e l'art. 33 comma 1 della legge *antitrust*, difatti, attribuiscono a giudici diversi la competenza sui ricorsi contro i provvedimenti che irrogano sanzioni amministrative pecuniarie.

La Corte di Cassazione in una pronuncia del 1994 ha affermato la competenza esclusiva del T.A.R. del Lazio per i ricorsi contro i provvedimenti sanzionatori dell'Autorità garante ([202]), risolvendo a favore dell'art. 33 l. 287/1990 il suddetto contrasto tra norme.

Meritano, inoltre, di essere segnalate le questioni riguardanti, da un lato, quali atti dell'Autorità possano essere contestati di fronte al giudice amministrativo ([203]), e, dall'altro, quali soggetti siano legittimati ad impugnare tali atti. In generale, secondo la dottrina, l'impugnabilità degli atti amministrativi è subordinata alla sussistenza di un interesse ad impugnare, vale a dire alla circostanza che l'atto in questione sia lesivo di un interesse del ricorrente, e che l'ottenimento di una pronuncia giurisdizionale favorevole comporti un vantaggio per la situazione giuridica soggettiva lesa. Sotto il primo dei profili sopra segnalati, quindi, pressoché tutti i

---

([201]) La dottrina ha, in generale, condiviso la scelta del legislatore, considerando che, data la difficoltà di distinguere, in materia *antitrust*, le posizioni soggettive qualificabili come diritti soggettivi da quelle qualificabili come interessi legittimi, una giurisdizione divisa tra giudice ordinario e giudice amministrativo secondo il tradizionale criterio di riparto avrebbe comportato notevoli difficoltà applicative; sul punto cfr. Libertini, *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme* antitrust, in *Giur. comm.*, 1998, p. 649 ss.; La China, in *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287*, a cura di Afferni, cit., p. 648.

([202]) Cass. S. U., 5 gennaio 1994, n. 52, in *Foro it.*, 1994, I, c. 732, con nota critica di Barone.

([203]) Per ciò che concerne invece i limiti del sindacato del T.A.R. (questione la cui complessità non consente in questa sede un'analisi soddisfacente) cfr. Ferrari, *Il controllo giurisdizionale delle decisioni dell'Autorità* antitrust, in *Dir. proc. amm.*, 1999, p. 999 ss.

provvedimenti sanzionatori ed inibitori adottabili dall'Autorità sono da considerare impugnabili. La stessa conclusione deve ritenersi valida per i provvedimenti con cui si autorizzano le intese o le concentrazioni, o non si punisce un abuso di posizione dominante, ovvero si decide di non aprire l'istruttoria in merito: tali provvedimenti, difatti, ledono gli interessi delle imprese concorrenti ([204]).

Per quanto concerne invece il problema della legittimazione soggettiva ad impugnare, essa fa capo, ovviamente, alle imprese destinatarie dei provvedimenti succitati, nonché alle imprese concorrenti, qualora esse subiscano un pregiudizio da un provvedimento dell'Autorità che, ad esempio, autorizzi un'intesa o una concentrazione, ovvero non ordini la cessazione di un comportamento che si pretende essere abusivo di una posizione dominante. La giurisprudenza tende invece ad escludere che le associazioni rappresentative dei consumatori siano titolari della legittimazione in questione ([205]).

Merita di essere sommariamente analizzato in questa sede anche il comma 2 dell'articolo in commento, il quale, nonostante non preveda un ulteriore mezzo di impugnazione esperibile nei confronti dei provvedimenti dell'Autorità, riguarda ugualmente i poteri di un organo giurisdizionale, questa volta ordinario, nell'applicazione della normativa *antitrust*. La disposizione in oggetto, difatti, stabilisce che "le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti d'urgenza in relazione alle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV sono promossi davanti alla corte d'appello competente per territorio".

Il dibattito dottrinale nonché la giurisprudenza formatasi riguardo alla norma in oggetto consentono di trarre le seguenti conclusioni:

— gli artt. 2 e 3 l. 287/1990 (in materia di intese ed abusi di posizione dominante) sono immediatamente applicabili da parte della Corte d'appello, indipendentemente da un eventuale procedimento al riguardo concluso precedentemente dall'Autorità *antitrust* ([206]);

([204]) Sugli atti dell'Autorità che possono essere impugnati davanti al T.A.R. del Lazio cfr., *amplius*, Libertini, *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme* antitrust, cit., p. 654 ss.; La China, in *Concorrenza e mercato. Commento alla Legge 1. ottobre 1990 n. 287*, a cura di Afferni, cit., p. 649 ss.; Di Via, in *Commentario breve al diritto della concorrenza*, a cura di Marchetti, Ubertazzi, cit., *sub* art. 33, p. 472 ss.; Antonioli, *Riflessioni in tema di procedimento nel diritto* anitrust, cit., p. 115 ss.

([205]) Cfr. T.A.R. del Lazio, sez. I, 1 agosto 1995, n. 1474, in *Trib. amm. reg.*, 1995, I, 3456; cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 30 dicembre 1996, n. 1792, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, p. 443, con nota di Libertini; in dottrina cfr. Libertini, *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme* antitrust, cit., p. 656.

([206]) Tuttavia, esula dalla competenza dell'autorità giurisdizionale l'applicazione dell'art. 4 l. 287/1990, relativo alla concessione di deroghe al divieto di intese restrittive della concorrenza, in quanto l'esercizio del relativo potere comporta

— il processo civile è indipendente dal procedimento amministrativo e si svolge in modo autonomo rispetto al secondo ([207]);

— il giudice può disattendere le conclusioni raggiunte in precedenza dall'Autorità, qualora ritenga che il provvedimento sia viziato.

18. *L'esecuzione delle sanzioni.*

La citata sentenza della Corte di Cassazione (*supra*, nt. 202) che ha riconosciuto, conformemente all'art. 33 l. 287/1990, la competenza esclusiva del T.A.R. del Lazio in merito ai ricorsi contro i provvedimenti adottati dall'Autorità, ha anche individuato specificamente alcune disposizioni della l. 689/1981 applicabili in materia di irrogazione di sanzioni amministrative da parte dell'Autorità garante, in virtù del richiamo di cui all'art. 31 della legge *antitrust*; tra le norme considerate applicabili, la Corte Suprema ha menzionato l'art. 27 della l. 689/1981, in materia di esecuzione forzata ([208]). Tale norma stabilisce che, decorso inutilmente il termine fissato per il pagamento (che deve essere stabilito dall'Autorità, ai sensi dell'art. 15 comma 1 l. 287/1990), "l'autorità che ha emesso l'ordinanza-ingiunzione di pagamento, procede alla riscossione delle somme dovute in base alle norme previste per la esazione delle imposte dirette, trasmettendo il ruolo all'intendenza di finanza che lo dà in carico all'esattore per la riscossione in un'unica soluzione".

Nella sentenza richiamata, è considerato applicabile anche l'art. 26 della stessa legge, il quale attribuisce all'interessato, che si trovi in condizioni economiche disagiate, la facoltà di richiedere l'adozione di un provvedimento che autorizzi il pagamento rateale della sanzione.

---

valutazioni complesse, anche di politica economica, lasciate alla discrezionalità dell'organo garante della concorrenza; cfr., *supra*, sez. I, par. 4.4. La dottrina ritiene, inoltre, che neppure la disciplina in materia di concentrazioni sia applicabile dalla Corte d'appello, in quanto tale disciplina non sancisce un divieto generale ed immediatamente applicabile delle operazioni in questione (come accade, invece, per le intese e per gli abusi di posizione dominante), ma subordina il divieto o l'autorizzazione delle stesse ad una valutazione dell'Autorità *antitrust* di carattere discrezionale, seppure adottata sulla base dei criteri indicati nell'art. 6 l. 287/1990: in argomento cfr., *amplius*, per tutti, Alessi, Olivieri, *Commento alla Legge 10 ottobre 1990*, cit., p. 173 ss.

([207]) Cfr. Libertini, *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme* antitrust, cit., p. 659; Di Via, in *Commentario breve al diritto della concorrenza*, a cura di Marchetti, Ubertazzi, cit., *sub* art. 33, p. 476; in giurisprudenza, App. Milano, 18 luglio 1995, in *Foro it.*, 1996, I, c. 276 ss., con nota adesiva di Barone.

([208]) Sul punto cfr., per tutti, Riva Crugnola, in *Commentario delle "modifiche al sistema penale"*, a cura di Dolcini, Giarda, Mucciarelli, Paliero, Riva Crugnola, cit., *sub* art. 27, p. 165 ss.

19. *Il diritto della concorrenza nella prassi applicativa italiana: dati statistici.*

Tabella A. Provvedimenti in materia di intese e di abusi di posizione dominante. Fonte: Autorità *antitrust*, *Relazione annuale 1999*.

Anno	**Numero casi (*)**	**Esito**								
		Non violaz.	Non violaz. per modifica accordi	Violazione						Irrogazione di sanzioni
				Art. 2 (**)	Art. 3	Art. 14.5	Art. 15	Art. 81TCE	Art. 82TCE	
1991	2		2							
1992	20		2	12	6					3
1993	18	1	4	7 (1)	6	1				3
1994	18	5	1	7 (3)	5					2
1995	16	4	1	3	8					2
1996	29 (1)	4	4	15 (1)	7					5
1997	18	1	2	8	4		3			10
1998	18 (3)		1	11	2		1			7
1999	15			12 (2)	2				1(***)	9

(*) I dati fra parentesi indicano i casi in cui l'Autorità non ha ritenuto applicabile la l. 287/1990.

(**) I dati fra parentesi indicano i casi in cui è stata concessa una deroga temporanea ai sensi dell'art. 4 (vedi *supra*, *sub* par. 4.4).

(***) Lo scarsissimo numero di violazioni riscontrate rispetto alle norme comunitarie in materia di concorrenza dipende, con ogni probabilità, dal fatto che solo nel 1996 l'Autorità è stata dotata dei poteri necessari per l'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato CE. Merita di essere sottolineato come, attualmente, siano in corso numerosi procedimenti per supposte violazioni delle disposizioni comunitarie in oggetto.

Tabella B. Provvedimenti in materia di operazioni di concentrazione. Fonte: Autorità *antitrust*, *Relazione annuale 1999*.

Anno	**Numero casi** (*)	**Esito**			
		Non violazione (**)	Concentrazione vietata	Violazione art.19.2	Irrogazione di sanzioni
1991	3	1		2	1
1992	12 (1)	3 (1)	2	6	
1993	11	7 (3)	2	2	2
1994	10	3		7	5
1995	7	2		5	2
1996	16	3 (1)		13	11
1997	7	6 (3)	1		
1998	4	2 (2)		2	2
1999	12 (2)	4 (2)		6	5

(*) Il dato fra parentesi indica un caso in cui l'Autorità non ha ritenuto applicabile la l. 287/1990.

(**) Il dato fra parentesi indica il numero di casi in cui l'autorizzazione è stata subordinata al rispetto di talune condizioni, ai sensi dell'art. 6 comma 2 l. 287/1990.

SEZIONE IV
LE INTERRELAZIONI TRA DIRITTO COMUNITARIO E DIRITTO NAZIONALE DELLA CONCORRENZA

20. *La collaborazione tra Autorità nazionale e Commissione CE nell'applicazione del diritto comunitario.*

L'art. 54 della legge 6 febbraio 1996 n. 52 ([209]) (legge comunitaria 1994) attribuisce all'Autorità italiana *antitrust* determinate competenze in materia di applicazione del diritto comunitario della concorrenza, in attuazione dei regolamenti CEE n. 17/62, n. 1017/86, n. 3975/87 e n. 4064/89. La *ratio* della norma in questione risponde all'esigenza di alleggerire il carico di lavoro della Commissione, sia migliorando i meccanismi di collaborazione tra l'organo comunitario e l'organo nazionale, sia favorendo il decentramento nell'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato CE.

Il comma 1 dell'articolo in commento prevede che l'Autorità *antitrust* sia competente a provvedere:

a) alla esecuzione degli accertamenti richiesti dalla Commissione delle Comunità europee;

b) all'assistenza da prestare agli agenti della Commissione in relazione all'assolvimento dei loro compiti e all'esecuzione di accertamenti nel territorio dello Stato.

I commi successivi attribuiscono all'organo garante della concorrenza la facoltà di utilizzare, nell'espletamento dei suddetti compiti, i medesimi poteri istruttori previsti dall'art. 14 comma 2 legge 287/1990, avvalendosi eventualmente dell'intervento della Guardia di finanza. Gli esiti degli accertamenti compiuti sono destinati esclusivamente alla Commissione, mentre né è vietato ogni diverso utilizzo.

L'ultimo comma dell'art. 54 l. 52/1996 attribuisce, infine, all'Autorità *antitrust* i poteri istruttori, coercitivi e sanzionatori necessari per l'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato CE (vedi *supra*, sez. I, par. 2.2.1.).

21. *L'influenza del diritto comunitario sul diritto nazionale della concorrenza.*

Nel corso del lavoro si è sottolineata l'indubbia ed evidente influenza esercitata sul diritto e sulla prassi applicativa nazionale in materia di

---

([209]) In *Gazz. Uff.*, 10 febbraio 1996, S. O. Sulla norma in commento cfr. DI PIETRO, *Prime considerazione sulle competenze dell'antitrust nazionale attribuite dalla legge comunitaria per il 1994*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, p. 496 ss.; CENA, *Legge comunitaria per il 1994 e ruolo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nell'applicazione delle norme* antitrust *comunitarie*, in *Contratto e impresa/europa*, 1997, p. 922 ss.

concorrenza dall'esperienza comunitaria consolidatasi, a tutti i livelli, nell'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato di Roma.

Al riguardo, è stata analizzata la scelta compiuta dal legislatore del 1990 nell'adozione del principio della c.d. "barriera unica" ([210]), comportante la minor interferenza possibile della normativa nazionale nell'ambito di applicazione del diritto CE.

Inoltre, è stata evidenziata la pressoché totale identità delle condotte punite dal diritto nazionale e da quello comunitario in materia di intese, di abusi di posizione dominante e di operazioni di concentrazione ([211]).

Ancora, nell'ambito del procedimento amministrativo si è ricordato come i poteri istruttori ed i poteri sanzionatori di cui l'Autorità nazionale è dotata siano ampiamente modellati sui poteri che il reg. CEE 17/62 attribuisce alla Commissione ([212]).

Per quanto, poi, concerne le differenze testuali riscontrabili tra la normativa comunitaria e quella nazionale, è stato costantemente segnalato come la prassi interpretativa dell'Autorità *antitrust* e della giurisprudenza, favorevolmente accolte dalla dottrina, si siano adeguate al canone fondamentale sancito dall'art. 1 comma 4 l. 287/1990, il quale impone un'interpretazione delle disposizioni della legge stessa conforme "ai principi dell'ordinamento delle Comunità Europee in materia di disciplina della concorrenza". Mediante il riferimento a tale norma, le difformità in oggetto sono state svalutate, giungendo, a volte, anche al superamento della lettera della legge attraverso un'interpretazione il più possibile conforme al dettato normativo comunitario ([213]).

Del resto, laddove la disciplina nazionale si è dimostrata carente (soprattutto in materia di procedimento e di criteri di commisurazione delle sanzioni), si è ricordato come l'Autorità abbia continuamente fatto riferimento alla prassi applicativa della Commissione ([214]).

L'influenza del diritto comunitario su quello nazionale incide, infine, anche sulle possibili prospettive di riforma della normativa italiana; qualora intervenga un atto normativo CE a modificare un determinato settore del diritto della concorrenza, inevitabilmente l'interpretazione della disciplina interna subisce le conseguenze del cambiamento dei principi comunitari di riferimento, rendendosi necessaria una interpretazione evolutiva della legge nazionale che si adegui a tali nuovi principi ([215]).

([210]) Cfr., *supra*, sez. I, par. 2.

([211]) Cfr., *supra*, sez. I, par. 3, 4 ss., 5 ss., 6 ss.

([212]) Cfr., *supra*, sez. III.

([213]) Cfr., *supra*, in materia di concentrazioni tramite costituzione di una nuova società, sez. I, par. 6.1, lett. *c*).

([214]) Cfr., *supra*, sez. II e III.

([215]) È il caso, ad esempio delle recenti evoluzioni del diritto comunitario in materia di concentrazioni (in merito alle quali cfr. Sciaudone, *Il regolamento comuni-*

22. *Il dibattito in merito alle proposte contenute nel Libro bianco sulla riforma degli artt. 81 e 82 TCE.*

Le proposte contenute nel *White paper on modernisation of the rules implementing articles 81 and 82 of the EC Treaty* ([216]) sono state oggetto in Italia di un favorevole accoglimento da parte sia della dottrina che dell'Autorità *antitrust*. Quest'ultima ha sempre sottolineato l'importanza e la necessità di un maggiore decentramento nell'applicazione delle norme comunitarie a tutela della concorrenza, anche in conformità del principio di sussidiairietà espresso nel Trattato di Roma (art. 5) ([217]). Pertanto, i primi commenti espressi dall'organo garante sono stati indubbiamente positivi: in particolare, l'Autorità ha condiviso le osservazioni svolte dalla Commissione in merito alla inadeguatezza dell'originario sistema di applicazione accentrata dell'art. 81.3 del Trattato, ed ha quindi sottoscritto la proposta di sostituire il sistema autorizzatorio accentrato — in base al quale la Commissione ha una competenza esclusiva nella concessione delle esenzioni al divieto di intese restrittive della concorrenza, ai sensi dell'art. 9 reg. CEE 17/62 — con un sistema di eccezione legale. Sistema, questo, in virtù del quale le esenzioni *ex* art. 81.3 potrebbero essere concesse anche dai giudici e dalle autorità nazionali, in virtù dell'applicabilità diretta della disposizione comunitaria. L'Autorità stessa ha inoltre sottolineato la necessità di un maggiore coordinamento anche a livello orizzontale, cioè tra diverse autorità nazionali, al fine di conseguire una coerente ed uniforme applicazione del diritto comunitario della concorrenza su tutto il territorio dell'Unione ([218]).

Come già ricordato, anche la dottrina ha, in linea di principio, commentato positivamente le proposte contenute nel Libro bianco, condividendo le ragioni sostenute dalla Commissione e ritenendo che il passaggio ad un sistema di eccezione legale consentirebbe di perseguire il duplice obiettivo di favorire l'applicazione decentrata dell'art. 81 e di alleggerire il carico di lavoro della Commissione. In tal modo quest'ultima potrebbe concentrare le proprie forze sulla repressione delle condotte anticoncorrenziali più pericolose (come ad esempio i cartelli) ([219]).

---

tario sulle concentrazioni: le recenti modifiche e le comunicazioni interpretative della Commissione, in *Contratto e impresa/europa,* 1998, p. 628 ss.), o di intese verticali; il mutamento della normativa comunitaria e della prassi applicativa della Commissione inciderà, inevitabilmente, sugli orientamenti dell'Autorità nazionale

([216]) In *G.U.C.E.* C 132, 12 maggio 1999.

([217]) Cfr. Autorità *antitrust*, *Relazione annuale* 1998, p. 9; *Relazione annuale* 1997, p. 36 ss.; *Relazione annuale* 1996, p. 7 ss.

([218]) Autorità *antitrust*, *Relazione annuale* 1999, p. 35 ss. e p. 264 ss.

([219]) Cfr., diffusamente, Pera, Cassinis, *Applicazione decentrata del diritto comunitario della concorrenza: la recente esperienza italiana e le prospettive di modernizzazione*, in *Dir. comm. internaz.*, 1999, 701 ss., in particolare 721 ss.

Alcuni autori hanno tuttavia indicato i possibili inconvenienti della riforma proposta, non al fine di contestarla, ma al fine di segnalare l'opportunità di alcuni miglioramenti, tale da rendere il sistema effettivo e funzionale rispetto alle esigenze del nuovo allargato contesto comunitario ([220]).

Tra i problemi segnalati, è stato posto l'accento innanzitutto sulla possibile difformità di applicazione delle regole comunitarie, considerato che:

— i poteri istruttori esperibili nei diversi Stati membri dalle autorità e dai giudici non coincidono;

— spesso gli organi nazionali non sono dotati delle competenze e, soprattutto, dell'esperienza necessaria per l'applicazione della normativa comunitaria;

— in alcuni Stati membri le autorità *antitrust* non sono neppure dotate dei poteri necessari per dare applicazione al diritto CE.

Si segnala, inoltre, che gli organi nazionali si sono sempre dimostrati riluttanti ad applicare gli artt. 81 e 82, preferendo fare ricorso alle leggi *antitrust* interne. Tale atteggiamento non sembra interamente giustificabile solo in virtù dell'impossibilità di concedere esenzioni ai sensi dell'art. 81.3.

Al fine di superare questi, ed altri, inconvenienti si suggerisce, in primo luogo, una stretta collaborazione ed uno scambio continuo di informazioni tra Commissione ed autorità nazionali, sottolineando altresì la necessità di superare gli ostacoli finora esistenti rispetto alla possibile collaborazione "orizzontale" già promossa dall'Autorità garante italiana.

In secondo luogo, si è rilevata la necessità di procedere al ravvicinamento delle regole nazionali di procedura e della disciplina dei poteri istruttori di cui le autorità nazionali sono dotate, al fine di garantire al massimo grado l'omogenea applicazione del diritto comunitario.

([220]) *Ibidem*, p. 721 ss.; cfr. anche Todino, *Modernisation from the Perspective of National Competition Authorities: Impact of the Reform on Decentralised Application of E.C. Competition Law*, in *European Competition Law Review*, 2000, p. 348 ss.

ABSTRACT

Il presente lavoro mira ad analizzare i profili sanzionatori del diritto della conoscenza. Al riguardo, particolare attenzione viene dedicata ai rapporti tra disciplina nazionale e disciplina comunitaria, e alla notevole influenza esercitata da quest'ultima sulla struttura e sui contenuti della normativa interna di settore.

Successivamente, dopo aver delineato i diversi ambiti di applicazione delle due discipline, vengono prese in esame: le condotte anticoncorrenziali vietate dalla legge *antitrust* nazionale; le sanzioni di carattere sia penale sia amministrativo ad esse applicabili; il procedimento amministrativo di irrogazione delle sanzioni appartenenti alla seconda categoria; i meccanismi di impugnazione dei provvedimenti amministrativi contenenti misure punitive.

Il lavoro si conclude con la disamina delle proposte di riforma del diritto della concorrenza comunitario contenute nel *White paper on modernisation of the rules implementing articles 81 and 82 of the EC Treaty*.

This article aims to analyse the system of sanction of competition law. Special consideration has been paid to the relationship between national and Comunity competition law; the strong influence exerted by the latter on the former has been continuously pointed out.

After discussing the different scope of application of the two systems, the attention has then been focused on the prohibited conduct under national law, on the applicable sanctions, both criminal and administrative, on the administrative proceedings for the imposition of the latter kind of repressive measures and on the system of remedies against the administrative decisions.

The article ends considering the proposal of amendment of EC competition law contained in the *White paper on modernisation of the rules implementing articles 81 and 82 of the EC Treaty*.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova serie . Vol. XV (2001)

PETER LEYLAND

MENS REA: IL CONCETTO DI RIPROVAZIONE MORALE NEL DIRITTO PENALE INGLESE (*)

L'obiettivo di questo saggio è esaminare in che modo la nozione di riprovazione morale, che giustifica l'imposizione della sanzione penale, viene tradotta in una formula grazie a cui le corti inglesi sono in grado di stabilire la colpevolezza o l'innocenza dell'accusato. Il concetto di *mens rea* è stato sviluppato per soddisfare la necessità di provare un atteggiamento mentale colpevole che deve sussistere contestualmente all'*actus reus*, che rappresenta la condotta colpevole, manifestazione di ogni reato. Da ciò si desume che un'azione deve essere stata necessariamente compiuta, affinché una persona venga condannata per aver commesso un particolare reato, ma allo stesso tempo si richiede che, al fine di stabilire la condanna per i reati più gravi, l'accusa debba provare la presenza di un particolare atteggiamento psichico. Per ogni singolo reato esso verrà ricavato dalla descrizione della fattispecie: ad esempio nell'omicidio volontario (*murder*) si tratta dell'intenzione di uccidere o di procurare gravi lesioni personali; nel furto si tratta della disonestà e dell'intenzione di privare permanentemente altri della disponibilità di un bene; nella violenza carnale si tratta dell'intenzione di ottenere la congiunzione carnale, pur sapendo che la vittima non vi consente o comunque senza preoccuparsi del consenso o della mancanza di consenso della stessa, e così via (1).

Vantaggi evidenti discendono dal disporre di un sistema basato sulla necessità di stabilire la riprovazione:

(i) la presenza o l'assenza della *mens rea* diviene il mezzo per distinguere i crimini gravi da quelli meno gravi. Per molti reati, in genere quelli di creazione legislativa (*statutory offences*) e indicati come reati di *strict*

(*) Questo saggio rappresenta la versione riveduta e corredata dalle note di una lezione tenuta dal Prof. Peter Leyland, della University of North London, presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche il 9 aprile 2001. La traduzione italiana è stata curata da Alison Riley.

(1) I concetti discussi paiono legati strettamente alla definizione e alle forme della colpevolezza in Italia. *Intention* si avvicina al concetto di dolo, mentre *recklessness*

liability (responsabilità oggettiva), non viene richiesta la prova della sussistenza della *mens rea* per la pronuncia della condanna penale. Reati di questo genere attengono ad aree quali la circolazione stradale, la regolamentazione della sicurezza, l'ambiente, l'igiene, l'alimentazione - sono stati creati anche reati di *strict liability* relativamente agli stupefacenti e agli esplosivi, e spesso la prova del possesso è sufficiente, in questi casi, per portare alla condanna. In genere la *mens rea* è richiesta nei casi in cui viene imposta una pena stigmatizzante.

(ii) Da questo approccio segue che la severità della punizione può essere collegata al livello di intensità della *mens rea*. Nei casi di omicidio, l'accusa è tenuta a dare prova dell'intenzione dell'imputato, al fine di ottenere la condanna per omicidio volontario (*murder*). Per questo crimine l'unica pena prevista è la carcerazione a vita. D'altro canto, per l'omicidio colposo (*manslaughter*) le corti sono dotate di una discrezionalità molto ampia che permette loro di scegliere tra pene che vanno dall'ergastolo a varie altre sanzioni non detentive ([2]).

(iii) Questo concetto è compatibile con la operatività di scusanti (*defences* ([3]). L'effetto conseguente all'addurre una scusante quale l'incapacità mentale porta a ritenere che la presunzione che l'imputato (D) sia dotato di una piena *mens rea*, è stata ridotta o negata ([4]).

I particolari atteggiamenti mentali che possono costituire la *mens rea* rappresentano una questione di fondamentale importanza nel diritto penale. In sostanza, alcuni di essi consentiranno la pronuncia della condanna penale dei comportamenti penalmente gravi, mentre altri non permetteranno di superare la soglia richiesta per la punibilità. L'imputato merita di essere incolpato qualora la richiesta *mens rea* sia presente, ma può andare completamente impunito se la *mens rea* non è sufficiente. La questione fondamentale sta nello stabilire ciò che costituisce la necessaria *mens rea*. Si tratta di una questione molto complicata, dal momento che risulta impossibile conoscere che cosa esattamente stesse avvenendo nella mente dell'autore. I peculiari termini e criteri in discussione in questa sede rappresentano

---

riporta alla colpa grave, ma si dovrebbe tradurre come avventatezza, poiché la negligenza semplice corrisponde alla colpa. WATKIN TG "*The Italian legal tradition*" London, Dartmouth, 1997

([2]) Ashworth A *Sentencing and Criminal Justice*, 3rd ed, London, Butterworths, 2000 pp.110-112

([3]) Ashworth preferisce impostare la sua analisi del diritto penale intorno al concetto di necessari elementi positivi e negativi di colpa (*fault*). Ved. Ashworth A *Principles of Criminal Law*, 3rd ed, Oxford, Oxford UP, 1999.

([4]) Le citate *defences* sono riportabili alle categorie delle scusanti (tali sono l'incapacità, il disturbo mentale, l'intossicazione, la costrizione, lo stato di necessità, la provocazione), delle cause di giustificazione, degli errori, ma non è ravvisabile un parallelo col concetto italiano di antigiuridicità.

tentativi giudiziali di stabilire i limiti in conformità alla definizione dei reati, definizione che per ciascun reato può avere la sua fonte nella legge (*statute law*) oppure nel precedente giudiziario (*common law*). Nell'analisi dei contenuti è utile considerare le definizioni stesse secondo un ordine di intensità decrescente. Da ciò segue che *"intention"* rappresenta la forma più elevata e criminale di *mens rea*, *"recklessness"* consiste nell'assunzione del rischio criminale, mentre all'altro estremo della scala si pone la mera *"negligence"* (da cui si distingue la *"gross negligence"*) che in *common law* non è sufficiente per poter affermare la responsabilità penale, ma che può bastare nei casi di reati di *strict liability*.

(I) Intention

Il primo punto da chiarire è che il concetto di *mens rea* non va confuso con quelli di movente, di sentimento colpevole, di malizia o malvagità. Il movente rappresenta la ragione che ha spinto l'autore ad agire in un determinato modo. Un movente può essere moralmente giustificabile, ma comunque dare origine al reato di omicidio volontario (*murder*). Per questo il marito devoto che somministra una dose letale di una sostanza stupefacente alla moglie sofferente è comunque colpevole di *murder* ([5]), perché egli è consapevole che l'effetto del somministrare la droga è la morte, e al momento del compimento dell'azione questo effetto rappresenta il suo obiettivo ([6]).

In alcune situazioni una definizione basata sul "buon senso comune" esprime adeguatamente il significato di *intention* ovvero di ciò che è stato chiamato *'direct intention'* (intenzione diretta). Ad esempio, una persona che impugna una pistola, la carica e prende accuratamente di mira da alcuni metri una vittima inerme può essere considerata portatrice della volontà di uccidere. Lord James, nel caso *Mohan*, definì la *intention* in termini di decisione di produrre il risultato proibito, fintanto che ciò rientra nelle potenzialità dell'attore, indipendentemente dal fatto che egli desideri la conseguenza della propria azione o meno ([7]). È stato suggerito, invece, da Duff che l'intenzione diretta venga valutata adottando il test del fallimento. In base ad esso la domanda di riferimento è: D considererebbe

([5]) *R v Grey* [1965] The Times, October 7th

([6]) Nel caso del Dott. Cox 19/9/1992, un reumatologo specialista, che prescrisse su richiesta di una paziente malata cloruro di potassio, venne condannato per tentato omicidio. Questo dipese dal fatto che la morte rappresentava l'unico effetto derivante dalla prescrizione di suddetta medicina. L'accusa fu di tentato omicidio perché la giuria si sarebbe con ogni probabilità dimostrata riluttante nel affermare la colpevolezza per il reato più grave di omicidio volontario, la cui pena prevista obbligatoriamente per legge è l'ergastolo.

([7]) *Mohan* [1976] QB1.

la propria azione un fallimento qualora non conseguisse il risultato ([8])? È forse sorprendente che non esista un'unica definizione riconosciuta nel diritto inglese, perché i giudici della *House of Lords* hanno riconosciuto che nella maggior parte delle situazioni che si presentano nei procedimenti penali, il "buon senso comune" della giuria permetterà di arrivare ad una decisione ([9]). Un individuo potrebbe premere il grilletto della pistola intenzionalmente, ma non con l'intenzione di uccidere la vittima. Ad esempio, nel caso in cui D avesse l'impressione che la pistola fosse caricata a salve o non fosse in grado di sparare ([10]), oppure nel caso in cui D si trovasse al poligono e la vittima fosse posta dietro l'area del bersaglio nel momento in cui viene colpita dalla pallottola.

Oblique Intention

Un soggetto può avere l'intenzione di realizzare più di un risultato allo stesso tempo. Si può affermare che una conseguenza è direttamente voluta qualora D voglia o desideri produrla, mentre è obliquamente — indirettamente — voluta se, benché prevista, non sia desiderata. È necessario precisare la distinzione fra *direct intent* e *oblique intent* ([11]), dal momento che quest'ultimo estende ampiamente la portata del concetto di *intention*. Intenzione diretta si ha nei casi in cui l'effetto è desiderato, mentre intenzione obliqua si ravvisa anche quando esso non lo sia.

In passato il test volto all'accertamento della *mens rea* necessaria per il reato di omicidio volontario (*murder*) comprendeva le seguenti situazioni ([12]):

(1) **Una conseguenza è voluta quando rappresenti lo scopo o l'obiettivo dell'autore**. In ciò consiste il *direct intent*.

(2) **Una conseguenza è voluta quando rappresenti lo scopo o l'obiettivo dell'autore o sia prevista come risultato certo**. In ciò consiste la con-

---

([8]) Duff RA *Intention, Agency and Criminal Liability: Philosophy of Action and the Criminal Law*, Oxford, Blackwell, 1990 a p.61.

([9]) In *Moloney* [1985] AC 905, Lord Bridge dichiarò: 'Si dovrebbe osservare la regola d'oro secondo la quale, nel dare direttive alla giuria riguardo l'elemento psicologico richiesto relativamente ad un reato di intenzione specifica [ad es. *murder*], il giudice dovrebbe evitare qualunque elaborazione o frase descrittiva di ciò che si intende per 'intenzione', lasciando la questione se l'imputato abbia agito con la necessaria intenzione al buon senso della giuria, a meno che ... una qualche ulteriore spiegazione ... non sia strettamente necessaria..."

([10]) Ved. *Lamb* [1967] 2 All ER 1282. In questo caso l'imputato D indirizzò la rivoltella carica verso il suo amico e sparò, ma per errore D credeva che la rivoltella non fosse in grado di sparare una vera pallottola a causa della posizione del cilindro contenente le pallottole.

([11]) Esso è assimilabile al dolo indiretto.

([12]) Ved. *Hyam v DPP* [1975] AC 55.

seguenza prevista, ma indesiderata che rappresenta comunque un presupposto necessario, ed è stato chiamato *oblique intention*. Ad esempio, nel caso in cui un soggetto spari alla vittima attraverso una finestra, il vetro deve venire infranto per poter realizzare l'obiettivo. L'obiettivo A, l'uccisione della vittima, può essere raggiunto solo realizzando l'obiettivo indesiderato B, vale a dire la rottura del vetro. Nell'ipotesi in cui venga piazzata una bomba su un aeroplano al fine di percepire il risarcimento della perdita del carico dall'assicurazione, se la bomba è stata programmata per esplodere in volo vi è la certezza che gli occupanti del velivolo verranno uccisi. L'obiettivo non potrebbe essere raggiunto senza anche uccidere l'equipaggio ed i passeggeri.

(3) **Una conseguenza è voluta quando rappresenti lo scopo o l'obiettivo dell'autore o sia prevista come certezza virtuale, pratica o morale**. Si tratta della forma di *oblique intention* che si ritrova nei casi *Nedrick / Woollin*. Ad esempio, nel caso in cui D faccia esplodere una bomba per spaventare; se si tratta di una rilevante carica esplosiva, che esplode e uccide, la giuria può considerare che è virtualmente certo che chiunque si trovi nelle prossimità sarà per lo meno gravemente ferito. Da questa considerazione si può desumere che colui che ha piazzato la bomba ha previsto qualcosa di praticamente certo (*a virtual certainty*). La *mens rea* propria di *murder* esige che l'accusato abbia avuto intenzione di uccidere oppure intenzione di infliggere gravi lesioni personali.

(4) **Una conseguenza è voluta quando rappresenti lo scopo o l'obiettivo dell'autore o sia prevista come una probabile o altamente probabile conseguenza**. In realtà questa situazione non rappresenta più una forma di *intention*. In *common law* essa rappresenta ora il punto di scissione fra la *mens rea* propria dell'omicidio e la noncuranza propria dell'omicidio colposo, basata sulla volontaria e consapevole assunzione del rischio.

Uno dei principali cambiamenti realizzati negli anni più recenti è stato determinato dalla restrizione della definizione di *intention*, in cui non rientra più la condizione mentale descritta al punto (4), non considerata sufficiente manifestazione di *intention*. Da ciò si trae che un risultato previsto come probabile o persino altamente probabile non viene più ritenuto voluto, con la conseguenza che la giuria emetterà probabilmente un verdetto di *manslaughter* (omicido colposo) In questo caso, non si applica la pena obbligatoria dell'ergastolo (v. sopra), ma la corte ha un ampio margine di discrezionalità nel decidere la pena.

Un caso memorabile che ha ricoperto un ruolo essenziale nello sviluppo del test attualmente impiegato dalle corti è stato *R v Hancock and Shankland* ([13]).

([13]) [1986] AC 455

Il primo ministro Mrs Thatcher negli anni '80 era risoluta a respingere le richieste del sindacato nazionale dei minatori, e la situazione era degenerata in crisi per l'industria del carbone, con una controversia tra il *Coal Board* (allora un ente pubblico) e il sindacato *National Union of Mineworkers* (NUM) ([14]). Nel corso dell'accanito sciopero dei minatori che si protrasse per un anno e oltre, la polizia si attivò moltissimo per tenere a freno il picchettaggio. Ma si rilevò anche una diffusa attività intimidatoria da parte di alcuni membri del sindacato rivolta ai lavoratori che non aderivano allo sciopero. Una mattina, gli imputati, che erano un gruppo di minatori scioperanti, spinsero un grande blocco di cemento sopra un ponte per farlo cadere sull'autostrada sottostante. Un taxi, con a bordo dei lavoratori diretti al lavoro, che in quel momento veniva scortato dalla polizia verso una miniera di carbone, venne colpito dal cemento e il conducente rimase ucciso. I minatori sostennero che avevano agito con l'intenzione di spaventare l'autista del taxi e di bloccare la strada, ma non per uccidere o procurare gravi lesioni.

Il giudice di primo grado indirizzò la giuria attenendosi alle direttive fornite dal caso *Moloney* ([15]). "In primo luogo (la giuria deve chiedersi): fu la morte una conseguenza naturale di un'azione volontaria, o D previde tale conseguenza come naturale? Secondariamente, l'imputato D previde che tale conseguenza rappresentava una conseguenza naturale della propria volontaria azione?" Nel caso in cui la risposta ad entrambe le domande fosse stata sì, allora la giuria avrebbe dovuto condannare. Lord Bridge, nella sentenza *Moloney*, aveva sottolineato che la conseguenza o il risultato devono essere schiaccianti o virtualmente certi, per potere ravvisare che ci sia *intention*.

Su queste basi i minatori vennero condannati per omicidio e si appellarono.

Inoltre, Lord Bridge aveva affermato che la giuria fosse abilitata a dedurre la sussistenza dell'intenzione di uccidere o di infliggere gravi lesioni personali qualora gli accusati avessero previsto queste conseguenze come naturali effetti delle loro azioni. All'appello conclusivo alla *House of Lords* nel caso *Hancock*, questa direttiva venne ritenuta fuorviante da Lord Scarman, dal momento che essa necessitava di spiegazioni addizionali che chiarissero la questione delle conseguenze naturali. La giuria necessitava di alcuni criteri guida relativi alla *probabilità delle conseguenze*. Infatti non si trattava semplicemente di qualcosa che si verifica nella successione ininterrotta della catena causale, poiché il grado di probabilità ricopriva un ruolo importante e doveva necessariamente essere messa in evidenza per l'attenzione della giuria. Ciò significa che alla giuria deve venire chiarito che quanto maggiore

([14]) Ved. Clarke P *Hope and Glory: Britain 1900-1990*, Penguin, 1996, p.378.
([15]) [1985] AC 905.

è la probabilità di una conseguenza tanto è maggiormente probabile che essa fosse stata prevista e che se quella conseguenza era stata prevista vi è una più alta probabilità che fosse anche stata voluta ([16]). Su queste basi l'appello venne accolto e la condanna ridotta ad omicidio colposo. Lord Scarman aveva in mente l'importanza di spiegare alla giuria il vero significato della probabilità in una determinata situazione. Ad esempio, nel caso in oggetto, la probabilità potrebbe essere rapportata alla grandezza del blocco di cemento che si lanciava e all'intensità del traffico che passava sotto il ponte in quel determinato momento.

Successivamente a questo caso il test relativo all'*oblique intention* da utilizzare nelle direttive del giudice alla giuria venne ulteriormente ritoccato da Lord Lane (allora *Lord Chief Justice*) dinanzi alla Court of Appeal nel caso *R v Nedrick* ([17]):

"...può essere d'aiuto alla giuria il porsi le seguenti due domande.

(1) Quanto probabile era la conseguenza che risultò dalla volontaria azione di D?
(2) L'accusato D previde quella conseguenza?

Qualora egli non avesse apprezzato che la morte o le lesioni gravi potessero con una certa probabilità discendere dal proprio atto, non si potrebbe ritenere che avesse avuto l'intenzione di cagionarli. Se avesse rilevato tale probabilità, ma avesse creduto che il rischio a cui esponeva la persona uccisa era solamente marginale, sarebbe semplice per la giuria concludere che D non intendeva produrre il risultato avutosi. D'altra parte, se la giuria ritiene che al momento di agire l'accusato fosse consapevole del fatto che la morte o la lesione grave sarebbero state conseguenze virtualmente certe del proprio volontario agire (salva qualche imprevista interposizione), può desumere da tale fatto che D aveva intenzione di uccidere o procurare lesioni corporali gravi, pur non avendo il desiderio di realizzare tale risultato".

Il giudice citato proseguì disponendo che alla giuria deve essere chiarito che essa non ha il potere di affermare la sussistenza dell'*intent* richiesto per *murder* a meno che essa non sia certa che la morte o le lesioni gravi rappresentassero una certezza virtuale. *Intention* si ha nei casi in cui l'accusato D si rende conto del fatto che una determinata conseguenza è virtualmente certa e porta a compimento la propria azione in ogni caso, anche non volendo direttamente quella conseguenza.

([16]) Ashworth A *Principles of Criminal Law*, 3rd ed. Oxford: Oxford University Press 1999 p.180.

([17]) [1986] 1 WLR 1025.

Rifinendo il Nedrick-test

Il suddetto test sviluppato dal caso Nedrick è stato largamente approvato ma anche modificato in un suo aspetto cruciale da parte della *House of Lords* nella trattazione del caso *R v Woollin* ([18]).

(1) Un risultato è voluto quando l'autore ha il proposito di causarlo.
(2) Una corte o giuria può ritenere che un risultato sia voluto, anche se l'autore non si proponeva di cagionarlo, qualora:
   (a) si tratti di un risultato che sia una conseguenza virtualmente certa dell'atto e
   (b) l'autore sia consapevole che si tratti di una conseguenza virtualmente certa.

Si è avuta un'evoluzione terminologica: invece che "può desumere" la giuria ora "può ritenere" sussistente l'*intention*.

È stato suggerito che la suddetta evoluzione porta a fare a meno dell'approccio sviluppato nel caso *Nedrick*, secondo cui la previsione della certezza virtuale funge da semplice prova da cui l'intenzione può essere desunta ([19]). Lord Steyn stabilì che "**L'effetto della direttiva critica è che un risultato previsto come virtualmente certo rappresenta un risultato voluto**". Da ciò emerge con chiarezza che ora non sono più richieste ulteriori tappe deduttive.

Ciononostante Ashworth ([20]) interpreta questo cambiamento nel senso che l'espressione "autorizzata a ritenere" lascia ancora alle corti la legittima possibilità di non ritenere sussistente l'*intention* anche nei casi in cui sia ravvisabile la certezza virtuale. Ci si chiede per quale motivo i giudici della *House of Lords* non abbiano impiegato l'espressione "deve ritenere" anziché "può ritenere". Allen ([21]) suggerisce inoltre che il test deve specificare alla giuria di considerare la situazione dalla prospettiva dell'accusato, e di conseguenza non valutare se la morte o le grave lesioni corporee fossero veramente una certezza virtuale, ma se l'imputato D le avesse previste come una certezza virtuale al momento in cui agì.

([18]) [1999] AC 82. Nel caso *Woollin* accadde che l'accusato D gettò il figlio di tre mesi attraverso la stanza verso la carrozzina; il neonato subì una frattura al cranio che gli procurò la morte. In tale circostanza il giudice di primo grado diede una direttiva errata alla giuria che non concedeva spazio ai concetti di scopo, obiettivo, proposito. L'imputato venne condannato sulla base della deduzione che egli fosse consapevole della sussistenza del rischio rilevante di ferire il bambino gravemente. La *House of Lords* rigettò la decisione della *Court of Appeal* e condannò l'imputato per omicidio colposo. Ved. Allen M *Textbook on Criminal Law*, 5th ed. London, Blackstone, 1999 p.62ff.

([19]) Ved. Smith J & Hogan B *Criminal Law*, London, Butterworths p.55ff.

([20]) Ashworth A *Principles of Criminal Law*, Oxford, OUP, 1999 p.181.

([21]) Allen, 1999 n.199, *supra*, a p.63-64.

Riassumendo, dopo il caso *Woollin*: se il risultato rappresenta una conseguenza virtualmente certa dell'atto compiuto da D e D soggettivamente prevede che esso sia una conseguenza virtualmente certa, allora la giuria *può* ritenere che esso sia voluto ([22]).

Ciò sembra voler dire che l'*intention* può venire definita in termini di previsione di certezza virtuale. Consideriamo la posizione di colui che piazza una bomba su un aereo programmandola affinché esploda in volo, in modo da poter richiedere il risarcimento del carico perso dall'assicurazione. In sua difesa, l'imputato dichiara che la sua intenzione era quella di richiedere il risarcimento dall'assicurazione, non quella di nuocere all'equipaggio. Evidentemente egli intende ottenere il denaro dall'assicurazione, ma sa che quando la bomba esploderà l'equipaggio verrà certamente ucciso. Così, sarà certamente condannato per omicidio volontario. Ma prendiamo il caso di un terrorista il quale innesca una bomba in un luogo pubblico con l'obiettivo di promuovere una causa politica: questo imputato ha l'intenzione di uccidere i passanti? La risposta è affermativa se applichiamo il test *Nedrick/Woollin* sopra delineato, a due condizioni: (1) D ha usato una quantità di esplosivo sufficiente ad uccidere o causare lesioni gravi (l'elemento oggettivo richiesto); e (2) D riconosce che se scoppia la bomba mentre ci sono dei passanti nelle vicinanze è virtualmente certo che verranno uccise o gravemente ferite delle persone.

Nel caso *Steane* ([23]) l'imputato era un attore britannico che lavorava in Germania. Dopo essere stato sottoposto dai nazisti a minacce riguardanti la sua persona e la sua famiglia, con riluttanza accettò di trasmettere alla radio. Al termine della guerra venne processato e condannato per aver compiuto azioni di supporto al nemico, ma successivamente fu accolto il suo appello. Era necessario chiarire se egli, leggendo le notizie, avesse avuto l'intenzione di aiutare il nemico, come gli era stato imputato. Chiaramente, se egli voleva solamente proteggere sé stesso e la propria famiglia dal pericolo certo derivante dalla mancata cooperazione, che alternativa aveva? In giudizio venne puntualizzato che con la costruzione della linea ferroviaria Burma i soldati inglesi catturati avevano aiutato i Giapponesi. Era chiaro che in tempo di guerra si verificarono disparate situazioni in cui le persone agirono secondo gli ordini e non ebbero la possibilità di fare altrimenti poiché minacciate, finendo in tal modo per agevolare il nemico. La corte con l'assolvere l'imputato mostrò di aver preso in considerazione il motivo ([24]). Nella sentenza, si riconobbe l'intenzione di D di fare in modo che egli stesso e

([22]) Clarkson C & Keating H *Criminal Law: Text and Materials*, London, Sweet & Maxwell. 1999 p.139.

([23]) [1947] 1 All ER 813.

([24]) Ved. Norrie A *Crime, Reason, History*, London, Butterworths, 1993 p.57; Ashworth 1999, p.182.

la sua famiglia non subissero danni, e il fatto che nel fare ciò si dava sostegno alla causa del nemico fu messo comodamente in disparte. È stato suggerito che una soluzione migliore in una situazione nella quale una persona è costretta ad agire sotto minacce sarebbe stata di riconoscere a D la difesa del *duress* ([25]).

La giuria deve decidere in merito all'atteggiamento psichico dell'accusato e la sua relativa decisione avrà un'importanza fondamentale ai fini dell'esito del caso. Il fatto che la definizione di *intention* includa il concetto di *oblique intention* introduce il problema del metodo di distinzione fra volontà indiretta e avventatezza (*recklessness*). Un atteggiamento mentale riconducibile a volontà indiretta sarà sufficiente a giustificare una condanna per omicidio, mentre la mera avventatezza porterà ad una condanna per omicidio colposo.

(II) Recklessness

Il concetto di *recklessness* o noncuranza, avventatezza, include manifestazioni di assunzione del rischio sufficienti per fare sorgere la responsabilità penale. Da ciò consegue che "un soggetto che non ha intenzione di cagionare un effetto dannoso può assumersi l'ingiustificabile rischio di determinarlo; qualora lo faccia può essere ritenuto incurante" ([26]).

Subjective Recklessness

Prima di tutto è necessario chiedersi se l'accusato stesso debba aver previsto il rischio, affinché possa venire condannato. La questione può essere ridotta al decidere se solo coloro che, benché consapevoli del rischio che determinavano, hanno agito comunque non curandosi del rischio stesso saranno giudicati penalmente responsabili. Alternativamente può essere considerato appropriato uno *standard* complessivamente più elevato in base al quale viene considerato incurante colui che determina un rischio che sarebbe evidente ad una persona ragionevole. Si rimanda al concetto di *objective recklessness* espresso in *Caldwell*, trattato in seguito.

La situazione attualmente vigente impone di adottare per alcuni reati (ad esempio l'omicidio colposo e i reati contro la persona) lo standard soggettivo,

---

([25]) Clarkson CMW *Understanding Criminal Law*, 2nd ed., London, Fontana, 1995 a p.58ff. Il diritto penale inglese riconosce due tipi di *duress*: *duress* a causa di minacce e *duress* a causa delle circostanze. Sussiste il problema che attualmente nessuno dei due è ammessa quale difesa dall'accusa di omicidio volontario. Ved. *Howe* 1987 (AC) 417.

([26]) Smith and Hogan, 1999 p.60.

mentre per altri reati (ad esempio *criminal damage*/danneggiamento di beni altrui) è stato impiegato quello oggettivo. Perciò è lo standard soggettivo che va impiegato per decidere se l'accusato D avrebbe dovuto essere personalmente a conoscenza del rischio. Il caso guida relativamente all'approccio soggettivo è rappresentato da *Cunningham*. Il criterio soggettivo in oggetto è stato anche definito di *common law recklessness* ([27]).

Nel caso *R v Cunningham* ([28]) l'imputato strappò un contatore del gas dal muro al fine di sottrarre il denaro all'interno, ma con questa azione lesionò anche un tubo del gas senza che egli si rendesse conto di aver fatto ciò. Non venne sollevata alcuna questione relativamente alla condanna per il denaro rubato. Tuttavia le esalazioni di gas cagionarono l'intossicazione parziale della signora Wade che viveva alla porta accanto. Per cui D venne accusato di aver somministrato malignamente ("*maliciously*") fumi nocivi secondo la sezione n. 23 dell'*Offences Against the Persons Act 1861*. Ci si chiede quale fosse il significato di questo connotato di malignità della *mens rea*. Il giudice di primo grado indicò che essere maligno equivale ad essere malvagio/cattivo, estrinsecandosi l'attività nel porre in essere qualcosa *senza averne il diritto*. Ma questo era sufficiente per giungere alla *mens rea* richiesta dal reato previsto dalla sezione 23? La Corte d'Appello sostenne che in ogni definizione di un reato derivante da una legge del Parlamento"*malice*" deve essere intesa come comprensiva: (a) o di un'intenzione reale di produrre il particolare genere di danno che in effetti venne cagionato, o (b) di noncuranza circa il fatto che tale danno si possa produrre o meno. Da ciò si deduce che l'accusato ha previsto che quel particolare genere di danno si possa determinare, ma nonostante ciò ha proseguito la propria azione facendosi carico di quel rischio.

"Un individuo è incurante (*reckless*) qualora porti a compimento un atto intenzionale, pur rendendosi conto che sussiste un rischio che può scaturire dal suo atto. Tuttavia non ogni assunzione di rischio può essere propriamente classificata come noncuranza. Si deve trattare di un rischio la cui assunzione deve venire considerata irragionevole con riguardo a tutte le circostanze" ([29]) (Lane LJ).

Da questa decisione si desume che la *mens rea* dell'accusato deve essere abbastanza specifica, per poter portare alla condanna per il reato; cioé, deve venire dimostrato che D intendesse somministrare il gas o che avesse previsto che una particolare forma di danno sarebbe derivata dalla sua azione ([30]).

([27]) Ashworth 1999 n.3, *supra*, a p.154

([28]) [1957] 2 All ER 412.

([29]) R v Stephenson [1979] 1 QB 695.

([30]) È importante evidenziare il fatto che le corti hanno diluito questo test soggettivo nei casi di aggressione aggravata disciplinata dal *Offences Against the Person Act 1861*. Prendendo spunto dal caso *R v Savage, Parmenter* [1992] AC 699, si desume che l'avventatezza richiesta per questo tipo di reato consiste nel fatto che l'accusato abbia genericamente previsto un danno, anche non della gravità di quello cagionato.

Importanti implicazioni discendono dalla sentenza del caso *Cunningham*. L'utilizzo del suddetto test porta ad escludere la noncuranza soggettiva nei confronti degli individui incapaci di riconoscere le conseguenze delle loro azioni. Nel caso *R v Stephenson* ([31]) l'imputato scese nella cavità posta alla sommità di un grande mucchio di paglia per dormire. Successivamente, avvertendo freddo, accese un fuoco di ramoscelli e paglia all'interno dell'incavo. Non sorprendentemente il pagliaio prese fuoco e venne distrutto. Anche se la maggior parte delle persone avrebbe riconosciuto il rischio insito in questa situazione, D riuscì a dimostrare che egli era affetto da schizofrenia e di conseguenza non era in grado di apprezzare il rischio del danno. Dall'applicazione del test soggettivo sviluppato dal caso *Cunningham* questo imputato non si era abbandonato ad una condotta soggettivamente incurante. È stato poi affermato che "il problema principale emergente dalla teoria della noncuranza soggettiva riguarda la persona che in generale era consapevole di uno specifico rischio, ma che non ci pensò al momento del compimento della sua azione.." ([32])

È indiscusso che il concetto di noncuranza soggettiva trovi comunque applicazione nei casi di omicidio colposo in cui l'imputato abbia volutamente trascurato il rischio. Ciò si verifica nelle situazioni in cui D procura la morte con un atto essendo consapevole che con grande probabilità quell'atto provocherà per lo meno gravi lesioni corporali ([33]).

Objective Recklessness

Il concetto di noncuranza oggettiva (*objective recklessness*) introduce uno standard più elevato, suggerendo che qualora la condotta dell'accusato si sia mantenuta al di sotto dello standard richiesto ad una persona ragionevole, allora vi sia responsabilità penale. In questo caso non si tratta di *mens rea* vera e propria, poiché non ci si riferisce ad un atteggiamento mentale. Negli ultimi anni l'ambito della noncuranza oggettiva è divenuto il tema di una discussione in continua evoluzione. La *House of Lords*, nel caso *Caldwell*, decise che in relazione ad alcuni reati (ad es. il danneggiamento o l'omicidio colposo) sia necessario attenersi a standard più alti nel definire l'elemento della *recklessness*.

Nel caso *R v Caldwell* ([34]) Lord Diplock puntualizzò che il concetto di

([31]) [1979] 2 All ER 1198.

([32]) Williams G 'Divergent Interpretations of Recklessnes' (1982) *New Law Journal* p 289.

([33]) Ved. il commento di Smith JC in [1994] *Crim LR* 759.

([34]) [1982] AC 341. Nel citato caso accadde che un individuo, che serbava rancore nei confronti del proprietario di un hotel per il quale aveva lavorato, si ubriacò, e in seguito si recò all'hotel e appiccò il fuoco ad esso in segno di vendetta. L'incendio venne fortunatamente spento prima che qualche occupante dell'hotel potesse restare ferito.

recklessness racchiude una gran varietà di atteggiamenti mentali, ma non approvò espressamente l'uso della terminologia soggettiva o oggettiva. Egli argomentò che la *mens rea* rappresenta per definizione l'atteggiamento mentale dell'accusato e conseguentemente non può essere l'atteggiamento mentale di un'ipotetica persona non esistente, anche se poi si indirizzò verso una definizione di carattere oggettivo.

Lord Diplock elaborò il significato di *recklessness* rifacendosi al *Criminal Damage Act 1971*, nel senso di:

compiere un'azione che in concreto crea un rischio palese [e grave] che dei beni saranno distrutti o danneggiati;

compiere l'azione, qualora l'autore non abbia minimamente pensato alla possibilità che tale rischio sussista oppure abbia riconosciuto che il rischio ci fosse, ma abbia comunque proceduto ([35]).

La suddetta spiegazione sembra significare che in base al punto (1) l'accusa necessita solamente di dimostrare che l'accusato creò un evidente rischio di danneggiamento. Ci si chiede per chi tale rischio debba essere evidente. Se non deve esserlo per l'accusato, lo deve essere per la persona ragionevole. Ma ciò porta immediatamente a chiedersi se ogni rischio *evidente* sia sufficiente. Esistono infatti alcune forme di rischio che sono evidenti ad una persona ragionevole, ma la loro creazione non ha rilevanza penale. Ad esempio il chirurgo crea un evidente rischio di morte per il paziente nel corso dell'operazione, ma la morte del paziente in sala operatoria non porterà nella generalità dei casi ad instaurare un procedimento penale. Perciò, dal caso *Caldwell* si trae che il rischio evidente deve essere di tipo "penalmente rilevante". Nel caso *Lawrence* ([36]) relativo ad un omicidio colposo cagionato da un motociclo e conclusosi lo stesso giorno del caso *Caldwell*, Lord Diplock aggiunse il termine "grave" alla prima sezione del test, per cui l'accusato deve avere compiuto un atto che di fatto genera un evidente e grave rischio. Il termine grave è stato inserito al fine di sottolineare che deve essere cagionato un alto rischio di morte.

A questo punto si inseriscono ulteriori difficoltà. Infatti, la questione relativa al fatto che l'accusato abbia pensato al rischio che creava è alquanto problematica, poiché in base al punto (2) su descritto, l'accusato è incurante anche nel caso in cui non abbia minimamente pensato al rischio. Si tratta del soggetto che genera il rischio incoscientemente, della persona che è totalmente inconsapevole dell'esistenza di un rischio. Essa ha inavvertitamente cagionato un rischio che sarebbe evidente alla persona ragionevole. Ciò che

---

([35]) La parte terminale del test sviluppato dal caso *Caldwell*, esposto al punto (2), riporta all'avventatezza di tipo soggettivo evidenziata nel caso *Cunningham*. Ci si riferisce alla persona che, pur essendo consapevole della sussistenza del rischio, persiste nel portare a compimento la propria azione e nell'assumersi il rischio.

([36]) [1982] AC 510.

conta non è ciò che l'attore realmente previde, ma ciò che avrebbe dovuto prevedere. Ne consegue che l'imputato può essere condannato se la persona ragionevole avrebbe riconosciuto il rischio, anche se egli non è stato in grado di riconoscerlo.

L'impiego di questo test significò che anche imputati come *Stephenson* [1979] 1 QB 695 il quale presentava una condizione mentale tale de renderlo incapace di apprezzare il rischio, sarebbero rientrati nel campo di applicazione del test stesso ([37]). Lo stesso vale anche per i minori come nel caso *Elliot v C* (*A minor*) ([38]). Questo perché una persona ragionevole avrebbe riconosciuto il rischio ([39]).

Dal test emergono però importanti e controverse questioni ([40]). Ad esempio si è molto discusso se colui che assume il rischio incoscientemente sia veramente riprovevole allo stesso modo di colui che lo assume coscientemente. Si rimanda al caso della conducente di un autobus a due piani che, non avendo osservato un segnale di avvertimento, ha condotto l'autobus attraverso un ponte molto basso, con il risultato che il piano superiore è stato schiacciato uccidendo diverse persone. Si tratta di un gravissimo incidente. Ma ci si chiede se la conducente dovrebbe essere condannata per omicidio colposo o per aver procurato la morte a causa della sua guida pericolosa. Benché si possa suggerire che ella ha creato un rischio evidente che una persona ragionevole avrebbe riconosciuto, tale rischio però sarebbe stato evidente soltanto per un individuo ragionevole che lo avesse precedentemen-

---

([37]) A partire dal caso *Caldwell* si sono avuti accenni di abbandono della oggettività pura. Nel caso *Reid* [1992] 3 All ER 673 Lord Keith parla di un autista che agisce in base ad un errore comprensibile e scusabile. Mentre Lord Goff suggerisce che non si potrebbe incolpare un conducente colpito da una malattia o da uno *shock*

([38]) [1983] 2 All ER 1005.

([39]) Per un certo periodo di tempo è sembrato che il genere di *recklessness* ravvisata nel caso *Caldwell* fosse applicabile non solo nella generalità dei casi, ma anche nelle ipotesi di aggressione aggravata disciplinata, ad es., dalla sez. 47 e 20 del *Offences Against the Persons Act* 1861. Nel caso *DPP v K* (*A minor*) [1990] 1 All ER 331, un ragazzo frequentante una scuola pubblica sottrasse dell'acido dall'aula di chimica e lo portò in bagno apparentemente al fine di osservare se determinava un cambiamento nel colore della carta igienica. Credendo di essere sul punto di venire scoperto da un insegnante, si spaventò e versò l'acido nell'apparecchio emittente aria calda; quindi tornò in classe. Poco dopo un altro studente si recò in bagno per lavarsi il viso, diresse il getto dell'aria calda verso il suo viso: venne danneggiato dall'acido e fortemente spaventato.

([40]) Ashworth 1999 n.3 (*supra*), p.188 evidenzia essenzialmente tre problematiche insite nella questione affrontata da Lord Diplock: (1) consapevolezza e inconsapevolezza sono talmente vicine tra loro che sorgono delle difficoltà di prova; (2) l'avventatezza (*recklessness*) dovrebbe andare ben oltre il rischio, per comprendere la mancanza assoluta di cura o di riflessione; (3) può non essere meno rimproverabile la persona che non si rende conto del pericolo rispetto a quella che lo riconosce e coscientemente lo assume.

te riconosciuto. Che cosa si può dire nell'ipotesi in cui la donna fosse a conoscenza del ponte, ma fosse stata convinta di guidare un autobus ad un solo piano? Dall'applicazione del test sviluppato dal caso *Caldwell* discende che la guidatrice venga considerata come un soggetto che ha incosciente-mente posto il rischio. La conducente non ha minimamente pensato al rischio (dal momento che è condizionata da un fraintendimento relativo al veicolo che sta guidando o non si ricorda dell'esistenza del ponte), ma avrebbe dovuto prendere in considerazione queste eventualità. In base al suddetto test la donna sarebbe ritenuta colpevole.

A questo punto è necessario chiedersi quale sia la differenza fra la suddetta condotta e quella di un altro conducente di autobus che, pur consapevole del fatto che i freni non funzionano in modo corretto, continua a guidare. In seguito egli ha un incidente causato dal malfunzionamento dei freni che procura la morte a molti passeggeri. Si deve considerare il conducente che coscientemente si assume il rischio delle vite dei passeggeri più biasimevole di quello che ha condotto l'autobus sotto il ponte? Un altro dato da tenere in considerazione è rappresentato dal fatto che le persone che non hanno la percezione del rischio, con molta probabilità non saranno dissuase dalla sanzione penale. Da ciò si desume che, se il test è stato concepito al fine di fissare dei parametri distinti che guidino nell'esercizio del potere discrezionale, gli imputati in oggetto devono venire giudicati in base a criteri diversi, poiché la natura dei reati da essi commessi è fondamentalmente diversa.

Uno degli effetti della definizione di *recklessness* sviluppata nel caso *Caldwell* fu quello di far venire meno per un certo periodo il ricorso al concetto di *gross negligence*, precedentemente utilizzato per individuare questo tipo di omicidio colposo. Se il concetto di *recklessness* comprende anche gli standard di carattere oggettivo, non rimane nulla che possa rientrare nella definizione di colpa grave (*gross negligence*). Tuttavia, in seguito al recupero di valore del concetto di *gross negligence* in relazione ai casi di omicidio colposo, il test *Caldwell* si utilizza ora solo nell'ambito di applicazione del *Criminal Damage Act* 1971.

La scappatoia/lacuna insita nel test di Caldwell

Il test sviluppato nei casi *Caldwell*/*Lawrence* presenta una scappatoia/lacuna. Essa si manifesta nelle situazioni in cui l'accusato D crea un rischio evidente. Egli è consapevole dell'esistenza del rischio, ma dopo aver valutato la situazione decide che tale rischio può essere eliminato. Una simile circostanza viene illustrata in genere riferendosi al caso *Chief Constable of Avon v Shimmen* ([41]). Il suddetto caso riguarda un esperto di arti marziali che

([41]) [1987] 84 Cr App R 7

era molto sicuro della propria abilità e amava mettersi in mostra. Egli, nel dare dimostrazione della propria abilità, sferrò un calcio verso la vetrina di un negozio con la convinzione di avere lasciato abbastanza spazio da non colpirla. Ma aveva calcolato male le distanze e conseguentemente frantumò la vetrina. In questo caso D non venne esonerato dalla responsabilità penale per il danno cagionato. Ciò avvenne probabilmente perché anch'egli aveva riconosciuto la sussistenza di una dose di rischio ([42]).

Gross Negligence

È stato in precedenza puntualizzato che lo standard di *recklessness* sviluppato dal caso *Caldwell* era talmente ampio da rendere superflua la categoria della *gross negligence* per l'omicidio colposo. Ciononostante, dopo una decina di anni di problemi scaturenti dal *Caldwell-test*, per le difficoltà insite nello spiegare il test alle giurie, ci fu una svolta nella politica penale approvata dalla *House of Lords*. Ciò portò al rigetto del test di *Caldwell* (con l'eccezione del reato di *criminal damage*) e alla rinnovata applicazione di un test relativo alla *gross negligence* in relazione ai casi di omicidio colposo che non comportassero l'elemento di *subjective recklessness*. Il test di *gross negligence* nella sua versione modificata venne delineato nella sentenza *Adamako* ([43]).

Il suddetto test si esprime praticamente negli stessi termini del *tort of negligence* nell'ambito dell'illecito civile.

(1) Deve sussistere un dovere (elemento oggettivo) e devono applicarsi principi ordinari propri della disciplina della *negligence* per accertarlo. Si ritiene per legge che tutti gli individui rispettino degli standard di comportamento tali da evitare di mettere a rischio la vita degli altri.
(2) Deve sussistere una violazione del suddetto dovere che cagioni la morte. In ogni caso, per condannare l'imputato, deve essere dimostrato non solo che:
la condotta dell'imputato D si è mantenuta al di sotto degli standard richiesti al ragionevole dottore, guidatore o al buon padre di famiglia;
ma anche che la suddetta condotta deve aver comportato un rischio di

([42]) Nel caso *R v Reid* [1991] Crim LR 269 Lord Justice Mustill ravvisa di nuovo tale lacuna nel momento in cui afferma che: "L'accusato aveva affermato di non aver riconosciuto il pericolo e di averlo considerato insignificante [al contrario di quanto era invece accaduto nel caso Shimmen], o di averlo considerato meno che serio, qualunque significato diamo di preciso a questa espressione. Secondo lui, non vi era rischio". Se fosse stato così, o se vi era la possibilità che fosse stato così, la giuria avrebbe dovuto prosciogliere.

([43]) [1995] 1 AC 171

morte; e che essa è talmente riprovevole, con riguardo a tutte le circostanze, che nell'opinione della giuria costituisce una condotta penalmente rilevante.

Occorre sottolineare che tutto ciò si distingue dalla *negligence* comune.

La *gross negligence* è considerata in termini di elevato livello di negligenza. Il rischio assunto dall'autore deve essere evidente secondo il punto di vista di una persona ragionevole e il grado di negligenza deve essere sufficientemente elevato da consentire alla giuria di giustificare la condanna penale (44). Secondo le direttive emergenti dal caso *Adamako* appare ora evidente che il rischio posto deve riguardare la morte.

Infine, viene semplicemente puntualizzato che la colpa (*negligence*) rappresenta la tradizionale linea di demarcazione fra le attività propriamente criminali e gli altri atti che verosimilmente dovranno essere disciplinati dalla legislazione penale in qualità di reati di *"strict liability"* oppure di *"corporate liability"*, ma che non darebbero luogo a responsabilità in base al *common law*. Il problema relativo alla colpa sorge qualora sia stata compiuta un'azione che, rispetto all'assunzione di un rischio si pone al di sotto degli standard cui deve attenersi una persona ragionevole. Come già osservato, nell'ambito del diritto penale ciò si verifica solo con riguardo ai reati basati sulla *strict liability*.

Conclusioni

Sono state brevemente trattate le principali manifestazioni della *mens rea* previste dal diritto inglese e sono state evidenziate le numerose difficoltà che i concetti coinvolti hanno causato nel diritto consuetudinario, nel tentativo di tracciare delle linee di demarcazione tra i vari livelli di riprovevolezza e responsabilità. Questi sforzi sono giustificabili a condizione di accettare che la principale giustificazione dell'affermazione della responsabilità per un grave reato è data dal fatto che la *mens rea* individualizza la riprovazione e la vincola all'atteggiamento psicologico dell'imputato. I colpevoli vengono puniti, gli innocenti sono prosciolti e da ciò discende che l'inflizione della pena può essere giustificata. Il reo merita la punizione penale per aver deliberatamente commesso un reato e gli individui che agiscono in modo

(44) Ved. *Andrews v DPP* [1937] AC 576. In questa sentenza Lord Atkin preferì adoperare il termine *reckless*, piuttosto che *gross negligence*. Egli sottolineò che, per arrivare ad una condanna penale, l'atto in questione deve essere considerato criminale. "Sussiste un'evidente distinzione tra compiere un atto illecito e compiere un atto illecito con un grado di noncuranza tale da incorrere nella sanzione penale imposta dal legislatore. Se fosse altrimenti, un uomo che uccidesse un altro mentre guida senza la dovuta cautela ed attenzione sarebbe responsabile *ex necessitate* di omicidio colposo".

responsabile saranno comunque in grado di sfuggire alla stigma della punizione. Ma come può essere giustificata l'attribuzione della *strict liability*? Sicuramente si tratta di assumere un approccio radicalmente diverso, in base al quale si ammette che nella realtà contemporanea la negligenza o l'indifferenza per il benessere e la sicurezza della società cagionano almeno lo stesso danno che determina la malvagità volontaria. Presa coscienza del pericolo cui la collettività è esposta, è fondamentale che venga sottolineata l'importanza della deterrenza di dette condotte lesive. In relazione ai numerosi reati di *strict liability* è già appurato che coloro che cagionano un danno devono essere esposti alla possibilità dell'applicazione di una sanzione legale. Tuttavia, secondo l'opinione di Wootton l'idea di colpevolezza legale non solo presenta dei difetti quale mezzo per penetrare nella coscienza del reo, ma si è pure dissolta in un più ampio concetto di responsabilità. Conseguentemente è stato sostenuto con forza che la *mens rea* è stata "sistemata al posto sbagliato". È necessario che la rete venga allargata molto di più, allo scopo di catturare e condannare non solo i malvagi, ma anche gli incauti e i negligenti. È solo dopo che il malfattore è stato condannato che la questione della presenza o assenza di un'intenzione colpevole e della riprovazione diviene rilevante al fine di stabilire il metodo più idoneo di trattare il reo al momento della condanna alla pena ([45]). A prescindere da queste argomentazioni la *mens rea* rimane un fondamentale principio del diritto penale inglese, poiché attribuisce biasimo al soggetto che agisce scorrettamente e deve essere provata in modo da arrivare alla condanna per la maggior parte dei reati gravi.

ABSTRACT

This paper will consider how the notion of moral blameworthiness justifying punishment is translated into a formula by which the English courts are able to establish the guilt or innocence of the accused. The concept of *mens rea* has been developed to satisfy the requirement of proving a guilt mind and this must be coincidental with the *actus reus* or guilty act of any particular crime

L'obiettivo di questo saggio è esaminare in che modo la nozione di riprovazione morale, che giustifica l'imposizione della sanzione penale, viene tradotta in una formula grazie a cui le corti inglesi sono in grado di stabilire la colpevolezza o l'innocenza dell'accusato. Il concetto di *mens rea* è stato sviluppato per soddisfare la necessità di provare un atteggiamento mentale colpevole che deve sussistere contestualmente all'*actus reus*, che rappresenta la condotta colpevole, manifestazione di ogni reato.

([45]) Wootton B *Crime and Criminal Law*, 2nd ed, London, Stevens, 1981 pp.46-48.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova serie . Vol. XV (2001)

PAOLO BECCHI

"RAGION PRATICA" CHE SCOPRE HANS JONAS (E IL PUBBLICO CHE SCOPRE "RAGION PRATICA") (*)

Prima di presentarvi il fascicolo di "Ragion pratica" dedicato a Hans Jonas e poi illustrarvi, sia pure brevissimamente, i temi discussi in una sua opera tradotta in lingua italiana, consentitemi di spendere qualche parola introduttiva sul significato di questa rivista, il cui primo fascicolo è apparso sul finire del 1993 e che gradatamente si è conquistata il favore di un suo piccolo, ma fedele pubblico.

Il nome della rivista fa immediatamente pensare a Kant: richiama infatti il titolo di una sua opera; si sarebbe quindi tentati di collocarla tra il già ben nutrito numero di riviste specialistiche dedicate al settore filosofico, chiedendosi peraltro se non fossero sufficienti quelle esistenti.

Basta però aprire un qualsiasi fascicolo della rivista (che esce a scadenza semestrale) per rendersi subito conto del fatto che "Ragion pratica" è tutt'altro che una rivista specialistica di filosofia e che, anzi, per certi versi in Italia è unica nel suo genere.

Anzitutto "Ragion pratica" nasce sì per iniziativa di alcuni filosofi, ma si tratta di filosofi del diritto: una specie del tutto particolare di filosofi — di cui facciamo parte sia io, sia l'amico Pastore, a cui si deve (con Marco Bertozzi) l'idea dell'iniziativa odierna e che desidero qui ringraziare per il loro cortese invito —, una specie di filosofi tanto particolare da trovare la sua collocazione istituzionale prevalentemente nelle Facoltà di Giurisprudenza e non in quelle di Filosofia. Certo, esiste una rivista specifica, con una lunga tradizione alle spalle anche in questo settore disciplinare; ma, ecco, la peculiarità di "Ragion pratica" è proprio quella di non voler essere una rivista per gli addetti ai lavori di una determinata disciplina accademica.

(*) Discorso tenuto il 6 dicembre 2001, presso la Biblioteca Comunale Ariostea di Ferrara, in occasione della presentazione del fascicolo monografico di "Ragion pratica" dedicato a Hans Jonas.

Questo spiega la composizione di un nutrito e tuttavia molto selezionato comitato scientifico nazionale e internazionale, che raggruppa una serie di diverse competenze disciplinari: grosso modo, diritto, etica e bioetica, politica, economia, lasciando spazio, pur con una propensione all'attualità, anche a ricerche di storia delle idee afferenti le problematiche considerate degne di interesse.

Insomma, uno dei punti di forza di "Ragion pratica" è la sua interdisciplinarità: la sua capacità di riunire, intorno a tutta una serie di temi scottanti, studiosi che per formazione e opinione personale provengono anche da posizioni culturali diverse. La rivista si presenta come un luogo di incontro, e se è il caso anche di scontro, fra posizioni diverse che, proprio perché tali sono interessate a confrontarsi. Non c'è una linea culturale di "Ragion pratica", ma un dibattito sereno e aperto, che non prescinde tuttavia da un severo controllo della serietà scientifica dei contributi, i quali per essere pubblicati vengono visionati da esperti e che dovrebbero essere redatti in un linguaggio che, senza nulla perdere del rigore dell'argomentazione, sia comprensibile anche al di fuori della stretta cerchia accademica.

L'altro punto di forza della rivista è stato quello di optare per una via intermedia tra il fascicolo monografico e quello meramente miscellaneo: la prima via è rischiosa, perché se il tema prescelto non cattura il pubblico è la rivista stessa a perdere d'interesse; la seconda, quella tradizionalmente battuta, è ancora più rischiosa dal momento che, in questo caso, una rivista verrà per lo più cursoriamente consultata dagli specialisti nella speranza di trovarvi quell'unico contributo di cui si ha bisogno per il proprio lavoro.

"Ragion pratica" esce da entrambi questi schemi presentandosi con una consistente parte monografica affidata di volta in volta ad uno specialista o ad un gruppo di specialisti chiamato ad autogestire questa parte della rivista, e con una parte di studi, note e discussioni di casi d'attualità: l'ultimo fascicolo (il n. 17) riguarda il G8 a Genova.

Tra gli studi la rivista ha cercato di presentare in lingua italiana scritti di autori che sono al centro del dibattito culturale odierno, basti pensare a nomi (per menzionarne solo alcuni) come Jürgen Habermas, Otfried Höffe, Derek Parfit sul versante filosofico e come Ronald Dworkin, Carlos Nino e Ernesto Garzón Valdés su quello giuridico e politico.

Tra gli argomenti che la rivista ha affrontato nella parte monografica alcuni sono di natura squisitamente politica, altri più specificamente giuridici, altri ancora di etica pubblica. Vale la pena di segnalare alcuni titoli: "nazionalismo, razzismo, xenofobia", "democrazia e corruzione", "generazioni future", "le metamorfosi della tolleranza", "i giudici e il precedente", "le nuove ideologie"(comunitarismo, giustizialismo, ecologismo, mercato, ecc.), "femminismo: diritti e identità", "gli effetti della dichiarazione universale dei diritti umani sul diritto positivo", "la libertà di espressione e i suoi limiti",

"guerra etica?", "diritti e globalizzazione" ([1]). Uno dei fascicoli in preparazione per il prossimo anno sarà dedicato ai problemi etico-giuridici di fine vita: eutanasia e trapianto di organi. Tra gli ultimi fascicoli usciti (precisamente il quindicesimo pubblicato nel dicembre del 2000) vi è proprio quello che sono stato oggi chiamato a presentarvi e che possiede una propria peculiarità rispetto a tutti gli altri, in quanto è l'unico a non essere dedicato ad un problema, bensì a un autore: Hans Jonas.

L'idea di dedicare una specifica attenzione a questa prestigiosa figura della cultura, non soltanto filosofica, della seconda metà del Novecento mi venne proprio dall'amico Pastore, che qualche anno fa spedì alla nostra rivista (dico "nostra", perché entrambi facciamo parte della redazione) un suo contributo dedicato all'etica della responsabilità di Jonas in cui si poneva l'accento in particolare sulle ragioni etiche che parlano a favore della tutela ambientale, della salvaguardia della natura non umana. Jonas offriva — secondo l'autore — un buon punto di partenza per una risposta alla sfida che il progresso tecnologico ci lancia. Si trattava di un denso contributo (ora pubblicato in "Ragion pratica") ([2]) che credo di essere stato tra i primi a leggere e che mi spinse alla seguente considerazione: le opere più importanti di Jonas erano già tradotte in italiano e avevano incontrato il favore del pubblico, ma, per una serie di motivi che sarebbe lungo qui ricordare — per chi volesse saperne di più posso soltanto rinviare alla lettura del mio contributo apparso in "Ragion pratica" ([3]) —, mancava ancora uno studio monografico su Jonas (manca tuttora) e mi chiedevo se non fosse il caso di offrire con un fascicolo di "Ragion pratica" un primo strumento per accostarsi ad un pensatore tutt'altro che facile, toccando alcuni degli aspetti più rilevanti del suo pensiero. Pastore, entusiasta dell'idea, presentò immediatamente il nome di un primo collaboratore, Marco Bertozzi, che avrebbe potuto gettare uno sguardo sullo Jonas precedente la formulazione di un'etica per la civiltà tecnologica ([4]).

Fu così che proposi ai direttori di "Ragion pratica" l'idea di un fascicolo un po' diverso dal solito, poiché dedicato per la prima volta ad un singolo autore, e per di più — perché non dirlo — ad un autore che non solo non

---

([1]) Gli indici di tutti i fascicoli di "Ragion pratica" sono reperibili presso il sito internet dell'editore: http://www.compagnia-librai.it. Numeri arretrati (nell'ambito delle disponibilità) possono essere richiesti all'indirizzo di posta elettronica: comp.librai@wind.it.net, oppure scrivendo a: Redazione di "Ragion pratica", DI. GI. TA. Via Balbi 30 (5° piano), 12126 Genova.

([2]) Cfr. B. Pastore, *Etica della responsabilità e tutela della natura: note sulla filosofia della crisi ecologica di Hans Jonas*, in "Ragion pratica", 15, Anno VIII (2000), pp. 109-130.

([3]) Cfr. P. Becchi, *Hans Jonas in Italia*, in "Ragion pratica", cit., pp. 149-175.

([4]) Cfr. M. Bertozzi, *Hans Jonas: dal dualismo gnostico all'etica della responsabilità*, in "Ragion pratica", cit., pp. 75-87.

corrispondeva all'orientamento analitico prevalente (anche se non dominante) nella rivista, ma che era addirittura ai suoi antipodi. Le perplessità iniziali vennero però ben presto fugate quando in tempi piuttosto brevi riuscii a coinvolgere nell'impresa altri tre studiosi italiani (Francesco Camera, Adriano Pessina e Emidio Spinelli). L'impresa tuttavia — ne ero perfettamente consapevole — non era priva di rischi, poiché Jonas stentava ancora ad essere recepito soprattutto in ambito accademico; ma le cose stavano lentamente cambiando ed io pensavo che il fascicolo di "Ragion pratica" potesse ulteriormente contribuire a questo cambiamento. Inoltre contavo sull'interesse che le opere di Jonas avevano suscitato in un pubblico di lettori più vasto di quello specialistico; come attestava il Premio Nonino, conferitogli il 30 gennaio del 1993 a Percoto (in Friuli) pochi giorni prima dell'improvvisa scomparsa, e la ristampa, avvenuta alla fine degli anni Novanta, di *Tecnica, medicina ed etica*.

Voi non potete immaginare la mia gioia quando, una decina di giorni dopo la sua uscita, il fascicolo dedicato a Jonas era pressoché esaurito ed io non riuscivo neppure a soddisfare la richiesta di giornalisti e studiosi che, non trovandolo più in libreria, me ne chiedevano una copia. Il quotidiano "Avvenire" (il 29 maggio 2001) dedicò un'intera pagina al fascicolo e persino un'emittente del Vaticano, Blu Sat, mi contattò per un'intervista radiofonica. Sull'onda del successo del numero di "Ragion pratica" una grande casa editrice come "il Mulino" decise, finalmente, di ristampare un'importante volume di Jonas, *Dalla fede antica all'uomo tecnologico*, da tempo esaurito ([5]), ed Einaudi sembra ora pure intenzionata a pubblicare il "capitolo mancante" di *Das Prinzip Verantwortung* ([6]).

Oggi ci si può chiedere quale sia stata la ragione di questo piccolo successo editoriale, che tra l'altro ha contribuito a far conoscere la stessa rivista ad un pubblico più vasto. Credo che tre siano stati i fattori concorrenti. Il primo è stato quello di aver toccato — come può farlo una rivista in cui vengono pubblicati lavori di diversi autori e provenienti da esperienze culturali diverse — un po' tutti i temi trattati da Jonas nelle diverse tappe del suo lungo cammino, un cammino che ha attraversato tutto il Novecento.

Il secondo, quello di essere riusciti a stuzzicare l'appetito degli studiosi, sempre più difficile da soddisfare, pubblicando qualche inedito jonasiano (una lettera di Jonas a Ernst Bloch di cui non si sospettava minimamente

([5]) Cfr. H. Jonas, *Dalla fede antica all'uomo tecnologico. Saggi filosofici*, a cura di A. Dal Lago, Bologna, il Mulino, 1991 (la ristampa è stata pubblicata nel settembre 2001).

([6]) Si tratta di *Macht oder Ohnmacht der Subjektivität? Das Leib–Seele–Problem im Vorfeld des Prinzips Verantwortung*, che Jonas aveva rinunciato ad inserire nell'opera maggiore per non appesantire troppo la trattazione. Il volumetto, che riguarda il problema dell'unità psico-fisica della vita, apparve in forma autonoma nel 1981 a Francoforte presso Insel Verlag.

l'esistenza e una conferenza "Sulla sofferenza" che Jonas, probabilmente preso da mille impegni, lasciò inedita) ([7]) e alcune precise informazioni su taluni importanti corsi di lezioni, di cui Emidio Spinelli, che ne sta curando la pubblicazione, ha voluto anticipare i contenuti salienti ([8]).

Da ultimo, l'aver ricostruito (e, credetemi, non è stato un lavoro facile) il modo in cui Jonas è stato recepito nel nostro paese, offrendo al lettore una panoramica pressoché completa di saggi, articoli, note, recensioni apparse non solo sulle più disparate riviste, ma anche su rotocalchi e quotidiani d'informazione ([9]).

Senza aver ora l'intenzione di ripercorrere nel dettaglio i singoli contributi raccolti in "Ragion pratica", vorrei tuttavia sulla base di essi illustrarvi l'orientamento filosofico jonasiano e alcuni problemi che in esso restano sicuramente aperti.

Jonas è un pensatore di origine ebraica che si forma in Germania nei primi decenni del Novecento sotto la decisiva influenza di Heidegger (come lui stesso ricorda in diversi suoi scritti di natura autobiografica) ([10]), e che si afferma sulla scena internazionale come storico delle religioni e studioso in particolare del fenomeno gnostico. La prima tappa del suo pensiero è dunque caratterizzata dallo studio della gnosi tardo-antica, il quale avviene sotto il segno dell'analitica esistenziale di *Essere e tempo* e ha l'indubbio merito di individuare il principio interiore, l'essenza di un fenomeno così frastagliato come è lo gnosticismo: esso fornisce il primo esempio del paradigma dualistico, ovvero la contrapposizione tra Dio e natura che è al contempo la contrapposizione tra uomo e natura ([11]). L'uomo si trova "gettato" in un

---

([7]) La lettera a Bloch (risalente al 1965) è pubblicata con altro materiale d'archivio, ed una mia breve presentazione, in apertura del fascicolo di "Ragion pratica" citato (pp. 17-31). La conferenza inedita di Jonas (risalente al 1988) è pubblicata, a cura di Emidio Spinelli, pp. 33-52. Nel fascicolo ho altresì raccolto il testo integrale di un'intervista di Hans Jonas (risalente al 1990) rilasciata a Vittorio Hösle.

([8]) Cfr. E. Spinelli, *Hans Jonas: le radici greche del concetto di libertà*, in "Ragion pratica", cit., pp. 65-74.

([9]) Cfr. P. Becchi, *Hans Jonas in Italia*, in "Ragion pratica", cit., pp. 149-175.

([10]) Tra gli scritti autobiografici fondamentale resta la conferenza del 1986 *Wissenschaft als persönliches Erlebnis*, tradotta in italiano nel volumetto H. Jonas, *Scienza come esperienza personale. Autobiografia intellettuale*, Brescia, Morcelliana, 1992, pp. 9-34. Qui Jonas delinea nel modo seguente il suo cammino, distinguendolo in tre tappe: «la prima è caratterizzata dallo studio della gnosi tardo-antica sotto il segno dell'analisi esistenziale, la seconda dall'incontro con le scienze naturali nella prospettiva di una filosofia dell'organismo, la terza da una svolta che mi ha portato dalla filosofia teoretica alla filosofia pratica, ossia all'etica, e questo in risposta alla sfida della tecnica che sempre meno si poteva trascurare» (pp. 13-14).

([11]) Su questa prima fase del pensiero jonasiano restano, nel nostro paese, fondamentali le ricerche di Ioan Petru Culianu, *Gnosticismo e pensiero moderno: Hans Jonas*, Roma, «L'Erma» di Bretschneider, 1985. Di Jonas è stato tradotto in

mondo, creato da un dio inferiore, nel quale si sente "estraniato". In questa cornice Jonas scopre che la gnosi stessa poteva essergli d'aiuto per spiegare la filosofia heideggeriana e il nichilismo moderno: la lettura "esistenzialistica" dello gnosticismo finiva così per dar luogo ad una lettura "gnostica" dell'esistenzialismo. Questa implicita critica a Heidegger si muoveva tuttavia ancora all'interno del suo stesso sistema categoriale.

Poi i sentieri si dividono (benché secondo alcuni autori, e tra questi mi pare anche Bertozzi, Heidegger resti determinante anche nelle fasi successive). Emigrato, dopo un breve soggiorno in Inghilterra e in Palestina, prima in Canada e poi negli Stati Uniti (dove si fermerà), Jonas si dedica allo studio delle scienze naturali ed elabora una propria filosofia dell'organismo o, come lui anche la chiama, una "biologia filosofica", che restituisce alla natura (quella natura che egli, non nascondendo un senso di rimprovero nei confronti del suo maestro, dichiara di non aver mai incontrato durante i suoi studi universitari) lo status di realtà degna di considerazione filosofica. Era questa la vera e propria presa di distanza da Heidegger: l' "esserci" come "cura" taceva sul primo fondamento organico che impone la cura, ossia la nostra corporeità. Il miracolo della mente — sto ancora parafrasando Jonas — poggiava su un'ampia base organica ancora sommersa ([12]).

Questa seconda fase si conclude con *Organismo e libertà,* l'opera speculativamente più impegnativa di Jonas, alla quale, a mio avviso, non è ancora stata concessa l'attenzione che merita. In essa si compie l'allontanamento da Heidegger, nel tentativo di delineare una nuova filosofia della natura che non esita a confrontarsi con gli sviluppi scientifici allora più innovativi (si pensi alla teoria generale dei sistemi di Bertalanffy o alla cibernetica) ([13]).

Dal dualismo gnostico si passa alla critica del dualismo moderno, la scissione tra anima e corpo, e la critica di questo dualismo non poteva non sfociare in una riflessione filosofica sulla vita organica: l'organismo con la

---

lingua italiana: *The Gnostic Religion* (1958, 1963[2]) (*Lo gnosticismo*, Torino, SEI, 1973, 2[a] edizione 1991, ristampa 1995). Ma il primo volume della sua opera più importante, *Gnosis und spätantiker Geist*, risale al 1934.

([12]) Cfr. H. Jonas, *Philosophical Essays. From Ancient Creed to Tecnological Man* (1974), trad. it. *Dalla fede antica all'uomo tecnologico*, cit., p. 29: «la linea dominante della filosofia che mi era stata insegnata in Germania, cioè l'idealismo della coscienza — sia nella forma del neokantismo, della fenomenologia o dell'esistenzialismo... — non mostrava altro che la punta dell'iceberg del nostro essere, lasciando sommersa l'ampia base organica su cui poggia il miracolo della mente».

([13]) Cfr. H. Jonas, *Organismus und Freiheit. Ansätze zu einer philosophischen Biologie* (1973), trad. it. *Organismo e libertà. Verso una biologia filosofica*, Torino, Einaudi, 1999. Nella mia presentazione mi sforzavo di far emergere — come lo si può fare in poche pagine — l'importanza di questo volume, cercando, tra l'altro, di mettere in guardia contro l'equivoco di accostarlo alla *Lebensphilosophie* di inizio secolo, mostrando invece quanto Jonas tenesse ad un dialogo produttivo con il pensiero scientifico. La recensione di Carlo Augusto Viano, pubblicata su "L'indice", 17 (2000), n. 5, dimostra tuttavia quanto vano sia stato il mio tentativo.

sua fusione di interiorità ed esteriorità costituiva infatti la miglior controprova di quella spaccatura della realtà che aveva portato alla spiritualizzazione dell'uomo e alla meccanicizzazione della natura.

Da qui Jonas approda, infine, alla filosofia pratica, all'etica interpretata come una possibile risposta alla sfida della tecnica. Nel 1979, ormai più che settantenne si impone all'attenzione dell'opinione pubblica con *Das Prinzip Verantwortung*, un vero best-seller filosofico con oltre 170000 copie vendute, in cui Jonas avanza la proposta di una nuova etica planetaria che, nelle sue intenzioni, dovrebbe superare i confini antropocentrici di tutte le etiche precedenti.

Nel panorama filosofico attuale vi sono, che io sappia, due proposte che, pur stando agli antipodi tra loro, sono tuttavia accomunate per lo meno dal tentativo ambizioso di presentare una nuova etica: quella, ben nota anche nel nostro paese, di Peter Singer, il quale in *Ripensare la vita* (apparso in traduzione italiana nel 1996, poco dopo l'uscita dell'originale in lingua inglese) ([14]) giunge alla conclusione che la vecchia morale non serve più e che, appunto, bisogna costruirne una nuova; e quella di Hans Jonas che, pur di qualche decennio precedente, è penetrata nel nostro paese solo all'inizio degli anni Novanta con la traduzione di *Das Prinzip Verantwortung* ([15]).

La questione che ora, sia pure brevemente, intendo affrontare con riguardo a Jonas, può porsi anche per Singer: sino a che punto l'etica di Singer è effettivamente una nuova etica o non piuttosto un adattamento ai nuovi problemi, originati dall'imponente sviluppo tecnologico, di un modello etico che non può tagliare le sue radici, che nel caso di Singer sono utilitariste e in quello di Jonas molto più ramificate e aggrovigliate? Vorrei soffermarmi per un momento su questo aspetto decisivo (opportunamente affrontato da Francesco Camera nel suo saggio) ([16]), almeno per quella parte del pubblico qui riunito che nutre qualche interesse di natura filosofica.

Quando Heidegger, nell'immediato dopoguerra, in apertura della sua celebre *Lettera sull'«umanismo»*, scrive: «Noi non pensiamo ancora in modo abbastanza decisivo l'essenza dell'agire» ([17]), ciò non era tanto l'inizio di

---

([14]) Cfr. P. Singer, *Rethinking Life & Death: the collapse of our traditional ethics* (1994), trad. it. *Ripensare la vita. La vecchia morale non serve più*, Milano, il Saggiatore, 1996. Su Singer la rivista "Bioetica" ha annunciato un fascicolo monografico la cui uscita dovrebbe essere imminente.

([15]) Cfr. H. Jonas, *Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Frankfurt a. M., Insel, 1979 (trad. it. *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, Einaudi, 1990).

([16]) Cfr. F. Camera, *I presupposti filosofici del "principio responsabilità". Appunti per un approfondimento ermeneutico*, in "Ragion pratica", cit., pp. 89-107.

([17]) Cfr. M. Heidegger, *Lettera sull'«umanismo»*, a cura di F. Volpi, Milano, Adelphi, 1995, p.31. Si può certo concordare con Volpi quando, nella sua nota introduttiva (pp. 26-27), scrive che per Heidegger il bisogno di morale era soltanto la ricerca di un palliativo, ma non è forse questa una buona ragione per andare oltre Heidegger?

un'adeguata riflessione etica, quanto l'espressione della propria perplessità. Se il limite maggiore di Heidegger è stato quello di essersi precluso un adeguato accesso all'etica, in Jonas troviamo lo sforzo di presentarci non solo un'etica, ma appunto una *nuova* etica.

Il richiamo alla responsabilità (l'etica di Jonas è un'etica della responsabilità) non può non farci immediatamente pensare alla distinzione, di matrice weberiana ([18]), tra etica della responsabilità ed etica dell'intenzione. Si tratta di due orientamenti caratterizzati da due massime radicalmente diverse e tra loro incompatibili.

L'etica dell'intenzione è assoluta e incondizionata e non si preoccupa delle conseguenze che una determinata azione può avere: l'azione deve essere buona in se stessa, indipendentemente dalla condizione del raggiungimento di qualsiasi altro scopo. L'imperativo categorico kantiano può essere considerato esemplare di una tale etica del dovere per il dovere.

L'etica della responsabilità invece giudica l'azione sulla base delle conseguenze prevedibili che essa può avere e delle quali si è moralmente chiamati a rispondere. È evidente che per questa seconda prospettiva diventa essenziale considerare il rapporto tra mezzi e scopi: un'azione è posta in stretta relazione con gli scopi che essa vuole raggiungere e il soggetto agente deve saper prevedere i possibili effetti della sua azione.

Ora, nel momento in cui Jonas afferma che la sua è un'etica della responsabilità parrebbe rientrare perfettamente nello schema weberiano. E una tale impressione potrebbe venire suffragata dal fatto che Jonas, come recita il sottotitolo della sua opera più importante, intende proporre un'etica per la civiltà tecnologica, dunque un'etica che nasce *da* una situazione storica specifica — l'attuale — e che aspira relativisticamente ad avere validità *per* tale situazione.

Una conclusione di questo genere sarebbe però del tutto fuorviante e non solo perché Jonas rifiuta nettamente (ed in modo esplicito) la tesi weberiana dell'avalutatività o neutralità della scienza, ma perché egli con la sua etica della responsabilità vuole presentare un principio (il "principio" responsabilità, appunto) dotato, esattamente come l'imperativo categorico kantiano, di validità universale. Un tale principio è formulato da Jonas nel modo seguente: «agisci in modo che le conseguenze della tua azione siano compatibili con la permanenza di un'autentica vita umana sulla terra» ([19]).

Vi sono altre formulazioni di questo principio (in positivo e in negativo), ma possiamo qui trascurarle. Esso non può non richiamare alla memoria la seconda formulazione dell'imperativo categorico kantiano che afferma: «agisci in modo da trattare l'umanità, sia nella tua persona sia in

([18]) Cfr. M. Weber, *Politik als Beruf* (1918) in M. Weber, *Il lavoro intellettuale come professione*, Torino, Einaudi, 1966, pp. 109-110.

([19]) Cfr. H. Jonas, *Il principio responsabilità*, cit., p. 16.

quella di ogni altro, sempre anche come fine e mai semplicemente come mezzo ([20])».

Anche qualora dovessimo ammettere che Jonas trasforma radicalmente l'imperativo etico kantiano, si dovrà pur concedere che esso dunque non è completamente nuovo e, semmai, ci si potrebbe domandare se la riformulazione jonasiana non si esponga al rischio di trasformarlo, in termini kantiani, da categorico a ipotetico, perdendo così — o quantomeno riducendo — parte della sua forza normativa. Una tale riformulazione, infatti, comporta implicitamente il seguente ragionamento: "*se* vuoi la permanenza di un'autentica vita umana sulla terra, allora *devi* includere nelle tue attuali scelte l'integrità futura della vita umana sulla terra", ma, in questo modo, il modello del nuovo imperativo etico è ipotetico e non categorico.

Non è certo questa la sede per approfondire il punto: sarebbe comunque sbagliato se si ritenesse di poter reinterpretare l'etica della responsabilità di Jonas alla luce di questo più o meno esplicito richiamo a Kant. L'approccio jonasiano è irriducibile tanto al modello weberiano quanto allo schema kantiano, poiché l'incondizionatezza del dovere di agire in modo responsabile è palesemente fondata su un principio extramorale. Il dovere primario non ha un fondamento etico, bensì ontologico.

Il principio etico della responsabilità è un metaprincipio ontologico che rinvia l'etica alla metafisica, ad un «primo imperativo» ontologico originario e preliminare all'etica, il solo a valere incondizionatamente e che quindi può dirsi categorico.

Tale «primo imperativo» è, per Jonas, «*che* ci sia un'umanità» ([21]). Il comando etico di agire in modo che le conseguenze delle nostre azioni non distruggano la possibilità di una vita futura autenticamente umana sulla terra deriva da questa che può sembrare una pura "petitio principii", secondo la quale l'*essere* (l'esistenza della vita umana e della natura vivente in genere, presente e futura) è un bene, mentre il non essere è un male.

Il vero imperativo categorico è dunque questo imperativo ontologico (si dovrebbe dire per la precisione onto-teleologico, poiché incentrato sulla nozione di "scopo intrinseco") ed è da esso che discende l'etica della responsabilità. Così, da Kant si ritorna ad Aristotele, all'idea secondo cui nella

---

([20]) Cfr. I. Kant, *Fondazione della metafisica dei costumi* (1785), citato da I. Kant, *Scritti morali*, Torino, Utet, 1995 (ristampa), p. 88.

([21]) Cfr. H. Jonas, *Il principio responsabilità*, cit., p. 54. Aggiunge Jonas: «Per me, lo confesso, questo imperativo è l'unico per il quale valga veramente la determinazione kantiana del categorico, ossia dell'assoluto. Ma poiché il *suo* principio non è, come per quello kantiano, l'autocoerenza della ragione che si dà leggi di condotta, cioè un'idea di *azione* (...) bensì l'idea (...) di possibili attori, che in quanto tale è un'idea ontologica, un'idea dell'essere, – ne consegue che il primo principio di un' "etica del futuro" non è insito nell'etica stessa in quanto dottrina dell'azione (...), ma nella metafisica in quanto dottrina dell'essere (...)» (p. 55).

natura organica sono insiti scopi e valori oggettivi, non riconducibili alle nostre soggettive attribuzioni di senso.

Weber, Kant e Aristotele rappresentano prospettive difficilmente sintetizzabili tra loro e tuttavia compresenti in Jonas: costruzione teorica eclettica che raccoglie elementi del tutto eterogenei o sintesi originale tra differenti concezioni etiche? Si voglia rispondere a questa domanda in un modo o nell'altro, mi pare comunque risulti abbastanza evidente che, anche nel caso di Jonas, non ci troviamo di fronte ad un'etica completamente nuova, bensì ad un'etica che intende rispondere a problemi nuovi: quelli posti da uno sviluppo tecnologico a tal punto accelerato da mettere in serio pericolo l'esistenza stessa della vita umana sulla terra.

La questione ontologica (dell'essere della vita e della natura, e del suo continuare ad esserci) risulta così oggi imprescindibile, anche per chi non voglia seguire Jonas nel suo tentativo di fondare l'etica su un presupposto metafisico (questa è, ad esempio, l'idea che filtra dal saggio di Adriano Pessina raccolto in "Ragion pratica") ([22]).

Il passaggio dalla dimensione etica a quella ontologica è posto dalla stessa dilatazione del nostro agire e dal suo duplice potenziale distruttivo: la distruzione dell'ambiente — oggi l'uomo indubbiamente è diventato ben più pericoloso per la natura di quanto essa in passato non lo sia stata per lui — e la distruzione della stessa integrità biologica umana con la manipolazione genetica. E così il discorso si sposta dall'etica a quella sua peculiare (questa sì, è nuova) sottodisciplina che prende il nome di "bioetica".

Anche se Jonas non adopera questo termine, egli può essere a pieno titolo considerato uno dei protagonisti dell'attuale dibattito in questo settore. Clonazione umana e realizzazione di un uomo nuovo a partire da una modificazione genetica di quello esistente sono ormai alle porte, anzi possiamo dire che oggi la soglia è stata già varcata. Nell'ipotesi meno inquietante l'intento parrebbe essere quello (penso a John Harris, che ha sostenuto questa tesi) ([23]) di "migliorare" la specie umana, salvo poi rimanere incagliati nell'inevitabile difficoltà di stabilire che cosa sia peggio o meglio, dal momento che si nega qualsiasi valore alla natura in quanto tale e tutto ormai viene considerato "artificio".

L'uomo per Jonas non è ancora "antiquato", come riteneva Günther Anders, suo compagno di studi insieme ad Hannah Arendt; ma sta rischiando, ogni giorno che passa, di diventarlo. Egli si trova ora addirittura nelle condizioni di superare quel Dio che lo ha creato a sua immagine e somiglianza, costruendo qualcuno in tutto o in parte differente da lui.

([22]) Cfr. A. Pessina, *Bioetica e ontologia. Nota sul pensiero di Hans Jonas*, in "Ragion pratica", cit., pp. 131-148.

([23]) Cfr. J. Harris, *Wonderwoman & Superman* (1992), trad. it. *Wonderwoman e Superman. Ingegneria genetica e futuro dell'uomo*, Milano, Baldini&Castoldi, 1997.

Il punto sul quale Jonas ci sollecita insistentemente a riflettere è se abbiamo il diritto di farlo, se cioè sia lecito privare l'uomo della sua identità, con la presunzione di produrne artificialmente un'altra, riducendo l'uomo attuale ad una specie in via di estinzione.

Di fronte ad una bioetica di stampo utilitaristico, la quale, cadendo in una sorta di "fallacia tecnicistica", ci vorrebbe spingere a fare tutto ciò che tecnicamente è fattibile, occorreva un "altolà": ebbene Jonas rappresenta proprio questo "altolà" e il suo sforzo negli ultimi anni della sua vita è stato quello di concentrarsi appunto su problemi pratici, cercando al contempo di tastare la tenuta del suo principio etico.

In *Technik, Medizin und Ethik* (apparso originariamente nel 1985 e tradotto in italiano nel 1997) ([24]), un'organica raccolta di saggi, Jonas affronta concretamente temi come la clonazione e la manipolazione genetica, a cui ho fatto un rapido cenno, e a questi se ne aggiungono altri che attengono in particolare alla bioetica medica: la sperimentazione sui soggetti umani, le diverse tecniche di fecondazione assistita, il prolungamento artificiale della vita umana, la nuova definizione di "morte cerebrale" (che Jonas per primo rigetta in un testo molto controverso diventato, nel frattempo, un "classico" nella letteratura) e il diritto ad una morte dignitosa, aprendo quindi la discussione sul lacerante problema dell'eutanasia (con un contributo di notevole lucidità e lontano dalle soluzioni facili). Con riguardo a quest'ultimo problema (ma il discorso potrebbe pure estendersi agli altri temi di bioetica medica) è significativo osservare come per Jonas diventi vincolante un concetto normativo di dignità umana fondabile anche indipendentemente dal suo approccio ontoteleologico.

In tutti questi temi, che meriterebbero ciascuno una specifica considerazione (ovviamente impossibile in questa sede) ([25]), l'interrogativo che Jonas costantemente si pone è il seguente: tutto ciò che la medicina con l'aiuto della tecnica è in grado di fare è anche lecito lo faccia? Senza voler demonizzare la tecnica, come alcuni interpreti gli hanno rimproverato, Jonas ci vuole soltanto mettere di fronte il rovescio della medaglia, invitandoci a diffidare da coloro che la esaltano senza riserve.

Non la tecnica, ma soltanto l'etica potrà salvarci e garantire sulla terra una sopravvivenza umanamente degna della nostra specie. Così quello che per

---

([24]) Cfr. H. Jonas, *Technik, Medizin und Ethik. Zur Praxis des Prinzips Verantwortung* (1985), *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio responsabilità*, Torino, Einaudi, 1999[2].

([25]) Mi sia qui consentito rinviare (per un approfondimento) a P. Becchi, *Tecnica ed etica in Hans Jonas*, in "Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova", XXV, 1993/1994, pp. 280-314. Poiché la rivista al di fuori delle Facoltà di Giurisprudenza non è facilmente reperibile, chi fosse interessato al mio contributo potrà richiederlo mediante prestito interbibiliotecario alla Biblioteca di Giurisprudenza di Genova (sonia.minetto@giuri.unige.it) .

Heidegger era soltanto un fossile raro di cui tutt'al più si poteva ammirare la bellezza, diventa per Jonas un metallo prezioso capace di curare le malattie dell'uomo tecnologico.

ABSTRACT

"Ragion pratica" is a magazine which has been issuing since 1993 and, even though it is published by a little publisher of Genoa, it has become more and more appreciated by the public over the time. Having its roots in the academic background by some legal philosophers, the magazine has characterized itself for its interdisciplinary dimension from the beginning. Then we have not to be surprised if the issue (15/2000) of which we are talking about in this contribution deals with a philosopher, exactly Hans Jonas, which seems to be far from the legal world. Through different essays collected in "Ragion pratica", we have tried to present to Italian public an instrument to reach a thinker who is anything but easy, dealing with the most important aspects of his thought. The magazine presents some significative unpublished jonasian writings.

"Ragion pratica" è una rivista che esce dal 1993 e che pur essendo attualmente stampata da un piccolo editore genovese si è conquistata gradatamente il favore di un pubblico crescente. Pur nascendo dall'ambiente accademico per iniziativa di alcuni filosofi del diritto, la rivista sin dall'inizio si è caratterizzata per la sua interdisciplinarità. Non deve dunque sorprendere se il fascicolo, (15/2000) di cui si parla in questo contributo, riguarda un filosofo, Hans Jonas, in apparenza piuttosto lontano dal mondo giuridico. Con i diversi contributi raccolti in "Ragion pratica", dove sono altresì pubblicati alcuni significativi inediti jonasiani, si è cercato di presentare al pubblico italiano un primo strumento per accostarsi ad un pensatore tutt'altro che facile, toccando gli aspetti più rilevanti del suo pensiero.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova serie . Vol. XV (2001)

Paolo Ferretti

ALLE RADICI DI UN DIRITTO PENALE EUROPEO: DA GAIO [D. 47,2,55 (54),4] AL *CORPUS JURIS*. ALCUNE CONSIDERAZIONI IN MATERIA DI COMPLICITÀ

1. – Il *Corpus Juris*, di cui è fatta menzione nel titolo della ricerca e che costituisce, seppure da un particolare angolo di osservazione, l'oggetto della medesima, non deve essere confuso con quell'insieme di testi giustinianei denominati *Corpus Juris Civilis* (1). Il *Corpus Juris* (2) in questione, infatti, è la sintesi delle proposte elaborate dai professori universitari in materia di "spazio giudiziario europeo" (3), sintesi volta ad individuare un 'corpo' unitario di disposizioni penali, sostanziali e processuali, mediante le quali tutelare gli interessi finanziari dell'Unione Europea, altrimenti compromessi dalla mancanza di un'autonoma legislazione anticriminale comunitaria e dell'inadeguatezza degli attuali mezzi di armonizzazione punitiva (4).

---

(1) Come è noto le espressioni *Corpus Juris Civilis* apparvero per la prima volta sul frontespizio dell'edizione di D. Gotofredo, Ginevra 1583. Cfr., sul punto, P. Voci, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1996[5], 46 n.2.

(2) La denominazione completa è la seguente: '*Corpus Juris* contenente disposizioni penali per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione Europea'.

(3) Cfr. *Verso uno spazio giudiziario europeo. Corpus Juris contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea*, Milano 1997.

(4) Cfr., su tali presupposti, tra gli altri, G. Grasso, *Il Corpus Juris e le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione Europea*, in *Verso uno spazio giudiziario europeo*, cit., 1 ss.; F. de Angelis, *La protezione giuridica degli interessi finanziari della Comunità Europea: evoluzione e prospettive*, in *Prospettive di un diritto penale europeo*, a cura di G. Grasso, Milano 1998, 35 ss.; M. Delmas-Marty, S. Manacorda, *Le Corpus Juris: un chantier ouvert dans la construction du droit pénal économique européen*, in *European Journal of Law Reform* 1998/1999, 492; E. Bacigalupo, *Base(s) juridique(s) pour la mise en oeuvre*, in *La mise en oeuvre du Corpus Juris dans les États membres*, I, a cura di M. Delmas-Marty, J.A.E. Vervaele, Antwerp, Groningen, Oxford 2000, 385 ss.

In vista del superamento del 'limite' nazionale e della creazione di un embrione di sistema penale sovranazionale (5), si è creduto opportuno di procedere attraverso un mero metodo di comparazione tra i sistemi penali degli Stati membri. Al riguardo, è stato detto che il "*Corpus Juris* costituisce senza dubbio il più significativo prodotto della recente attività di comparazione penale in ambito continentale" (6).

Sennonché, uno dei problemi più sentiti, in merito all'entrata in vigore di siffatto *Corpus*, è stato fin da subito quello dell'effettiva esistenza di una "comunanza culturale degli Stati membri tale da sopportare una unificazione penale così penetrante" (7).

A tale proposito, noi pensiamo che il tentativo di 'creare' una accettabile comunanza culturale possa trovare nel diritto romano, e nei suoi sviluppi successivi, un valido e prezioso alleato. In altri termini, ci sembra importante, se si vuole attenuare la dimensione localistico-statuale a favore di una dimensione sovranazionale del sistema repressivo, varcare le frontiere che dividono i singoli ordinamenti e muovere alla 'riscoperta' delle loro radici, dando ad esse il dovuto risalto. Ciò porterebbe non soltanto ad una piena comprensione degli istituti di volta in volta considerati (8), ma anche al

---

(5) È noto che nel 1971 il Consiglio d'Europa aveva avanzato l'opportunità di predisporre un codice penale modello. Cfr. Model Penal Code for Europe. Memorandum prepared at the request of the legal affairs committee of the Council of Europe (Nr. AS/Jur[22]45).

(6) A. Bernardi, *Corpus Juris e formazione di un diritto penale europeo*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2001, 300, il quale, con riferimento al *Corpus Juris*, così continua: «Costituisce cioè un modello giuridico razionalmente fondato e elaborato sulla base di una indagine comparatistica degli attuali sviluppi normativi, dottrinari e applicativi riscontrati nei singoli Stati dell'Unione. Creato dopo anni di studi fondati sul raffronto tra i sistemi penali degli Stati membri, il *Corpus Juris* ha finito per essere, di riflesso, una preziosa occasione per il potenziamento e l'affinamento di un'attività di comparazione già di per sé favorita, all'interno dell'Unione Europea, dal vertiginoso aumento dell'attività di confronto tra i singoli sistemi giuridici nazionali. Sistemi all'interno dei quali nessuno, oltretutto, riveste un ruolo di egemonia tale da poter pretendere di imporre agli altri il ricorso al proprio ordinamento come modello privilegiato di riferimento in vista della costruzione di un diritto comune».

(7) A. Bernardi, *Corpus Juris*, cit., 292. Cfr., inoltre, G. Grasso, *La formazione di un diritto penale dell'Unione Europea*, in *Prospettive di un diritto penale europeo*, cit., 26; A. Pagliaro, *Limiti all'unificazione del diritto penale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. Economia* 6 (1993), 199 ss. Sul punto, alcuni studiosi hanno sostenuto che a tale lacuna potrebbe essere posto rimedio attraverso lo stesso *Corpus Juris*, in forza della sua innata potenzialità nel promuovere e nel favorire la nascita di una cultura a carattere europeo. Così, tra gli altri, E. Bacigalupo, *Il Corpus Juris e la tradizione della cultura giuridico–penale degli Stati membri dell'Unione Europea*, in *Prospettive di un diritto penale europeo*, cit., 52 s.; A. Bernardi, *Corpus Juris*, cit., 295 ss.

(8) In questa prospettiva, seppure con riferimento al diritto civile, si veda, tra gli altri, G. Impallomeni, *La validità di un metodo storico-comparativo nell'interpretazione del diritto codificato*, prolusione tenuta a Mogadiscio il 3 settembre 1970 nell'Aula Magna dell'Università Nazionale della Somalia, in occasione dell'inaugurazione del-

rinvenimento di una comune identità, difficilmente rintracciabile nell'infinita varietà dei molti particolarismi attuali.

Inoltre, è opportuno precisare che questo discorso non è in contrasto con quanti, all'opposto dell'indirizzo sopra visto, ritengono già presente, almeno in determinati settori, un sufficiente grado di affinità culturale da consentire la formazione di una disciplina uniforme ai vari Stati membri (9). Come si avrà modo di vedere, infatti, la nostra ricerca finirà proprio col consolidare questa tesi.

2. – Il punto di partenza è l'art. 11 del *Corpus Juris* (10), in particolare laddove, posta la differenziazione tra autore principale, istigatore e complice, il testo offre una definizione di quest'ultimo:

> art. 11 – Responsabilité pénale individuelle
> Tout individu peut être déclaré responsable des infractions définies ci–dessus (articles 1 à 8) en tant qu'auteur, instigateur ou complice:
> – est auteur principal de l'infraction celui qui commet les faits incriminés seul, avec une autre personne ou un groupement (article 13) ou par l'intermédiaire d'une personne innocente;

---

l'anno accademico 1970–1971, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, 369 ss., ora in IDEM, *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova 1996, 287 ss.; L. GAROFALO, *Per un'applicazione dell'exceptio doli generalis romana in tema di contratto autonomo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.* 42 (1996), parte I, 629 ss.; R. CARDILLI, *Un diritto comune in materia di responsabilità contrattuale nel sistema giuridico romanistico*, in *Riv. dir. civ*. 54 (1998), parte I, 315 ss.; C.A. CANNATA, *Il diritto romano e gli attuali problemi d'unificazione del diritto europeo*, in *Studi Impallomeni*, Milano 1999, 41 ss.; P. FERRETTI, *Doni a causa di promessa di matrimonio*, in *Labeo* 45 (1999), 76 ss.; A.D. MANFREDINI, *Responsabilità collettiva e damnum in turba datum. Una prospettiva comparatistica*, in *AUFE* 14 (2000), 51 ss., ora in *Roma e America. Diritto romano comune* 11 (2001), 165 ss.; L. GAROFALO, *Studi sull'azione redibitoria*, Padova 2000; M.G. ZOZ, *La costituzione tacita delle servitù nell'esperienza giuridica romana*, Milano 2001.

(9) Cfr., in questo senso, U. SIEBER, *Unificazione europea e diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. Economia* 4 (1991), 965 ss.; G. GRASSO, *La formazione di un diritto penale*, cit., 26 s.

(10) L'art. 11 si presentava, nella versione precedente del *Corpus*, come art. 12 ed era diversamente configurato: art. 12
– Responsabilité pénale individuelle
Tout individu peut être déclaré responsable des infractions définies ci–dessus (articles 1 à 8) en tant qu'auteur, instigateur ou complice:
– est auteur de l'infraction celui qui commet les faits incriminés ou qui participe, comme coauteur, à la commission de l'infraction;
– est instigateur de l'infraction celui qui, par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de puovoir aura provoqué à l'infraction ou donné des instruction pour les commettre;
est complice de l'infraction, celui qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation.

> – est instigateur de l'infraction celui qui sciemment, aura provoqué une personne physique ou un groupement (article 13) à commettre l'acte délictueux;
> – est complice de l'infraction celui qui, sciemment, aide un individu ou un groupement (article 13) à commettre l'acte délictueux;
> La peine maximale appliquée au complice ne dépassera pas les trois quarts des peines prévues à l'article 14.

L'art. 11, dopo aver distinto in maniera netta tra autore principale, istigatore e complice del reato, descrive quest'ultimo come "celui qui, sciemment, aide un individu ou un groupement à commettre l'acte délictueux".

A fronte della formulazione ora riportata, è sufficiente una rapida escursione nei codici attualmente in vigore negli Stati membri per rendersi conto della forte diversità che contraddistingue la figura del complice (11). Pensiamo, ad esempio, all'art. 110 del codice penale italiano il quale, improntato ad un 'concetto unitario di autore', non prospetta alcuna distinzione tra coloro che partecipano alla realizzazione del crimine, prevedendo solamente che "quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti" (12).

Il medesimo modello non è invece stato adottato dal legislatore francese, spagnolo e tedesco. I codici francese e spagnolo introducono una differenziazione tra autore e complice. Tuttavia, all'interno di questi codici gli elementi costitutivi delle condotte, rispettivamente, dell'autore e del complice non coincidono. Nell'ordinamento francese, mentre "est auteur de l'infraction la personne qui: 1° commet les faits incriminés (...)" (13), a proposito dei complici si prevede una ricca varietà di comportamenti punibili, compresa quella dell'istigazione: "est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation. Est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre" (14).

---

(11) Cfr., per un raffronto tra la disciplina penalistica dei Codici degli Stati membri, per tutti, E. Bacigalupo, *Il Corpus Juris e la tradizione*, cit., 59; *La mise en oeuvre du Corpus Juris dans les États membres*, cit., 132 s. e 263 s.; F. Palazzo, M. Papa, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino 2000.

(12) Gli articoli 112 e 114 prevedono, rispettivamente, circostanze aggravanti e circostanze attenuanti ai fini della determinazione della pena.

(13) Art. 121–4. Tale articolo prevede altresì al numero 2° la persona che 'tente de commettre un crime ou, dans les cas prévus par la loi, un délit'. Per quanto concerne la sanzione, poi, l'art. 121–6 stabilisce che 'sera puni comme auteur le complice de l'infraction, au sens de l'article 121–7'.

(14) Art. 121–7 code pénal.

Al contrario, il código penal inserisce l'istigatore nella categoria "autores" ([15]) e all'art. 29 definisce "cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior ([16]), cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos".

Infine, il codice penale tedesco propone una tripartizione, distinguendo tra Täterschaft, Anstiftung, Beihilfe ([17]). E a proposito della Beihilfe, si legge al § 27 "als Gehilfe wird bestraft, wer vorsätzlich einem anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat Hilfe geleistet hat".

3. – A questo punto, vediamo, sulla scorta dell'assunto iniziale, quale contributo possa offrire il diritto romano alla problematica in questione.

In materia di concorso di persone ([18]) nel furto, occorre partire da un

---

([15]) Art. 28. Son autores quienes realizan el hecho por sì solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.
También serán considerados autores:
a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.
b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.

([16]) Art. 28.

([17]) § 25. Täterschaft. Als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst oder durch einen anderen begeht.
(2) Begehen mehrere die Straftat gemeinschaftlich, so wird jeder als Täter bestraft (Mittäter).
§ 26. Anstiftung. Als Anstifter wird gleich einem Täter bestraft, wer vorsätzlich einen anderen zu dessen vorzätzlich begangener rechtswidriger Tat bestimmt hat.
§ 27. Beihilfe. Als Gehilfe wird bestraft, wer vorsätzlich einem anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat Hilfe geleistet hat.
(2) Die Strafe für den Gehilfen richtet sich nach der Strafdrohung für den Täter. Sie ist nach § 49 Abs. 1 zu mildern.

([18]) Cfr., tra gli altri, in materia di concorso di persone, M. Conrat (Cohn), *Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts*, Berlin 1880, 1 ss.; M. Pampaloni, *La complicità nel delitto di furto (furtum ope consilio)*, in *Studi senesi* 16 (1899), 19 ss. e 197 ss.; P. Huvelin, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain*, II, rist. an. dell'edizione Lyon–Paris 1915, Roma 1968, 383 ss.; L. Chevailler, *Contribution à l'étude de la complicité en droit pénal romain*, in *RD*, 4º série, 31 (1953), 200 ss.; G. Longo, *La complicità nel diritto penale romano*, in *BIDR* 61 (1958), 103 ss., ora in Idem, *Ricerche romanistiche*, Milano 1966, 611 ss. (testo a cui, da questo momento, faremo riferimento); A. Watson, *Contrectatio as an essential of furtum*, in *LQR* 77 (1961), 526 ss.; U. Brasiello, s.v. *Concorso di persone nel reato (diritto romano)*, in *ED* VIII (1961), 561 ss.; J.A.C. Thomas, *Contrectatio, complicity and furtum*, in *Iura* 13 (1962), 70 ss.; B. Albanese, *Sulla responsabilità del dominus sciens per i delitti del servo*, in *BIDR* 70 (1967), 119 ss.; C. Gioffredi, *I principi del diritto penale romano*, Torino 1970, 111 ss.; C. Ferrini, *Diritto penale romano*, rist. an., Roma 1976, 107 ss.; G. Tilli, *"Dominus sciens" e "servus agens"*, in *Labeo* 23 (1977), 16 ss.; G. Maccormack, *Ope consilio furtum factum*, in *TR* 51 (1983), 271 ss.; V.M. Amaya Garcia, *Coautoria y complicidad: estudio historico y jurisprudencial*, Madrid 1993; L. Winkel, *"Sciens dolo malo" et "ope consiliove": ancêtres des conceptions modernes*, in *Mélanges F. Wubbe*, Fribourg 1993, 571 ss.; G. Rizzelli, *'Ope consilio dolo malo'*, in *BIDR* 96–97 (1993–1994), 293 ss.

celebre frammento di Paolo che cita Labeone, forse perché in esso il giurista severiano scorgeva il capostipite di un indirizzo giurisprudenziale (19):

> D. 50,16,53,2 (Paul. 59 *ad edict.*): Item dubitatum, illa verba 'ope consilio' quemadmodum accipienda sunt, sententiae (20) coniungentium aut separantium. sed verius est, quod et Labeo ait, separatim accipienda, quia aliud factum est eius qui ope, aliud eius qui consilio furtum facit: sic enim alii condici potest, alii non potest. sane post veterum auctoritatem eo perventum est, ut nemo ope videatur fecisse, nisi et consilium malignum habuerit, nec consilium habuisse noceat, nisi et factum secutum fuerit (21).

Paolo esordisce col riferire di una discussione intorno al modo in cui i termini *ope consilio* (22) si sarebbero dovuti considerare: alcuni, infatti, sostenevano che dovessero intendersi 'in maniera congiunta', altri, al contrario, 'in maniera separata'. In particolare, il giurista asserisce che è più aderente al vero il pensiero di Labeone, e cioè che la locuzione *ope consilio* dovesse accettarsi 'in modo separato', *quia aliud factum est eius qui ope, aliud eius qui consilio furtum facit* (23).

Segue un'altra proposizione, questa attribuibile a Paolo, in base alla quale 'nessuno sembra aver fatto *ope*, se non ha anche un *consilium malignum*, né nuoce aver avuto il *consilium*, se anche il *factum* non sia seguito'.

Ma torniamo a Labeone, secondo cui 'una cosa è il fatto di colui che compie il furto *ope*, un'altra cosa il fatto di colui che compie il furto *consilio*'. Da quest'ultima affermazione desumiamo, in linea con una consolidata

---

(19) Lo desumiamo da come si esprime al proposito Paolo: D. 50,16,53,2: ... *sed verius est, quod et Labeo ait*...

(20) R. La Rosa, *La repressione del furtum in età arcaica. Manus iniectio e duplione damnum decidere*, Napoli 1990, 92, propone, seppur in forma dubitativa, di leggere *sententiam* in luogo di *sententiae*.

(21) Sul frammento, si veda, tra gli altri, M. Conrat (Cohn), *Beiträge*, cit., 22 ss.; P. Huvelin, *Études sur le furtum*, cit., 397 ss.; G. Longo, *La complicità*, cit., 639 ss.; G. Maccormack, *Ope consilio*, cit., 276 ss.; L. Winkel, *"Sciens dolo malo" et "ope consiliove"*, cit., 579 s.

(22) Ricordiamo che le espressioni *ope consilio* si rinvengono pure in un celebre passo di Cicerone. Si legga, infatti, Cic., *nat. deor.* 3,30,74: ... *Inde illa actio 'ope consilio tuo furtum aio factum esse', inde toto iudicia de fide mala, tutelae, mandati, pro socio, fiduciae*... Sul significato di siffatte espressioni, rimandiamo, per tutti, a M. Conrat (Cohn), *Beiträge*, cit., 12 ss.; O. Lenel, *Das Edictum perpetuum*, Leipzig 1927^3, 327 s.; P. Huvelin, *Études sur le furtum*, cit., 385 ss.; B. Albanese, *La nozione del furtum fino a Nerazio*, in *AUPA* 23 (1953), 164 e 164 n.160.

(23) Alcuni autori, tuttavia, scorgono nella proposizione una significativa interpolazione. Tra questi, si veda O. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig 1901, 787; M. Pampaloni, *La complicità*, cit., 198; G. Longo, *La complicità*, cit., 640 ss.; R. La Rosa, *La repressione del furtum*, cit., 92 ss.

interpretazione (24), che il nucleo della diatriba fosse incentrato sul modo di concepire il concorso di persone nel furto (25).

Al riguardo, l'opinione che ha riscosso i maggiori consensi è senza dubbio quella di Huvelin (26), secondo cui il giurista augusteo, interpretando in 'maniera separata' (27) *ope consilio*, avrebbe attribuito un diverso significato ai due termini, fino a quel momento impiegati per designare gli elementi, oggettivo e soggettivo, del furto (28): *qui ope furtum facit* avrebbe designato colui che avesse cooperato materialmente al delitto e *qui consilio furtum facit* colui che avesse istigato al medesimo. In questo modo, Labeone avrebbe creato la teoria della complicità: "Il lui a suffi, pour faire rentrer dans les prévisions de l'ancienne formule les agissements du complice qui fournit l'aide matérielle ou morale, d'entendre le mot *consilium* dans le sens de conseil (et non plus dans le sens d'intention), d'entendre le mot *ops* dans le

(24) Cfr., tra gli altri, M. Pampaloni, *La complicità*, cit., 41 ss.; P. Huvelin, *Études sur le furtum*, cit., 397 ss.; B. Albanese, *La nozione del furtum fino a Nerazio*, cit., 164 s.; G. Longo, *La complicità*, cit., 639 ss.; C. Ferrini, *Diritto penale romano*, cit., 112. *Contra*, G. Maccormack, *Ope consilio*, cit., 281 s. e 292, pensa che l'interpretazione di Labeone non fosse rivolta a precisare la posizione del complice rispetto a quella dell'autore del furto. La distinzione, a parere dello studioso, sarebbe da attribuire alla giurisprudenza successiva.

(25) Così, ad esempio, M. Pampaloni, *La complicità*, cit., 42 s., il quale, attribuendo al termine *ope* il significato di complicità materiale, ha ritenuto che Labeone volesse far rientrare in tale forma di cooperazione anche il «consiglio *cooperativo* o *istruttivo*... In altri termini, la *sententia separantium*, pur concordando cogli altri nell'escludere dalla complicità la partecipazione intellettuale, ampliava tuttavia l'ambito di quella fisica, intendendo la parola *consilium* nel senso di consiglio istruttivo». D. Floria Hidalgo, *La Casuística del Furtum en la Jurisprudencia Romana*, Madrid 1991, 183 ss., invece, ha reputato che i giuristi avessero già elaborato un concetto indipendente di complicità materiale e che Labeone distinguesse, pertanto, tra l'autore (*ope*) del furto e colui il quale avesse dato un un apporto intellettuale (*consilio*) nella realizzazione del delitto.

(26) P. Huvelin, *Études sur le furtum*, cit., 399 ss. Alla sua opinione hanno poi aderito, tra gli altri, B. Albanese, *La nozione del furtum fino a Nerazio*, cit., 165; L. Chevailler, *Contribution à l'étude de la complicité*, cit., 214 ss.; J.A.C. Thomas, *Contrectatio – my last word*, in *Iura* 14 (1963), 182; C. Gioffredi, *I principi del diritto*, cit., 112.

(27) Secondo P. Huvelin, *Études sur le furtum*, cit., 397, i sostenitori della *sententia coniungentium* sarebbero stati contrari a riconoscere la complicità: la locuzione *ope consilio* avrebbe indicato gli elementi costitutivi del furto e questi avrebbero dovuto concepirsi in maniera congiunta.

(28) M. Conrat (Cohn), *Beiträge*, cit., 23 ss., ha pensato, sul presupposto che le espressioni *ope consilio* indicassero, rispettivamente, l'elemento oggettivo e soggettivo del furto, che la *sententia separantium* tendesse a distinguere tra colui il quale provocasse mediante una propria azione il delitto, senza tuttavia averne l'intenzione, e colui il quale credesse di commettere l'illecito, mentre in realtà la sua condotta era inidonea alla realizzazione del medesimo.

sens de coopération (et non plus dans le sens d'acte), et enfin d'interpréter *separatim* la locution *ope consilio*" ([29]).

4. – In modo conforme a quest'ultimo indirizzo, anche noi crediamo che a Labeone, citato da Paolo ([30]), si debba attribuire il merito di aver offerto un contribuito decisivo nel processo di riconoscimento della complicità. Tuttavia, la lettura avanzata da Huvelin non riflette, a nostro avviso, la reale portata dell'intervento del giurista augusteo. Il frammento, infatti, ci pare suscettibile di una diversa interpretazione.

Torniamo al testo, laddove Labeone afferma che la locuzione *ope consilio* avrebbe dovuto concepirsi *separatim*, in quanto 'una cosa è il fatto di colui che compie il furto *ope*, una cosa il fatto di colui che lo compie *consilio*'. Secondo noi, con queste parole il giurista augusteo non ha voluto distinguere tra la partecipazione materiale (*ops*) e la partecipazione morale (*consilium*), bensì tra la condotta tipica dell'autore del furto (*ops*) e la condotta atipica (*consilium*) di colui che al furto avesse soltanto cooperato. Separazione, quindi, non tra — per usare le parole di Huvelin — il complice che fornisce l'aiuto materiale — *qui ope furtum facit* — e il complice che fornisce l'aiuto morale — *qui consilio furtum facit* —, ma separazione tra l'autore — *qui ope furtum facit* — e il complice — *qui consilio furtum facit* —.

Dunque, nessun mutamento di significato nell'interpretazione labeoniana: avrebbe risposto di furto non soltanto colui che avesse posto in essere l'elemento materiale dell'illecito (*ops*) — cioè l'autore —, ma anche colui che avesse avuto l'intenzione (*consilium*) che tale delitto fosse compiuto.

Rimane da precisare, tuttavia, che Labeone, nell'affermare che un soggetto commetteva furto *consilio*, non avrebbe ritenuto incluso in tale categoria colui il quale si fosse limitato a 'volere' l'illecito ([31]): il *consilium* avrebbe dovuto esternarsi in una attività idonea ad incidere sul furto da altri commesso. Labeone, cioè, avrebbe attribuito al termine *consilium* un significato molto vasto che, seppur radicato nell'accezione originaria del termine — l'elemento soggettivo del delitto —, avrebbe finito per indicare qualsiasi c o n d o t t a a t i p i c a: ogni comportamento — di natura mate-

([29]) P. Huvelin, *Études sur le furtum*, cit., 400, continua nel seguente modo: «Cette évolution s'est traduite dans la teneur même de l'expression consacrée. Au temps de Cicéron on disait *ope consilioque*; au temps de Gaius on dit *ope consiliove*. En autorisant une interprétation disjonctive, Labéon a créé la théorie de la complicité. L'auteur principal, c'est celui contre qui on allègue à la fois un acte et une intention (*ops* et *consilium*). Le complice par instigation, c'est celui contre qui on n'allègue qu'un conseil (*consilium*). Le complice par coopération, c'est celui contre qui l'on n'allègue qu'un fait de partecipation (*ops*)».

([30]) D. 50,16,53,2.

([31]) Al riguardo possono ricordarsi, seppure di Ulpiano, le celebri parole riportate in D. 48,19,18 (Ulp. 3 *ad edict*.): *Cogitationis poenam nemo patitur*.

riale o morale —, diverso dal compimento (*ops*) dell'illecito e causalmente orientato alla sua realizzazione, avrebbe determinato, proprio in quanto espressione del *consilium*, il sorgere della responsabilità in capo a colui il quale lo avesse posto in essere.

Infine, secondo la nostra opinione, ciò che Huvelin attribuisce a Labeone — con la separazione tra *ops* e *consilium* sarebbero stati teorizzati il concorso materiale (*ops*) e il concorso morale (*consilium*) — deve invece ascriversi a Paolo ([32]), probabile portatore dell'opinione dominante di età classica avanzata: a Paolo è da attribuire la parte finale del passo — *nemo ope videatur fecisse, nisi et consilium malignum habuerit, nec consilium habuisse noceat, nisi et factum secutum fuerit* ([33]) —, ed in queste parole sarebbe espressa siffatta concezione ([34]).

5. – Cerchiamo di dare sostegno alla nostra opinione. Un primo elemento testuale si rinverrebbe proprio in D. 50,16,53,2. Rileggiamo la parte centrale del frammento:

([32]) Tuttavia, in quanto non del tutto congrua agli scopi della presente ricerca, rimandiamo ad altra sede la dimostrazione dell'assunto avanzato. Per il momento basti questo: secondo Paolo sia *ops* sia *consilium* avrebbero denotato il concorso di persone nel furto, rispettivamente la partecipazione materiale (*ops*) e morale (*consilium*) all'illecito.

([33]) La parte finale del testo è ritenuta interpolata da numerosi autori. Tra questi, O. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., 788 ; M. Pampaloni, *La complicità*, cit., 198 s.; G. Longo, *La complicità*, cit., 641; R. La Rosa, *La repressione del furtum*, cit., 94. Non vi scorgono, invece, alcun intervento, ad esempio, P. Huvelin, *Études sur le furtum*, cit., 402 s.; D. Floria Hidalgo, *La Casuística del Furtum*, cit., 184 s.

([34]) Rimandiamo la dimostrazione ad un successivo lavoro. Sulla proposizione conclusiva, si legga il pensiero — sul quale in parte concordiamo — di P. Huvelin, *Études sur le furtum*, cit., 401 s.: «1° On peut bien être complice *ope* sans avoir fourni un conseil (= *consilium* dans son sens récent) au voleur. Mais on ne peut pas être complice *ope* sans avoir une intention mauvaise (= *consilium* dans son sens ancien). On a admis *ut nemo ope videatur fecisse, nisi et consilium malignum habuerit*. Pour éviter toute confusion entre le *consilium* (= instigation, conseil) dont on a parlé plus haut et dont on va parler plus loin, et le *consilium* (= intention délictueuse), il texte ajoute une épithète. Il spécifie qu'il s'agit d'un *consilium malignum*, d'une intention méchante; l'adjectif *malignus* a ici la valeur d'un qualificatif technique de l'élément intentionnel dans les actes de détournement. Pas plus qu'il n'y a de vol, il n'y a de complicité sans intention. 2° On peut bien être complice par partecipation morale (*consilio*) sans avoir fourni une partecipation matérielle au délinquant. Encore faut-il que le délit principal ait été effectivement commis. On a admis que *non consilium habuisse noceat, nisi et factum secutum fuerit*. Le sens de ces mots est double: a. Le conseil de voler n'est pas punissable s'il n'y a pas de vol. b. L'intention méchante (requise aussi, nous l'avons vu, du complice *ope*) n'est pas punissable s'il n'y a pas de vol. Autrement dit, la complicité, délit accessoire, n'existe pas sans délit principal».

> D. 50,16,53,2 (Paul. 59 *ad edict.*): ... sed verius est, quod et Labeo ait, separatim accipienda, quia aliud factum est eius qui ope, aliud eius qui consilio furtum facit: sic enim alii condici potest, alii non potest...

Ci sembra che il pensiero di Labeone, riferito da Paolo, non si limiti all'affermazione che la locuzione *ope consilio* si sarebbe dovuta intendere separatamente, 'perché una cosa è il fatto di colui che compie il furto *ope*, un'altra cosa il fatto di colui che compie il furto *consilio*', ma si estenda anche alla proposizione successiva ([35]) — la congiunzione *enim*, che palesemente collega quest'ultima alla *sententia separantium* lascia intendere che l'estensore del passo attribuisca a Labeone l'intero periodo riportato ([36]) —, secondo la quale la *condictio* si sarebbe potuta esperire soltanto contro colui il quale avesse compiuto il furto *ope* e non contro colui il quale lo avesse compiuto *consilio*.

Orbene, due passi — che riflettono l'opinione propria della più tarda prospettiva giurisprudenziale, secondo cui le espressioni *ope consilio* avrebbero indicato, rispettivamente, la partecipazione materiale (*ops*) e la partecipazione morale (*consilium*) nel furto — in modo inoppugnabile attestano che in entrambi i casi di complicità la *condictio* non si sarebbe potuta esercitare. Poiché Labeone riconnette la mancata esperibilità della *condictio* a *qui consilio furtum facit*, ciò significa che *consilium* — e solo *consilium* —, nel pensiero labeoniano e in quello dei successivi sostenitori, abbracciava tanto la complicità materiale quanto la complicità morale.

Si veda:

> D. 47,2,21,10 (Paul. ([37]) 40 *ad Sab.*): Quamvis autem earum quoque rerum, quas quis non abstulit, furti teneatur, attamen condici ei non potest, idcirco quia condici ea res, quae ablata est, potest: et ita et Pomponius scribit ([38]).

È opinione comune, sebbene nel testo non si rinvenga la locuzione *ope*

([35]) D. 50,16,53,2: ... *sic enim alii condici potest, alii non potest*...

([36]) *Contra*, per tutti, W. Pika, *Ex causa furtiva condicere im klassischen römischen Recht*, Berlin 1988, 101.

([37]) Secondo F^1 e Bas. 60,12,21 (ed. Scheltema, A VIII, 2825) l'autore sarebbe *Paulus*; secondo F^2, invece, *Ulpianus*. Il mutamento sembra essere giustificato dal fatto che il commentario di Paolo *ad Sabinum* risultava di 16 libri, mentre quello di Ulpiano superava i 50 libri (cfr. F. Schulz, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it., Firenze 1968, 378 ss.). Inoltre, sulla base di O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, II, Lipsiae 1889, 1160 s., il quarantesimo libro di Ulpiano avrebbe trattato proprio del furto.

([38]) Sul testo, si veda, tra gli altri, M. Pampaloni, *La complicità*, cit., 218 s.; H.F. Jolowicz, *DIGEST XLVII. 2. De furtis*, Cambridge 1940, 31; R. Astolfi, *Sabino e il 'furtum fundi'*, in *SDHI* 51 (1985), 404; W. Pika, *Ex causa furtiva condicere*, cit., 100.

consilio, che il giurista stia parlando del concorrente ([39]). Egli afferma, infatti, che contro colui il quale *non abstulit*, pur rispondendo questo di furto, non è possibile agire tramite *condictio*, in quanto mediante tale azione si può richiedere soltanto la cosa *quae ablata est*.

Il medesimo concetto è ripetuto, con ulteriore precisione, da Ulpiano

> D. 13,1,6 (Ulp. 38 *ad edict*.): Proinde etsi ope consilio alicuius furtum factum sit, condictione non tenebitur, etsi furti tenetur ([40]).

Il giurista dichiara che se un furto è stato commesso *ope consilio* di un soggetto, contro quest'ultimo è esperibile l'*actio furti*, ma non la *condictio*. Anche in questo caso siamo in presenza di un'ipotesi di complicità. Anzi, proprio il fatto che Ulpiano ricorra espressamente alla locuzione *ope consilio*, è sufficiente a cancellare ogni residuo dubbio ([41]).

Lo stesso Huvelin ([42]) ha messo in relazione i tre passi. Come si ricorderà, per l'autore francese Labeone, citato da Paolo ([43]), avrebbe conferito rilevanza, con la separazione dei termini *ope consilio*, alla partecipazione materiale (*ops*) e alla partecipazione morale (*consilium*) nel furto. A fronte della circostanza che il giurista augusteo ([44]) sembri circoscrivere l'esercizio della *condictio* al solo concorso materiale, e non a quello morale — *sic enim alii condici potest, alii non potest* ([45]) —, in netta antitesi con i passi da ultimo citati ([46]) — i quali non consentono l'esperibilità della *condictio* per tutte le ipotesi di concorso —, l'insigne studioso parla di contraddizione ed è

([39]) Cfr., in questo senso, D. Floria Hidalgo, *La Casuística del Furtum*, cit., 184. Non sicuro si mostra, invece, R. La Rosa, *La repressione del furtum*, cit., 94, secondo cui l'affermazione contenuta in D. 13,1,6 risulterebbe «attenuata alla luce del non chiaro significato di D. 47,2,21,10».

([40]) Sul frammento, si veda, per tutti, L. Chevailler, *Contribution à l'étude de la complicité*, cit., 215; G. Maccormack, *Ope consilio*, cit., 277 n.19; W. Pika, *Ex causa furtiva condicere*, cit., 100; R. La Rosa, *La repressione del furtum*, cit., 94; D. Floria Hidalgo, *La Casuística del Furtum*, cit., 184.

([41]) Cfr., in questo senso, per tutti, H.F. Jolowicz, *DIGEST XLVII*, cit., 124.

([42]) P. Huvelin, *Études sur le furtum*, cit., 399 s.

([43]) D. 50,16,53,2.

([44]) D. 50,16,53,2.

([45]) D. 50,16,53,2.

([46]) Si legga:

D. 50,16,53,2 (Paul. 59 *ad edict*.): *... sed verius est, quod et Labeo ait, separatim accipienda, quia aliud factum est eius qui ope, aliud eius qui consilio furtum facit: sic enim alii condici potest, alii non potest...*

D. 47,2,21,10 (Paul. 40 *ad Sab*.): *Quamvis autem earum quoque rerum, quas quis non abstulit, furti teneatur, attamen condici ei non potest, idcirco quia condici ea res, quae ablata est, potest...*

D. 13,1,6 (Ulp. 38 *ad edict*.): *Proinde etsi ope consilio alicuius furtum factum sit, condictione non tenebitur, etsi furti tenetur*

costretto a sostenere l'interpolazione di D. 50,16,53,2 ([47]): i compilatori avrebbero inserito nel passo in questione ([48]) la proposizione incriminata allo scopo di estendere la *condictio* contro il complice *ope*, cioè contro colui che avesse offerto un apporto materiale nell'esecuzione dell'illecito da parte di altri.

A nostro avviso, invece, si tratta di una contraddizione soltanto apparente. Infatti, se, come abbiamo suggerito, si individua in *qui ope furtum facit* l'autore del delitto ([49]) e in *qui consilium furtum facit* il concorrente, ogni antinomia con quanto affermato dalla giurisprudenza severiana ([50]) scompare. La differenza formale dipenderebbe unicamente dal diverso modo di intendere la locuzione *ope consilio*: mentre per il giurista augusteo soltanto *consilium* avrebbe denotato la condotta atipica del complice, cioè la partecipazione materiale (*consilium*) e morale (*consilium*) nel furto da altri realizzato, per Paolo ([51]) e Ulpiano sia *ops* che *consilium* avrebbero indicato la condotta atipica, cioè la partecipazione materiale (*ops*) e la partecipazione morale (*consilium*) nel delitto. Pertanto, sia per il giurista augusteo che per i giuristi severiani la *condictio* non si sarebbe potuta esperire contro il concorrente.

Con questa nostra interpretazione non solo si evidenzia una sostanziale omogeneità di pensiero tra la prima giurisprudenza classica e quella tardo classica in materia di concorso, ma si salva anche il testo da ipotesi interpolazionistiche.

6. – A parte l'argomento appena svolto, la nostra opinione trova un ulteriore sostegno in un passo di Gaio, in cui il termine *consilium* pare impiegato dal giurista a proposito di un caso di partecipazione materiale nella realizzazione del furto da parte di un altro soggetto ([52]):

([47]) P. Huvelin, *Études sur le furtum*, cit., 400 s. Inoltre, sostengono l'interpolazione, tra gli altri, O. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., 787 s.; M. Pampaloni, *La complicità*, cit., 198 s.; B. Albanese, *La nozione del furtum fino a Nerazio*, cit., 165 n. 1; G. Longo, *La complicità*, cit., 642 s.; G. Maccormack, *Ope consilio*, cit., 276 n.19. Cfr., invece, a favore della genuinità del passo, per tutti, J. García Garrido, rec. a W. Pika, *Ex causa furtiva condicere im klassischen römischen Recht*, Berlin 1988, in *Iura* 39 (1988), 227; D. Floria Hidalgo, *La Casuística del Furtum*, cit., 184.

([48]) D. 50,16,53,2.

([49]) Il termine *ops*, cioè, nell'interpretazione di Labeone, avrebbe assunto il significato di condotta tipica.

([50]) D. 13,1,6; D. 47,2,21,10.

([51]) Cfr. le osservazioni svolte alla nota 37.

([52]) La circostanza che in altri luoghi (Gai. 3,202) Gaio ricorra ad entrambi i termini per designare la condotta del complice non sembra inficiare la nostra opinione. Al contrario, sarebbe espressione di un possibile impiego della locuzione interpretata secondo la *sententia separantium*.

> D. 47,2,55 (54),4 (Gai. 13 *ad edict. prov.*): Qui ferramenta sciens commodaverit ad effringendum ostium vel armarium, vel scalam sciens commodaverit ad ascendendum: licet nullum eius consilium principaliter ad furtum faciendum intervenerit, tamen furti actione tenetur ([53]).

Gaio informa che contro colui il quale ha comodato degli arnesi ad un terzo allo scopo, conosciuto, di aprire porte e armadi oppure ha comodato una scala al fine, conosciuto, di permettere l'ascensione, si possa agire con l'azione di furto, *licet nullum eius consilium principaliter ad furtum faciendum intervenerit*.

Colpisce, nel passo, la contrapposizione tra una condotta di natura materiale — consegnare utensili e scale — e il termine *consilium*, quasi che il giurista stia riferendosi ad aspetti distinti: il comodante risponde di furto in forza della attività svolta e nonostante il suo *nullum consilium* ([54]).

Tuttavia, ad una più accurata indagine, non ci sembra questo il pensiero di Gaio. Rileggiamo la proposizione nella quale si rinviene la motivazione della scelta di concedere l'azione di furto: *licet nullum eius consilium principaliter ad furtum faciendum intervenerit*. Il giurista non dice che *nullum consilium* è intervenuto in ordine al compimento del furto, bensì asserisce che *nullum consilium* è intervenuto *principaliter* in ordine al compimento medesimo. L'impiego dell'avverbio *principaliter* è fondamentale per comprendere in pieno il significato della frase. Gaio, affermando che *nullum consilium principaliter intervenerit*, asserisce, da un lato, che al complice è mancato un *consilium principaliter*, ma, dall'altro, implicitamente ammette che lo stesso complice ha avuto un *consilium*.

E questo risulta al di là del significato che si attribuisce al termine *principaliter*. Infatti, sia che si traduca ([55]) l'avverbio in questione con

---

([53]) Sul passo, si veda, tra gli altri, G. Longo, *La complicità*, cit., 645 s.; C. Gioffredi, *I principi del diritto*, cit., 116; C. Ferrini, *Diritto penale romano*, cit., 112; G. Maccormack, *Ope consilio*, cit., 286.

([54]) Sembra questa l'interpretazione avanzata da G. Longo, *La complicità*, cit., 645 s., il quale, tuttavia, assegna all'intervento compilatorio la proposizione *licet nullum eius consilium principaliter ad furtum faciendum intervenerit, tamen*; C. Gioffredi, *I principi del diritto*, cit., 116; G. Maccormack, *Ope consilio*, cit., 286, ritenendo non esserci «advice, instigation or plotting on the part of the accomplice», pensa che il problema riguardasse la possibilità di individuare, nel caso in esame, una responsabilità *ope*; D. Floria Hidalgo, *La Casuística del Furtum*, cit., 186 s., sul presupposto che la giurisprudenza avesse già elaborato un autonomo concetto di complicità materiale, riferisce il caso proprio ad «un caso claro de complicidad material», nettamente separato da un caso di complicità *consilio*; R. La Rosa, *La repressione del furtum*, cit., 87.

([55]) Il termine *principaliter* sembra essere stato impiegato dalla giurisprudenza classica in entrambi i significati da noi prospettati. Si veda, infatti, D. 2,1,6; D. 2,14,23,1; D. 3,2,4,2; D. 3,3,46,4; D. 4,8,17,6; D. 17,1,12 *pr.*; D. 21,1,33 *pr.*; D. 32,103,1;

'principalmente' — facendo riferimento al ruolo avuto nella realizzazione del delitto ([56]) — oppure con 'inizialmente' — rimandando alla fase di preparazione dell'illecito ([57]) —, il senso delle parole di Gaio non sembra subire mutamenti: sebbene il *consilium* del comodante-complice non abbia assunto un'influenza decisiva oppure non si sia esplicato nel momento ideativo, ciononostante un *consilium* c'è stato.

Ma quale *consilium*? Forse, come è stato sostenuto ([58]), il giurista rinvia a qualcosa di non detto, ad un tacito accordo o, quantomeno, ad un parere sui mezzi da impiegare nell'esecuzione del delitto oppure su altre circostanze?

Stando alla lettura del testo, niente di tutto questo. Gaio informa soltanto di una cosa: che il comodante consegna gli strumenti in piena consapevolezza dell'uso che il comodatario ne avrebbe fatto. Si tratta, senza dubbio, di un apporto dato per il compimento del delitto, ma al tempo stesso di un apporto non essenziale ([59]) — di una cooperazione che potremmo definire 'non principale' — oppure di un apporto intervenuto quando la decisione di commettere l'illecito era già stata presa — di una cooperazione che potremmo definire 'non iniziale' —.

Per queste ragioni, ci sembra verosimile che Gaio, parlando di *nullum consilium principaliter*, pensasse proprio al comodato di *ferramenta* e *scala*, ovvero riferisse l'espressione *consilium* ad un tipo di partecipazione materiale nel furto da altri posto in essere.

Detto questo, confrontiamo i due passi:

D. 50,16,53,2 (Paul. 59 *ad edict.*): Item dubitatum, illa verba 'ope consilio' quemadmodum accipienda sunt, sententiae coniungentium aut separantium. sed verius est, quod et Labeo ait, separatim accipienda, quia aliud factum est eius qui ope, aliud eius qui consilio furtum facit...

D. 47,2,55 (54),4 (Gai. 13 *ad edict. prov.*): Qui ferramenta sciens commodaverit ad effringendum ostium vel armarium, vel scalam sciens commodaverit ad ascendendum: licet nullum eius consilium principaliter ad furtum faciendum intervenerit, tamen furti actione tenetur.

D. 34,9,7; D. 40,7,31,1; D. 45,1,126,2; D. 47,10,7,1; D. 50,17,194. Cfr., inoltre, A. Forcellini, *Lexicon totius latinitatis*, III, s.v. *principaliter*, 864; *Th. l. l.*, X, 2, fasc. IX, s.v. *principaliter*, 1297 ss.

([56]) Così, per tutti, H.F. Jolowicz, *DIGEST XLVII*, cit., 78.

([57]) Cfr., in questo senso, *Corps de Droit Civil Romain en latin et en français*, VII, *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien*, traduzione francese di H. Hulot, rist. dell'edizione di Metz 1805, Aalen 1979, 221; *The Digest of Justinian*, IV, traduzione inglese di A. Watson, Philadelphia 1985, 752.

([58]) Cfr. Accursius, *Glossa in Digestum Novum*, in *Corpus Glossatorum Juris Civilis*, IX, Torino 1968, 203, *ad* D. 47,2,55 (54), il quale, forse nel tentativo di conservare al termine *consilium* il significato di cooperazione intellettuale, afferma: «principaliter, id est expressim: quia forte nihil dixit».

([59]) È verosimile pensare, infatti, che il comodatario avrebbe potuto reperire altrove *ferramenta* e *scala*, forse soltanto con maggiori difficoltà o dispiego di energie.

Labeone, nella citazione di Paolo ([60]), afferma che la locuzione *ope consilio* deve interpretarsi in maniera separata, in quanto 'una cosa è il fatto di colui che compie il furto *ope*, una cosa il fatto di colui che lo compie *consilio*'. Abbiamo sopra suggerito che mentre con il termine *ops* verrebbe indicata la condotta tipica ([61]), nel termine *consilium* Labeone farebbe rientrare qualsiasi condotta atipica del concorrente, nella quale vedrebbe concretizzata l'intenzione — *consilium* — del medesimo a realizzare il furto.

Gaio sembra ribadire il medesimo concetto. Egli, infatti, sebbene prospetti un caso di collaborazione materiale — quale è il comodare ad un terzo attrezzi per il compimento del furto —, non impiega l'espressione *ops*, bensì l'espressione *consilium*, con ciò svelando, a nostro avviso, il reale significato della *sententia* labeoniana, della quale egli sarebbe divenuto un fedele interprete: il termine *consilium* avrebbe indicato sia la complicità materiale che la complicità morale.

7. – Una conferma del fatto che Gaio ([62]) impieghi l'espressione *consilium* nel significato a questa attribuito da Labeone, cioè per indicare ogni condotta atipica — la partecipazione materiale e quella morale — del complice, si può rintracciare nel modo in cui Giustiniano si sia servito del passo del giurista antoniniano ([63]) — lasciato inalterato nel Digesto — per comporre un passo delle sue Istituzioni.

È opportuno porre, sin da adesso, a confronto i due testi:

D. 47,2,55 (54),4 (Gai. 13 *ad edict. prov.*): Qui ferramenta sciens commodaverit ad effringendum ostium vel armarium, vel scalam sciens commodaverit ad ascendendum: licet nullum eius consilium principaliter ad furtum faciendum intervenerit, tamen furti actione tenetur.

I. 4,1,11: ... ope consilio eius quoque furtum admitti videtur, qui scalas forte fenestris supponit aut ipsas fenestras vel ostium effringit, ut alius furtum faceret, quive ferramenta ad effringendum aut scalas ut fenestris supponerentur commodaverit, sciens cuius gratia commodaverit.

Ci sembra plausibile ([64]) che i compilatori abbiano utilizzato D. 47,2,55

([60]) D. 50,16,53,2.

([61]) Nel termine *ops*, cioè, Labeone avrebbe ricompreso l'autore o gli autori del furto.

([62]) D. 47,2,55 (54),4.

([63]) D. 47,2,55 (54),4.

([64]) L'accostamento di I. 4,1,11 e D. 47,2,55 (54),4 è già stato proposto da G. Longo, *La complicità*, cit., 645 s.

(54),4 per scrivere parte ([65]) del paragrafo 11 di I. 4,1 ([66]), nel quale poi hanno aggiunto una situazione non presente nel passo del Digesto: l'attività del complice consistente nell'appoggiare le scale alle finestre o nello sfondare le finestre medesime o le porte, affinché un altro commetta furto.

Per quanto riguarda, poi, il caso contemplato da D. 47,2,55 (54),4, questo risulta, nella forma, leggermente diverso: il caso di un comodato di *ferramenta ad effringendum ostium vel armarium* fa posto ad un comodato di *ferramenta ad effringendum* e un comodato di *scalam* ad un comodato di *scalas ut finestris supponerentur*. Inoltre, in D. 47,2,55 (54),4 il termine *sciens*, a connotare la conoscenza del comodante circa l'uso che il comodatario avrebbe fatto dell'oggetto del contratto, è ripetuto due volte, mentre in I. 4,1,11 appare in un'unica occasione, a conclusione del paragrafo. Infine, è evidente la soppresssione della proposizione finale di D. 47,2,55 (54),4, *licet nullum eius consilium principaliter ad furtum faciendum intervenerit, tamen furti actione tenetur*, temperata con l'aggiunta, in apertura di I. 4,1,11, della locuzione *ope consilio*.

In questa sede vogliamo porre la nostra attenzione su quest'ultimo cambiamento. Preso atto che la sostanza del passo non viene modificata — si tratta sempre di un comodato di *ferramenta* e *scala* ([67]), compiuto nella conoscenza del loro futuro utilizzo —, registriamo, in luogo della scomparsa di *consilium*, la duplice espressione *ope consilio*. Proprio in siffatto intervento scorgiamo un indizio a favore di quanto sostenuto: i compilatori, nel redigere il testo delle Istituzioni ([68]), avrebbe avvertito l'esigenza di sostituire *consilium* con *ope consilio*, perché, recependo una evoluzione giurisprudenziale successiva a Gaio ([69]) — già con Paolo ([70]) entrambi i termini della locuzione *ope consilio*

([65]) I. 4,1,11: *Interdum furti tenetur, qui ipse furtum non fecerit: qualis est, cuius ope et consilio furtum factum est. in quo numero est, qui tibi nummos excussit, ut alius eos raperet, aut obstitit tibi, ut alius rem tuam exciperet, vel oves aut boves tuas fugaverit, ut alius eas exciperet: et hoc veteres scripserunt de eo, qui panno rubro fugavit armentum. sed si quid eorum per lasciviam et non data opera, ut furtum admitteretur, factum est, in factum actio dari debeat. at ubi ope Maevii Titius furtum fecerit, ambo furti tenentur. ope consilio eius quoque furtum admitti videtur, qui scalas forte fenestris supponit aut ipsas fenestras vel ostium effringit, ut alius furtum faceret, quive ferramenta ad effringendum aut scalas ut fenestris supponerentur commodaverit, sciens cuius gratia commodaverit*.

([66]) Notiamo, inoltre, in I. 4,1,11 una ulteriore aggiunta, di cui non c'è traccia nei passi di Gaio. Si tratta di I. 4,1,11: ... *at ubi ope Maevii Titius furtum fecerit, ambo furti tenentur*...

([67]) Mentre in D. 47,2,55 (54),4 il termine *scala* è impiegato all'accusativo singolare, in I. 4,1,11 la medesima espressione è usata all'accusativo plurale.

([68]) I. 4,1,11.

([69]) Di questa evoluzione giurisprudenziale daremo conto in un prossimo lavoro.

([70]) Cfr., ad esempio, la parte finale di D. 50,16,53,2.

avrebbero designato, rispettivamente, il contributo materiale e morale nel furto da altri realizzato —, l'espressione *consilium* non avrebbe conservato quel significato che Labeone ([71]), prima, e Gaio ([72]), poi, avevano attribuito all'espressione medesima. Mentre per questi ultimi ([73]), a denotare la complicità — materiale e morale —, sarebbe stato il solo *consilium*, per i giustinianei ([74]) sarebbero stati sia *ops* — complicità materiale — che *consilium* — complicità morale —. Da qui la necessità del cambiamento.

8. – I due requisiti individuati da Gaio ([75]), e confermati da Giustiniano ([76]), per indicare gli elementi costitutivi della condotta del concorrente — l'assistenza prestata nella realizzazione del delitto e la *scientia* dello scopo per cui tale assistenza sarebbe servita —, permangono nel diritto intermedio, nelle opere dei glossatori, dei commentatori e degli umanisti ([77]).

Accursio, per quanto concerne D. 47,2,55 (54),2, sottolinea in modo particolare la conoscenza da parte del comodante–complice dell'uso che il comodatario–autore avrebbe fatto degli attrezzi ricevuti: "sed bene sciebat ad quod accipiebat" ([78]). Odofredo, nella sua *Lectura super Digesto novo*, pone invece l'accento sull'aiuto prestato nella realizzazione del furto ed individua la stretta relazione intecorrente tra il consegnare "armamenta sive scalam" e l'"ope et consilio faciendi furtum" ([79]). Bartolo riconosce, in capo a colui che "praestat auxilium ante maleficium, ut si praestat ferramenta, vel scalam, causa faciendi furtum" ([80]), la necessità di "scire" ([81]) il fine del contributo prestato nella realizzazione dell'illecito. Nella stessa direzione si muove Fabro il quale, cogliendo il rapporto tra D. 47,2,55 (54),2 e il passo delle Istituzioni ([82]), evidenzia entrambi gli elementi caratterizzanti la condotta del complice, che definisce come colui che "iuvat sciens" ([83]). Infine, Donello

([71]) D. 50,16,53,2.
([72]) D. 47,2,55 (54),4.
([73]) D. 47,2,55 (54),4; D. 50,16,53,2.
([74]) I. 4,1,11.
([75]) D. 47,2,55 (54),4.
([76]) D. 47,2,55 (54),4; I. 4,1,11.
([77]) Cfr., per tutti, A. Marongiu, s.v. *Concorso di persone nel reato (diritto intermedio)*, in *ED* VIII (1961), 564 ss. e bibliografia ivi riportata.
([78]) Accursius, *Glossa in Digestum Novum*, cit., 203, *ad* D. 47,2,55 (54).
([79]) Odofredus, *Lectura super Digesto novo*, Lugduni 1552, 168, *ad* D. D. 47,2,55 (54).
([80]) Bartolus, *In Secundam Digesti Novi Partem, Commentaria*, VI, Venetiis 1590, 117, *ad* D. 47,2,50, passo in cui espone il commento di D. 47,2,55 (54), come da espresso richiamo.
([81]) Bartolus, *In secundam Digesti*, cit., 117, *ad* D. 47,2,50.
([82]) I. 4,1,1.
([83]) Fabrus, *In Institutiones Iustinianeas Commentarii*, Lugduni 1565, 111, *ad* I. 4,1,11.

descrive numerosi tipi di apporto del concorrente nel compimento del delitto, non dimenticando tuttavia la *scientia*: "si quis nummos alteri excusserit consulto, ut fur deinde tolleret: si furi aedes conscensuro scalas, murum subfossuro, aut aedes effracturo ferramenta subministrarit sciens, quam ad rem illa pararentur" ([84]).

Tuttavia, non solo nel *ius commune*, ma anche nei *iura propria* ([85]) possono rintracciarsi formulazioni analoghe a quelle appena viste. Pensiamo, ad esempio, alla ricca e variegata realtà statutaria ([86]). Accanto a definizioni generiche, che rimandano ad una imprecisata forma di partecipazione ([87]), si rinviene l'impiego di una terminologia precisa, puntuale, costante nelle diverse estrinsecazioni degli ordinamenti giuridici comunali.

Lo Statuto di Portogruaro del 1434, alla Rubr. 14, sanziona "aliquis scienter auxilium vel favorem praestiterit alicui depraedatori, vel furi" ([88]). Lo Statuto di Pordenone del 1438, nella "Rubrica de latronibus et depredatoribus, furibus et retentoribus ipsorum" sancisce "quod si quis auxilium, consilium, favorem praestiterit seu dederit alicui depredatori vel furi, sive ipsos cum rebus ablatis scienter in domo sua receperit, tenuerit et ocultaverit, eisdem poenis quibus ipsi depredatores et fures puniuntur subiaceant" ([89]). Ancora a proposito del furto, lo Statuto di Pesaro del 1531 ribadisce la necessità degli elementi di derivazione romana, l'aiuto prestato con la piena

---

([84]) Donellus, *Opera omnia. Commentariorum de jure civili*, IV, Macerata 1830, 258.

([85]) Cfr., sulle nozioni di diritto comune e diritti particolari, per tutti, F. Calasso, *Medio evo del diritto. I – Le fonti*, Milano 1954, 453 ss.; U. Nicolini, *Diritto romano e diritti particolari in Italia nell'età comunale*, in *Rivista di Storia del Diritto Italiano* 59 (1986), 13 ss.; U. Santarelli, *Ius commune e iura propria: strumenti teorici per l'analisi di un sistema*, in *Studi in memoria di M.E. Viora*, Roma 1990, 635 ss.; M. Bellomo, *L'Europa del diritto comune*, Roma 1994[7], 67 ss.; P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Bari 1997[3], 223 ss.

([86]) Cfr., per approfondimenti, M. Sbriccoli, *L'interpretazione dello Statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Milano 1969; M. Caravale, *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, Bologna 1994, in particolare 487 ss.; E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale*, II, *Il basso medioevo*, Roma 1997, 247 ss.

([87]) Cfr., tra gli altri, Statuto di Bergamo del 1331, Rubr. 13 (XII), in *Lo Statuto di Bergamo del 1331*, a cura di C. Storti Storchi, *Fonti storico–giuridiche*, *Statuti*, 1, Milano 1986, 166; Statuto di Ravenna del 1471 (?), Rubr. 143, in *Dei monumenti istorici pertinenti alle provincie di Romagna*, pubblicati a cura della R. Deputazione storica romagnola, Ravenna 1904, 80; Statuto di Brescia del 1483, *De poena homicidii*, in *Statuta Civitatis Brixiae*, rist. 1987 (*Statuta Italiae*, vol. 11), 174; Statuto di Trieste del 1550, Rubr. 11, in *Statuta Inclytae Civitatis Tergesti*, Utini 1727, 231.

([88]) Statuto di Portogruaro del 1434, Libr. II, Rubr. 14, in *Statutorum civitatis Portusgruarii*, Venetiis 1676.

([89]) Statuto di Pordenone del 1438, Libr. II, Rubr. 21, in *Statuti di Pordenone del 1438*, a cura di G. Oscuro, Roma 1986 (*Corpus* Statutario delle Venezie, vol. 3), 97. Cfr. anche Statuto di Piacenza del 1391, Libr. V, Rubr. *De poena receptantium latrones*, in *Statuta et decreta antiqua civitatis Placentiae*, rist. 1988 (*Statuta Italiae*, vol. 14), 57.

consapevolezza dell'uso che ne sarebbe stato fatto nella realizzazione del delitto, sanzionando "quicumque dederit adiutorium vel opem eis scienter ad praedicta perpetranda et committenda" ([90]).

In materia di omicidio, nello Statuto di Cremona del 1390, pur senza citare la *scientia* del complice, si stabilisce la medesima pena per "fieri faciens homicidium, et quilibet praestans auxilium, et adiutorium ad homicidium committendum, si commissum fuerit" ([91]). Uno specifico riferimento alla *scientia* si rinviene, invece, nello Statuto di Verona del 1450; a proposito dell'aiuto fornito al *malefactor*, si punisce, infatti, "ille vel illa qui vel quae scienter vel fraudulenter dederit alicui malefactori, auxilium, consilium et favorem dicto et facto" ([92]). Infine, sempre con riferimento all'omicidio, nello Statuto di Macerata del 1553, si prevede, oltre all'uccisore e al mandante, anche "qui autem auxilium consilium vel favorem praestiterit scienter" ([93]).

9. – Sennonché, non soltanto le interpretazioni del Digesto o le disposizioni dei diversi Statuti, ma anche le prime codificazioni ottocentesche ([94]) sembrano rimanere fedeli alla definizione romana, ribadendo, seppur nella parte generale senza riferimento ad uno specifico reato, i requisiti dell'assistenza e della *scientia* a connotare la complicità.

In questa prospettiva, nel Codice penale austriaco del 1803 — al quale si

---

([90]) Statuto di Pesaro del 1531, Libr. III, Rubr. 34, in *Statuta civitatis Pisauri*, rist. 1985 (*Statuta Italiae*, vol. 9), 51. Sul fatto che lo Statuto di Pesaro del 1531 riproduca sostanzialmente il precedente testo del 1412, si veda *Catalogo della raccolta di Statuti*, a cura di C. Chelazzi, V, Roma 1960, 331.

([91]) Statuto di Cremona del 1390, Rubr. LXXXXVI, in *Statuta civitatis Cremonae*, rist. 1985 (*Statuta Italiae*, vol. 10), 36. Cfr. anche Rubr. CXXXV e Rubr. CXXXVI.

([92]) Statuto di Verona del 1450, libro III, cap. LXX, in *Statuta magnificae civitatis Veronae*, Venetiis 1561, 153. Si veda anche, del medesimo Statuto, il cap. LXIX del libr. III.

([93]) Statuto di Macerata del 1553, Libr. III, Rubr. XLIII, in *Volumen Statutorum civitatis Maceratae*, rist. 1983 (*Statuta Italiae*, vol. 8), 29. Cfr., sulle difficoltà di individuazione dell'anno in cui tale compilazione statutaria è stata predisposta, *Catalogo della raccolta di Statuti*, cit., IV, Roma 1958, 169.

([94]) Cfr., in argomento e con altra bibliografia, P. Del Giudice, *Fonti: legislazione e scienza giuridica dal secolo decimosesto ai giorni nostri*, in *Storia del diritto italiano*, pubblicata sotto la direzione di P. Del Giudice, II, Milano 1923, 11 ss.; A. Cavanna, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*, Milano 1975; G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna, I: Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976; A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano 1979, in particolare 252 ss.; C. Ghisalberti, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia*, Bari 1988[2]; Aa. Vv., *I Codici preunitari e il Codice Zanardelli*, in *Casi, fonti e studi per il diritto penale*, raccolti da S. Vinciguerra, serie III, vol. 7, Padova 1993; M.R. Di Simone, *Istituzioni e fonti normative in Italia dall'antico regime all'unità*, Torino 1999.

allinea il successivo Codice del 1853 ([95]) —, al § 5 della sezione I, capo I, si legge che "reo del delitto non è solamente quegli, che n'è l'immediato autore, ma ogni altro ancora, che (...) con animo deliberato dà l'occasione di commetterlo, col somministrare a tal uopo i mezzi, col rimuovere gli ostacoli; od in qualunque siasi modo lo promuove, vi presta ajuto, contribuisce a renderne sicuro l'eseguimento" ([96]).

Il Codice penale francese del 1810 prevede tra i complici "ceux qui auront procuré des armes, des instruments, ou tout autre moyen qui aura servi à l'action, sachant qu'ils devaient y servir; ceux qui auront, avec connaissance, aidé ou assisté l'auteur ou les auteurs de l'action (...) ([97]). Il Codice per lo Regno delle Due Sicilie del 1819, modellato sul Codice penale francese del 1810, annovera all'art. 74 tra i complici ([98]) "coloro che avranno procurato armi, istrumenti, o altri mezzi che han servito all'azione, sapendo che vi doveano servire" ([99]), nonché "coloro che scientemente avranno facilitato, o assistito l'autore o gli autori delle azioni ne' fatti i quali le avranno preparate, facilitate, o consumate" ([100]).

Il Codice penale per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla del 1820, in modo analogo a quello per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna del 1839 ([101]) e al Codice criminale per gli Stati Estensi del 1855 ([102]), separa, pur all'interno della unitaria categoria "de' complici" ([103]), gli agenti principali ([104]) dai

---

([95]) Cfr. Codice penale austriaco del 1853, § 5.

([96]) Riportiamo di seguito l'intero § 5: Reo del delitto non è solamente quegli, che n'è l'immediato autore, ma ogni altro ancora, che col mandato, col consiglio, coll'istruzione, coll'approvazione apre l'adito al misfatto; con animo deliberato dà l'occasione di commetterlo, col somministrare a tal uopo i mezzi, col rimuovere gli ostacoli; od in qualunque siasi modo lo promuove, vi presta ajuto, contribuisce a renderne sicuro l'eseguimento; od anche solamente con prevj concerti s'accorda coll'autore del delitto su l'ajuto, e l'assistenza da prestarglisi dopo averlo commesso, o sopra una parte del lucro, o vantaggio, che se ne fosse per ritrarre.

([97]) Art. 60.

([98]) La figura dell'istigatore è prevista ai numeri 1° e 2° del medesimo articolo. Si legga art. 74: Sono complici di un reato:
1° coloro che avranno dato commessione o mandato per commetterlo;
2° coloro che per mezzo di doni, di promesse, di minacce, di abuso di autorità o di potere, di macchinazioni o artifizi colpevoli lo avranno provocato, o avranno dato istruzioni per commetterlo...

([99]) Art. 74, n.3°.

([100]) Art. 74, n.4°.

([101]) Cfr. art. 108 del Codice penale per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna.

([102]) Cfr. art. 73 del Codice criminale per gli Stati Estensi.

([103]) Così si legge nella rubrica della sezione IV del libro I.

([104]) Art. 82: Coloro i quali con doni, promesse, minacce, abuso di potere, o d'autorità, con macchinamenti o artifizi colpevoli, od anche con semplice mandato abbiano determinato taluno e commettere un crimine;
Quelli che immediatamente concorrono coll'opera loro all'esecuzione del crimine, o che nell'atto stesso in cui si eseguisce prestano aiuto efficace a consumarlo;
Sono agenti principali.

complici ([105]). Tra questi ultimi, inserisce anche ([106]) "quelli che previamente informati dell'uso criminoso che va a farsene somministrano al delinquente armi, istromenti, od altro mezzo che serva all'esecuzione del crimine" ([107]), "coloro che destinati alla custodia delle cose, o al servigio delle persone, e consapevoli anteriormente de' crimini che vanno a commettersi rapporto alle cose, o a pregiudizio delle persone stesse, occultano tali disegni, ed insieme vi prestano connivenza", nonché "coloro che senza l'immediato concorso alla consumazione del crimine, assistono scientemente ed in qualunque modo l'autore del medesimo ne' fatti che valgono a prepararlo, agevolarlo, o consumarlo, oppure quelli che dopo il commesso crimine gli prestano scientemente aiuto o favore" ([108]). Infine, il Codice della Repubblica di S. Marino del 1865, all'art. 87, include tra i complici "colui che ha indicato o somministrato all'autore le armi, gli stromenti, od altri mezzi che abbiano servito a preparare, facilitare, o effettuare il reato colla scienza che vi dovevano servire" ([109]) e "colui che col personale intervento ha scientemente prestato efficace assistenza od efficace ajuto all'autore nei fatti, che prepararono o facilitarono il reato" ([110]).

Costituito lo Stato italiano, come è noto fino al 1889 si applicò il Codice penale sardo del 1859, ad eccezione della Toscana, in cui si fece ricorso al Codice del 1853 ([111]). Il primo, all'articolo 103 ribadisce la disposizione già presente nel Codice penale di Carlo Alberto del 1839, annoverando tra i complici: "Coloro che avranno procurato le armi, gli instrumenti, o qualunque altro mezzo che avrà servito all'esecuzione del reato, sapendo l'uso che si destinava a fare" e "Coloro che, senza l'immediato concorso all'esecuzione del reato, avranno scientemente aiutato od assistito l'autore o gli autori del reato nei fatti che lo avranno preparato o facilitato, od in quei fatti che lo avranno consumato". Il secondo, invece, prevede, accanto all'autore ([112]), l'"ausiliatore

---

([105]) La distinzione tra agenti principali e complici si rinviene anche nelle leggi penali di Giuseppe Bonaparte per il Regno di Napoli del 1808 (cfr. artt. 22 e 23).

([106]) L'art. 83 del Codice penale per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla si apre con la seguente proposizione: 'Coloro che usano d'istigazioni, o danno istruzioni a commettere un'azione qualificata crimine'.

([107]) Art. 83, co. 1.

([108]) Art. 83, co. 3.

([109]) Art. 87, co. 4.

([110]) Art. 87, co. 4.

([111]) Per quanto riguarda l'applicazione del Codice, si veda, per tutti e con altra bibliografia, F.P. Gabrieli, M. Mazza, s.v. *Codice penale*, in *NNDI* III (1979^2), 391 ss.; E. Dolcini, s.v. *Codice penale*, in *Digesto delle Disc. Penalist*. II (1988), 270 ss.

([112]) Tuttavia, è opportuno dire che il Codice penale pel Granducato di Toscana del 1853, all'art. 49, inserisce tra gli autori del delitto, oltre a colui il quale lo abbia eseguito, anche colui il quale abbia 'cooperato direttamente alla sua esecuzione', nonché colui il quale 'per via di mandato, di minaccie, di ricompense date o promesse, d'abuso di autorità o di potere, o in altro modo, è stato causa del delitto, dolosamente istigando l'agente a formare la risoluzione di commetterlo'.

del delitto', ovvero colui che partecipa al delitto "indicando, o somministrando i mezzi di commetterlo, o indirettamente agevolandone l'esecuzione" ([113]). Su analoghe linee, si pose poi il Codice Zanardelli, entrato in vigore nel 1889, punendo, all'art. 64, "colui che è concorso nel reato: ... 2° col dare istruzioni o col somministrare mezzi per eseguirlo; 3° col facilitarne l'esecuzione, prestando assistenza od aiuto prima o durante il fatto".

10. – Al termine di questa breve ricerca sull'esperienza giuridica del passato, rileggiamo la definizione di complice offerta dal *Corpus Juris*, facendola precedere dal passo di Gaio:

> D. 47,2,55 (54),4 (Gai. 13 *ad edict. prov.*): Qui ferramenta sciens commodaverit ad effringendum ostium vel armarium, vel scalam sciens commodaverit ad ascendendum...
>
> Art. 11 ... est complice de l'infraction celui qui, sciemment, aide un individu ou un groupement (article 13) à commettre l'acte délictueux...

Basta una semplice lettura per accertare la presenza nel testo degli stessi requisiti ([114]) che, come abbiamo visto, hanno connotato la nozione di complicità a partire dall'età classica ([115]): l'aiuto prestato nella realizzazione del reato e la conoscenza — *sciens*, da un lato, *sciemment*, dall'altro — dello scopo per il conseguimento del quale l'autore, di tale aiuto, si sarebbe servito.

Dunque, dietro l'apparente velo delle disarmonie e delle differenze degli ordinamenti giuridici attuali, l'incursione alle radici del diritto europeo — seppur limitata all'individuazione degli elementi caratterizzanti la condotta del concorrente — ha consentito di rintracciare aspetti condivisi nel remoto e recente passato, di rinvenire cioè una effettiva unità culturale, presupposto di ogni tentativo volto alla creazione di un diritto uniforme. Per questa ragione, ci sembra che una indagine finalizzata a scoprire le origini comuni e, con esse, la *ratio* dei singoli istituti, si ponga come necessaria premessa per il cultore del diritto positivo.

Varcare le frontiere attualmente esistenti tra i sistemi penali europei, muovendo alla ricerca di un fondamento comune, non si è rivelato soltanto

---

([113]) Art. 55 Codice penale pel Granducato di Toscana del 1853. Cfr., per quanto concerne il riferimento alla *scientia*, gli artt. 57 e 60 del medesimo Codice.

([114]) Per quanto concerne, poi, l'aspetto sanzionatorio, il *Corpus Juris* prevede una pena inferiore per il complice (art. 11: ... la peine maximale appliquée au complice ne dépassera pas les trois quarts des peines prévues à l'article 14). Il problema della graduazione della sanzione non si era evidentemente posto nell'esperienza giuridica romana con riferimento al furto, a causa del carattere proprio della pena privata.

([115]) Labeone, citato da Paolo (D. 50,16,53,2), e Gaio [D. 47,2,55 (54),4].

una operazione di mera erudizione ([116]). Al contrario, ha permesso di manifestare quello che crediamo essere il volto più profondo dell'indagine storica ([117]): porsi accanto allo studio del diritto vigente per offrirgli un insieme di strumenti, nozioni, conoscenze che, svelando i principi degli attuali sistemi legislativi, permettano di giungere ad una migliore comprensione del fenomeno giuridico.

ABSTRACT

The author, giving a new interpretation of the expression *ope consilio* in D. 50,16,53,2, proposes to show the important role, that the roman law can have in the process directed to the creation of European criminal law. Main texts: D. 13,1,6; D. 47,2,21,10; D. 47,2,55 (54),4; D. 50,16,53,2; I. 4,1,11.

L'autore, presentando una nuova interpretazione della locuzione *ope consilio* in D. 50,16,53,2, si propone di dimostrare l'importante ruolo che il diritto romano può rivestire nel processo volto alla creazione di un diritto penale europeo. Testi principali: D. 13,1,6; D. 47,2,21,10; D. 47,2,55 (54),4; D. 50,16,53,2; I. 4,1,11.

([116]) Ciò non significa, ovviamente, che l'indagine storica non possa assumere anche questo nobile compito.

([117]) Cfr., da ultimo, intorno al ruolo dello storico del diritto, P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2001, 3 ss.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova serie . Vol. XV (2001)

MASSIMO DURANTE (*)

RAGIONAMENTO E TEMPO. NOTE PER UNA CRITICA DEL NICHILISMO (**)

SOMMARIO: 1. La relazione tra il ragionamento e il tempo. — 2. La filosofia etica di Emmanuel Lévinas come orizzonte dell'analisi. — 3. La questione del nichilismo. — 4. La prospettiva ermeneutica: la comprensione ontico-ontologica in Martin Heidegger. — 5. La prospettiva etica di Lévinas: la deformalizzazione del tempo.

1. *La relazione tra il ragionamento e il tempo*

Il presente articolo non ha la pretesa, come è evidente, di affrontare in uno spazio così ristretto una questione talmente complessa quale è quella che investe la relazione tra il ragionamento e il tempo. Ben altro approfondimento tale questione richiede. Esso non è che l'indicazione di un percorso possibile, che testimonia di un'esigenza avvertita, secondo noi, in termini sempre più acuti: l'esigenza di sottrarre lo *statuto* del discorso filosofico ai rischi cui l'espone il nichilismo del senso. Questa esigenza è fin dall'inizio un'esigenza *normativa*, se la normatività è intesa, qui, in un senso minimale come la capacità stessa del discorso di accordare, per mezzo del discorso (1),

---

(*) Massimo DURANTE è assegnista di ricerca in Filosofia del Diritto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Torino e dottore di ricerca in Storia della Filosofia presso la Facoltà di Filosofia dell'Università di Paris IV – Sorbonne.

(**) Questo articolo riprende ed ampia il testo della relazione «*La relazione tra il ragionamento e il tempo*» presentata nel corso del SEMINARIO EUROPEO DI FENOMENOLOGIA, settembre 2001, diretto dal Professor Patrick NERHOT e promosso dall'Assessorato alla Cultura della Provincia di VIBO VALENTIA in collaborazione con il Comune di DRAPIA, cui va il nostro più sentito ringraziamento. Un ringraziamento speciale va al Prof. P. Nerhot, che ha voluto accoglierci nel suo SEMINARIO.

(1) Che la possibilità di accordare uno statuto razionale al discorso e alla conoscenza a cui questo dà accesso sia fondata esclusivamente sul discorso è segno caratterizzante della modernità: è la sfida e la problematica del senso a cui la moder-

uno statuto razionale al discorso e a coloro che vi si *espongono* ([2]), che ne fanno parte, che partecipano dell'*ordine* che esso produce ([3]).

Qualsiasi discorso, filosofico o giuridico poco importa, incapace di accordare uno statuto è per ciò stesso, a sua volta, un discorso privo di statuto. Non solo: un discorso incapace di accordare uno statuto è anche e soprattutto un discorso incapace di tradursi in forme istituzionali; se l'*istituzione* è compresa, al di fuori del principio del realismo, come quell'istanza del discorso cui è riconosciuta, su base razionale, la legittimità di accordare uno statuto a coloro che entrano a far parte dell'*ordine stesso reso possibile dal discorso* ([4]). Solo in questi termini, si rende possibile, a nostro avviso, che un'istituzione costituisca un'*autorità*, vale a dire un potere legittimo. Ma questa possibilità presuppone di indagare preventivamente l'idea stessa di *statuto*, la modalità attraverso la quale uno statuto è accordato, una qualificazione è operata in termini razionali. Questa possibilità rinvia, inoltre, non solo al modo in cui si garantisce che qualcosa sia conosciuta e qualificata, ma più ampiamente e soprattutto a ciò che permette di comprendere il senso stesso dell'oggettività, cioè di ciò che è supposto garantire la

---

nità intende rispondere in termini peculiari; in altri termini, l'iscrizione della questione della verità in un orizzonte linguistico non è un dato recente della riflessione filosofica, ma secondo Patrick Nerhot, a cui si deve questa tesi, la questione stessa che inaugura ed apre la modernità. Vedi in tal senso, P. Nerhot, *Diritto-Storia*, Padova, Cedam, 1994.

([2]) Intendiamo far risuonare, per anticipazione, il tema della *fatticità*, sul quale ritorneremo nel proseguo della nostra analisi, laddove si tratterà più specificatamente della questione della temporalità, e che costituisce certo uno dei principali luoghi di confronto del pensiero heideggeriano e di quello levinassiano. A questo proposito vedi in particolare J. Greisch, «Heidegger et Lévinas interprètes de la facticité», in J.-L. Marion (dir.), *Emmanuel Lévinas. Positivité et transcendance*, Epiméthée Puf, Paris, 2000, pp. 181-207.

([3]) Quest'espressione lascia già intendere tutta l'ambivalenza di quella esigenza d'ordine che attraversa la questione del discorso e che si riflette appieno nel pensiero di Emmanuel Lévinas, in particolare in seno a quell'articolazione così problematica e complessa che mette in relazione la figura dell'altro con quella del terzo nei termini di una tensione mai sopita e che vive, anzi, dell'*inquietudine* — per riprendere una parola cara al filosofo — che l'attraversa in profondità. Sulla possibilità di rendere conto di una nozione di ordine all'interno della riflessione di Lévinas nei termini precipui di una *ordinatio ad alterum*, ci permettiamo di rinviare al nostro studio, *Comunità e alterità nell'opera di Emmanuel Lévinas. Il terzo, la legge, la giustizia*, Vol. I, *Ermeneutica e trascendenza*, Torino, Thélème Editrice, 2001, in particolare al capitolo I, § 2. Il senso come orientazione dell'umano: «La signification et le sens», pp. 22-48.

([4]) Ciò a cui Lévinas si riferisce nei termini di *Logos* e di cui riconosce, seppure in termini problematici, tutta l'esigenza filosofica; ma senza che l'idea di un ordine reso possibile dal discorso pretenda di esaurire la questione e l'evento della verità, che implica infatti, per il filosofo francese, una più ampia problematica del senso, concepita in chiave etica.

certezza di tale conoscenza e qualificazione: ([5]) una problematica del senso in generale è qui posta e rintraccia precisamente il modo in cui Lévinas guarda, in termini nuovi, al metodo fenomenologico appreso alla scuola di Husserl e mediato dalla lente di Heidegger.

Che cosa significa, dunque, accordare uno statuto o meglio che cosa presuppone? Accordare uno statuto presuppone, innanzitutto, di saper formalizzare un modo della comprensione del senso. Non è possibile qualificare una conoscenza se non a partire dalla forma stessa del ragionamento che ne orienta la comprensione del senso. Ora, la tesi che emerge dalla lettura dell'analisi serrata che Lévinas rivolge a quel plesso di problematiche che attengono in particolare all'idea di *precomprensione* è che ciò che orienta la comprensione del senso non è la *fatticità* come tale, quanto piuttosto l'interrogazione che investe la concezione della temporalità nei termini in cui essa si struttura in seno alla *fatticità*. In altri termini, la problematica che si apre con questo '*pre*' o '*già*' della fatticità non allude ad una mera *situazione empirica*, ma ad una più ampia interrogazione che investe il modo in cui la temporalizzazione del tempo si formalizza, vale a dire acquista un significato per l'umano e una forma in particolare che costituiscono il modo stesso di comprensione del senso e del ragionamento.

Una riflessione sulla forma o statuto del ragionamento razionale presuppone, dunque, in termini necessari di porre e articolare una problematica che investa la concezione della temporalità. Problematica che deve, però, saper

---

([5]) Cfr. D. Franck, *Dramatique des phénomènes*, Paris, Epiméthée Puf, 2001, p. 125: «'Il ne s'agit pas de garantir l'objectivité mais de la comprendre.' Pour simple qu'elle soit, cette parole de Husserl n'en récapitule pas moins la phénoménologie et suffit à en décrire la situation historique. D'une part, elle signifie que le sens de l'objectivité est l'affaire propre de la philosophie, d'autre part, elle caractérise le rapport sous lequel l'analyse intentionnelle interroge l'être des objets. Reconnaissant dans ce dernier le thème de la philosophie, Husserl inscrit la phénoménologie dans la tradition dont Descartes est l'initiateur mais substituant la question du sens de l'objectivité à celle du garant de sa certitude il marque la priorité juridique de la phénoménologie sur toute la philosophie moderne dont elle est pourtant l'issue». Didier Franck fa riferimento al passaggio di Husserl contenuto in *Die Krisis der europaïschen Wissenschaften und die transzendentale Phänomenologie*, § 55, Husserliana, Bd. VI, p.193 (tr. it. E. Husserl, *La crisi delle scienze europee e la fenomenologica trascendentale*, prefazione di E. Paci, traduzione di E. Filippini, Milano, il Saggiatore, 2000, cit. p. 215: «Il vezzo di combattere la fenomenologia trascendentale accusandola di 'cartesianismo' è naturalmente un equivoco ridicolo, per quanto disgraziatamente diffuso: l'"ego cogito' della fenomenologia non è affatto una premessa o una sfera di premesse dalla quale si possano dedurre, in un'assoluta 'garanzia', tutte le altre nozioni (nozioni che vengono intese ingenuamente come obiettive). *Non importa garantire le nozioni obiettive, quello che conta è comprenderle*. Bisogna riuscire finalmente a capire che nessuna scienza esatta e obiettiva spiega seriamente, né può spiegare, qualcosa. Dedurre non equivale a spiegare. [...] L'unica reale spiegazione è la comprensione trascendentale. Tutta la sfera dell'obiettività pone l'esigenza della comprensione». La sottolineatura nel testo è nostra).

tener conto della critica con la quale Heidegger ripensa il concetto stesso di tempo quale discende dalla tradizione filosofica moderna: critica che nutre in profondità la riflessione di Lévinas a tal soggetto e a cui è possibile riferirsi nei termini di una *deformalizzazione* del tempo, su cui torneremo diffusamente nel corso di questo studio e che, per dirlo in breve, richiede di non pensare più la temporalità come *l'intuizione di una forma a priori*.

Queste brevi considerazioni motivano, dunque, l'esigenza di ripensare la questione del ragionamento, la possibilità, cioè, di accordare un significato certo e finito, a partire da una peculiare concezione del tempo. È proprio in seno a questa relazione, tra il tempo e il significato o il ragionamento, che si iscrive la questione del nichilismo. Che si iscrive, cioè, la minaccia profonda che il nichilismo porta con sé, nella sua attitudine ad articolare una data concezione della temporalità ad una determinata forma di comprensione del senso. O per dirlo più precisamente, riprendendo i termini in cui abbiamo presentato la questione della relazione tra temporalità, obiettività e senso, la minaccia del nichilismo consiste nella sua attitudine a tradurre una data concezione del tempo in una forma di comprensione del senso, che struttura e orienta la comprensione stessa del senso dell'obiettività: *il problema posto dal nichilismo è infatti il problema posto dalla pura negatività del tempo*.

Come diremo tra breve, è l'idea della pura negatività del tempo che permette al nichilismo di concepirsi e scriversi come una peculiare forma di comprensione del senso che riposa precisamente su quell'idea del tempo e che mina alla base la possibilità di pensare in termini razionali il senso stesso dell'obiettività del ragionamento. Il carattere della negatività è in primo luogo un'idea, vale a dire un vero e proprio modo di formalizzare una concezione del tempo. Il tempo è concepito come tale proprio a partire dalla sua capacità di negare, dalla sua attitudine ad essere inteso come decadenza e corruzione dell'ente, dalla sua disponibilità ad essere pensato come limitazione dell'essere. Il tempo è ciò che nega, che distrugge ciò che è, ciò che aspira a persistere come è, in modo stabile e certo. La negatività del tempo è *garantita* dalla finitezza dell'umano ed il *senso* di tale garanzia è compreso a partire dall'idea ulteriore che *il senso stesso dell'umano è la sua finitezza*: il rapporto che l'uomo intrattiene al negativo. Come può esistere, dunque, alcunché di vero, se esiste il tempo, se il tempo assorbe tutto ciò che in esso sussiste nel movimento stesso della sua negazione e distruzione? Se veramente tutto è sempre già votato a distruzione, se tutto è fin dal primo momento condannato a morte, come *sperare*, allora, in qualcosa di duraturo?

2. *La filosofia etica di E. Lévinas come orizzonte dell'analisi*

Laddove tutto sembra sempre già votato alla distruzione totale, laddove tutto sembra fin dal primo momento condannato a morte, *bisogna* sperare,

bisogna trovare una ragione per sperare ([6]). È questa la dura legge del campo di concentramento e che pone già in tal senso un problema di diritto. Non si tratta più di chiedersi: *che cosa posso sapere, che cosa debbo fare e che cosa posso sperare*, secondo la *metaphysica specialis* kantiana, quanto più essenzialmente: *che cosa debbo sperare* ? È questa la domanda a partire dalla quale si comprende anche quella domanda che per Heidegger racchiude il senso di tutte e tre le precedenti domande ed in definitiva di tutta la metafisica kantiana: *che cosa è l'uomo* ([7])? È l'uomo stesso che deve essere compreso a

---

([6]) Nell'insistenza di questo *bisogna* intendiamo far risuonare il problema spirituale dell'ebraismo dopo la *Shoah*, quello del rapporto alla legge, alla fedeltà alla legge, ad una legge più profonda di quella che anima il vitalismo dell'esistente così come la sua stessa capacità di (auto)negazione: esigenza di speranza come esigenza di *fedeltà alla legge*, che riecheggia ed attraversa in profondità la riflessione di intellettuali diversi, quali per esempio del teologo canadese *Emil Fackenheim* e del giurista americano *Lon Fuller*: senza far riferimento a questa esigenza più profonda di fedeltà alla legge, nella quale si manifesta la presenza stessa di Dio nella storia, non sarebbe possibile penetrare appieno né la problematica teologica dell'uno né quella giuridica dell'altro, che sono in realtà legate da un rapporto di mutua implicazione, nel quale si gioca la questione stessa della spiritualità ebraica moderna. Vedi, dunque, E. Fackenheim, *God's Presence in History*, New York University Press, NY, 1970. Vedi, inoltre, L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven - London, Yale University Press, 1964. Buone indicazioni sono contenute in R. cotterrell, *The Politics of Jurisprudence*, London, Butterworths, 1989, in particolare il capitolo V. "The appeal of natural law", pp. 118-149, per esempio là dove sottolinea che, p. 130: «For Fuller, the legal obligation to obey laws does not automatically follow from their enactment by a recognised, formal procedure. It depends on the legal system's claim, and ability to command, what Fuller calls *fidelity to law*. When certain minimum moral qualities cease to exist in a legal system, it ceases to command fidelity; that is, it ceases to have a claim to citizens' obedience. The order and coherence of a legal system (its ability simply to go on functioning) depend on a minimum moral content. Without this it ceases to be a legal system at all»; ed ancora per ritrovare la questione a cui abbiamo accennato nel corpo del testo dell'autorità dell'istituzione del diritto, p. 130: «In terms of normative legal theory's concerns, therefore, the claim is that a general concept of law necessarily entails a moral elements of some sort. If however the criticism is raised that [...] much of modern regulation is technical and conventional [...] rather than expression of moral values – Fuller's answer is that law's existence depends on its authority (its capacity to demand fidelity) and this authority ultimately depends on certain elements of moral worth».

([7]) Cfr. M. Heidegger, *Kant und das Problem der Metaphysik*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1973, tr. it., *Kant e il problema della metafisica*, introduzione di V. Verra, traduzione di M. E. Reina, Roma-Bari, Laterza, 2000, in particolare pp. 179-180: «Perciò, nell'introduzione al suo corso di logica, quando sviluppa il concetto di filosofia generale, Kant dice: 'Il campo della filosofia, secondo significato cosmopolitico, si può ridurre alle seguenti domande: 1. Che cosa posso sapere? 2. Che cosa debbo fare? 3. Che cosa posso sperare? 4. Che cos'è l'uomo?'. Alle tre domande di prima se ne aggiunge ora una quarta, sull'uomo. Ma non è forse un'aggiunta intrinseca e superflua, dal momento che dell'uomo si occupa già la *psychologia rationalis*, come disciplina compresa nella *metaphysica specialis*? Viceversa, Kant non si è limitato porre questa quarta domanda in soprannumero rispetto alle altre tre; egli

partire da questa esigenza di speranza, dalla radicalità e doverosità di questa speranza che non trova fondamento nel vitalismo sperimentato di fronte alla morte, ma in un'esigenza del pensiero; nell'esigenza di pensare qualcosa che duri oltre la sua propria negazione. Più precisamente, nell'esigenza di pensare il senso — il senso stesso dell'umano — come ciò che può durare oltre quel modo della temporalità che è la negatività della finitezza umana. Non vi è dubbio che, nel corso del novecento, Emmanuel Lévinas sia stato il filosofo che abbia tentato in termini più rigorosi di assumere su di sé il peso di questa esigenza del pensiero, di darvi contenuto e risposta, di farne il motivo di fondo, quasi ossessivo, della propria meditazione etica e filosofica. Da questa conviene dunque ripartire per ripensare la questione del nichilismo, che, come abbiamo visto, coinvolge in profondità quella della relazione tra il ragionamento e il tempo e in definitiva del senso dell'umano.

Deportato ad Auschwitz, scampato alla morte perché naturalizzato francese, Emmanuel Lévinas assiste inerme allo sterminio della sua famiglia ([8]). Non si tratta qui di evocare una circostanza, seppure fondamentale, della vita del filosofo, ma di riferirsi ad un'esperienza tragica che richiede di ripensare la nozione stessa di esperienza storica e l'idea più volte richiamata da Lévinas di un giudizio della storia o di un giudizio sulla storia ([9]) ovvero ancora e per dirlo in termini riassuntivi si tratta per il filosofo francese di ripensare la possibilità di una filosofia della storia ([10]). Lévinas nel corso della sua ampia opera non

---

afferma infatti: 'In fondo, tutto ciò si potrebbe mettere in conto all'antropologia, giacché le prime tre prime domande si rapportano all'ultima'. Con questo Kant ha enunciato, con parole proprie, in modo inequivocabile l'autentico risultato della sua fondazione della metafisica».

([8]) Per una biografia intellettuale del filosofo, vedi M.-A. Lescourret, *Emmanuel Lévinas*, Paris, Flammarion, 1994.

([9]) Cfr. E. Lévinas, *Entre nous. Essai sur le penser-à-l'autre*, Paris, Grasset, 1991, p. 41: «Le monde humain est un monde où l'on peut juger l'histoire. Pas un monde nécessairement raisonnable, mais où l'on peut juger. L'inhumain, c'est être jugé, sans qu'il y ait personne qui juge. Affirmer l'homme comme un pouvoir de juger l'histoire, c'est affirmer le rationalisme». Queste considerazioni trovano nelle parole di Lévinas una formulazione tanto icastica quanto essenziale, che costituisce, per noi, la chiave della possibilità di ripensare la questione del diritto in seno alla radicalizzazione che la contemporaneità ha operato della modernità e con specifico riferimento a quella funzione trascendentale del senso accordata alla finitezza dell'umano, su cui insisteremo nel proseguo di questo studio. L'esigenza di trascendere il piano della storia e di poter portare in concreto un giudizio sulla storia — che significa poter sottomettere a giudizio il giudizio già effettuato, attraverso un giudizio che è reso ancora personalmente ("l'inumano consiste nell'essere giudicato senza che vi sia qualcuno che giudichi") — mette in gioco la *comprensione* stessa dell'umano ("affermare l'uomo come un *potere* di giudicare la storia") e la definizione di un razionalismo ("è affermare il razionalismo") che è ripensato a partire dalla possibilità d'intendere la trascendenza come evento dell'umano.

([10]) La possibilità di pensare una filosofia della storia è documentabile, nella riflessione di Lévinas, a partire dalla nozione di *pazienza*, concepita in termini temporali e al di fuori o meglio in contraddizione con qualsiasi prospettiva

parla pressoché mai del nichilismo, non lo tematizza esplicitamente. E pur tuttavia questo tema è sempre presente alla riflessione del filosofo ed opera proprio là dove si tratta di pensare che la concezione del nichilismo, che riposa sull'idea della pura negatività del tempo, formalizza un modo della comprensione del senso che si traduce precisamente in una *filosofia nichilista della storia*. Questa si declina ponendo che il senso coincida con la fine e la fine con il nulla: ogni significato determinato si comprenderebbe perché colto sul piano finito del divenire e la storia non sarebbe che la storia di questo significato in divenire nel cui movimento il processo stesso della significazione viene a coincidere con quello della negazione dell'esistente.

L'esistente resta il *principio di riferimento* per pensare la garanzia stessa di ciò che attesta la certezza e l'obiettività di ogni significato determinato, ma esso è sempre già compreso a partire da ciò che lo nega, vale a dire dal piano stesso del divenire, che lo fa equivalere al nulla che porta con sé. Ma che cosa ne è del *senso* di quella obiettività o certezza? Essa garantisce la determinazione di un significato finito ed è a sua volta garantita dalla finitezza dell'umano che n'è la condizione trascendentale ([11]). L'articolazione tra queste due forme di garanzia esprime il *senso* o la *filosofia della storia nichilista* in

---

teleologica della storia. Sul senso di tale nozione vedi, E. Lévinas, *Humanisme de l'autre homme*, Montpellier, Fata Morgana, 1972, p. 45: «En tant qu'orientation absolue vers l'Autre — en tant que sens — l'œuvre n'est possible que dans la *patience*, laquelle pensée jusqu'au bout, signifie, pour l'Agent: *renoncer à être le contemporain de l'aboutissement, agir sans entrer dans la Terre Promise*» (corsivo nostro). Vedi, inoltre, a specificazione della nozione di *pazienza*, E. Lévinas, «Le sens de l'histoire», in *Difficile Liberté,* Paris, Albin Michel, 1995, 4 ed., pp. 316-318, in particolare p. 318, dove il filosofo osserva acutamente, in un lungo passaggio che riproduciamo qui di seguito integralmente per la sua importanza, che: « *Hâter la fin est un danger majeur dont le Talmud entrevoit la perfide tentation.* Les Éphraïmides en Égypte auraient voulu se libérer *sans attendre Moïse et sa Loi; partis vers la Terre Promise*, ils s'y seraient heurtés aux Philistins et furent exterminés. Le Talmud n'enseigne ici ni la superstition des heures fastes et néfastes, ni la doctrine höldernienne de la maturation du temps, ni la stérile passivité de la piété dite orthodoxe qui prône un Messie miraculeux, mais paralyse les efforts qu'exigent nos malheurs et notre indignité. La bonne nouvelle de l'échec, de la souffrance pour la souffrance, de la résignation n'est pas talmudique. Le livre nous raconte ici une périlleuse impatience qui est de toutes les heures. Elle est peut-être belle dans sa jeunesse, dans son courage, dans sa foi. Mais elle consiste à effacer à tout instant — fût-il l'instant ultime de l'histoire — l'intervalle qui nous permet de distinguer modèle et œuvre. Sachons garder distance, dans nos engagements indispensables, en face de ce qui se présente, s'impose, nous presse comme un glorieux aboutissement. Ce n'est pas 'arrivé'! *Patience*!» (corsivo nostro). Noteremo *en passant* e allo stadio d'ipotesi che il riferimento a partire dal quale Lévinas pensa la pazienza come una filosofia della storia è, a nostro avviso, un riferimento biblico: alla figura di Mosé. Ciò sembra trovare una parziale conferma nei passaggi citati in nota.

([11]) Cfr. E. Lévinas, *Autrement qu'être ou au-delà de l'essence*, The Hague, M. Nijhoff, 1974, nota n.1, p. 207: «Finitude pensable plus radicalement encore à partir du savoir, en tant qu'apparition — qui ne se peut que comme thématisation, objectivité — de

quanto comprende il senso stesso dell'umano a partire dalla sua finitezza, vale a dire a partire dal rapporto al negativo o meglio alla *negatività del tempo*. È per questo preciso motivo che Lévinas non tematizza esplicitamente l'idea di nichilismo, ma si interessa direttamente alla nozione stessa della negatività del tempo e giunge a porre, tramite la propria meditazione etica, una problematica in generale della negatività. Tale problematica attraversa e permette, infatti, di ricomporre molte delle tematiche della sua riflessione e in particolare nella misura in cui queste hanno tratto comune con la questione relativa ai modi della temporalizzazione del tempo.

Se è vero, in effetti, che il filosofo francese non tematizzerà che tardivamente la questione della relazione tra il tempo e la negatività, risulta pur tuttavia evidente che questa tematica affonda le sue radici in un passato lontano così come risalente è la riflessione in generale che Lévinas dedica alla concezione del tempo. Nel periodo degli studi di dottorato, svolti a Strasburgo, Lévinas si recherà in Germania alla fine degli anni venti per approfondire la conoscenza della fenomenologia di Husserl. Questo periodo di studi inciderà profondamente nella formazione intellettuale del giovane filosofo francese, non solo perché egli ne trarrà l'insegnamento di fondo del metodo fenomenologico di analisi, dal quale in un certo senso non si discosterà più nel proseguo della sua riflessione filosofica, ma anche perché entrerà in contatto con la filosofia di Heidegger, un contatto decisivo e che nutrirà, come un fiume carsico destinato ad emergere alla luce solo molto tempo dopo, alcune delle più rilevanti analisi del filosofo francese. Il confronto più serrato con la filosofia heideggeriana, precisamente sulla questione della relazione tra il tempo e la morte, non sarà tematizzato che nel corso degli anni settanta ([12]), più di quarant'anni dopo e dopo aver dedicato più di quattro decenni alla riflessione sul tempo ([13]) secondo modalità, registri ed orizzonti differenti, unificati dall'esigenza di dare una risposta alla questione del senso, iscrivendola nell'orizzonte di comprensione della questione del tempo.

---

l'universalité, laquelle — concept — ne se peut qu'à partir de l'abstraction négatrice de l'individu, lequel ne se prête à cette négation qu'en tant que corruptible ou fini». La nostra riflessione, contenuta in questo articolo, può essere considerata come un lungo commento scritto in margine a questa nota di Emmanuel Lévinas. Sul tema della negazione, vedi in particolare il numero monotematico della *Revue de Métaphysique et de Morale*, «Négation», Avril-Juin 2001, n. 2.

([12]) Cfr. E. Lévinas, *La Mort et le Temps*, Paris, Grasset, 1992.

([13]) Vedi in tal senso, P. Olivier, «Diaconie et diachronie : de la phénoménologie à la théologie», in *La Métaphysique d'Emmanuel Lévinas*, (J.-F. Mattéi dir.), Noesis n.3, automne 1999, Paris, pp. 107-159, e in particolare pp. 111-112: «L'expérience du temps ou, pour mieux dire, le temps comme expérience constitue une excellente introduction à la problématique d'Emmanuel Lévinas, depuis les premiers écrits comme *Le Temps et l'autre* ou *De l'Existence à l'existant* (1946-1947) jusqu'aux articles qui explicitent le contenu de l'insolite *Autement qu'être ou au-delà de l'essence* (1974) en passant par *Totalité et Infini* (1961) et des articles qui accompagnent cet ouvrage».

Come abbiamo accennato poco sopra, laddove la questione del nichilismo o più ampiamente quella della negatività in generale si pone in termini più stringenti e pressanti alla riflessione del filosofo francese — ciò che sicuramente interessa la produzione di Lévinas tra la fine degli anni sessanta e l'inizio degli anni settanta — questi concentra la propria attenzione sulla possibilità di pensare il tempo sulla forma della *durata*. La figura della durata esprime in sintesi il tentativo di pensare un modo della temporalità che si scriva in rapporto di contraddizione con quella dimensione della pura negatività del tempo su cui il nichilismo del senso riposa: tale figura è dunque, in primo luogo, pensata nell'ambito di quel confronto serrato che Lévinas intrattiene con la filosofia di Heidegger nella quale viene a culminare, seppure all'interno di un processo di deformalizzazione del tempo, il movimento proprio della filosofia moderna, teso a pensare e iscrivere la questione del tempo e del senso nell'orizzonte della finitezza dell'umano.

Ciò non toglie che Lévinas recuperi alla propria riflessione un carattere proprio alla profonda meditazione di Bergson sulla durata, un carattere forse non sempre apparente, ma certo decisivo, quello dell'amore come energia del movimento di durata. La durata è cioè pensata non come espressione di una continuità di forma o di sostanza, ma nella radicalità della sua tensione, come il modo stesso di questa tensione, che non è integrazione del negativo sul piano del divenire, ma relazione con ciò che eccede ed apre il piano stesso del divenire. Ciò significa che il principio che anima la tensione di cui la durata vive è esteriore alla durata stessa. È precisamente questa esteriorità o meglio la relazione stessa che è possibile intrattenere con questa esteriorità che rende possibile la durata sul modo della relazione con ciò che non è possibile contenere: ciò che in termini più complessivi e che alludono tanto alla relazione quanto più specificatamente al principio stesso di esteriorità Lévinas nomina l'*infinito*.

Qui si precisa e si lascia percepire in termini più chiari il disegno proprio alla meditazione sul tempo di Emmanuel Lévinas: *per il filosofo francese si tratta di far emergere il significato obiettivo dei rapporti umani da una strutturazione del senso non più concepita come rapporto al negativo, vale a dire alla negatività del tempo di cui la finitezza dell'umano si rende garante, ma come rapporto a ciò che eccede la negatività del tempo in seno al movimento stesso di negazione*. L'esigenza di pensiero che tale disegno pone è precisamente quella di concepire tale strutturazione del senso a partire da una concezione dell'alterità dell'altro, che se riverbera in primo luogo sul piano stesso della temporalità, esclude di concepire tale dimensione di alterità come la modalità tramite cui il positivo integra il negativo sul piano del divenire ovvero nell'astrazione del concetto. Tale esigenza di pensiero obbliga, dunque, a ripensare il rapporto che l'uomo intrattiene al negativo non più sul solo piano della finitezza dell'umano e del concetto, ma sul piano stesso dell'infinito, che è quello del rapporto all'esteriorità di altri. Tali considerazioni se motivano e giustificano il proposito di affrontare la problematica della relazione tra il

ragionamento e il tempo nell'orizzonte di analisi aperto dalla rivendicazione di Lévinas di una filosofia dell'*infinito*, impongono però, preventivamente, di precisare il significato e la posta in gioco della questione stessa del nichilismo.

3. *La questione del nichilismo*

La questione del nichilismo si apre sull'esigenza di ripensare la definizione stessa del nichilismo, una volta che la sua problematica sia stata iscritta nell'orizzonte della relazione tra il ragionamento e il tempo e non tanto per fornire una versione indebolita e più facilmente criticabile dell'idea di nichilismo, quanto al contrario proprio per restituire a tale idea la sua portata e l'ampiezza delle sue conseguenze. Abbiamo accennato che dal punto di vista della temporalità del tempo il nichilismo è suscettibile di tradurre una concezione ontologica del tempo pensata a partire dalla contrapposizione tra l'essere e il niente ed in cui la temporalizzazione — il processo di senso tramite il quale i modi della temporalità acquistano un significato concreto per l'umano — è pensata come limitazione dell'essere, decadenza e degradazione, determinazione dell'ente nella finitezza. Possiamo veramente dire che tale nozione di tempo, pensata come pura negatività, si traduca in una concezione del ragionamento concepita esclusivamente a partire dall'idea di negazione, vale a dire a partire dalla comprensione del nichilismo come dimensione puramente negativa? È possibile, cioè, dire che l'essenza del nichilismo si concepisca a partire da una dimensione puramente negativa? In altri termini, il nichilismo significa veramente e semplicemente il fatto di *non credere in niente*, come si suole dire?

Questo modo di declinare l'idea di nichilismo non ci sembra rendere conto di quella che è la dimensione positiva del nichilismo ed inoltre ha il difetto maggiore di sottovalutare, implicitamente, quella che è la portata e l'ampiezza delle conseguenze determinate da una concezione nichilista del senso e della storia. Tale modo di declinare l'idea di nichilismo discende, a nostro avviso, da un fraintendimento di fondo relativo alla nozione stessa di negatività, la quale, conviene precisarlo subito, non implica alcunché di assiologico, ma fa riferimento soltanto all'atto stesso di negazione, tramite il quale viene determinato un significato finito, escludendo la possibilità di un senso più ampio di quello che si apprende sulla forma dell'oggetto. Concepire il nichilismo in tali termini, se appare giustificato dal punto di vista delle operazioni che tale modo del ragionamento rende possibile, non permette di rendere conto del fatto che *il nichilismo presuppone, dunque, una vera e propria presa di posizione teoretica sul modo stesso del ragionamento*.

Il risultato di tale misconoscimento è tanto più stridente in quanto non permette di cogliere che è proprio in questo che risiede la specificità del nichilismo: vale a dire nel non esaurirsi in una dimensione puramente negativa; ma nel tradursi al contrario in una dimensione positiva, sul cui terreno allignano le aporie e le conseguenze — questa volta sì negative tanto

dal punto di vista assiologico che da quello epistemologico — di una concezione nichilista del senso. In altri termini, questa *dimensione di positività* consiste precisamente a dire che il nichilismo non intende affatto negare la possibilità di credere, ma al contrario intende affermare una sua specifica possibilità: *il nichilismo è, infatti, un modo del credere*. (14) Ed è proprio in questo che risiede la sua forza e la sua pericolosità per il pensiero. Il nichilismo presuppone, molto classicamente, il tempo come forma di comprensione del senso, ma ne declina una formalizzazione che porta a concepire il senso in quanto comprensione del niente, in quanto sempre già negazione di un ente finito. *Il nichilismo consiste a credere che il senso coincida con il niente*.

È possibile dire che il nichilismo si caratterizzi, dunque, tanto per un'attitudine negativa, quanto per un'attitudine positiva: ciò implica, su di un altro registro, che proprio là dove tale modo di concepire la questione del senso sembra tradurre una strategia volta ad eliminare o quantomeno a minare le basi di un potere — quale per esempio il potere di credere in termini stabili in qualcosa e il potere, quindi, di affermare un criterio comune di verità — esso afferma ed accorda un potere: non il potere di dubitare, quale criterio di controllo degli enunciati di senso, sul fondo di una concezione della verità in progressiva formazione; ma il potere di credere che ogni significato finito equivale al niente che lo produce, in quanto negazione di un ente, e che tale determinazione esaurisce l'apertura stessa del senso. La retorica nichilista nasconde una concezione *antiumanista* del senso, poiché, se la determinazione di un significato finito coincide esclusivamente con la negazione di un ente, la negazione dell'esistenza umana è, allora, il presupposto per il quale l'atto stesso del negare diviene possibilità del senso. È l'esistenza ad essere compresa a partire da quel principio di riferimento, intramondano e metafisico, che è l'esistente in generale (15) e non viceversa.

Senza perciò stesso entrare in una prospettiva propria alla filosofia esistenzialistica e che non appartiene alla riflessione di Lévinas (16), è possi-

---

(14) In tal senso si esprime, implicitamente, anche J.-L. Marion, *Dieu sans l'être*, Puf, Paris, 1991, il cui testo resta un punto di riferimento per la critica al nichilismo e al relativismo del senso.

(15) Cfr. su questo punto e in una prospettiva critica, E. Lévinas, *De l'Existence à l'existant*, Vrin, Paris, 1998, II ed.

(16) Possiamo misurare qui che l'orizzonte del senso che Lévinas revoca, dunque, in dubbio è, sotto più profili, quello della distinzione, già kantiana, tra l'esistenziale e l'intellettuale. L'intellettuale viene a dipendere in un certo senso dall'esistenziale, vale a dire da un determinato modo di concepire la fatticità dell'umano, ma né Heidegger né Lévinas si attestano e si chiudono su questa posizione, che sarà piuttosto quella dell'esistenzialismo di Sartre; poiché Heidegger ricerca al di là dell'essere dell'ente il *senso* stesso dell'essere così come Lévinas ricerca al di là dell'esistenziale ed al principio del *senso* l'etica stessa: in entrambi i casi ed anche se in modo differente il senso investe nella sua comprensione la questione della *temporalità*. Sulla struttura tripartita del programma di *Sein und Zeit*, vedi J.-L. Marion, *Réduction et donation*, Paris, Epiméthée Puf, 1989.

bile notare, dunque, che se la finitezza dell'umano può determinare un significato finito, questo ente finito è pensato sulla forma di un oggetto: è infatti tramite la negazione di un ente che si ottiene la possibilità di accedere alla conoscenza dell'oggetto. Che la negazione dell'empirico renda possibile l'accesso all'universale è una prospettiva che è già presente alla filosofia kantiana e più in particolare proprio alla filosofia del diritto di Kant ([17]) e che permette di iscrivere, per così dire *di diritto*, la questione della morte, su cui insisteremo a lungo nel proseguo del nostro studio, nell'ambito della relazione tra il ragionamento e il tempo e la questione del nichilismo, nonché, seppure in termini più mediati e riflessi, nell'ambito della problematica stessa del diritto. Più complessivamente è possibile affermare che il nichilismo s'iscrive, dunque, in seno alla modernità, se la modernità è, per la filosofia, soprattutto ricerca ed affermazione della finitezza ([18]) o, per dirlo in termini più precisi e che ritrovano il problema appena evocato, elevazione dell'empirico a condizione trascendentale del senso ([19]). A nostro avviso e secondo la prospettiva che abbiamo fatto nostra, ciò significa, contrariamente a ciò che si potrebbe ritenere, che la problematica propria al nichilismo non costituisce un esito necessario della distruzione o decostruzione della metafisica, ma al contrario partecipa della metafisica, vale a dire della problematica della totalità dell'ente, ossia dell'ente in generale che il nichilismo presuppone seppure, principalmente, allo scopo di negarlo ([20]).

La problematica del nichilismo merita di essere approfondita secondo la

---

([17]) Cfr. I. Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, tr. it., *Fondazione della metafisica dei costumi*, Roma-Bari, Laterza, 1997, traduzione e introduzione di Filippo Gonnelli.

([18]) Cfr. E. Lévinas, *Dieu, la Mort et le Temps,* Paris, Grasset, 1993, p. 45: «Ainsi, la totalité de l'être humain et de son être-là propre est recherchée sans aucun intervention d'autrui, uniquement dans le *Dasein* en tant qu'être-au-monde. Le sens de la mort est dès le départ interprété comme *fin* de l'être-au-monde, anéantissement. L'énigme est effacée du phénomène. La temporalité ou durée du temps, sans être identifiée avec l'interprétation vulgaire (flux), est interprétée comme au-devant-de-soi, être à-être qui est aussi question en tant que pré-compréhension : question avec donnée. Donc, d'un bout à l'autre, l'ontologie, la compréhension de l'être et du néant reste source de tout sens. En aucun façon l'infini (qui vient peut-être approcher la pensée avec la diachronie, la patience et la longueur du temps) n'est jamais suggéré par cette analyse. Depuis Kant, la philosophie est finitude sans infini».

([19]) La riflessione che qui svolgiamo a partire dalla lettura dei testi di Emmanuel Lévinas trova nelle pagine di Michel Foucault una certa consonanza di accenti ed una certa affinità di contenuti. Vedi a questo proposito M. Foucault, *Les mots et les choses*, Paris, Gallimard, 1966, cap. IX: *L'homme et ses doubles*, ed in particolare il par. III. L'analytique de la finitude, p. 323 e ss. ed il par. IV. L'empirique et le transcendantal, p. 329 e ss.

([20]) Abbiamo inoltre, proprio per questo motivo, insistito sul fatto che tale scopo non esaurisce la specificità della concezione nichilista del senso, la quale conserva anche un'attitudine positiva nella presupposizione dell'ente come principio di riferimento dell'enunciazione del senso.

prospettiva che è stata costantemente evocata nel corso delle pagine precedenti e che è suscettibile di introdurre al meglio alle riflessioni di Emmanuel Lévinas al riguardo della *deformalizzazione* del tempo, la quale costituisce, come già accennato, l'orizzonte di analisi privilegiato per ripensare la relazione tra il ragionamento e il tempo ed avanzare una serie di considerazioni critiche sulla concezione nichilista del senso. La prospettiva su cui tale problematica si apre è, dunque, quella ermeneutica, intesa come un'ampia meditazione sulla problematica del senso. Tale prospettiva non è affrontata, come è evidente, nella sua complessità, ma a partire da alcune specifiche nozioni: in particolare, quella della *comprensione ontico-ontologica*, che opera nella riflessione di Martin Heidegger e che costituisce il terreno su cui matura la prospettiva critica di Lévinas.

4. *La prospettiva ermeneutica: la comprensione ontico-ontologica in M. Heidegger*

Come abbiamo avuto modo di precisare, le analisi che svolgiamo al riguardo della questione del nichilismo, secondo la prospettiva ermeneutica che abbiamo evocato, si iscrivono nell'orizzonte della riflessione che Lévinas opera al riguardo della filosofia heideggeriana e più precisamente al riguardo di *Sein und Zeit*. Molte delle considerazioni che abbiamo già espresso allo scopo di qualificare la questione stessa del nichilismo sono, infatti, elaborate sul terreno di quella riflessione. Cercheremo in questo contesto, dunque, di precisare il senso di alcune di esse. In particolare, deve essere chiarito il senso stesso della comprensione ontico-ontologica, nel cui orizzonte s'iscrive la questione del senso dell'obiettività o, per dirlo altrimenti, di quella logica della verità ([21]), a cui ci siamo precedentemente riferiti nel corso del primo paragrafo.

L'orizzonte della comprensione ontico-ontologica investe, direttamente, il significato *più proprio* ([22]) del *Dasein* e permette di qualificarne la problematica. Il *Dasein* è, infatti, un termine riassuntivo tramite cui si nomina un privilegio, di cui gode quell'ente in particolare che è l'essere umano, unico tra

---

([21]) Cfr. J.-F. Courtine, «Les 'Recherches Logiques' de Martin Heidegger, de la théorie du jugement à la vérité de l'être», in J.-F. Courtine (dir.), *Heidegger 1919-1929. De l'herméneutique de la facticité à la métaphysique du Dasein*, Paris, Vrin, 1996, pp. 7-31.

([22]) Intendiamo far risuonare, per anticipazione, la questione della *proprietà del proprio*, di quella *Eigentlichkeit* che si comprende appieno solo a partire dalla *Jemeinigkeit* di cui al § 9 di *Sein und Zeit*, a cui non possiamo che rinviare. Vedi a tal proposito, M. Heidegger, *Sein und Zeit*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1977, tr. it, *Essere e tempo*, Milano, Longanesi, 1997, traduzione di P. Chiodi. Su questo punto, vedi le penetranti analisi di E. Lévinas, *Dieu, la Mort et le Temps,* cit., in particolare p. 31 e ss.

tutti gli enti intramondani, ad accedere all'essere. Più precisamente, il *Da* del *Dasein* costituisce il luogo di quella apertura entro cui si articola il rapporto di mutua implicazione tra la comprensione ontica e quella ontologica dell'essere umano. Entro tale rapporto si gioca la questione stessa del *Dasein*. Tale questione consiste precisamente a comprendere la struttura della temporalità che è messa in gioco dal fatto che il *Dasein* è quell'essere a cui incombe l'avere da essere. Il *Dasein* è, cioè, quell'essere il cui davanti a sé è dato dal suo stesso aver da essere.

Se quell'ente in particolare che è il *Dasein* si caratterizza per questa mancanza essenziale è perché la *questione* stessa del suo essere è il suo avere da essere non ciò che è, ma ciò che non è ancora e che può essere: poter essere a partire dal quale il *Dasein* è, dunque, compreso come ente. La comprensione designa, in tal senso, una vera e propria analitica dei poteri. Comprendere significa, infatti, enunciare che cosa l'uomo può o non può potere non tanto empiricamente, quanto in ciò che gli è di più essenziale e di più proprio; non bisogna dimenticare che la comprensione ontica non è solo un'analitica dell'esistenza, ma sempre già un modo della comprensione che è in rapporto con la comprensione ontologica, con la questione stessa dell'accesso all'essere. È soltanto in forza di tale accesso che si rende possibile comprendere appieno la logica della verità entro cui s'iscrive il *Dasein*: per Heidegger la questione della verità non si esaurisce nell'orizzonte della comprensione ontica, entro la quale la verità è compresa sulla forma di un oggetto, ma rinvia più ampiamente ad un evento ontologico che trascende il piano della comprensione ontica e mette in gioco in ultima istanza il senso stesso della temporalità di tale evento. Anche per Lévinas, come vedremo, la questione della verità o per meglio dire del senso non si esaurisce nell'orizzonte spaziale dell'oggetto, ma rinvia a un evento ulteriore, che non si comprende però in termini ontologici, ma in termini etici e di cui risulta essenziale precisare la struttura della temporalità di cui si compone.

Non vi è purtroppo lo spazio, in questa sede, per affrontare una questione complessa, ma di grande interesse: quella, cioè, della possibilità di provare, contro l'opinione stessa di Lévinas, l'esistenza di una determinazione pratica in seno alla logica della verità propria della comprensione ontologica del *Dasein*. Ritorniamo, dunque, alla questione della comprensione del più proprio. Per Heidegger, per identificare quale sia il potere più proprio, a partire dal quale l'essere umano è compreso, dobbiamo chiederci in che cosa l'uomo non è sostituibile; che cosa, cioè, incombe su di lui là dove ogni sostituzione non è più possibile o non ha più senso ([23]). *È precisamente nel*

([23]) Come vedremo, Lévinas riprenderà l'idea di *sostituzione*, ma ancora una volta per deontologizzarla ed imporla alla riflessione in termini etici. Sulla centralità di tale idea nel pensiero del filosofo francese vedi in particolare, E. Lévinas, *Autrement qu'être ou au-delà de l'essence*, cit. Opera fondamentale di Lévinas, che per ammissione dello stesso filosofo è costruita intorno al nucleo centrale determinato dall'idea di

rapporto alla sua morte che l'uomo non può essere sostituito. La morte costituisce per Heidegger, pertanto, il rapporto a ciò che vi è di più proprio e perciò stesso la *certezza assoluta* o meglio la certezza a partire dalla quale ogni altra certezza può essere pensata (24): in tal senso, come avevamo anticipato, la finitezza umana designa l'orizzonte entro il quale si determina un significato certo e s'iscrive, dunque, la relazione stessa tra la questione del senso e quella del tempo. Tale relazione s'iscrive in seno alla logica del *Dasein*, in quanto *essere-per-la-morte*, proprio a partire dall'anticipazione di senso che rende possibile. Tale anticipazione, che permette di qualificare l'idea stessa di *precomprensione*, si definisce allora come *una possibilità che possiamo assumere ad ogni istante*.

Nella sua analisi — che implica una vera e propria riduzione fenomenologica — Lévinas fa emergere appieno l'importanza di questa locuzione, *ad ogni istante*, che designa il modo proprio della temporalità dell'anticipazione in quanto possibilità di senso. Ciò significa più ampiamente — ed era il punto che ci premeva sottolineare — che la determinazione della forma stessa di comprensione del senso presuppone, in termini necessari, la formalizzazione di un modo della temporalità e rinvia — in seno al processo di deformalizzazione del tempo intrapreso da Heidegger — a un'interrogazione portata sul significato che viene accordato ai modi della temporalità. Ciò permette di precisare meglio l'idea di ciò che orienta il ragionamento, poiché l'anticipazione che la precomprensione intende far valere non rinvia tanto alla fatticità come tale, quanto piuttosto a questa interrogazione fondamentale sul significato stesso dei modi della temporalità, senza della quale non sarebbe possibile determinare la forma stessa di comprensione del senso.

La concezione ontologica del tempo — pensato a partire dall'opposizione tra l'essere e il niente come pura negatività — determina la forma di comprensione del senso ed il senso stesso dell'oggettività a partire da ciò che garantisce la certezza di ogni significato finito: la finitezza (25) dell'umano, che è in tal modo elevata a condizione trascendentale del senso. Lévinas rimprovera, dunque, ad Heidegger di aver pensato la morte come certezza per eccellenza, dalla quale ogni altra certezza prenderebbe origine e di aver limitato il senso della morte all'annientamento. La certezza — vale a dire ciò

---

sostituzione. Cfr. p. 10: «Ce livre n'est cependant pas un recueil d'articles. Bâti autour du chapitre IV [La Substitution] qui en fut la pièce centrale, il précéda, dans sa première rédaction, les textes publiés». Vedi anche, in tal senso, la nota n. 1, p. 156.

(24) Cfr. E. Lévinas, *Dieu, la Mort et le Temps*, cit., p. 22: «Dans Sein und Zeit, Heidegger pense la mort comme certitude par excellence, comme possibilité certaine, et limite son sens à l'anéantissement. Gewissheit - ce qu'il y a de propre, de non aliéné dans la mort, ce qui en elle est eigentlich. La Gewissheit de la mort est tellement Gewissheit qu'elle est l'origine de tout Gewissen».

(25) Vedi in tal senso, sul fondo di una consonanza di accenti, M. Ruggenini, «La finitude de l'existence et la question de la vérité», in J.-F. Courtine (dir.), *Heidegger 1919-1929. De l'herméneutique de la facticité à la métaphysique du Dasein*, cit.

che vi è di più proprio — si scriverebbe così sempre già in rapporto con la fine: la fine sarebbe la certezza stessa. Lévinas sottolinea così, criticandola, la funzione trascendentale della finitezza del *Dasein*: il carattere negativo della morte sarebbe interpretato come la condizione di possibilità di ogni determinazione finita del senso. Per dirlo altrimenti, la certezza della fine sarebbe all'origine della coscienza in quanto coscienza di qualcosa di finito. Il senso risiederebbe nella coscienza di qualcosa di finito che come tale, vale a dire nella temporalità che gli è propria, sottrarrebbe il senso all'orizzonte della durata e lo iscriverebbe in quello del nichilismo. Sarebbe precisamente perché qualcosa iscrive nel suo *aver-da-essere* la sua propria fine che essa avrebbe senso; ma il senso concepito esclusivamente come rapporto al negativo resta compreso sul piano della finitezza e non permette di uscire da una concezione nichilista del senso e della storia.

Ritroviamo, dunque, la questione centrale della temporalizzazione: vale a dire, nei termini in cui l'abbiamo concepita, del processo tramite il quale i modi della temporalità acquistano un significato per l'umano. L'anticipazione, quale modo della temporalità, avrebbe senso perché il suo *aver-da-essere* sarebbe sempre già orientato verso la fine come verso ciò che è più proprio: il senso sarebbe tale attraverso l'iscrizione di questo limite che orienta e che sarebbe la possibilità della morte compresa come niente e come annientamento. Tale limite sarebbe al principio stesso dell'affettività del *Dasein*, il cui referente espressivo è l'angoscia, intesa precisamente come comprensione del niente. Conserviamo la struttura astratta di tale concezione del senso. Al principio del senso vi è l'iscrizione di un limite che rileva in quanto proietta un orizzonte all'interno del quale si determina e si comprende il processo stesso della temporalizzazione come modo di comprensione del senso: tale processo consiste, così, nel concepire (1) il tempo a partire dall'evento della morte; (2) la morte a partire dalla negazione di un ente finito; ed (3) il senso dell'umano come rapporto al negativo, vale a dire nell'orizzonte della finitezza.

Ciò ci pone due diversi problemi, sebbene fra loro intimamente connessi. Da un lato si tratta di situarsi entro l'apertura heideggeriana, cioè entro quell'istanza di deformalizzazione del tempo, che si segnala al punto (1) appena evocato. Dall'altro si tratta di concepire l'iscrizione di un limite (la morte) o la proiezione di un orizzonte (di senso), di cui rispettivamente al punto (2) e (3), non più sul piano della finitezza, ma su quello dell'infinito, che permetta di pensare la temporalità, fuori da una prospettiva nichilista, come durata. Si rende pertanto necessario, prima di concentrare la nostra attenzione sul processo di deformalizzazione del tempo quale è concepito in seno alla riflessione di Emmanuel Lévinas, di compiere una breve considerazione di metodo. Questa consiste a dire che il metodo fenomenologico della *riduzione* costituisce un'operazione che s'iscrive, in forza della sua ininterrotta capacità di riduzione progressiva degli orizzonti di senso, sul piano stesso dell'infinito: tale operazione permette, dunque, di formalizzare il senso diversamente che

nei termini di una comprensione del niente. Riduzione fenomenologica, che come abbiamo accennato, risulta per Lévinas essenziale, al fine non solo di poter fondare, in termini rigorosi, un processo di deformalizzazione del tempo svolto a partire da una determinata congiuntura di eventi; ma anche al fine di poter determinare una diversa forma di comprensione del senso suscettibile di rispondere all'esigenza husserliana, che abbiamo già richiamato, di non arrestarsi alla determinazione della garanzia di una certezza obiettiva, ma di estendere l'interrogazione al senso stesso di tale forma di obiettività.

5. *La prospettiva etica di Lévinas: la deformalizzazione del tempo*

Il senso della critica di Lévinas consiste a dire che: se risulta necessario conservare la distinzione tra una comprensione dell'obiettività sulla forma dell'oggetto ed un evento della verità in generale (per Heidegger è, infatti, proprio l'incapacità di porre tale distinzione che porta al nichilismo), occorre, tuttavia, concepire l'evento della verità come una problematica del senso che si scrive non più in termini ontologici, ma in termini etici. La comprensione ontologica della verità presuppone una comprensione ontologica della temporalità, che comporta una determinazione del senso dell'essere e dell'ente a partire dalla posizione pregiudiziale del niente. Il nichilismo ed il tentativo di superarlo restano iscritti in una storia della metafisica, laddove la negazione del primato dell'ente come principio di riferimento resta operata sul fondo di un confronto con la possibilità del niente. Una riduzione ancora più radicale della tesi della negazione dell'ente o della sospensione del mondo naturale ([26]) si rende necessaria per operare una critica del nichilismo che non reintroduca, in modo surrettizio, la problematica del senso nell'orizzonte della metafisica dell'ente in generale.

Se il processo di deformalizzazione del tempo — il tentativo di non pensare più il tempo come l'intuizione di una forma a priori — era perseguito da Heidegger tramite la considerazione della temporalità di un evento che s'iscrive in seno all'analitica della fatticità del *Dasein*, vale a dire quello dell'anticipazione della morte, anche la riflessione di Lévinas muove precisamente da *questa istanza tematica della morte* ([27]). Ma il filosofo francese

([26]) Vedi in tal senso, R. Barbaras, *Le désir et la distance. Introduction à une phénoménologie de la perception*, Paris, Vrin, 1999, in particolare il capitolo II: La réduction phénoménologique comme critique du néant, pp. 61-80.

([27]) Cfr. J.-M. Salanskis, *Heidegger*, Paris, Les Belles Lettres, 1997, che sottolinea al riguardo della meditazione heideggeriana sulla morte, la quale costituisce sotto più profili — come abbiamo già avuto modo di notare — la referenza privilegiata della riflessione di Lévinas, p. 41: «Heidegger est celui qui a fait de la mort un sujet philosophique, et qui l'a même imposée comme le sujet de prédilection pour toute une aire de la discussion philosophique. Si quelque chose caractérise le monde

compie un mutamento di prospettiva che si rende ai suoi occhi necessario proprio per poter oltrepassare la metafisica dell'esistente in generale: questo mutamento consiste precisamente a costruire il ragionamento filosofico non più a partire dalla propria morte, ma *a partire dalla morte di altri*. Ciò significa, in altri termini, che per Lévinas la metafisica, di cui il nichilismo è il risultato ultimo e paradossale, è superabile solo sul piano etico, vale dire in forza di una determinazione pratica iscritta in seno alla problematica della temporalità, intesa come forma di comprensione del senso.

Lévinas procede, dunque, ad operare una deformalizzazione del tempo tramite la progressiva riduzione degli orizzonti del senso che la relazione alla morte di altri mette in gioco. Non vi è qui lo spazio per analizzare puntualmente tale progressiva riduzione fenomenologica ([28]), dobbiamo pertanto soffermare la nostra attenzione sull'orizzonte ultimo che questa riduzione lascia emergere, quello della temporalità della morte di altri. Il filosofo francese è perfettamente consapevole del fatto che senza un rapporto all'esteriorità, senza la profondità di una distanza, non sarebbe possibile porre una problematica del senso e della verità né tanto meno disporre di un criterio di controllo sugli enunciati di senso. Ma tale rapporto all'esteriorità non è più ricercato avendo come principio di riferimento la totalità dell'esistente, quanto la dimensione etica dell'infinito di altri, irriducibile alla totalità delle determinazioni intramondane. Tale rapporto ad altri è qui preso in considerazione a partire da ciò che sembra negarlo, *la morte*, proprio allo scopo di verificare se in seno alla struttura temporale di tale negazione non si apra una dimensione positiva della temporalità, diversa dalla pura negatività del tempo, che permetta di formalizzare il senso in termini altri dalla comprensione del niente. La rottura con la *metaphysica generalis* e con il nichilismo si consuma, per Lévinas, sul terreno di una determinazione pratica del senso che si rende possibile nell'orizzonte della deformalizzazione del tempo.

Ciò che anima evidentemente la riflessione di Lévinas è la preoccupazione che la mortalità non sia intesa — in quanto modalità del tempo — come anticipazione riducibile alla comprensione del niente, come se tutto l'umano potesse veramente essere compreso soltanto a partire dall'alternativa tra

---

philosophique dit continental depuis Heidegger, par opposition au monde philosophique dit analytique — celui de la philosophie anglosaxonne — c'est bien cette instance thématique de la mort». Alla luce di tale considerazione si potrebbe, forse, avanzare che «cette instance thématique de la mort» definisce il criterio stesso d'identificazione di ciò che Vattimo ha potuto qualificare nei termini di una "koiné" ermeneutica. Vedi a tale riguardo G. Vattimo, *Oltre l'interpretazione*, Roma-Bari, Laterza, 1994.

([28]) Ci permettiamo ancora una volta di rinviare, a questo scopo, al nostro studio, *Comunità e alterità nell'opera di Emmanuel Lévinas...*, cit., in particolare pp. 101-108. Sul significato della deformalizzazione del tempo, vedi più ampiamente il capitolo III: La trascendenza al principio del senso, in particolare pp. 141-178.

l'essere ed il niente. Lévinas rifiuta pertanto tale comprensione della mortalità e prospetta che la morte possa prendere un senso completamente diverso, a partire da una comprensione differente della morte di altri ed in tal senso della temporalità stessa della morte ([29]). La morte prende dunque un altro senso: senso che viene dalla morte di altri. La questione del senso della morte permette di concepire differentemente la struttura del tempo, che rende, allora, possibile di ripensare la struttura del processo della significazione, vale a dire della determinazione di un significato finito. La morte non è più esperienza della totalità di un significato finito reso possibile in forza della temporalità dell'anticipazione: essa è al contrario l'iscrizione di un limite alla totalità dell'esperienza dell'ente pretesa dalla metafisica, che consegue dalla struttura stessa della temporalità dell'istante della morte di altri. Per il filosofo francese, infatti, l'istante della morte di altri designa lo *stigma* di un istante che non si divide e che non costituisce una forma modificata della presenza del presente — che ripristina il primato dell'ente — un tempo, cioè, che si realizza interamente nell'istante: lo *stigma* dell'istante della morte non si segnala tramite qualcosa di cui si potrebbe fare l'esperienza, ma per uno *scarto irrimediabile*.

La morte di altri, considerata nella sua temporalità, non è un istante che apparterrebbe interamente al presente e che si raddoppierebbe a partire dalla sua origine piena nella presenza. L'istante della morte non si offre all'iterazione ed esclude, quindi, ogni idealizzazione ed economia di sé: ciò significa che non si trasforma né si lascia comprendere sulla forma di un oggetto ideale, in forza della negazione di un ente finito. Esso è un resto, un residuo che si indirizza come tale: vi è tutta un'insistenza profonda, continua ed irrimediabile dell'istante della morte che *si indirizza* a me come tale: vale a dire che acquista nei miei confronti un *senso* preciso. Un senso *etico*. Questa insistenza, questo essere sul modo di un resto che non si offre tuttavia all'iterazione e alla presa, fa dell'istante della morte di altri una pura istanza: lo *stare* di questo istante irrimediabile. Tale istanza si indirizza a me come tale e m'interroga: è l'appello che deriva dalla morte di altri, con il quale la sua morte mi ossessiona e mi mette sotto accusa, m'ingiunge di prendere una responsabilità nei suoi confronti, di fare di tutto perché egli viva. Lévinas fa discendere dall'analisi fenomenologica della temporalità dell'istante della morte di altri un significato etico che attiene al contempo all'istanza dell'appello ed allo statuto stesso di altri, come chi mi è tanto più affidato in persona quanto più è compreso come colui che è il più fragile. Nell'orizzonte della fenomenologia della temporalità della morte l'appello di

([29]) Cfr. E. Lévinas, *Dieu, la Mort et le Temps,* cit., p. 19: «Ici, la mort prend un sens autre qu'expérience de la mort. Sens qui vient de la mort d'autrui, de ce qui là nous concerne. Une mort sans expérience et cependant redoutable, cela ne signifie-t-il pas que la structure du temps n'est pas intentionnelle, n'est pas faite de protentions et de rétentions — qui sont des modes de l'expérience?».

altri, *la sua istanza*, rivendica ciò che è in questione, ciò che designa sempre già il *davanti a sé* della questione stessa. Così il *davanti a sé* della questione (*Frage*) non è tanto lo spazio vuoto del progetto dell'essere e della comprensione del niente, ma sempre già lo spazio della responsabilità aperta dalla rivendicazione dell'appello di altri.

Il senso della morte non è soltanto quello della negazione di un ente — che rinvierebbe da un lato alla concezione del tempo come pura negatività e dall'altro alla comprensione del significato sulla forma di un oggetto — ma di una responsabilità da assumere nei confronti di altri. Il nichilismo può essere superato solo là dove il senso può durare oltre il momento e la condizione della propria iscrizione: ciò si realizza solo a partire dalla considerazione che l'istante della morte di altri punta in una direzione, quella del piano della mia responsabilità, che non s'iscrive già in seno alla sua determinazione temporale e intramondana, ma che sfida per così dire la logica stessa dell'esistente. Che mi obbliga al di là di quel principio di riferimento che vorrebbe essere per la responsabilità l'esistente. In relazione alla morte di altri si struttura e si lascia comprendere quella dimensione dell'interrogare in generale, da cui ogni interrogazione specifica prende il suo avvio e che è alla base di ogni ricerca di senso così come del processo inesauribile, perché confrontato ad un'istanza infinita, della significazione. In altri termini, secondo la fenomenologia della temporalità della morte messa in rilievo da Lévinas, la finitezza non ha la funzione trascendentale di assicurare, in forza del carattere negativo della morte, ogni determinazione finita del senso: essa indica, piuttosto e per così dire quasi contro la sua intenzione, che al principio del senso è iscritto un rapporto all'infinito, di cui testimonia l'istanza dell'istante della morte di altri, che permette di concepire la temporalità come relazione a ciò che si situa oltre il piano stesso della temporalità, vale a dire come durata. Durata senza della quale il tempo e il senso non sarebbero che comprensione del niente.

Questa deformalizzazione del tempo rende, dunque, possibile formalizzare un modo della comprensione del senso, in forza del quale la determinazione di un significato finito non è più pensata esclusivamente come rapporto al negativo, ma al contrario come rapporto ad una positività, la cui dimensione positiva ([30]) non è determinata sulla base dell'esistente, ma come relazione a ciò che eccede il piano stesso dell'esistente. Il significato certo rinvia ad un'istanza più ampia della sua determinazione finita, ad una problematica del senso, che s'iscrive sul piano stesso dell'infinito e che

([30]) È proprio questa dimensione di positività, che significa apertura e determinazione pratica, vale a dire etica, del senso, inteso come luogo di articolazione di responsabilità e verità, nell'orizzonte della deformalizzazione del tempo a far sì che l'infinito levinassiano, non possa essere inteso come un *cattivo infinito*, che prende il suo senso dalla ricorrenza dell'atto stesso di negazione del finito.

comprende quel *senso dell'obiettività* – che la *Krisis* di Husserl consapevole della meditazione heideggeriana sulla storicità ([31]) invocava — nei termini di una determinazione pratica, compresa come interrogazione etica proveniente da altri, iscritta in seno alla logica della verità. Non si tratta di garantire soltanto la certezza di un significato obiettivo sulla base di un processo di deduzione del senso, ma di concepire una vera e propria problematica del senso in termini etici a partire dall'ipotesi, di cui testimonia l'istanza dell'istante della morte di altri, di una trascendenza al principio del senso. Soltanto questa ipotesi permette di fuoriuscire dalla rigidità oggettivistica della pretesa propria della metafisica generale di elevare l'esistente ad esclusivo principio di riferimento per il ragionamento; cui fa eco l'elevazione della finitezza, cioè della negazione dell'ente, a condizione trascendentale del senso, per la quale il nichilismo risulta essere il compimento ultimo e paradossale di tale metafisica più che il suo superamento. L'ipotesi della trascendenza al principio del senso non fa riferimento, qui, né alla trascendenza estatica e orizzontale dell'intenzionalità né alla trascendenza verticale del divino, ma rinvia alla relazione alla temporalità della morte di altri, la cui istanza trascende ogni determinazione intramondana ed apre il senso verso una regione che non si comprende in termini spaziali, ma solo a partire da quella forma di complicazione della logica della verità che è *l'insostituibile responsabilità* nei confronti di altri.

Torino, 27 gennaio 2002

ABSTRACT

This article aims at clarifying the question of nihilism within the relation between the form of reasoning and the notion of time, which the nihilistic idea of meaning puts at stake. The leading hypothesis of our study amounts at saying that nihilism is tied up with an ontological conception of time, thought as a mere negativity. Nihilism, thus, is not to be conceived at variance with the history of metaphysics, but within its question, that of the totality of the entity in general (*ens communis*). It is precisely within this

([31]) Vedi in tal senso, J.-F. Courtine, «L'exceptionnelle richesse du travail husserlien», in *Magazine Littéraire*, Paris, novembre 2001, n. 403, dossier: « *La phénoménologie aujourd'hui* », p. 36: «A mes yeux, un des grands mérites de Heidegger, dans son rapport pour le moins complexe à la phénoménologie, aura été de surmonter l'opposition ou la pseudo-opposition entre la maxime fondamentale qui enjoint le 'retour aux choses mêmes' et l'exigence d'historicité, qu'il s'agisse de concepts, de problèmes, de doctrines ou encore de 'complexes: questions-réponses' (même si le Husserl de la *Crise* soulignait de son côté le 'besoin d'une méditation historique'). Ce qu'on pouvait apprendre de Heidegger, c'était quelque chose comme une appropriation critique de la phénoménologie qui mettait d'emblée l'accent sur l'expression et le catégoriel».

question that it has to be thought the nihilistic radical pretension to conceive meaning as a comprehension of nothingness. The radicalism of this pretension demands to change its underlying conception of time, on the basis of an ethical questioning on the notion of meaning.

Questo articolo aspira a chiarire la questione del nichilismo nel quadro della relazione tra il ragionamento e il tempo, che l'idea nichilista del senso mette in gioco. L'ipotesi di fondo che anima questo studio consiste a dire che il nichilismo riposa su una concezione ontologica del tempo, inteso come pura negatività. Il nichilismo non s'iscrive, allora, in contraddizione con la storia della metafisica, ma in seno alla sua problematica, quella della totalità dell'ente in generale (*ens communis*). È entro tale problematica che deve essere pensata la radicalità della pretesa nichilista di concepire il senso come comprensione del niente. Discutere la radicalità di tale pretesa richiede di modificare la concezione del tempo che vi è sottesa, a partire da un'interrogazione etica sul senso.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova serie . Vol. XV (2001)

SILVIA SCHIAVO

IMPUGNAZIONE DI FALSO ED *EXCEPTIO NON NUMERATAE PECUNIAE: DUO TRICONUM SUFFUGIA* (*)

1. – Da alcune fonti di età postclassica relative a documenti attestanti il versamento di *certa pecunia* emerge un interessante legame fra l'impugnazione di falso e l'*exceptio non numeratae pecuniae.* In queste pagine vogliamo indagare tale legame, cercando di ricostruire quale sia la sua *ratio* e se abbia avuto conseguenze sulla disciplina dei singoli istituti.

Gli studiosi hanno già analizzato i testi di cui ci occuperemo, relativi all'impugnazione di falso e all'*exceptio non numeratae pecuniae*, ma, a quanto ci risulta, solo disgiuntamente. A noi pare, invece, che sia possibile una loro lettura congiunta volta a scoprire un filo conduttore che ci sforzeremo di evidenziare.

Giova, in primo luogo, effettuare una breve ricognizione circa l'impugnazione di falso e l'*exceptio non numeratae pecuniae.*

Per impugnazione di falso ci riferiamo alla negazione dell'autenticità documentale effettuata dal soggetto contro cui il *prolator* intende utilizzare la scrittura. L'impugnazione può attuarsi, a grandi linee, per mezzo dell'*accusatio falsi* o tramite una forma di processo civile, che nulla ha a che vedere con l'indagine sulla responsabilità criminale del falsario, e che si limita ad accertare la veridicità o falsità del documento per tale via impugnato (1).

(*) L'espressione, sulla quale torneremo nel corso del lavoro, è di J. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis,* I, Lipsiae, 1736, *ad* CTh., *2,27,1,* p. 248.

(1) Non possiamo, in questa sede, soffermarci troppo sulla ricostruzione di queste due forme di impugnazione del documento, che costituiscono l'oggetto di una più ampia ricerca ancora in fase di svolgimento. Esse trovano, nelle fonti, rispettivamente la denominazione di *criminaliter agere* e *civiliter agere*. Mentre il *criminaliter agere* in materia di falso documentale è ricollegabile, quanto alla sua origine, alla *lex Cornelia de falsis* di età sillana, si discute in letteratura relativamente alla nascita del *civiliter agere* che, a nostro modo di vedere può collocarsi in età tardoclassica. Su questi temi rinviamo, fra tutti, a G.G. ARCHI, *Civiliter vel criminaliter agere in tema di*

Questo processo civile ha caratteristiche di maggiore lenità e rapidità rispetto a quello criminale, del quale costituisce senza dubbio una utile alternativa (2).

Le due forme di processo, criminale e civile, presentano comunque alcuni punti di contatto, fra i quali bisogna ricordare, in primo luogo, l'identità delle prove da utilizzarsi, rappresentate dalla testimonianza e dalla *comparatio litterarum*.

Ancora, è molto significativo — anche ai fini del discorso che intendiamo condurre in questa sede — che per entrambi i processi sia prevista la suddivisione dell'onere probatorio fra le parti: secondo una costituzione dell'imperatore Teodosio, riportata in CTh. 4,4,2 ed accolta anche nel *Codex Iustinianus,* colui il quale impugna una scrittura prodotta in giudizio è tenuto a dimostrarne la falsità, mentre colui il quale l'ha prodotta deve portare prove a sostegno della sua veridicità (3).

---

falso documentale (Contributo storico-dommatico al problema dell'efficacia della scrittura), in *Scritti in onore di Contardo Ferrini,* I, Milano, 1947, ora in *Scritti di diritto romano,* III, Milano, 1981, pp. 1589 ss.; D. Simon, *Untersuchungen zum Justinianischen Zivilprozess,* München, 1969, pp. 289 ss.; J.P. Adam, *Le faux en ecritures en droit romain,* thése, Paris, 1969. Per quanto riguarda l'età postclassica, momento cui le fonti di cui stiamo trattando si riferiscono, non vi sono dubbi sull'esistenza di questa forma di processo civile alla scrittura, del quale, come tra breve verificheremo, anch'esse portano tracce.

(2) Su queste caratteristiche rimandiamo agli autori citati alla nota precedente. Le principali fonti di riferimento sono costituite da CTh. 9,19,2 (= C. 9,22,22); CTh. 9,19,4 (= C. 9,22,23); CTh. 4,4,2 (= C. 9,22,24).

(3) Questo principio si trova espresso, unicamente in relazione al *criminaliter agere,* nella costituzione costantiniana riportata in CTh. 9,19,2 (320 d.C.) ed è ripreso in alcuni testi di CTh. 11,39 *De fide testium et instrumentorum* (CTh. 11,39,4; CTh. 11,39,6, e, a nostro modo di vedere, anche CTh. 11,39,7, su cui cfr. S. Schiavo, *Graziano, le nefariae scripturae ed il crimen falsi,* in *Annali dell'Università di Ferrara,* Sez. V, Scienze Giuridiche, XIV, 2000, pp. 263 ss.). La regola è estesa anche all'impugnazione civile di falso con una costituzione di Teodosio del 389 d.C., che ci sembra opportuno riportare: CTh. 4,4,2 (Imppp. Valentinianus, Theodosius et Arcadius AAA. Proculo P.U.) *Quae codicillis aut epistulis, nobis necessitudinibusve nostris relinquuntur, non admittimus: sit ille usus inter privatos ratus. Et sane hoc loco praebemus licentiam, ut civiliter sive criminaliter, ut actor elegerit, super prolata epistula requiratur et incumbat probatio ei primitus, qui scripturam obtulerit. Ceterum, quod ad nos nostrosque adtinet, codicillos et epistules adeo refutamus, ut ex illis, etiamsi veras eas esse quaestionum serics adproben, quidquid nobis relictum, nostrisve constiterit, ad liberos defuncti, vel si hi non sint, ad proximum quemque iudicii nostri humanitate pertineat. Testamenti vero scripturam legitimam vel nuncupationem, quae in nomen nostrum forte processerit, iure capiemus, nec in ea re distare ius nostrum a privatis heredibus profitemur*. PP. Mediol. X. Kal. Feb. Timasio et Promoto Conss. (389). Come si può notare, nel testo -che pure tratta di una limitata tipologia documentale, rappresentata dai *codicilli* e dalle *epistulae*- si dice che, in caso di impugnazione *civiliter* o *criminaliter* del documento, l'onere della prova incombe in primo luogo in capo a colui il quale ha prodotto in giudizio il documento. Da ciò si trae l'idea che sia

Quanto all'*exceptio non numeratae pecuniae*, si tratta di un istituto che — nonostante gli sforzi ricostruttivi compiuti dalla letteratura anche recentemente — rimane avvolto da alcuni misteri, in particolare modo relativi alla sua origine.

La letteratura dominante pare comunque avere accertato che le prime applicazioni della *exceptio n.n.p.* siano da ricercarsi nell'ambiente processuale della *cognitio extra ordinem* (4): essa costituirebbe un mezzo di difesa di chi

---

sottointesa la necessità che anche chi ha impugnato il documento porti prove, come meglio è esplicitato nella versione giustinianea del testo: C. 9,22,24 (Imppp. Valentinianus, Theodosius et Arcadius AAA. Proculo PU) *Praebemus licentiam, ut civiliter sive criminaliter, ut actor elegerit, super prolatis codicillis vel aliis instrumentis requiratur et incumbat probatio fidei instrumenti ei primitus, qui scripturam obtulerit, deinde ei, qui stricta instantia falsum arguere paratus est*. D. Mediolani X K. Febr. Timasio et Promoto conss. (a. 389). In questa versione è chiaramente esplicitata l'idea che entrambe le parti, nel corso del processo di falso, debbono portare prove. Sul testo, rimandiamo alle considerazioni di M. Scarlata Fazio, *La successione codicillare,* Milano, 1939, pp. 10 ss.; P. Voci, *Diritto ereditario romano*^{2}, I, Milano, 1967, p. 417, nota 71; M. Talamanca, *Documentazione e documento,* in *ED*, XIII, Milano, 1964, p. 557; U. Zilletti, *Studi sulle prove nel diritto giustinianeo,* in *BIDR,* 67, 1964, pp. 167 ss.; P. Silli, *CTh. 2,27,1. Il valore probatorio del chirografo nella riforma di Onorio,* in *Studi Senesi,* 96, 1984, p. 420, nota 40. Inoltre, sul rapporto tra la versione del Teodosiano e quella del Codice di Giustiniano, cfr. L. Chiazzese, *Confronti testuali,* in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo,* 16, 1931, p. 231, nota 3; R. Bonini, *Ricerche di diritto giustinianeo*^{2}, Milano, 1990, p. 112 s.; S. Pietrini, *Sull'iniziativa del processo criminale romano,* Milano, 1996, p. 85, nota 115.

(4) L'origine *extra ordinem* dell'istituto è sostenuta, fra gli altri, da G.G. Archi, *Studi sulla stipulatio. I. La querella non numeratae pecuniae,* Milano, 1938, ora in *Scritti di diritto romano,* I, Milano, 1981, pp. 521 ss., il quale evidenzia che i testi riferentisi all'istituto ed a quelli connessi, ossia la *querella non numeratae pecuniae,* la *contestatio* e la *condictio scripturae,* riportano sovente all'ambiente delle province orientali, e dunque all'ambito processuale della *cognitio extra ordinem*. Ancora, un argomento in base al quale viene sostenuta l'origine *extra ordinem* dell'istituto è la mancanza di attenzione da parte dei giuristi classici nei suoi confronti. L'ipotesi dell'origine *extra ordinem* è ripresa da M. Amelotti, *La prescrizione delle azioni in diritto romano,* Milano, 1958, pp. 133 ss., e da M.R. Cimma, *De non numerata pecunia,* Milano, 1984, pp. 5 ss., e 223 ss. La studiosa, discutendo la dottrina più risalente, evidenzia che "occorre ...riportarsi alla *cognitio extra ordinem*, dove la maggiore libertà e i più estesi poteri di indagine del giudice consentivano l'adozione di strumenti che difficilmente avrebbero potuto trovare espressione nella formula". Secondo H. Trofimoff, *La cause dans l'exception non numeratae pecuniae,* in *RIDA,* 33, 1986, pp. 209 ss (= *La cause dans l'exception et la querella non numeratae pecuniae,* in *ZSS,* 103, 1986, pp. 338 ss), l'origine dell'eccezione andrebbe ricondotta al processo formulare: essa sarebbe ricalcata sull'*exceptio doli*. Ritiene che l'origine dell'*exceptio non numeratae pecuniae* sia da ravvisarsi nel processo formulare, in rapporto all'uso di redigere *cautiones,* semplici e stipulatorie, G. Sacconi, *Ricerche sulla stipulatio,* Napoli, 1989, p. 60, nota 99. L'eccezione avrebbe origine pretoria anche secondo A.M. Busca, *Ancora in tema di exceptio non numeratae pecuniae,* in *SDHI,* 51, 1985, pp. 477 ss. Recentemente anche W. Litewski, *Non numerata pecunia im Klassischen Römischen Recht,* in *SDHI*, 60, 1994, pp. 405 ss., ha espresso l'idea che l'*exceptio non numeratae pecuniae* sarebbe nata nell'ambito del processo formulare.

è convenuto sulla base di un documento attestante il fatto che gli è stata versata una somma di denaro, somma effettivamente mai versata; troverebbe il suo antecedente, quanto a funzione, nella *exceptio doli* propria del processo formulare ([5]).

Le prime applicazioni della *exceptio non numeratae pecuniae* si sarebbero avute nei confronti di pretese basate su documenti non stipulatorii: quando l'attore chiedeva la restituzione del denaro per il solo fatto di essere in possesso del documento, a fronte delle resistenza del convenuto, che eccepiva, si rendeva necesario indagare sulla sussistenza della causa del negozio. Qui troverebbe origine l'istituto, quale reazione del diritto romano alle differenti concezioni orientali. Solo in un secondo momento la sua applicazione sarebbe stata estesa anche alle pretese basate su documenti stipulatorii, in seguito al diffondersi della clausola stipulatoria ([6]).

Collegato alla possibilità di esercitare tale rimedio, è documentato un particolare regime probatorio, in base al quale, a seguito della *exceptio* sollevata dal convenuto, ricade unicamente in capo all'attore il dimostrare l'avvenuta *numeratio* della somma di denaro che si richiede ([7]). Il convenuto può fruire di questa possibilità entro un preciso termine di decadenza (originariamente: un anno; con Diocleziano cinque anni, con Giustiniano, particolarmente sfavorevole a questo istituto, due anni) ([8]).

([5]) Ci offre testimonianza dell'*exceptio doli* in questa funzione un celebre passo di Gaio: Gai. Inst. 4,116,a. *Veluti si stipulatus sim a te pecuniam tamquam credendi causa numeraturus, nec numeraverim; nam eam pecuniam a te peti posse certum est, dare enim te oportet, cum ex stipulatu teneris: sed quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere.* Sul passo, cfr., fra tutti, M. Brutti, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana,* II, Milano, 1973, p. 723, nota 154; M.R. Cimma, *De non numerata pecunia,* cit., p. 1 ss.; G. Sacconi, *Ricerche sulla stipulatio,* cit., pp. 44 s.; M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano,* Milano, 1990, p. 567.

([6]) Così M.R. Cimma, *De non numerata pecunia,* cit., pp. 43 ss, p. 224. Al contrario, secondo M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano,* cit., pp. 567 ss., l'originario ambito di applicazione della *exceptio* sarebbe quello dei documenti stipulatorii, mentre solo in un secondo momento sarebbe stato esteso anche ad altre operazioni non versate in una *stipulatio.* Sul rapporto tra *exceptio non numeratae pecuniae* e documenti stipulatorii cfr. G. Sacconi, *Ricerche sulla stipulatio,* cit., pp. 51 ss., in cui l'origine dell'*exceptio non numerate pecuniae* viene ricollegata al fenomeno dell'emersione della causa.

([7]) L'inversione dell'onere della prova sarebbe stata introdotta da una costituzione di Caracalla del 215 d.C. (C. 4,30,3). Su questo aspetto del regime dell'*exceptio non numeratae pecuniae,* cfr. fra tutti, G. Pugliese, *L'onere della prova nel processo per formulas,* in *RIDA,* 3, 1956, ora in *Scritti giuridici scelti,* I, Napoli, 1985, pp. 179 ss; J.P. Levy, *Exceptio non numeratae pecuniae. La loi de 215: une révolution dans le droit de la preuve?* in *Iura,* 36, 1985, ora in *Autour de la preuve dans le droits de l'antiquité,* Napoli, 1992, pp. 241 ss; H. Trofimoff, *La cause,* cit., pp. 219 ss.; V. Giuffrè, s.v. *Mutuo (storia),* in *ED,* XXVII, Milano, 1977, p. 438; M.R. Cimma, *De non numerata pecunia,* cit., pp. 113 ss, con riferimento alla letteratura più risalente.

([8]) Sulla prescrittibilità dell'*exceptio,* cfr. M.R. Cimma, *De non numerata pecunia,* cit., pp. 101 ss.

Il consolidamento dell'istituto si sarebbe avuto comunque in età postclassica, durante la quale l'opponibilità dell'eccezione è stata estesa anche al di fuori di casi di *pecunia quasi credita* ([9]).

2. Cominciamo ora a vedere quei testi, afferenti all'età postclassica, da cui emerge, secondo noi, una particolare connessione tra l'impugnazione di falso e l'*exceptio non numeratae pecuniae*.

Il primo è rappresentato da una lunga costituzione dell'imperatore Onorio, l'unica di CTh. 2,27 *Si certum petatur de chirographis*. Emanata nel 421 d.C. con valore di *lex generalis* ([10]), non è stata successivamente accolta nel *Codex Iustinianus*.

Essa è dedicata al valore probatorio dei chirografi di mutuo, ed è strutturata in maniera tale da poter essere suddivisa in due parti.

La prima ([11]) — che in questa sede non interessa — disciplina la produzione in giudizio di *chirographa mutui* nei confronti degli eredi dell'emittente, essendo questo già deceduto al momento della domanda giudiziale. In relazione a tale caso si dispone, in primo luogo, che l'azione possa essere esercitata entro il rigoroso termine di cinque anni, se la conclusione del mutuo è avvenuta tra assenti, o entro due anni, qualora invece la conclusione sia avvenuta fra presenti.

Particolarmente rilevante è l'obbligo che viene imposto al *prolator* del

---

([9]) Sulle caratteristiche assunte dall'istituto in età postclassica rinviamo a M.R. Cimma, *De non numerata pecunia,* cit., pp. 127 ss. Come meglio vedremo analizzando le nostre fonti, l'istituto pare assumere, in un certo senso, una coloritura negativa, quale mezzo pretestuoso per bloccare l'andamento dei processi. L'atteggiamento negativo nei confronti dell'istituto si mantiene, come anche noi vedremo, nell'età giustinianea.

([10]) Cfr. J. Martindale, *The Prosophography of the Later Roman Empire,* Cambridge, 1980, p. 822 ss.

([11]) CTh. 2,27,1, pr. 1-2 (Imppp. Honorius, Theodosius, et Costantius AAA. Palladio P.P.) *Super chirografis mortuorum hanc servari volumus perpetua observatione sententiam, ut, qui inter absentes intra hoc iuge quinquennium, inter praesentes vero biennium iudiciis conpetentibus non publicaverit cautiones nec convenerit debitoris heredes, actione privetur. 1. Hic tamen si intra tempora constituta processerit, absque ullo sequestrationis obiectu prius manum defuncti probare iubeatur: hoc enim toto iure cantatum est, ut scripturam prolator adfirmet; quam tamen adstrui non solum manus conlatione conveniet-quid enim aliud falsarius agit, quam ut similitudinem veritatis imitetur?-sed aliis multiplicibus documentis, ut probet magnae securitatis fuisse, quod siluit. Nam si publicam iudiciorum aditionem amicitiarum forsitan inpedivit adfectio, privatam saltim conventionem testis audivit, libertus aut servus agnovit, admonere etiam potuit sub mortis vicinitate languentem. 2. Quod si se forsitan causetur absentem, maioribus adstrui potest conventio longiqua documentis promissae solutionis epistulare rescriptum. Ac ne id ipsum, qui cautionem fingit, imitetur, producat in medium portitores, qui alternae partis scripta confirment, a quibus tamen verum vel sacramento dignitas vel suppliciis terror exploret: quamvis ad inluminandam hereditarii debiti fidem et causas oporteat fenoris adprobari, et pecuniae baiulos hinc inde produci. His ac talibus si destituetur taciturnitas longiqua documentis, in evidenti est veteratorum calumnias non solum repetitione privandas, verum etiam severitate cohibendas.*

documento di *manum defuncti probare,* ossia di dimostrare preventivamente l'autenticità della scrittura utilizzata in giudizio, pena l'impossibilità di proseguire nell'azione. A tal fine, l'imperatore Onorio dispone che il producente si serva del confronto di scritture (*manus conlatio*) ed anche della prova testimoniale, poiché il primo mezzo di prova non sempre porta a risultati sicuri. Il mancato raggiungimento della prova dell'autenticità documentale conduce all'impossibilità di proseguire nell'azione, e ad alcune sanzioni da applicarsi al *prolator,* sanzioni la cui natura non è precisata, ma che vengono definite dall'imperatore come severe ([12]).

([12]) Per quanto riguarda le disposizioni contenute in questa parte della costituzione, rimandiamo agli studiosi che se ne sono occupati, fra cui vanno segnalati G.G. Archi, *Studi sulla stipulatio,* cit., pp. 29 ss.; Id., *Indirizzi e problemi del sistema contrattuale nella legislazione da Costantino a Giustiniano,* in *Scritti Ferrini Pavia,* Milano, 1946, ora in *Scritti di diritto romano,* III, cit., pp. 1825; pp. 1840 ss.; Id., *Civiliter vel criminaliter agere,* cit., pp. 1626, nt.69; M. Talamanca, *Documento e documentazione,* cit., p. 557; D. Simon, *Untersuchungen,* cit., pp. 291*;* P. Silli, *CTh. 2,27,1. Il valore probatorio del chirografo nella riforma di Onorio,* in *Studi Senesi,* 95, 1984, pp. 400 ss.; G. Santucci, *CTh. 2,13,1: la legislazione di Onorio sui crediti fra il 421 d.C. e il 422 d.C.,* in *SDHI,* 57, 1991, pp. 181 ss.; P. Silli, *Considerazioni sull'Epistula 7 (277) di S.Agostino, recentemente scoperta,* in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana, XI Convegno Internazionale,* Napoli, 1997, pp. 525 ss. Questa parte della costituzione, a nostro modo di vedere, contiene un riferimento al procedimento dell'*impositio fidei,* forma di preventivo accertamento dell'autenticità (materiale) di una scrittura della quale ci si vuole servire con valore probatorio. Non ci pare però, come è stato sostenuto da alcuni (cfr., per esempio, M. Talamanca, *Documento e documentazione,* cit., p. 557), che il significato del testo sia quello di una generale previsione della necessità che chi produce un qualsivoglia documento debba preventivamente dimostrarne la *fides,* pena l'impossibilità di procedere nell'azione. Ci sembra, al contrario, che (nonostante l'utilizzo da parte di Onorio dell'altisonante espressione *hoc enim toto iure cantatum est, ut scripturam prolator adfirmet*) l'ambito di applicazione di questa regola sia limitato ai *chirografa mutui* prodotti nei confronti degli eredi dell'emittente. A noi sembra che sia lo stesso Onorio a delimitare la necessità dell'*impositio fidei,* poiché, in apertura di testo, egli afferma che le disposizioni sono dettate *super chirografis mortuorum*, in relazione dunque ai chirografi -documenti meramente privati- che sono stati emessi da soggetti deceduti al momento della domanda giudiziale. Ci sembra che possano confermare questa lettura anche le parole di J. Gothofredus, *Codex Theodosianus,* I, cit., p. 247: "Secundo, ut creditor ex mortui chirographo haeredes recte convenire possit, et antequam ulla re haeredes praegraventur, prius manum defuncti probare eum oportere definit addita ratione, ex decantata iuris regula; (hoc enim, inquit, *toto iure cantatum est*) *ut scripturam prolator affirmet,* id est, ut qui chirographum profert, vel ex eo agere intendit, id verum esse prius probare teneatur, et probationibus confirmare". Come si può notare, dalle parole di Gotofredo emerge l'idea che l'onere della dimostrazione dell'autenticità documentale gravi in capo al *prolator* in relazione alla ben delimitata categoria dei *chirographa* prodotti in giudizio contro gli eredi dell'emittente. Ancora, a conclusione del suo commento, Gotofredo ricorda: "Ex his interim quoque omnibus colligitur, *chirographa,* proprie ita dicta, privata prorsus debitoris, vel alterius pro ipso scriptura, nullis ferme testibus adhibitis confecta (quo enim alioquin tot his

Per quanto riguarda invece i paragrafi che a noi specificatamente interessano, essi trattano del caso in cui il documento attestante il mutuo sia prodotto in giudizio contro l'emittente medesimo.

Leggiamo dunque

> CTh. 2,27,1,3-6 (Imppp. Honorius, Theodosius et Constantius AAA. Palladio P.P.) Sed si viventis ante hanc legem facta cautio proferatur, quam suam neget ille qui petitur, sequestret pecuniam litigaturus ex falso. Cavendum est enim, ne infitiandi fomitem ministremus obnoxiis. Quod tamen tunc conveniet custodiri, si inter praesentes utrosque viventes necdum viginti anni, inter absentes necdum triginta doceantur emensi. Alioquin, si chirografi fides sub silentio iudiciariae conventionis statutum tempus excesserit, probari prius debitum conveniet, tunc reposci, sequestrationis necessitate submota; 4.sin vero suam quidem manum fateatur obnoxius, sed nihil sibi numeratum pro hac obligatione causetur, tunc chirografi discuti oportebit aetatem, ut, si iure delata contestationibus tempora debitor taciturnus exegit, cavillationis istius perdat obstaculum. De cetero vero sancimus, ut omnes deinceps cautiones intra duodecennium vim contestationis accipiant, quam debitor facta novatione promittat. Sed si mediis temporibus peregrinetur obnoxius, quo novationi longior obsit absentia, volumus creditorem ante duodecennium praestitutum aditis iudiciis edictum mereri auctoritatemque postibus debitoris adfigere, domesticas etiam convenire personas: nullus enim per tanta contestationum poterit documenta mentiri. Quod ideo ante duodecennium iubemus agitari, ut per intervalla temporis longioris inclamatus advertat, confutari debere, si fides non agnoscitur petitorum, nec obesse iam post adscripta tempora creditori, si post has contestationum voces longa debitoris absentia vel redhibitio proteletur vel novatio iusta ludatur. Et quamvis nescire promulgata non liceat, per omnem hunc annum pendere iubemus edictum. Dat. V Kal. Aug. Ravenna Eustathio et Agricola Coss. (421)

Nel terzo paragrafo della costituzione, Onorio ipotizza che sia fatto valere in giudizio nei confronti dello stesso emittente un chirografo emesso prima dell'entrata in vigore della legge entro venti o trent'anni dalla sua emissione, a seconda che essa si sia verificata fra presenti o fra assenti ([13]).

In relazione a questa specifica fattispecie non è richiesta al producente alcuna preventiva attività probatoria circa l'autenticità del *chirographum* prodotto in giudizio, che si presume, evidentemente, affidabile. Al contrario, la costituzione dispone che possa verificarsi una impugnazione del documento ad opera del soggetto contro cui è stato prodotto, coincidente, nel caso

---

temporibus scrupolosae observationes ad illuminandam chirographi veritatem?)". Ci pare che Gotofredo ricolleghi le diverse cautele richieste dalla cancelleria ravennate nell'ipotesi di utilizzo giudiziale del chirografo proprio alla debolezza di questa forma documentale, lontana da ogni tipo di formalismo.

([13]) Sul significato di queste espressioni rimandiamo particolarmente a P. Silli, *CTh. 2,27,1,* cit., pp. 413 ss.

concreto, con il suo emittente, il quale non riconosce la propria scrittura: ...*si viventis ante hanc legem facta cautio proferatur, quam suam neget ille qui petitur, sequestret pecuniam litigaturus ex falso*.

Il punto è di estremo interesse, per più di un motivo. In primo luogo, con tale frase si evidenzia il fatto che il presunto debitore, il quale non riconosca come propria la scrittura contro di lui prodotta, debba, al fine di contestarne la veridicità, impugnarla di falso. In letteratura si è detto che con l'espressione *litigaturus ex falso* Onorio ha inteso riferirsi tanto alla via criminale quanto alla via civile per l'impugnazione del documento, anche se la seconda sarebbe stata, nella prassi, preferita (14).

In secondo luogo, dalla disposizione emerge secondo noi un certo allarme in relazione al possibile abuso dell'impugnazione documentale. Infatti, con la costituzione si dispone che il convenuto, al fine di impugnare il documento, debba preventivamente porre sotto sequestro una somma di denaro pari a quella che gli viene richiesta in giudizio. È evidente che l'imposizione del sequestro ha la funzione di scoraggiare le impugnazioni pretestuose, le quali conducono ad anomalie rispetto a quello che sarebbe il normale andamento processuale (15).

Proseguendo nella lettura del terzo paragrafo, incontriamo un'ulteriore disposizione interessante ai fini del nostro discorso. Onorio infatti stabilisce che, qualora l'azione basata sul chirografo sia proposta oltre il termine di decadenza (che, come si ricorderà, è di venti o trent'anni a seconda che il mutuo sia stato concluso *inter praesentes* o *inter absentes*), spetti al *prolator* la

---

(14) Si veda sul punto P. Silli, *CTh. 2,27,1,* cit., p. 435: "Si può legittimamente ritenere che, nella grande maggioranza dei casi, si sia senz'altro fatto ricorso a questo *civiliter agere* in quanto meno impegnativo, e produttivo, nei confronti del documento, degli stessi effetti del *criminaliter agere,* che restava oltretutto impregiudicato", ed inoltre G. Santucci, *CTh. 2,13,1,* cit., p. 197: "a questo proposito, un dato non appare privo di rilievo: nell'impugnativa di falso, l'azione può anche essere sperimentata solo in sede civile, con ripercussioni, in caso di esito negativo, di ben modesta entità per il debitore. La comoda praticabilità del *civiliter agere* a disposizione di quest'ultimo, espongono, d'altronde, con maggiore probabilità che in passato, il creditore a procedimenti talora maliziosi e defatiganti nel tentativo di negare o ritardare l'adempimento".

(15) Cfr., in questo senso, G. Santucci, *CTh. 2,13,1,* cit., p. 195. Per quanto riguarda la natura della *sequestratio* di cui si parla nella costituzione di Onorio, è stato da più parti evidenziato il fatto che questa forma di sequestro si distingue nettamente da quella classica. Si tratterebbe, nel caso di specie, di una forma pubblicistica che si esegue per ordine dell'autorità giudiziaria e che ha per oggetto cose controverse o pertinenti ad una controversia. Su questa tipologia di sequestro, con riferimento anche alla costituzione di Onorio, si vedano, fra tutti, Th. Muther, *Sequestration und Arrest im Römischen Recht,* Leipzig, 1865, pp. 260 ss.; R. Taubenschlag, *Il sequestro nel diritto dei papiri,* in *Iura,* 2, 1951, p. 78, ora in R. Taubenschlag, *Opera Minora,* 2, Warszawa, 1959, p. 533; A. Biscardi, s.v. *Sequestro (diritto romano),* in *NNDI,* 17, Torino, 1970, pp. 43 ss., nonché le considerazioni di P. Silli, *CTh. 2,27,1,* cit., p. 434.

prova del debito: *alioquin, si chirografi fides sub silentio iudiciariae conventionis statutum tempus excesserit, probari prius debiti conveniet, tunc reposci, sequestrationis necessitate submota*. In questo caso, dunque, è fatto obbligo a chi produce il chirografo di provare, a prescindere da una contestazione proveniente dalla controparte, il *debitum*, essendo in questo caso peraltro eliminata la necessità del sequestro ([16]).

Ancora maggiore interesse rivestono le disposizioni contenute nel paragrafo quarto della nostra costituzione, che ci sembra opportuno rileggere qui di seguito: *sin vero suam quidem manum fateatur obnoxius, sed nihil sibi numeratum pro hac obligatione causetur, tunc chirografi discuti oportebit aetatem, ut, si iure delata contestationibus tempora debitor taciturnus exegit, cavillationis istius perdat obstaculum.*

In questa parte del testo si ipotizza che il debitore non promuova alcuna contestazione circa l'autenticità del documento utilizzato contro di lui. Significative sono le parole della cancelleria imperiale: si dice espressamente che l'*obnoxius* riconosce *suam manum*. Tale riconoscimento, ci sembra di capire, gli preclude la possibilità di *litigare ex falso*, di sollevare dunque un incidente di falso, sia esso civile o criminale.

Il fatto che il soggetto contro cui il chirografo è stato prodotto riconosca la propria scrittura non gli preclude, comunque, ogni possibile via di contestazione: egli può infatti opporre di non avere mai ricevuto la somma di denaro richiestagli.

In tal caso, appare necessario risalire alla data di emissione del chirografo, per verificare se il convenuto, avendo avanzato a suo tempo la *contestatio* ([17]),

---

([16]) A noi pare che la prova richiesta in questo specifico frangente sia differente rispetto al *manum defuncti probare* che è stabilito, sempre a carico del producente, nel caso di utilizzo giudiziale del chirografo nei confronti degli eredi dell'emittente. Orbene, in quel caso, come si ricorderà, la prova atteneva esclusivamente all'autenticità materiale del chirografo di mutuo: atteneva esclusivamente alla *manus defuncti,* ossia alla provenienza del documento da chi si diceva esserne l'emittente; a quel fine Onorio aveva ricordato che la prova da utilizzarsi era il confronto di scritture *(manus conlatio)*, da integrarsi però con la testimonianza, poiché il confronto di scritture non sempre è affidabile, essendo il comportamento tipico del falsario proprio quello di imitare la verità. Al contrario, nel caso contemplato dal terzo paragrafo della costituzione, ci sembra che la prova da dare sia più complessa. Ci pare che l'espressione *debitum probari* indichi che il creditore, poiché agisce oltre i termini di decadenza, deve immediatamente fornire prove non solo dell'autenticità materiale del documento, ma anche del suo contenuto: deve provare cioè che il versamento della somma di denaro è effettivamente avvenuto. Ciò è d'altra parte in linea con la tendenza assai rigida di questa legislazione, volta a scoraggiare la proposizione dell'*actio ex scripto*, essendo trascorso un così ampio lasso di tempo senza che il sedicente creditore abbia avanzato le proprie pretese.

([17]) Sulla *contestatio,* istituto connesso all'*exceptio non numeratae pecuniae,* rimandiamo alle osservazioni di M.R. Cimma, *De non numerata pecunia,* cit., pp. 133 ss, con considerazioni relative anche a questo punto della costituzione di Onorio.

possa effettivamente sollevare tale eccezione, che altro non è che l'*exceptio non numeratae pecuniae*: infatti, nonostante in queste righe non compaia la terminologia tecnica connotante l'istituto, non c'è dubbio che la costituzione si riferisca proprio alla nostra eccezione ([18]). Qualora emerga, dall'esame della data di emissione del chirografo, che la *contestatio* non è stata effettuata, verrà meno anche la possibilità di sollevare la suddetta eccezione.

Orbene, a noi sembra che dal contesto in cui la disposizione è inserita si faccia strada una particolare visione della *exceptio non numeratae pecuniae*, da intendersi qui come una forma di contestazione del documento parallela all'impugnazione di falso, quest'ultima preclusa nello specifico caso poiché il debitore ha riconosciuto la propria *manus*. Ci pare, in poche parole, che nella costituzione di Onorio sollevare questa eccezione rappresenti il modo per contestare la non veridicità del documento a livello contenutistico, stante l'autenticità materiale del *chirographum*.

Il documento prodotto in giudizio contro il suo emittente appare dunque attaccabile da due punti vista: quello dell'autenticità materiale, tramite la possibilità di *litigare ex falso* concessa al convenuto, e quello della sua veridicità a livello di contenuto, attraverso l'*exceptio non numeratae pecuniae*.

Ci pare, inoltre, che le due forme di contestazione del documento siano ulteriormente accomunate dalla visione negativa che di loro sembra avere la cancelleria imperiale. L'impugnazione di falso (*litigare ex falso*) è ammessa a condizione che il debitore ponga sotto sequestro, come si è visto, una somma di denaro pari a quella per cui è stato convenuto in giudizio; d'altra parte, il fatto di opporre il mancato versamento della somma richiesta viene definito da Onorio come *obstaculum cavillationis*, dunque in termini evidentemente negativi.

Già nel commento di Gotofredo è evidenziata la visione negativa che

---

([18]) Cfr. A. Suman, *De non numerata pecunia. Note critiche*, in *Atti del Reale Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti*, LXXVIII, 1918-1919, cit., p. 278; G.G. Archi, *Studi sulla stipulatio*, cit., pp. 521 ss. L'autore sottolinea innanzitutto che nel testo non si parla esplicitamente di *exceptio non numeratae pecuniae*, ma unicamente di una *contestatio,* e di "qualcosa che dal lato sostanziale corrisponde alla *exceptio n.n.p.*, così come viene in generale intesa, ma che si evita di qualificare con il nome di eccezione", in concomitanza con quanto avviene in altri testi pregiustinianei. Nonostante dal punto di vista terminologico manchi l'espressione *e.n.n.p.*, dal punto di vista sostanziale il fenomeno che tali fonti descrivono è, strutturalmente e funzionalmente, riconducibile all'istituto della e.n.n.p: "si può asserire che le fonti extragiustinianee conoscono un *quid* processuale del tutto corrispondente alla nostra *exceptio,* e che anzi è, dal lato funzionale, la stessa *exceptio*. Esse ne parlano come di un istituto molto noto, che però non gode di grande credito: *cavillationis istius perdat obstaculum*". Lo studioso dunque mette in luce il carattere negativo che sembra assumere, nella legislazione di questo momento, il nostro istituto. Nel testo Archi ritiene di dover nettamente distinguere tra l'eccezione e la *contestatio*, che costituisce un *prius* rispetto alla *exceptio*, e permette di sollevare la medesima oltre certi termini fissati dall'ordinamento. In questo senso, cfr. anche P. Silli, *CTh. 2,27,1,* cit., pp. 436 ss.

accomuna tali forme di contestazione. Egli infatti, riferendosi proprio a questa parte della legge di Onorio, afferma: "Qua parte Honorius Imp. ita distinguit: vel de chirographis ante hanc legem conscriptis agitur, et tum rursum subdistinguit; vel enim qui velut debitor ex eo convenitur, chirographum suum esse negat vel pecuniam non numeratam excipit: quae duo utique triconum suffugia sunt" ([19]). Nel pensiero dell'eminente studioso, dunque, la negazione dell'autenticità del chirografo e la proposizione dell'*exceptio non numeratae pecuniae* rappresentano due "triconum suffugia", due espedienti tipici dei cavillatori.

3. – Intendiamo ora occuparci di un testo che non ha mai suscitato particolare interesse presso gli studiosi. Si tratta di una costituzione giuntaci attraverso i Basilici ([20]), che gli editori moderni hanno collocato in C. 4,21,16 *De fide instrumentorum et amissione eorum et antapochis faciendis et de his quae sine scriptura fieri possunt.*

Vediamola nella traduzione latina ([21])

> C. 4,21,16 Si quis reus scripturam suam in cautione vel tabella aliave charta prolatam abnegavit, si quidem comparatione convictus est, id est alia ipsius scriptura prolata et cum ea quae in cautione scripta est comparata, poenae nomine actori pro mendacio suo XXIIII solidos solvat. 1. Si vero vel tabellio productus est, apud quem instrumentum confectum est, vel alii qui verum id esse attestantur, tunc praeter XXIIII solidorum poenam nec exceptionem non numeratae pecuniae opponere ei licebit dicendo, quod, et si instrumentum verum sit, tamen quae in eo scripta sunt data non fuerint, sed omnimodo condemnetur, licet re vera nihil numeratum sit. 2. Haec, si quis ex proprio contractu convenitur. Sin autem tutor est vel curator alicuius earum personarum, quae sub cura agunt, sive masculus sive mulier quae secundum constitutiones liberorum suorum tutelam gerit, et propriam scripturam prolatam in contractu eorum qui sub tutela vel cura sunt abnegavit, si quidem comparatione sola mendacii convicti erunt, XXIIII solidos praestent: sin autem ex productione tabellionis testiumve, exceptio non numeratae pecuniae iis qui sub tutela vel cura sunt non auferatur (neque enim illi quicquam peccaverunt), verum ipsi tutores vel curatores alteros XXIIII solidos poenae nomine actori solvant, ut qui sub tutela vel cura sunt exceptionem non numeratae pecuniae salvam habeant. Neque enim iustum est eos ex alienis peccatis damno affici. 3. His de reis dictis constitutio transit etiam ad actorum personas praecipiens, ut, si actor suam scripturam diffiteatur quae charta adversus eam prolata (forte in apocha) continetur, et ipse similiter, si sola comparatione convictus erit, XXIIII solidos praestet, sin ex productione tabellionis testiumve, tunc omnimodo ea quae documento continentur sibi imputet, licet re vera ei soluta non sint. 4. Haec si suo

([19]) Cfr. J. Gothofredus, *Codex Theodosianus,* cit., p. 248.
([20]) B. 22,1,75.
([21]) Ed. Krueger.

> nomine agat. Sin autem tutor vel curator est, duplam XXIIII solidorum poenam praestat, is vero qui sub tutela vel cura est non numeratae pecuniae exceptionem documento opponere potest.

Prima di occuparci del contenuto della costituzione, vogliamo segnalare il fatto che molta incertezza vi è in letteratura relativamente alla sua datazione: mentre per alcuni il testo sarebbe da attribuire a Giustiniano ([22]), secondo altri avrebbe invece una collocazione pregiustinianea ([23]).

A noi sembra plausibile accogliere il secondo orientamento. Infatti — lo vedremo fra breve — dalla costituzione emerge, come già accadeva nel testo di Onorio poco sopra visto, una particolare connessione tra la contestazione dell'autenticità documentale e la proposizione dell'*exceptio non numeratae pecuniae*: si tratta di un'istanza che è indubbiamente già ben radicata in età postclassica, e non è dunque da escludersi che anche l'anonima costituzione dei Basilici costituisca un esempio di tale legislazione. Inoltre, ad essere più precisi, non ci sembra improbabile che il testo possa attribuirsi all'imperatore Leone, come proposto da alcuni: nell'ambito della sua legislazione ([24]), infatti, vi è una importante costituzione in materia di *civiliter agere de fide instrumenti* ([25]), a riprova dell'interesse della sua cancelleria per queste tematiche.

([22]) Attribuisce la costituzione a Giustiniano, per esempio, A. Suman, *De non numerata pecunia*, cit. p. 293, nota 6, seguito in ciò più recentemente da M.R. Cimma, *De non numerata pecunia,* cit., pp. 208-209, nota 104. Propende dubitativamente per Giustino o Giustiniano M. Talamanca, *Documento e documentazione,* cit., p. 557, nota 79.

([23]) Secondo G.G. Archi, *Civiliter vel criminaliter agere*, cit., p. 1658 la costituzione sarebbe invece da attribuirsi a Leone. Nello stesso senso si veda A.D. Manfredini, *Documento di comparazione e comparatio litterarum. C. 4,21,20: sive o sine?* in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, Napoli, 2001, p. 131. Si limita invece ad affermare che il testo sarebbe anteriore al 528 d.C. M. Amelotti, *Giustiniano e la comparatio litterarum,* in *Novella Constitutio. Studies in honour of Nicolaas van der Wal*, in *Subseciva Groningana*, 4, 1990, ora in *Scritti Giuridici*, Torino, 1996, p. 216.

([24]) Su cui rimandiamo a A.S. Scarcella, *La legislazione di Leone I,* Milano, 1997.

([25]) Si tratta di C. 2,4,42 del 472 d.C.: (Impp. Leo et Anthemius AA. Erythrio PP.) *Si ex falsis instrumentis transactiones vel pactiones initae fuerint, quamvis iusiurandum his interpositum sit, etiam civiliter falso revelato eas retractari praecipimus: ita demum ut, si de plurimis causis vel capitulis eadem pactiones initae fuerint, illa tantummodo causa vel pars retractetur, quae ex falso instrumento composita convicta fuerit, aliis capitulis firmis manentibus: nisi forte etiam de eo, quod falsum dicitur, controversia orta decisa sopiatur.* D.K. Iul. Constantinopoli Marciano cons. (472). Nella costituzione si disciplina il caso di *transactiones* o di *pactiones* che possono venire ritrattate poiché è emerso il fatto che sono state concluse sulla base di documenti rivelatisi in seguito falsi, essendo sufficiente a questo fine che l'accertamento della falsità documentale avvenga *civiliter*. Ancora, nella parte finale della costituzione viene evidenziata la regola per cui anche la controversia civile relativa alla *fides* documentale può divenire oggetto di accordo transattivo. Sulla costituzione rimandiamo, fra tutti, a F. Glück, *Commentario alle Pandette,* II, Milano, 1895, p. 938; C. Bertolini, *Della transazione secondo il diritto romano,* Torino, 1900, p. 374 ss.; M.E. Peterlongo, *La transazione nel diritto romano,* Milano, 1936, pp. 272 ss.; G.G. Archi, *Civiliter vel criminaliter agere,* cit., p. 1654; A.S. Scarcella, *La legislazione di Leone I,* cit., pp. 205 ss.

Pensiamo che la nostra costituzione si riferisca proprio alle concrete modalità con cui si verificava l'impugnazione civile di falso: in essa si evidenziano i vari casi che potevano presentarsi nella prassi.

Vediamo dunque quali sono le disposizioni dettate.

La costituzione può venire suddivisa in due parti, la prima delle quali è relativa al caso in cui, nel corso di un processo, il *reus,* dunque il convenuto, contesti l'autenticità del documento prodotto in giudizio dall'attore, negando che la scrittura (*in cautione vel tabella aliave charta*) gli appartenga. Di tal caso nel testo vengono contemplate due fattispecie: sono infatti trattate differentemente l'ipotesi in cui il *reus* sia stato chiamato in giudizio *ex proprio contractu* e quella invece in cui egli stia in giudizio in quanto *tutor vel curator* di un altro soggetto.

Quanto alla prima fattispecie, si dice che, contestata l'autenticità documentale da parte del convenuto, qualora la scrittura sia stata dimostrata vera attraverso la prova della *comparatio litterarum,* il *reus* è tenuto a versare all'attore la somma di ventiquattro solidi a titolo di pena. Se invece la scrittura è stata provata essere vera tramite la testimonianza del *tabellio* che l'ha redatta o di altri testimoni, allora il convenuto non solo è sottoposto alla sanzione pecuniaria, ma viene anche privato della possibilità di sollevare l'*exceptio non numeratae pecuniae*: conseguentemente, egli è tenuto a restituire la somma di denaro richiestagli anche se non l'aveva effettivamente ricevuta (*sed omnino condemnetur, licet re vera nihil numeratum sit*) ([26]). Relativamente alla seconda fattispecie, viene stabilito che se si verifica la contestazione e l'autenticità della scrittura viene provata con la *comparatio litterarum,* il convenuto, nella veste di tutore o curatore, deve versare all'attore la pena di ventiquattro solidi; se la prova dell'autenticità è raggiunta mediante la testimonianza del *tabellio* o di altri, si verifica un raddoppiamento della pena, mentre l'*exceptio non numeratae pecuniae* può essere ancora sollevata, poiché i titolari sono, in realtà, i sottoposti alla tutela o alla cura, soggetti evidentemente non responsabili dell'effettuata contestazione dell'autenticità (*...ut qui sub tutela vel cura sunt exceptionem non numeratae pecuniae salvam habeant. Neque enim iustum est eos ex alienis peccatis damno affici).*

Nella seconda parte del testo (comprendente il terzo ed il quarto paragrafo) si ipotizza invece che sia l'attore a contestare l'autenticità del documento prodotto in giudizio contro di lui (probabilmente un'*apocha*). Anche qui si differenzia la situazione in cui l'*actor* stia in giudizio in nome proprio da quella in cui agisca in quanto *tutor* o *curator*, con l'estensione delle norme dettate per il convenuto.

Come dicevamo poco sopra, ci pare fuor di dubbio che — nonostante non

---

([26]) Sul punto si veda particolarmente M.R. Cimma, *De non numerata pecunia,* cit., p. 208 e nota 104.

compaia l'espressione tecnica — nella costituzione si descriva che cosa accade quando viene impugnato di falso un documento sul piano civile, con la regolamentazione delle diverse fattispecie che nella prassi potevano presentarsi.

A noi sembra particolarmente evidente il collegamento fra questo testo e quello di Onorio esaminato poco sopra ([27]), in cui, si ricorderà, la negazione dell'autenticità della *cautio* da parte del convenuto conduceva all'impugnazione di falso, preceduta dal sequestro della somma di denaro. Anche nell'appena esaminata costituzione di Leone la negazione dell'autenticità documentale conduce allo svolgersi di un processo civile di falso.

Noi notiamo un collegamento fra i testi anche in relazione al punto che più ci interessa, ossia in relazione alla particolare connessione che pare delinearsi in questa costituzione fra la negazione dell'autenticità del documento e l'*exceptio non numeratae pecuniae* ([28]).

Effettivamente, in entrambe le parti che abbiamo individuato in C. 4,21,16 emerge che il documento prodotto in giudizio (descritto come una *cautio vel tabella aliave charta*) può essere attaccato da due differenti punti di vista: quello della sua autenticità materiale, e quello della veridicità a livello contenutistico, anche se, ci pare di capire, la costituzione intende disciplinare in maniera approfondita solamente il primo aspetto.

In effetti, nel testo si dice chiaramente che qualora una delle due parti processuali (convenuto o attore, a seconda dei casi che poco sopra abbiamo distinto) *scripturam suam.... abnegavit,* si apre un procedimento nell'ambito del quale vengono portate prove relative alla scrittura in discussione. Le prove sono costituite dalla *comparatio litterarum,* e dalla testimonianza del *tabellio,* evidentemente nel caso in cui vi sia stato il suo intervento nella redazione del documento ([29]).

([27]) Ci troviamo d'accordo con quanto sostenuto da A.D. Manfredini, *Documento di comparazione*, cit., p. 132, nota 6, in cui si evidenzia appunto il collegamento "per ambito di applicazione e finalità" a CTh. 2,27,1 e ad un testo di Giustiniano, Nov. 18,8, su cui presto torneremo.

([28]) Un altro punto in cui le due costituzioni presentano una certa comunanza è rappresentato, a nostro modo di vedere, dalla visione negativa che è riservata alla prova della *comparatio litterarum*. Infatti, Onorio raccomandava -anche se al fine di *manum defuncti probare*- l'utilizzo della prova testimoniale accanto al confronto di scritture, terreno di facili falsificazioni. Nella costituzione che stiamo qui esaminando, pare assumere minore affidabilità la prova dell'autenticità documentale data attraverso la *comparatio litterarum* rispetto a quella che viene invece raggiunta attraverso la testimonianza del notaio o di altri testimoni.

([29]) Rinveniamo, in relazione a questo punto, una differenza rispetto a CTh. 2,27,1, nella quale, avevamo visto, si trattava di meri *chirographa mutui,* di documenti dunque che non conoscevano alcun tipo di formalità a livello di redazione. Si riveda, sul punto, il commento di J. Gothofredus, *Codex Theodosianus,* cit., p. 247, il quale ricorda che tutte le cautele che sono richieste nella legge di Onorio sono tali proprio per la natura meramente privata di quei documenti.

Orbene, nel testo si afferma che qualora colui il quale abbia impugnato il documento venga sconfitto sulla base del confronto di scritture, egli deve versare a titolo di pena ventiquattro solidi all'attore; evidentemente, la minaccia di questa sanzione ha valore di deterrente, mirando essa a scongiurare temerari attacchi al documento che possano stravolgere il normale andamento processuale.

Il medesimo valore di deterrente è rivestito dall'ulteriore sanzione ricordata nel testo: si dice infatti che qualora la veridicità della scrittura sia dimostrata attraverso la testimonianza del *tabellio* ([30]), alla pena di ventiquattro solidi si aggiunge l'impossibilità di sollevare l'*exceptio non numeratae pecuniae*.

Da questa parte del testo si ricava, in primo luogo, che tale eccezione rappresenta — come già in CTh. 2,27,1 — uno strumento per aggredire il documento ([31]): tale ulteriore forma di contestazione ha un oggetto differente rispetto a quello dell'impugnazione civile di falso che ha inizio, abbiamo visto, con il *manum suam negare*. Mentre con quest'ultima, com'è oramai noto, si vuole verificare l'autenticità a livello materiale della scrittura prodotta in giudizio (nel caso di specie, il fatto che sia stata scritta dallo stesso convenuto), con l'*exceptio non numeratae pecuniae* si opporrebbe che quanto scritto nel documento non corrisponde al vero, che cioè non si è mai verificato il versamento della somma di denaro per la cui restituzione si agisce. Dunque, al contrario di quanto è stato da alcuni sostenuto, le due forme di contestazione, seppure dirette ad inficiare il valore probatorio di questo tipo di documenti, si mantengono su due piani separati, e la *comparatio litterarum* e la testimonianza del *tabellio* di cui il testo parla si riferiscono alla sola impugnazione civile di falso, poiché, nel caso di specie, è esclusa l'esperibilità della *exceptio non numeratae pecuniae* ([32]).

([30]) Sulla testimonianza del *tabellio* in questa costituzione cfr. C. Fragistas, *La temoignage dans le proces civil en droit byzantin,* in *Recueils Jean Bodin,* XVI, *La Preuve,* Bruxelles, 1964, p. 616. L'autore nota che nel testo vi sarebbe un'eccezione al principio per cui non è mai sufficiente la testimonianza di un solo soggetto. Ancora, sulla testimonianza in questo testo, si vedano le considerazioni di D. Simon, *Untersuchungen,* cit., pp. 303 ss.

([31]) In questo senso, cfr. M.R. Cimma, *De non numerata pecunia,* cit., p. 181, la quale sostiene che in età giustinianea (età cui fa risalire il nostro testo) la funzione dell'istituto sarebbe mutata: mentre in origine l'eccezione avrebbe avuto lo scopo di far "riemergere" la causa negoziale, successivamente avrebbe più che altro assunto le sembianze di strumento volto "esclusivamente contro il valore probatorio del documento".

([32]) Non ci troviamo d'accordo in questo senso con quanto affermato da G.G. Archi, *Civiliter vel criminaliter agere,* cit., p. 1658, il quale sembra attribuire una funzione differente alla *comparatio litterarum* ed alla testimonianza di cui la nostra anonima costituzione parla. Secondo l'autore, infatti, "nel pr. la funzione della collazione delle scritture appare essere solo quella di stabilire l'autenticità della *cautio*: per questo, in caso di negazione infondata, si fissa una pena di ventiquattro soldi. Nel § 1, a parte ora il

Prima di procedere con l'esegesi dell'altra fonte che ci interessa, intendiamo sottolineare un'ulteriore circostanza.

Dicevamo poco sopra (33) che vi è, in materia di impugnazione di falso civile e criminale, una importante regola circa l'onere probatorio: secondo una costituzione dell'imperatore Teodosio del 389 d.C., sia che si agisca *civiliter,* sia che si agisca *criminaliter,* entrambe la parti processuali sono tenute a portare prove. Così, chi ha prodotto il documento sospettato di falso deve dimostrarne la *veritas,* chi lo ha impugnato deve invece dimostrare che esso è falso (34).

Orbene, ci pare che nella costituzione appena esaminata difficilmente si possa intravvedere l'applicazione di questo principio. Al contrario, sembrerebbe che l'onere probatorio venga addossato unicamente in capo al producente (attore o convenuto) il quale, come si è visto, può dimostrare l'autenticità del documento attraverso la *comparatio litterarum* e la prova testimoniale, con conseguenze differenti per chi ha negato la veridicità della scrittura (35).

4. – Vediamo ora un altro testo, questa volta di età giustinianea, ricollegabile secondo noi a quelli sin qui studiati. Si tratta della Novella 18, del 538 d.C., in cui echeggiano accostamenti e tematiche di età precedente (36). A noi interessa il capitolo ottavo, che di seguito leggiamo (37):

---

tabellio, la funzione dei testi è non tanto quella di dimostrare *verum* il chirografo, quanto di attestare anche la effettiva *numeratio*. Se così non fosse, non si capirebbe perché in questo caso si stabilisce, oltre la pena pecuniaria, anche la impossibilità di opporre l'*exceptio non numeratae pecuniae*". A noi pare, invece, che in questo contesto anche la testimonianza sia funzionale alla dimostrazione della *fides* documentale, e non alla prova dell'avvenuta *numeratio.* Il fatto che sia sancita l'impossibilità di opporre l'*exceptio non numeratae pecuniae* riveste secondo noi un significato sanzionatorio: la parte non può più servirsi di questo mezzo perché pretestuosamente ha invocato la falsità del documento utilizzato dal suo avversario. Sul punto si veda recentemente A.D. Manfredini, *Documento di comparazione*, cit., p. 133, nota 7, in cui lo studioso evidenzia come, nel caso in cui la parte processuale sia tutore o curatore, rimane ugualmente la possibilità di eccepire: ciò può spiegarsi secondo noi solo se si attribuisca alla precedente disposizione un valore sanzionatorio.

(33) Cfr. il primo paragrafo.

(34) La costituzione, CTh. 4,4,2 = C. 9,22,24, che noi abbiamo citato alla nota 3, estende anche al *civiliter agere* una regola già espressa per il *criminaliter agere* da Costantino nel 320 d.C. (CTh. 9,19,2), e ripresa nella successiva legislazione imperiale (CTh. 11,39,4 di Costanzo; CTh. 11,39,6 di Valentiniano; CTh. 11,39,7 di Graziano).

(35) Al contrario, dalla costituzione di Onorio poco sopra vista non emergeva, secondo noi, alcun elemento significativo circa l'onere della prova nell'ambito del processo di falso. Come si ricorderà, infatti, l'imperatore si limitava a stabilire che chi intendeva *litigare ex falso* ponesse sotto sequestro una somma di denaro pari a quella per cui era stato convenuto in giudizio.

(36) Con la Novella 18 Giustiniano interviene in diversi settori del diritto privato. Per alcune considerazioni generali rimandiamo a G. Lanata, *Legislazione e natura nelle Novelle giustinianee,* Napoli, 1984, pp. 33 ss.

(37) Trad. lat. dell'ed. Schoell-Kroll.

Nov. 18,8 Malitiae vero studium quod a quibusdam exercetur necessitatem nobis imposuit antiquae legis a plebe latae comprobandae, quam scripsit per unum ex tribunis suis, Aquiliae nomine ab illo praeditam, per quam ex infitiatione dupli exactioni subiecit eos qui malitiose agere et infitiari conarentur quandoquidem etiam aliae quaedam actiones ad eundem ordinem directae sunt. Atqui paulatim quae videbatur humanitas improbiorum hominum malitiam clam enutriit. Propterea etiam nobis necessarium visum est indecoras et parum honestas infitiationes poena modo dicta coercere. Etenim si cuius scriptura proferatur, ille vero eam infitietur, etiamsi litteras ipsius contineat, ita ut actor ad eam probandam negotia subire cogatur, sive litteras quidem agnoscat, neget vero debitum sibi solutum esse, atque id ipsum actor legitimis modis probet: sancimus, ut utroque casu damnatio adversus eum in duplum fiat; non quia acerbioribus legibus delectemur, sed quia hoc modo litium numerum minuemus: ut metu ponae citius illi dicant, quae confiteri decet. In talibus igitur rebus omnino damnationes hoc modo peragi volumus: atque si iudex adversus haec quid fecerit, sciat se violata lege ipsum poenis inde statutis obnoxium fore. Haec vero dicimus, nisi actor probationibus renuntians iureiurando rei infitiationem qua is usque eo usus erat decidi voluerit. Nam si tale quid fecerit, siquidem statim ab initio post infitiationem iusiurandum detulerit, et ille statim id quod in infitiationem adductum erat confessus sit, quod attinet ad duplum expers periculi erit. Si vero lite longius prolata demum actor iusiurandum detulerit, ille vero sic quoque confiteatur id quod defertur, dupli quidem poena eum eximimus, omnes autem sumptus usque eo probationum causa factos ab actore iureiurando eius definiendos eum, qui initio quidem infitiatus, deinde vero confessus est, solvere iubemus. Quodsi quis numerationem pecuniae sibi factam esse infitiatus, postea solutiones a se factas alleget, ne tali homini quicquam prosint ea, quae revera soluta sunt, sancimus, sed integrum debitum ab eo exigi iubemus atque hanc eum solam subire infitiationis poenam (id quod etiam unus ex imperatoribus, qui ante nos fuerunt, constituit); ut ne in hac quidem re iudex ullus flectatur, sed legis subtilitatem servet. Quodsi etiam reus litteras actoris proferat, isque eas infitietur, ille vero easdem probet, non illud solum, de quo in infitiatione agebatur, computet, sed etiam alterum tantum adiciat. Ceterum ibi quoque de iureiurando praestando ratio pariter etiam in actore instituatur.

A nostro modo di vedere, in questo testo giustinianeo vengono portate a maturazione alcune istanze già emergenti nelle costituzioni postclassiche poco sopra viste ([38]).

In primo luogo Giustiniano richiama, introducendo le proprie disposizioni, quella legislazione — nel cui ambito sarebbe ricompresa anche la legge Aquilia — volta a punire coloro i quali propongono azioni pretestuose o, se

([38]) Sul collegamento fra questo testo giustinianeo, CTh. 2,27,1 e C. 4,21,16, cfr. A.D. Manfredini, *Documento di comparazione*, cit., p. 132, nota 6.

convenuti in giudizio, sollevano pretestuose contestazioni, tramite la fissazione di una pena severa da applicare nei loro confronti ([39]).

Venendo ora alle nuove disposizioni dettate da Giustiniano, egli interviene duramente nei confronti di colui il quale — sia esso convenuto o attore — impedisca il regolare svolgersi del processo, negando l'autenticità della scrittura o sostenendo di non avere mai ricevuto la somma di denaro che gli viene richiesta in giudizio. La *ratio* della disposizione è da ravvisarsi nella necessità che le liti diminuiscano: *...si cuius scriptura proferatur, ille vero eam infitietur, etiamsi litteras ipsius contineat, ita ut actor ad eam probandam negotia subire cogatur, sive litteras quidem agnoscat, neget vero debitum sibi solutum esse, atque id ipsum actor legitimis modis probet: sancimus, ut utroque casu damnatio adversus eum in duplum fiat; non quia acerbioribus legibus delectemur, sed quia hoc modo litium numerum minuemus: ut metu poenae citius illi dicant, quod confiteri decet.*

Da questo punto della costituzione traiamo numerose informazioni.

In primo luogo, ancora una volta la contestazione dell'autenticità della scrittura e la proposizione dell'*exceptio non numeratae pecuniae* appaiono come due mezzi che, da differenti punti di vista, hanno la funzione di attaccare il valore probatorio del documento prodotto in giudizio.

In secondo luogo, forse in maniera più chiara rispetto a quanto era detto nella costituzione di Onorio ed in quella di Leone viste poco sopra, tali mezzi sembrano, nella considerazione dell'imperatore, accomunati da una visione negativa ([40]): essi rientrano infatti nell'ambito delle contestazioni pretestuose che si intendono limitare con tale capitolo della Novella.

Giustiniano prescrive che, qualora sia stata contestata l'autenticità del documento, o sia stata sollevata l'*exceptio non numeratae pecuniae*, e il soggetto agente soccomba, egli sia sottoposto alla pena nel doppio per l'*infitiatio*. Dalle parole dell'imperatore ci sembra di capire che, almeno per quanto riguarda la negazione dell'autenticità documentale, l'applicazione di

([39]) Secondo J. Cujacius, *Novellarum Expositio,* in *Opera,* X, Par. Fabrot. Ed., Prati, 1840, 622, Giustiniano con questo capitolo della Novella 18 introdurrebbe una nuova fattispecie accanto a quelle "tradizionali" in cui l'*infitiatio* era colpita con la condanna nel doppio: "Quinta pars est de inficiatorum et abjuratorum poena. Multae simplariae actiones duplantur inficiatione, ut legis Aquiliae, et ex testamento legatorum nomine quae per damnationem relicta sunt, et hodie piorum legatorum nomine, et actio ex empto de modo agri et judicati et interdum depositi, et actio ex contractu habito cum argentariis sine scriptura, edicto septimo. His adjungit hac Nov. Justinianus actionem, Si certum petatur de syngraphis. Nam si debitor neget se scripsisse vel si opponat exceptionem non numeratae pecuniae, et probetur judici scripsisse vel accepisse damnatur in duplum".

([40]) Cfr. particolarmente M.R. Cimma, *De non numerata pecunia,* cit., p. 208, nota 104, secondo la quale il testo confermerebbe "l'attitudine negativa di Giustiniano per l'*exceptio non numeratae pecuniae*".

questa sanzione sia subordinata proprio alla mala fede di chi impugna la scrittura: si dice infatti che la pena del doppio viene imposta *si cuius scriptura proferatur, ille vero eam infitietur, etiamsi litteras ipsius contineat*. Viene dunque applicata nei confronti di chi neghi la propria scrittura pur consapevole che gli appartenga.

Queste disposizioni valgono, secondo le parole di Giustiniano, nel caso in cui le contestazioni vengano effettuate dal convenuto nei confronti di un documento prodotto dall'attore, ma anche nella situazione inversa, ossia quando le contestazioni siano sollevate dall'attore nei confronti di documenti che sono stati portati in giudizio dal convenuto ([41]).

Vi è un altro punto del testo che riteniamo significativo ai fini del nostro discorso.

Si dice infatti che, quando il convenuto nega l'autenticità della scrittura, o sostiene che la somma di denaro in essa indicata non gli è mai stata versata, l'attore è tenuto a provare che la scrittura è vera, o che contiene il vero, *legitimis modis*. Orbene, noi vediamo in queste parole il riferimento alla *comparatio litterarum* ed alla testimonianza, modalità di prova che già abbiamo incontrato nei testi precedenti ([42]).

Ma l'aspetto più importante emergente da queste righe è sicuramente quello relativo all'onere probatorio, che pare qui essere addossato interamente all'attore: non c'è infatti traccia di alcuna attività istruttoria che debba essere condotta dal convenuto. Solamente nel caso in cui l'attore rinunci alle prove, egli può deferire il giuramento al convenuto, il quale potrà dunque confessare ciò che sino a questo momento ha negato, evitando il pericolo di essere sottoposto alla pena nel doppio ([43]).

([41]) Secondo uno schema che, come si ricorderà, si ritrovava già nella costituzione di Leone poco sopra vista. Secondo noi questo è un dato significativo, poiché, oltre a confermare il collegamento fra i due testi, potrebbe essere indicativo del fatto che questo tipo di legislazione intende prevedere e dunque disciplinare tutte le possibili situazioni che si affacciavano nella prassi.

([42]) *Contra* A.D. Manfredini, *Documento di comparazione* cit., p. 4, nota 6, il quale afferma che in seguito alla negazione da parte del convenuto pare non faccia seguito la *comparatio litterarum*.

([43]) Sulla confessione di cui si parla in questo punto della Novella cfr. N. Scapini, *La confessione nel diritto romano,* II, *Diritto giustinianeo,* Milano, 1983, pp. 49 ss. Il nostro testo viene preso in considerazione in quanto probante, secondo l'autore, il fatto che nel diritto giustinianeo la *confessio* non troncherebbe il processo in corso, rendendosi comunque necessaria, per la sua conclusione, l'emanazione della sentenza da parte del giudice. Questo potrebbe trarsi anche da Nov. 18,8: "dal testo emerge indiscutibilmente che la confessione è posta sul livello delle prove e non esime affatto il giudice dal pronunciare la sentenza....risulta che la confessione tardiva (e cioè quella fatta dopo il deferimento del giuramento decisorio) esime il convenuto dalla condanna *in duplum* ma non dalla refusione delle spese sostenute dall'attore per l'espletamento delle prove; spese che, nel processo giustinianeo, venivano liquidate in sentenza".

Così come si era visto per il testo di C. 4,21,16, anche in Nov. 18,8 l'onere probatorio appare essere addossato a chi ha prodotto il documento, tanto nel caso in cui sia stata negata l'autenticità materiale della scrittura, tanto nel caso in cui sia stata sollevata l'*exceptio non numeratae pecuniae.* E se in questa seconda ipotesi si tratta, indubbiamente, dell'applicazione della consueta regola in materia di onere della prova, nella prima ipotesi, invece, sembrerebbe essere in presenza di una ulteriore eccezione al principio, di cui abbiamo parlato poco sopra, per cui in caso di impugnazione di falso, civile o criminale, entrambe le parti debbono portare prove ([44]).

([44]) Vi è, inoltre, una ulteriore fonte di età giustinianea dalla quale può evincersi un particolare rapporto tra l'impugnazione di falso e l'*exceptio non numeratae pecuniae*. Si tratta del secondo capitolo dell'editto VII, del 542 d.C., relativo ai contratti degli *argentarii,* contenente anche importanti disposizioni in materia di *comparatio litterarum,* le quali costituiscono una evoluzione nell'ambito della disciplina relativa a questo tipo di prova (sui contratti dei banchieri rimandiamo, fra tutti, a A. Diaz Bautista, *Estudios sobre la banca bizantina*. *Negocios bancarios en la legislation de Justiniano,* Murcia, 1987, pp. 27 ss.; G. Luchetti, *Banche, banchieri, e contratti bancarii nella legislazione giustinianea,* in *BIDR,* 1994-1995 (1991-1992), pp. 449 ss.; P. Nardi, *Studi sul banchiere nel pensiero dei glossatori,* Milano, 1979). Orbene, la parte dell'Editto per noi interessante è rappresentata dal secondo capitolo: Ed. 7,2 *Alterum ad nos ab eodem argentariorum corpore relatum est caput, ne compellantur prolatis a se contractuum confessionibus aut tabulis aut ratiociniis illorum manu conscriptis, deinde in dubium vocatis, per publicorum instrumentorum collationem fidem imponere, propterea quod ipsorum collegium multis et praecipue nobilibus hominibus credat, qui contractus suos publicari aut rerum suarum statum manifestum fieri non patiantur malintque ut consentaneum est, extraneis maiores quam minores videri, sed ut chirographa, ut dictum est, sibi tradita eandem quam publica instrumenta vim obtinenat. 1. Etiam in hoc igitur mediam nos quandam viam ingressi, qua et argentarios adversus eos, qui de talibus rebus litem movebunt et rursus illos adversus hos uti volumus, sancimus, si tales autographae contrahentium litterae proferantur, quas aut ipse, cuius esse dicuntur, aut ipsius heredes successoresve non possunt iureiurando dato negare ab illo, cuius prae se nomen ferunt, scriptas esse, non numeratae pecuniae exceptionem non opponentes, sed insuper etiam argentarius publico instrumento scripta confirmare possit, aut ipse quidem id negligat, adversarius vero ex alterius publici scripti comparatione fraudem redarguere nequeat, tunc ex certis et indubitatis et testium subscriptione confirmatis autographis documentis ad ea, quae ab argentariis aut contra eos proferuntur contrahentium chirographa, comparatio fiat et firma haec sint nec minorem quam publica instrumenta vim habeant, cum non securitas iis desit, sed sola forma. Nec ullum supplicantibus praeiudicium inde fiat, quod non insunt hypothecae aut heredum successorumve nomen in scriptis a contrahentibus cum ipsis compositis.* Come dicevamo poco sopra, le disposizioni dettate da Giustiniano costituiscono la risposta ad una preghiera a lui rivolta dai banchieri di Costantinopoli, i quali si trovavano in grande difficoltà nel provare l'autenticità dei documenti prodotti nei confronti dei loro clienti e da questi posti nel dubbio. Era per i banchieri particolarmente difficile effettuare la *comparatio litterarum* sulla base di *instrumenta publice confecta* (come sarebbe stato richiesto dallo stesso Giustiniano con la costituzione riportata in C. 4,21,20, in tema di documenti di comparazione). I

5. – È ora opportuno, effettuata l'esegesi dei testi di nostro interesse, riassumere quali elementi sono da essi emersi.

In primo luogo, ci sembra particolarmente evidente il rapporto fra l'impugnazione civile di falso e l'*exceptio non numeratae pecuniae*. Esse appaiono, nelle fonti che abbiamo esaminato in queste pagine, due differenti modi di contestazione del documento, l'uno sul piano materiale, l'altro invece sul piano per così dire contenutistico, relativo cioè a quanto è scritto nel documento. In questo senso, riteniamo che i testi studiati confermino la tendenza — già evidenziata in letteratura — dell'*exceptio non numeratae pecuniae* a trasformarsi, in età postclassica, da strumento teso a fare emergere la causa negoziale, a mezzo per inficiare il valore probatorio del documento ([45]).

Il secondo aspetto che secondo noi è evidente nei testi esaminati è la considerazione negativa di questi mezzi di contestazione documentale, considerazione che conduce la cancelleria imperiale al tentativo di impedirne l'abuso, con soluzioni di volta in volta differenti.

Come si ricorderà, nella costituzione di Onorio *litigare ex falso* ([46]) e sollevare l'*exceptio non numeratae pecuniae* conducono allo stravolgimento

---

loro clienti, infatti, erano soliti chiedere — al fine di evitare una eccessiva pubblicizzazione dei loro affari — che i contratti venissero redatti nella forma di semplici chirografi privati, senza l'intervento di notaio e testimoni. Gli *argentarii* dunque chiedono di essere esentati dall'effettuare il confronto di scritture in questa maniera. Orbene, l'imperatore, improntando la propria decisione alla moderazione, che deve contraddistinguere tanto l'atteggiamento dei banchieri nei confronti dei loro clienti quanto quello dei clienti nei confronti dei banchieri, stabilisce in primo luogo che tale possibilità sia accordata ai banchieri, ed inoltre che i clienti possano, al fine di contestare i documenti prodotti in giudizio, o giurare che l'atto è falso, o sollevare l'*exceptio non numeratae pecuniae*. È stato rilevato che, in questo secondo caso, ciò che viene in considerazione con l'esercizio della *exceptio* non è "l'autenticità del chirografo, ma la verità dei fatti — ossia il ricevuto prestito — che in esso sono attestati" (cfr. M. Amelotti, *Giustiniano e la comparatio litterarum,* cit., pp. 21 ss.). Anche da questa ulteriore testimonianza giustinianea, dunque, può dedursi il fatto che l'*exceptio non numeratae pecuniae* realizzi una sorta di contestazione del valore probatorio del documento, rivolta al contenuto dello stesso. Per altre considerazioni su questo capitolo dell'Editto VII, rimandiamo a N. van der Wal, *Manuale Novellarum Justiniani. Apercu systématique du contenu des Novelles de Justinien*, Groningen-Amsterdam, 1964, p. 138, nota 5; M.R. Cimma, *De non numerata pecunia,* cit., p. 215, nota 21; A.D. Manfredini, *Justinien et l'analyse graphologique: varia rerum natura,* in *Annali dell'Universita di Ferrara,* Sez. V, Scienze Giuridiche, XIII, 1999, pp. 279 ss.

([45]) Come già detto, questa tendenza è particolarmente sottolineata da M.R. Cimma, *De non numerata pecunia,* cit., pp. 181ss. Secondo la studiosa, la nuova funzione dell'*exceptio non numeratae pecuniae* sarebbe particolarmente evidente in età giustinianea, durante la quale vi è l'estensione dell'applicabilità del mezzo alle ricevute: "..la questione verte quindi non sulla sussistenza originaria del *debitum,* ma sulla sua *solutio,* ed il problema è appunto quello di stabilire se il giudice debba o meno annettere senz'altro valore probatorio al documento esibito dal convenuto".

([46]) Espressione con cui Onorio indica la possibilità di impugnare il documento tanto *criminaliter* quanto *civiliter*, e sulla quale rimandiamo agli autori citati alla nota 14.

di quello che sarebbe il normale andamento processuale. Di conseguenza, l'imperatore impone a chi impugna di falso il documento di porre sotto sequestro una somma di denaro pari a quella che gli era stata richiesta, e definisce significativamente l'*exceptio non numeratae pecuniae* una *cavillatio* ([47]).

Diversamente, nella costituzione proveniente dai Basilici, e che a noi sembra possa attribuirsi a Leone, la cancelleria imperiale privilegia per così dire l'aspetto sanzionatorio: viene infatti imposta una pena pecuniaria al soggetto, attore o convenuto, che nega l'autenticità documentale e che viene *convictus* nel corso dell'accertamento, con diversa intensità a seconda delle prove che sono state portate a favore della *fides* documentale ([48]).

Infine, in modo ancora diverso e forse più efficace, anche Giustiniano, con la Novella 18 da ultimo esaminata, si inserisce a pieno titolo in questa tendenza, portando a maturazione le istanze già emerse nella legislazione precedente. Si ricorderà infatti che l'imperatore riconduce la negazione dell'autenticità documentale e l'*exceptio non numeratae pecuniae* fra le liti pretestuose, liti la cui proliferazione deve essere bloccata.

A nostro modo di vedere questi dati sono molto significativi, soprattutto per quanto riguarda l'impugnazione civile di falso e la ricostruzione della sua storia. Infatti — anche se in questa sede non è possibile trattare adeguatamente della sua origine e delle regole ad essa collegate — ci sembra che dalle fonti ora viste emerga una certa evoluzione nella considerazione di un istituto che è nato come valida e necessaria alternativa al *criminaliter agere,* e che è caratterizzato da una certa *lenitas* ([49]).

Probabilmente proprio questa sua strutturale "leggerezza" ha condotto, nella prassi, ad abusi, trasformando l'impugnazione civile da efficace strumento contro il falso documentale ad odioso mezzo utilizzato per bloccare il regolare andamento dei processi. Ciò giustificherebbe i severi provvedimenti che si rinvengono nella legislazione postclassica.

L'ultimo punto che vale la pena evidenziare è quello relativo all'onere della prova. Dai testi che abbiamo esaminato, infatti, ci è parso che — sia quando è sollevata l'*exceptio non numeratae pecuniae,* sia quando viene contestata la

([47]) CTh. 2,27, 1, 3, su cui cfr. *retro,* pp. 153 ss.

([48]) C. 4,21,16.

([49]) Le caratteristiche della rapidità e della leggerezza caratterizzanti l'impugnazione civile di falso rispetto a quella criminale vengono evidenziate già nella legislazione tardoclassica. Si vedano, per esempio, il rescritto di Alessandro Severo riportato in C. 9,22,5 e quello di Carino e Numeriano riportato in C. 9,22,9. Su queste caratteristiche del *civiliter agere* rimandiamo alle considerazioni di G.G. Archi, *Civiliter vel criminaliter agere,* cit., *passim;* D. Simon, *Untersuchungen,* cit., pp. 303 ss. Si veda anche, con riferimento alle fonti giustinianee, R. Bonini, *Ricerche di diritto giustinianeo*[2], Milano, 1990.

fides documentale — l'onere della prova incomba del tutto su chi aveva prodotto in giudizio il documento. Abbiamo già osservato nei paragrafi precedenti che ciò è in linea con la legislazione in materia di *exceptio non numeratae pecuniae,* per la quale, com'è noto, è prevista l'inversione dell'onere della prova.

Al contrario, il fatto che solo il *prolator* del documento debba portare prove nel caso in cui la scrittura sia impugnata di falso, pare contrastare con la regola — pienamente accolta nella legislazione postclassica e giustinianea — secondo cui sia chi ha impugnato sia chi ha prodotto il documento è coinvolto nell'onere probatorio.

Non è forse azzardato avanzare l'idea che la particolare tipologia documentale dei chirografi attestanti il versamento di *certa pecunia*, di cui tutti i testi che abbiamo qui esaminato si occupano, costituisca un ambito a sé stante circa le modalità con cui possono essere contestati: tali documenti, cioè, possono essere aggrediti dal punto di vista dell'autenticità materiale ed anche a livello contenutistico; ed in entrambi i casi l'onere della prova ricade esclusivamente in capo al producente.

ABSTRACT

In some postclassical texts it's possible to read a particular connection between *civiliter agere de fide instrumenti* and *exceptio non numeratae pecuniae*. They are two different ways to contest documentary evidence, and seem to become, after some time, disliked by emperors, because defendants often misuse them to hinder regular trials.

Principal texts: CTh. 2,27,1, 3-6; C. 4,21,16; Nov. Iust, 18,8.

In alcune costituzioni postclassiche è possibile leggere una particolare connessione tra il *civiliter agere de fide instrumenti* e l'*exceptio non numeratae pecuniae*. Essi costituiscono due forme di contestazione della prova documentale e sembrano, ad un certo punto, essere considerate dagli imperatori in maniera negativa, poiché i convenuti spesso ne fanno un cattivo uso al fine di bloccare il regolare andamento dei processi.

Fonti principali: CTh. 2,27,1, 3-6; C. 4,21,16; Nov. Iust, 18,8.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova serie . Vol. XV (2001)

ALESSANDRA CALLEGARI

LETTURA MORALE E COSTITUZIONE

1. *Introduzione.*

In questo saggio vorrei render conto dell'attuale dibattito, particolarmente vivace ed esteso in ambito americano, concernente le possibili interpretazioni del testo costituzionale, dibattito che in prevalenza si è polarizzato attorno a due contrapposte prospettive denominate: *"fixed view"* e *"living tree"*. In via preliminare, è opportuno osservare che, mentre la "visione fissa" considera la Costituzione come un testo stabile con significati prestabiliti, la "teoria dell'albero vivente" pone, invece, una maggiore attenzione alla mutevolezza dei contenuti semantici delle disposizioni normative in funzione delle esigenze sociali e dei singoli contesti storici. ([1]) La scelta del metodo interpretativo da utilizzare nella risoluzione delle controversie costituzionali risulta, è bene ricordarlo, di notevole importanza, in ragione delle implica-

([1]) *"Living tree"* e *"fixed view"* rinviano per molti versi alla distinzione tra letteralismo e antiletteralismo, "[...] che possono essere considerate come due opposte posizioni che si contendono il campo della teoria dell'interpretazione". Il letteralismo consiste in un'attività dichiarativo-conoscitiva della disposizione legislativa, il cui significato è intrinseco nelle parole che compongono gli enunciati, mentre l'antiletteralismo considera rilevanti, nell'interpretazione della disposizione, elementi intrinseci e estrinseci (extralegislativi). Vedi in dettaglio sull'argomento B. PASTORE, *Identità del testo, interpretazione letterale e contestualismo nella prospettiva ermeneutica,* in V. VELLUZZI (a cura di) *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 137. Circa il dibattito italiano sulla contrapposizione tra una Costituzione vivente (intesa come effettivo assetto istituzionale dell'ordinamento, ovvero l'insieme delle decisioni prese dalle forze politiche, sociali e sindacali, dalla giurisprudenza e dagli organi costituzionali.) e una Costituzione formale (intesa come complesso di norme), si veda C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale,* rist., con prefazione di G. Zagrebelsky, Giuffrè, Milano, 1998.

zioni che comporta sulle libertà e sui diritti fondamentali degli individui. Il mio intento, nella presente trattazione, è quello di sostenere che, rispetto alle altre dottrine dell'interpretazione costituzionale contemporanee, la teoria della "*moral reading*", proposta da Ronald Dworkin, esprime la versione più difendibile e promettente per la realizzazione dell'*equal concern and respect* dei cittadini ([2]). Prima di entrare nel merito di tale questione specifica, ritengo utile dedicare alcune osservazioni introduttive circa il ruolo dell'interpretazione costituzionale in America, ed individuare le peculiarità dei singoli approcci interpretativi, che ho raggruppato, per semplicità di esposizione, in teorie "*originaliste*" ([3]) e "*non-originaliste*" ([4]). Nell'ultima parte,

---

([2]) R. Dworkin, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford University Press, Cambridge (Mass.), 1996 (d'ora in avanti citato con *FL*).

([3]) Cfr., a titolo meramente esemplificativo, nella letteratura americana: R. Bork, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, in "Indiana Law Review, Journal", 47, 1971, p. 1 ss.; Id., *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, The Free Press, New York, 1990; P. Brest, *The Misconceived Quest for Original Understanding*, in "Boston University Law Review", 60,1980, p. 204 ss.; T. Grey, *Do We Have an Unwritten Constitution*, in "Stanford Law Review", 27, 1975, p. 703 ss.; Id., *Origins of the Unwritten Constitution: Fundamental Law in American Revolutionary Thought*, in "Stanford Law Review", 30, 1978, p. 843 ss.; M. Perry, *The Authority of Text, Tradition and Reason A Theory of Constitutional Interpretation*, in "Southern California Law Review", 58, 1985, p. 551 ss.; J. Powell, *The Original Understanding of Original Intent,* in "Harvard Law Review", 98, 1985, p. 885 ss.; W. H. Rehnquist, *The Notion of a Living Constitution*, in "Texas Law Review", 54, 1976, p. 693 ss.; A. Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, in "University of Cincinnati Law Review", 57, 1989, p. 849 ss.; Id., *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, Princeton, 1997; M. Tushnet, *Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles,* in "Harvard Law Review", 96, 1983, p. 781 ss.

([4]) Per una panoramica generale delle teorie dell'interpretazione costituzionale "non-originaliste" si veda: *FL*; B. Ackerman, *The Storrs Lectures: Discovering the Constitution*, in "Yale Law Journal", 93, 1984, p. 1013 ss.; S.A. Barber, *The Constitution of Judicial Power,* The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1993; W. J. Brennan, *The Constitution of the United States: Contemporary Ratification*, in " South Texas Law Journal", 27, 1986, p. 433 ss.; P. Brest, *The Fundamental Rights Controversy. The Essential Contradictions of Normative Constitutional Scholarship*, in "Yale Law Journal", 90, 1981, p. 1063 ss.; Id., *Interpretation and Interest,* in "Stanford Law Review", 34, 1982, p. 765 ss.; J.H. Choper, *Judicial Review and the National Political Process: A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court,* The University of Chicago Press, Chicago, 1980; R. Cover, *Foreward - The Supreme Court, 1982 Term: A Nomos and Narrative*, in "Harvard Law Review", 97, 1983, p. 4 ss.; T.C. Grey, *The Constitution as Scripture*, in "Stanford Law Review", 37, 1984, p. 1 ss.; Id., *The Malthusian Constitution*, in "University of Miami Law Review", 41, 1986, p. 21 ss.; A.S. Miller & R. Howell, *The Myth of Neutrality in Constitutional Adjudication*, in "University of Chicago Law Review", 27, 1960, pp. 661 ss.; H. Monoghan, *Our Perfect Constitution*, in "New York University Law Review", 56, 1981, p. 353 ss.; T. Sandalow, *Constitutional Interpretation*, in "Michigan Law Review", 79, 1971, p. 1033 ss.; F. Schauer, *Precedent*, in "Stanford Law Review", 39, 1987, p. 57 ss.; L.M. Seidman, *Public Principle and Private Choice: The Uneasy Case for a Boundary*

infine, mi soffermerò, in particolare, sulla concezione costituzionale della democrazia dworkiniana ([5]), tentando di rilevarne differenze e similitudini rispetto alla nozione di "democrazia sostanziale" sviluppata recentemente da Luigi Ferrajoli ([6]).

2. *Quale mappa scegliere?*

Il dibattito costituzionalistico in ambito americano è integralmente accentrato attorno alla problematica dell'interpretazione ([7]). È opportuno sottolineare che, nonostante la sussistenza, anche nei paesi di *common law,* di una peculiare teoria politico-normativa del costituzionalismo ([8]), è notevolmente diffusa l'idea che i giudici detengono il monopolio nell'interpretazione costituzionale ([9]). In realtà, in una "*constitutional democracy*" quale

---

Maintenance Theory of Constitutional Law, in "Yale Law Journal", 96, 1987, p. 1006 ss.; L. Simon, *The Authority of the Constitution and Its Meaning: A Preface to A Theory of Constitutional Interpretation*, in "Southern California Law Review", 58, 1985, p. 603 ss.; W.V. Alstyne, *Interpreting This Constitution: The Unhelpful Contributions of Special Theories of Judicial Review*, in "University of Florida Law Review", 35, 1983, p. 209 ss.; H. Wellington, *Common Law Rules and Constitutional Double Standards: Some Notes on Adjudication*, in "Yale Law Journal", 83, 1973, p. 221 ss.

([5]) *FL,* pp. 17, 19, 20, 23-25, 32,42.

([6]) L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, Laterza, Roma-Bari, 2001, pp. 18-22, 145-150, 318-332.

([7]) Non è di questo parere Otto Pfersmann. Il filosofo e giuspubblicista austriaco sostiene, infatti, che il processo con cui è possibile pervenire alla decisione di un caso giudiziario deve essere suddiviso in due momenti essenzialmente distinti tra loro: uno *interpretativo* e l'altro di *concretizzazione giudiziale*. Il primo, tramite il quale si ricava il significato dato al testo normativo nel tempo in cui esso è stato emanato, è di competenza della semantica e della linguistica. Il secondo, invece, è di pertinenza del giudice, che ha il compito di applicare la disposizione normativa (correttamente interpretata) al caso a lui sottoposto. (Pfersmann ha presentato questa teoria durante un ciclo di conferenze tenutosi il 7/8/9 dicembre 2001, nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara, nell'ambito del corso di Teoria generale del diritto).

([8]) Il costituzionalismo è una teoria politico-normativa che sottintende un particolare tipo d'ordine costituzionale, il cui principio basilare è che ogni esercizio del potere governativo (costituito dalla volontà di un singolo *leader*, di una *èlite* o di una maggioranza di cittadini) è soggetto a limitazioni di carattere sostanziale e procedurale. Vedi a tal proposito, C.J. Friedrich, *Transcendent Justice: The Religious Dimension of Constitutionalism,* Duke University Press, Durham, NC, 1964; Circa il fodamento del Costituzionalismo americano sul diritto naturale, vedi E. Corwin, *The "Higher Law" Background of American Constitutional Law*, Cornell University Press, Ithaca, 1961, p. 5; E. Sandoz, *A Government of Laws: Political Theory, Religion and the American Founding* Louisiana State University Press, Baton Rouge, 1989.

([9]) Il *Critical Legal Studies Movement*, ad esempio, è del parere che le decisioni giudiziali sono indeterminate e affidate all'arbitrio dei giudici. Recentemente, Jules Coleman e Brian Leiter hanno delineato una concezione dell'oggettività del diritto, definita *modest objectivity,* che vuole consentire a una teoria del diritto di ispirazione

dovrebbe essere quella americana, i soggetti che interpretano il testo costituzionale non sono rappresentati in modo esclusivo dai giudici, (anche se si riconosce che il loro compito in tale ambito è di predominante importanza) ([10]), ma possono anche essere costituiti: a) dal Legislatore, quando, ad esempio, risolve un "*hard constitutional case*", utilizzando il metodo dell'interpretazione autentica, b) dai membri dell'Esecutivo, quando decidono se posso compiere o meno un determinato atto che rientra nella loro competenza pubblica; c) dai *leaders* di particolari gruppi (come ad esempio, nel caso delle *affermative actions*), quando offrono delle "tendenziose" interpretazioni della Costituzione, aderenti ai loro obiettivi politici. Quindi, in generale, è legittimo ritenere che tutti i cittadini e i pubblici ufficiali possono interpretare il testo costituzionale, con l'unica, ma fondamentale, avvertenza che devono renderlo noto e giustificarlo pubblicamente ([11]). Spesso, però, questo non avviene, e si rischia, quindi, di imbattersi in interpretazioni informali o compiute da soggetti inconsapevoli del fatto che stanno compiendo tale operazione. Ad esempio, se il Legislatore ritiene di non avere la competenza di integrare una determinata clausola costituzionale, poiché si considera vincolato dall'interpretazione fornita dalla Corte Suprema in materia, egli ha, implicitamente, già compiuto un'operazione interpretativa, ritenendo che la Costituzione conferisce ai giudici un'autorità, che è, invece, a lui negata. In realtà, è congenito nella stessa definizione di democrazia costituzionale il fatto che nessuna istituzione politica deve avere il completo controllo sulle determinazioni di cosa è considerato legittimo o meno.

Al fine di comprendere appieno l'importanza dell'ascrizione di significato ad una disposizione costituzionale, si può paragonare la Costituzione ad un sogno da interpretare. Appare immediatamente evidente che "il sogno" rappresenta la base del dilemma della stessa democrazia costituzionale, che cerca di assicurare il ruolo della maggioranza proteggendo, al tempo stesso, i diritti delle minoranze. Per interpretare nel modo più appropriato la Costituzione, è

---

liberale, come è anche quella dworkiniana, di resistere a tale obiezione. Vedi J.L. Coleman, B. Leiter, *Determinacy, Objectivity and Authority*, in A. Marmor (edited by), *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy,* Clarendon Press, Oxford, 1995, pp. 203-278.

([10]) "*Equal Justice Under Law*": quest'espressione, indicata all'entrata principale dell'edificio della Suprema Corte degli Stati Uniti, esprime la decisiva responsabilità di tale organo giurisdizionale in tema d'interpretazione costituzionale.

([11]) Sulla giustificazione delle interpretazioni costituzionali, vedi: A. Barber, *American Constitutional Interpretation* (2d edition), Foundation Press, Westbury, NY, 1995, Parte III; W. Murphy, *Constitutions, Constitutionalism, and Democracy*, in D. Greenberg, S.N. Katz, M. B. Oliviero, S.C. Wheatley, (eds) *Constitutionalism and Democracy,* Oxford University Press, New York, 1993, pp. 14-17; R. A. Dahl, *Democracy and Its Critics*, Yale University Press, New Haven, 1989, p. 191; M. Walzer, *Philosophy and Democracy*, in "Political Theory", 9, 1981, pp. 379-397; J.H. Ely, *Democracy & Distrust*, Harvard University Press, Cambridge, 1980.

necessario, quindi, adottare una teoria-guida, che funga da "cartina stradale", e che indichi il percorso più breve per il raggiungimento di un'effettiva tutela dei diritti individuali. La scelta di un opportuno metodo interpretativo è fondamentale in questo senso, anche perché non sussiste in America (né, invero, altrove) un'unica e autoritativa teoria dell'interpretazione costituzionale. Ciò ha causato la nascita e il successivo sviluppo di un ampio dibattito in materia, che ha avuto origine con la decisione *Marbury v. Madison* ([12]). In tale occasione, la Suprema Corte ha rivendicato, per la prima volta, i suoi poteri di *judicial review* ([13]), e quindi si è attribuita il potere di sottoporre a revisione giudiziale gli atti dell'Esecutivo e del Legislativo approvati dal Congresso, non in armonia con la Costituzione. A seguito di un continuo *work in progre*ss in materia, si sono sviluppati vari orientamenti interpretativi che pongono l'accento di volta in volta sui seguenti elementi: 1) il testo e la struttura della Costituzione; 2) le intenzioni di chi ha emanato o votato perché fosse ratificata la disposizione in questione; 3) i precedenti giudiziari; 4) le conseguenze sociali, politiche ed economiche delle alternative interpretazioni. Il ruolo giocato da questi fattori in una teoria costituzionalistica del diritto ha conseguenze particolarmente rilevanti sulla discrezionalità adottata dai giudici nel procedimento interpretativo-decisionale, in quanto essi rappresentano le "coordinate" che concorrono alla formazione di specifiche teorie-guida (*theory-maps*) nell'interpretazione della Costituzione americana. Per semplicità di esposizione, ritengo opportuno raggruppare i fattori 1) e 2) nella realizzazione di quella che chiamerò la teoria-guida "originalista", mentre i fattori 3) e 4) rappresentano gli elementi costitutivi della *theory-map* "non-originalista". Mi propongo ora di analizzare più in dettaglio questi due distinti percorsi volti ad una diversa tutela dei diritti individuali ([14]), cercando di rilevarne le caratteristiche essenziali e criticandone gli eventuali tratti ambigui.

([12]) *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 1803. Questo famoso caso, oltre ad aver stabilito che la Suprema Corte deve essere il principale interprete della Costituzione, ha posto alcune basilari regole o assunti per le teorie dell'interpretazione costituzionale: a) la Costituzione è un insieme di regole; b) le regole della Costituzione devono essere considerate superiori a qualsiasi altra disposizione normativa; c) le norme contenute nella legislazione sono gerarchicamente inferiori; d) in caso di conflitto, le regole inferiori devono seguire ciò che stabiliscono le regole superiori; e) in caso di controversie, è il giudice a determinare quali sono le regole da applicare; f) i modelli per accertare la costituzionalità di una disposizione sono incorporati nella Costituzione stessa e nell'interpretazione creativo-discrezionale dei giudici.

([13]) È utile osservare che il potere di *judicial review* appartenente alla Corte Suprema non è prestabilito da alcuna disposizione costituzionale, ma è frutto della prassi giuridica della Corte Suprema.

([14]) Infatti, la differenza principale tra queste due diverse teorie- guida è rappresentata dal fatto che, mentre gli originalisti tendono a tutelare i diritti fondamentali degli individui che sono espressamente previsti dalla Costituzione, i non-originalisti sono portati, invece, ad accordare tutela anche a diritti non espressamente previsti dal dettato costituzionale.

3. *La teoria-guida originalista.*

La teoria-guida originalista, o interpretivismo ([15]), come ho rilevato in precedenza, rappresenta uno dei possibili percorsi che un giudice costituzionale americano può seguire al fine di pervenire ad un'adeguata interpretazione del dettato costituzionale. Il problema che qui tenterò di risolvere, consiste nel verificare quali possono essere i motivi che spingono l'interprete a scegliere tale approccio interpretativo, piuttosto che quello non-originalista. In seguito, verificherò le conseguenze che la scelta di tale percorso comporta. Innanzitutto, ritengo utile elencare sei ragioni per accedere all'approccio originalista:

I. L'originalismo riduce la probabilità che i giudici possano decidere determinate questioni di rilevanza costituzionale al posto di rappresentanti politici eletti dal popolo e quindi legittimati a tutelare i loro interessi, preferenze, valori;
II. L'originalismo, nel lungo periodo, preserva l'autorità della Suprema Corte degli Stati Uniti;
III. Il non-originalismo permette al giudice di imporre, ai casi a lui sottoposti, i propri valori soggettivi. L'interprete ha bisogno, invece, di criteri obiettivi e neutrali per deliberare legittimamente. Le intenzioni dei *framers* e di chi ha ratificato una clausola costituzionale forniscono questi criteri obiettivi;
IV. L'originalismo lascia al popolo il potere di emendare la propria Costituzione, e allo stesso tempo, evita che il governo possa andare oltre a quelli che sono i suoi limiti;
V. L'originalismo rispetta al meglio la nozione di Costituzione come contratto sociale;
VI. L'originalismo costringe il potere legislativo a riconsiderare ed emendare le sue leggi "cattive", piuttosto che lasciarle ad un'arbitraria interpretazione da parte delle Corti.

In virtù di questi sei argomenti, l'interprete può quindi percorrere la teoria-guida dell'originalismo. Per cui, di fronte a una disposizione costituzionale vaga o oscura ([16]), il giudice deve ricercare le intenzioni origina-

([15]) I termini "originalismo" e "interpretivismo" sono generalmente considerati come sinonimi in America. Sull'argomento vedi P. Brest, *The Misconceived Quest for the Original Understanding,* cit., p. 204; M. V. Tushnet, *Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles,* cit., pp. 786-804.

([16]) È utile rilevare che le teorie dell'interpretazione costituzionale rivestono una fondamentale importanza nell'ascrizione di significato di quelle disposizioni costituzionali il cui linguaggio risulta vago o indeterminato. Per quanto riguarda, invece, le clausole costituzionali espresse con un linguaggio preciso, esse vanno interpretate secondo la metodologia abituale con cui si interpreta la legge ordinaria.

rie dei *framers*, al momento in cui essi hanno emanato la clausola normativa ([17]).

Tale approccio interpretativo sviluppa la sua peculiare concezione dell'interpretazione della Costituzione partendo da un preciso assunto: se la Costituzione rappresenta "il diritto", allora, presumibilmente, il suo significato è, come tutto il diritto in generale, determinato dal significato attribuito alla disposizione costituzionale dai *framers* nel momento in cui l'hanno emanata. In virtù di tale presupposto, i poteri dello Stato, rappresentati dal Legislativo, dall'Esecutivo e dal Giudiziario, sono vincolati nell'esperimento delle loro funzioni, a ciò che è stabilito dalla Costituzione, interpretata per mezzo dei *framers*. Questo significa, espressamente, che un giudice, non importa a quale Corte appartiene, non può mai creare nuovi diritti costituzionali o distruggere diritti "in disuso" ([18]). Infatti, ogni qual volta che si accinge a compiere un'operazione del genere, viola, non solo i limiti che concernono la sua autorità, ma, soprattutto, i diritti del potere legislativo e del popolo. La filosofia dell'originalismo rappresenta, quindi, una necessaria inferenza tra la struttura governativa e la Costituzione stessa.

Nella composizione attuale della Suprema Corte è possibile osservare la presenza di cinque giudici di orientamento tipicamente originalista ([19]) che ha portato all'emanazione di decisioni tendenzialmente volte a: a) una generale limitazione del potere del commercio federale, e in contropartita, un'ampia tutela dei diritti degli Stati; b) un'interpretazione espansiva dell'undicesimo Emendamento; c) una limitata possibilità di *overrule* le decisioni in ambito penale; d) una visione tipicamente scettica nei confronti dell'*affermative action,* rigettando i principi del *substantive due process*, del

---

([17]) È possibile ricavare le intenzioni dei *framers*, ad esempio, da pubblicazioni da loro stessi eseguite, da articoli di giornali dell'epoca, dal "*Federalist*", dalle note alla Convenzione Costituzionale.

([18]) Robert Bork, esponente di spicco dell'approccio originalista, aderisce alla concezione del diritto hartiana, e sostiene che il diritto si fonda, in ultima analisi, sulle convenzioni sociali. Vedi H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961. Trad. it. di M.A. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1965, p. 47 ss. È però curioso che lo stesso Bork, in una sua recente opera, contravvenga a tale assunto affermando che: "[...] dalla fine del 1700 alcuni giudici della giurisdizione federale hanno interpretato le leggi sulla base di principi che non sono rinvenibili nella Costituzione", vedi R. Bork, *The Tempting of America, The Political Seduction of the Law*, Simon & Schuster, Inc., New York, 1990, pp. 15-129. Charles Fried si accomuna con Bork per il "disgusto" verso il non-originalismo, ma giustamente rileva che "[....] È a causa delle Corti e della Corte Suprema se il nostro sistema di tutela delle libertà individuali è diventato un modello per tutto il mondo. Esso può essere in realtà considerato anticostituzionale e quindi illegale, ma significherebbe capovolgere tutta quella che è la nostra tradizione costituzionale". Vedi C. Fried, *Order and Law, Arguing the Reagan Revolution. A Firsthand Account*, Simon & Schuster, New York, 1991, p. 18.

([19]) Essi sono: Scalia, O' Connor, Kennedy, Thomas, Rehnquist.

procedural due process e dell'*establishment clause*. L'approccio originalista conduce ad una generale riluttanza ad espandere i diritti fondamentali, derivanti dal principio *dell'equal protection of the law*.

È possibile osservare, all'interno della teoria-guida *originalista*, due diversi orientamenti, che si spiegano con la scelta, da parte dell'interprete, di uno dei due distinti elementi, in precedenza considerati (sub 1) e sub 2)) che compongono tale approccio interpretativo: a) il testualismo e b) l'intenzionalismo. Mentre il primo dà una principale importanza al testo e alla struttura della Costituzione, il secondo privilegia le intenzioni dei *framers* e di chi ha ratificato il dettato costituzionale. Entrambe rappresentano, quindi, diverse sfumature di una stessa teoria dell'interpretazione costituzionale tipicamente restrittiva e aderente alla *fixed view*, che si contrappone alla *living tree* principalmente per il fatto che quest'ultima violerebbe, per la teoria-guida *originalista*, il principio della democrazia ([20]). Vediamole in dettaglio.

3.1. *Il testualismo.*

Il testualismo vede l'interpretazione volta ad individuare il significato chiaro, univoco e invariabile dei testi, con riguardo alle parole che compongono gli enunciati ([21]). Tale posizione interpretativa si appella a chi accetta una visione fissa della Costituzione, in connessione con la consapevolezza che il testo costituzionale è, principalmente, un importante elemento con cui i cittadini sono protetti dal potere statale non autorizzato, come quello in mano ai giudici. Il significato delle parole contenute nella Costituzione rappresenta il perno attorno a cui ruota quest'approccio interpretativo ([22]).

([20]) La *moral reading* dworkiniana rappresenta un approccio all'interpretazione costituzionale tipicamente aderente alla *living tree*. Dworkin risponde alla critica mossa dalla *fixed view* proponendo una concezione costituzionale della democrazia, che permetterebbe, (rispetto alla nozione tipica di democrazia, come governo della maggioranza), un'effettiva e maggiore tutela dei diritti individuali. Vedi *FL*, pp. 13-14, 18, 38, 374, nota n. 11. Tratterò in dettaglio la democrazia costituzionale dworkiniana nel § 5.1 .

([21]) Vedi W.N. Esxridge, Jr., *Dinamic Statutory Interpretation*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., London, 1994, pp. 33 ss., 38, 41 ss., 226 ss; A. Scalia, *A Matter of Interpretation*, Princeton University Press, Princeton, 1992. J.N. Rakove, *Original Meanings: Politics and Ideas in the Making of the Constitution,* Alfred A. Knopf, New York, 1997; J.M. Lynch, *Negotiating the Constitution: The Earliest Debates Over Original Intent*, Cornell University Press, Ithaca, 1999.

([22]) Il testualismo comporta un "[...]irrigidimento dell'oggetto (il testo) in un'imposizione che esclude la proposta (e) elimina quell'apertura al dato nella quale consiste la recettività ". Vedi a tal proposito, in generale, L. Pareyson, *Estetica. Teoria della formatività*, Bompiani, Milano, 1988, p. 182, 189, 230-233.

Il testualismo si suddivide a sua volta in due diversi orientamenti, che possono essere distinti in: a) letteralismo-storico e b) letteralismo –contemporaneo. Per quanto riguarda il primo metodo interpretativo, è possibile osservare che l'ascrizione di senso alle clausole costituzionali deve avvenire conformemente al significato che avevano le parole che compongono il dettato costituzionale nel momento in cui furono emanate. Questo porta ad eliminare l'importanza, per il processo interpretativo, dei lavori preparatori, del *Federalist*, e di qualsiasi altro documento in cui è possibile ricavare l'intenzione dei *framers*. Infatti, per quest' approccio, sono importanti solo le parole. Il letteralismo-contemporaneo, invece, pur presentando forti somiglianze con il letteralismo-storico, vi si differenzia per il fatto che le parole della Costituzione fungono solo da guida, in quanto non rileva il significato storico delle stesse. Il letteralismo-contemporaneo utilizza, infatti, i vocabolari odierni per determinare il significato delle parole del dettato costituzionale, ignorando le dissertazioni legali e quelle relative ai precedenti ([23]).

Il testualismo incorre in numerose critiche, difficilmente superabili. In primo luogo, il contenuto semantico non è sempre pienamente determinato o stabilito da una generazione all'altra. Questo è particolarmente vero in parole o frasi come "uguaglianza", "*due process of law*", "giustizia fondamentale", ecc. Queste espressioni, infatti, mancano di uno stabile e determinato contenuto semantico. Le difficoltà attribuite al testualismo non si fermano però qui. Infatti, se per ipotesi decidessimo di dare un'interpretazione "testualista" al primo Emendamento, rischieremmo di rendere incostituzionale qualsiasi diritto che restringe, in qualunque modo, la libertà d'espressione. Se fosse realmente così, allora in America sarebbe considerato incostituzionale punire chi testimonia menzogne, o chi incita alla violenza. In realtà, queste azioni non sono mai state comprese come violative del primo Emendamento. Quindi, se non è il significato ad avere rilievo, cosa conta allora? La scelta più ovvia, per chi aderisce alla visione fissa, è quella di aderire all'intenzionalismo, che ora vado ad esporre.

3.2. *L'intenzionalismo.*

La pratica della ricerca dell'intenzione originaria si pone in posizione critica rispetto alla dottrina della "Costituzione vivente" o *"living tree"*.

([23]) Laurence Lessig, ha recentemente proposto una teoria dell'interpretazione come "traslazione", che può venire ricompresa nel letteralismo-contemporaneo. Le Corti, per Lessig, devono interpretare la Costituzione americana in modo da "aggiustare" le parole al diritto, se i cambiamenti sociali hanno reso queste stesse parole incapaci di compiere i propositi dei *framers*, ma non per altre ragioni. Vedi L. Lessig, *Fidelity in Translation*, in "Texas Law Review", 71, 1993, pp. 1165-1185.

Quest'ultima si è sviluppata attraverso l'assunto centrale del post-realismo, ossia l'indeterminatezza del diritto ([24]). A partire da questa considerazione, i giudici si sono assunti il potere-dovere di creare il senso del diritto, in particolare la Suprema Corte, mentre le parole della Costituzione sono state paragonate a recipienti vuoti che il giudice può riempire a suo gradimento ([25]). Verso la metà degli anni Ottanta, è emersa, per limitare tale pratica, una particolare forma di originalismo nell'interpretazione, con lo scopo specifico di definire dei criteri formali nell'uso di argomenti interpretativi: l'intenzionalismo ([26]). Le intenzioni originarie sono percepite dalla lettura del testo, prescindendo dalla storia legislativa dall'intenzione del legislatore. La pratica dell'intenzionalismo rappresenta, quindi, l'ultima parte dello stadio interpretativo, con cui è possibile limitare l'attivismo della Suprema Corte nell'area dell' *equal protection and due process clause*. Per poter comprendere lo scopo di quest'approccio interpretativo propongo un esempio. Il diritto alla libertà di parola, che si è sviluppato a partire dalle Costituzioni moderne del XVIII secolo, non può essere stato concepito per tutelare situazioni che, a quell'epoca, non esistevano, come ad esempio la pornografia in *Internet*. Per questo motivo, l'interprete può avvalersi della cosiddetta "*intenzione ipotetica*". L'idea base di tale concezione interpretativa è che noi possiamo sempre ricavare l'intenzione ipotetica che i *framers* avrebbero manifestato, se si fossero trovati a risolvere una questione di quel genere. Quindi, l'interprete si pone in modo immaginario nelle "scarpe degli autori", e determina, alla luce dei loro obiettivi e valori, e in analogia con le loro applicazioni, cosa avrebbero detto se si fossero presentate loro queste circostanze ([27]).

La teoria dell'intenzione ipotetica, però, presenta anch'essa, come l'originalismo e il testualismo, molte difficoltà. Per prima cosa, va sottolineato il fatto che le intenzioni degli autori di una Costituzione possono non coincidere. In questo caso, quale intenzione va presa in considerazione? Inoltre, come rapportare le situazioni odierne che si presentano all'ipotetica risposta dei costituenti?

([24]) Vedi a tal riguardo D. Kennedy, *A Critique of Adjudication (fin de siècle),* Harvard University Press, Harvard, 1997, pp. 26-30.

([25]) Da questo punto di vista, la Suprema Corte è considerata come un particolare tipo di Convenzione costituzionale in sessione continua, mentre la Costituzione scritta rappresenta una parte di un'intera tradizione di diritto costituzionale non scritto. Su tale argomento vedi E.S. Corwin, *The Constitution and What It Means Today*, Princeton University Press, Princeton, 1978; T. Grey, *Do We Have an Unwritten Constitution*, cit., p. 708.

([26]) Per una visione approfondita circa questo approccio interpretativo, vedi R.H. Fallen, Jr., *A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation*, in "Harvard Law Review", 100, 1987, p. 751 ss.

([27]) Dworkin critica vivamente questo approccio interpretativo in *FL,* p. 10 ss.

3.3. *Le critiche mosse alla teoria-guida originalista.*

Dopo aver esposto le caratteristiche della teoria-guida *originalista*, e dei suoi diversi orientamenti interni (testualismo e intenzione originaria) ritengo opportuno dedicare qualche osservazione circa le critiche mosse a tale approccio interpretativo. Esse possono essere così di seguito elencate:

1) A quali intenzioni l'interprete deve far riferimento? A quelle dei *framers*, che hanno emanato la Costituzione, o a quelle del popolo, che ha delegato i padri fondatori a promulgarla?
2) Come interpretare quelle clausole costituzionali in cui vi sono intenzioni collettive, cioè è possibile ritenere che i *framers* avevano un'opinione unitaria in materia?
3) Quale tutela è possibile accordare oggi ai neri o alle donne, se l'interpretazione costituzionale delle clausole vaghe deve avvenire in base alle intenzioni di uomini bianchi (dato che le donne e i neri non avevano diritto di voto all'epoca dell'emanazione della Costituzione)?
4) Come è possibile ritenere applicabile ad un caso odierno l'intenzione di un soggetto vissuto più di duecento anni prima, escludendo completamente il contesto storico-temporale dall'interpretazione costituzionale?
5) Come vanno tutelate le situazioni odierne che i *framers* non potevano minimamente prevedere (ad esempio, la pornografia in Internet)?

Cercare di rispondere alle predette obiezioni con l'approccio originalista risulta particolarmente difficile ([28]), e questo ha spinto alcuni autori a ricercare un diverso metodo interpretativo della Costituzione ([29]).

([28]) E dello stesso parere W. Waluchow, *Constitutionalism,* in "The Stanford Encyclopedia of Philosophy", (Fall 2001 Edition), N. Edward, Zalta (ed.), in http://plato.stanford.edu/archives/fall2001/entries/constitutionalism/

([29]) Jeffrey Goldsworthy, ad esempio, è del parere che l'intenzione originaria dei *framers* può essere d'aiuto nella determinazione del significato contemporaneo della Costituzione, e propone un particolare tipo di originalismo, da lui definito "*moderate originalism*". Per l'originalità che questa argomentazione presenta, mi propongo di rilevarne gli assunti fondamentali: a) Il significato della Costituzione dipende dalle intenzioni "promulgate" dai *framers* e non dalle loro intenzioni occulte; b) Le intenzioni che rilevano sono solo quelle emanate e non la loro applicazione. Quindi, si tratta di chiarire il significato delle intenzioni promulgate e non di scoprire il loro credo su come quelle previsioni devono essere applicate. Questi credi, infatti, non fanno parte della Costituzione e non hanno statuto legale; c) Per l'originalismo moderato, le intenzioni dei *framers* non possono rispondere a tutte le dispute interpretative. L'interpretazione inizia con un esame delle intenzioni promulgate dai *framers* e, se con il loro utilizzo non è possibile risolvere il caso in questione, il giudice può agire in via discrezionale, facendo riferimento a principi di giustizia, politici e all'equità. Vedi J. Goldsworthy, *Originalism in Constitutional Interpretation*, in "Federal Law Review", n. 1, 1997, pp. 1-50, ripubblicato in T. Blackshield and G. Williams, (eds.)., *Australian Constitutional Law and Theory*, 2° edizione, Federation Press, Sydney, 1998, pp. 269-76.

4. *La teoria-guida non-originalista.*

La teoria-guida non-originalista rappresenta l'alternativo percorso che l'interprete può seguire per interpretare il dettato costituzionale. Anche in questo caso cercherò di analizzare le potenziali motivazioni che spingono l'interprete a scegliere tale approccio interpretativo, piuttosto che quello originalista. In seguito, verificherò le conseguenze che la scelta di tale percorso comporta. Preliminarmente, è possibile identificare sei ragioni che caratterizzano la scelta per un approccio non-originalista:

1) I *framers*, alla Convenzione di Philadelphia, hanno espresso la loro volontà di non vincolare l'interpretazione costituzionale alle loro intenzioni, bruciando i lavori preparatori;
2) Il riconoscimento di una "*unwritten* Constitution", accanto ad una Costituzione scritta, permette una tutela anticipata su possibili manovre oppressive del governo sul popolo. Per questo motivo, ai giudici è riconosciuto, in determinate situazioni, il diritto di colmare le lacune interpretative;
3) Le intenzioni dei *framers* sono varie, a volte transitorie, e spesso impossibili da determinare. Spesso il testo è ambiguo e i precedenti giudiziari possono valere da loro supporto;
4) Il non-originalismo guida i giudici a fronteggiare le crisi che possono derivare da un'interpretazione inflessibile di una disposizione costituzionale il cui intento originario non ha più valore;
5) Il non-originalismo è favorevole a un'interpretazione del dettato costituzionale che tutela maggiormente i diritti delle minoranze (donne, neri ecc.);
6) Gli originalisti, in senso metaforico, perdono di vista la "foresta" perché danno troppa attenzione al bosco. Il maggiore proposito della Costituzione è infatti rappresentato dalla protezione della libertà, e una corretta interpretazione costituzionale deve focalizzarsi su questo obiettivo;

In virtù di questi sei argomenti, l'interprete può quindi percorrere la teoria-guida del non-originalismo, per cui, di fronte a una disposizione costituzionale vaga o oscura, il giudice deve far riferimento ad elementi che si ispirano a criteri di valutazione extralegislativi e che risultano aperti a orientamenti e valori che la dinamica sociale contribuisce a produrre ([30]). È possibile delineare, all'interno della teoria-guida non-originalista, due diverse posizioni, che rimandano alla scelta compiuta dall'interprete, tra gli

([30]) Vedi a tal proposito G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, Il Mulino, Bologna, 1974; E. Paresce, *Interpretazione (filosofia del Dirito e teoria generale)*, in "Enciclopedia del diritto", XXII, Giuffrè, Milano, 1972, p. 215 ss.

elementi sub 3), e sub 4), precedentemente considerati: a) la teoria morale e b) l'approccio pragmatista. Mentre la prima considera i diritti degli individui come *rights as trumps* contro il potere del governo, prefigurandosi l'obiettivo di realizzare l'*equal concern and respect* di tutti i cittadini, il secondo dà un peso sostanzialmente notevole al precedente giudiziale e alle conseguenze delle alternative interpretazioni. Mi propongo di analizzare di seguito questi due diversi orientamenti, soffermandomi in particolar modo sulla prima prospettiva, che è efficacemente attuata dalla *lettura morale* della Costituzione, proposta da Ronald Dworkin ([31]).

4.1. *La "moral reading" dworkiniana.*

La prospettiva non-originalista, a cui Dworkin appartiene, è parte integrante della tradizione americana ([32]). La lettura morale comporta la fine della distinzione tra la disciplina giuridico-positiva del diritto costituzionale e la "morale politica" (*political morality*), ossia un approccio avente carattere etico-normativo ([33]). Il filosofo americano è infatti convinto che il sistema costituzionale statunitense si fondi su " [...] una particolare teoria morale", in virtù della quale "[...]gli uomini hanno diritti morali verso lo Stato" ([34]). Dworkin affronta per la prima volta alcune riflessioni su questa particolare prospettiva, in *Taking Rights Seriously*, edito nel 1977. L'ispirazione è politico-giuridica, perché, tra la linea di Nixon, allora Presidente degli Stati Uniti (fautore di un'interpretazione "rigida" e fedele alla Costituzione) e l'orientamento della Corte Suprema, in quegli anni presieduta dal giudice

---

([31]) Vedi *FL*, pp. 2-12, 13-14, 18, 22, 29, 31, 34, 36-38, 42-43, 150-151, 263-264, 374 alla nota n. 11.

([32]) Ne è una conferma il rigetto della nomina del giudice Bork alla Suprema Corte nel 1987, esclusivamente a causa del fatto che questi era favorevole ad un approccio interpretativo tipicamente conservatore, quale è l'orientamento originalista. Dworkin, a riguardo, sostiene che "[...] Bork è stato sconfitto principalmente perché il suo pensiero non era conforme allo stile di interpretazione della Costituzione, che è diventato parte della tradizione politica americana". Vedi Id., *Bork's Jurisprudence*, in "University of Chicago Law Review", 57, 1990, p. 657 ss.

([33]) Vedi sull'argomento P. Comanducci, *Assaggi di metaetica II*, Giappichelli, Torino, 1998.

([34]) Lo Stato è qui inteso come governo, maggioranza, e tali diritti fondamentali morali sarebbero situati all'interno dei diritti legali previsti dalla Costituzione. Vedi R. Dworkin, *Taking Rights Seriously,* Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1977, (d'ora in avanti citato con TRS). Trad. It. Di F. Oriana, *I diritti presi sul serio*, il Mulino, Bologna, 1982, p. 190. Dworkin riprende le sue riflessioni in tema di "moral reading" in *Life's Dominion* [Id, *Life's Dominion. An Argument about Abortion and Euthanasia*, London, Harper Collins Publishers, 1993, (d'ora in avanti citato con *LD),* trad. it., *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, Comunità, Milano, 1994] e in *FL*.

Warren (che proponeva invece un'interpretazione "liberale", definita "attivismo giudiziale"), Dworkin si schiera a favore di quest'ultima. Egli, infatti, sostiene che i giudici, nel decidere gli *hard constitutional cases*, devono considerare le norme costituzionali vaghe come norme morali, nel senso che esse presuppongono importanti principi morali che il governo deve rispettare, lasciando ai giudici il dovere di applicare tali *standards* nei casi concreti ([35]). A questo punto, Dworkin distingue due tipi di norme costituzionali che possono proporsi all'attività dell'interprete: a) le clausole concrete, che vanno interpretate come s'interpreta la legge; b) le disposizioni astratte ([36]), che vanno interpretate in modo da ricostruire i principi morali astratti che saranno poi concretizzati nell'applicazione delle stesse. I diritti protetti da tali disposizioni non possono essere classificati in anticipo. Al fine di attribuire significato alle clausole astratte, è necessario fare riferimento a più parametri, quali: a) il tenore letterale del testo, interpretato secondo l'uso comune delle parole nel momento in cui furono pronunciate (ciò che i *framers* hanno detto); b) il significato loro attribuito dai *framers* (ciò che i *framers* intendevano dire); c) la prassi giuridico-politica del tempo, che rappresenta la ricostruzione storica del contesto (ciò che i *framers* hanno detto e volevano dire). Quindi, ogni interpretazione delle clausole costituzionali deve essere, per Dworkin, congruente (*fit*) con la struttura della Costituzione e con i precedenti interpretati dalla Suprema Corte. Dworkin, attento alla dimensione temporale del diritto e rispettoso nei confronti della tradizione giuridica, vede la vicenda del diritto come un poema epico, la cui storia si snoda attraverso vari volumi che potranno essere scritti solo da diverse

([35]) *FL*, p. 15.

([36]) Esempi di disposizioni costituzionali astratte sono quelle contenute nel *Bill of Rights*. Vedi *TRS*, p. 147. A tal proposito, Dworkin fa alcune riflessioni sul *due process of law*, contenuto nel V e nel XIV Emendamento alla Costituzione Americana. Tale disposizione, come ha recentemente sostenuto anche la Corte Suprema degli U.S.A., non può essere considerata come una semplice procedura, ma essa garantisce, in generale, la salvaguardia dei diritti individuali delle parti private e implica il regolare corso dell'amministrazione della giustizia. *LD*, p. 127. Accogliendo quindi questa prospettiva, denominata "*substantive due process*", il *due process of law* protegge gli individui nello sviluppo di tutti i loro diritti fondamentali, espressi o meno nella Costituzione, quali ad esempio: a) Il diritto a concludere contratti commerciali [questo fu il primo caso in cui fu accolta la prospettiva del *substantive due process*. Esso si affermò agli inizi del 1900, in quella che sarà poi definita come la "*Lochner Era*", in seguito a un caso del 1905 in cui la Suprema Corte rigettò, in base alla libertà contrattuale, una legge statuale che riduceva le opre lavorative dei fornai a sei ore la settimana (*Lochner v. New York* 198, U.S., 45, 1905)]; b) Il diritto, riconosciuto ai genitori, di mandare i loro figli a scuole private (*Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S., 510, 1925); c) il diritto, per le coppie sposate, di usare contraccettivi (*Griswould v. Connecticut,* 381 U.S. 479, 1965); d) il diritto per le donne di abortire (*Casey v. Planned Parenthood,* 505 U.S. 833, 1992).

generazioni ([37]). I giudici, secondo il filosofo americano, devono trovare "la migliore concezione dei principi morali costituzionali" ([38]), nella convinzione che la Costituzione contiene solo diritti politici fondamentali, nella loro forma più astratta, e non le preferenze in materia di giustizia, proprie di ciascun interprete, o della propria classe o partito ([39]). Secondo il filosofo americano, la *lettura morale* della Costituzione non attribuirebbe un poter assoluto ai giudici, poiché esso è limitato dall'*integrity*, dalla storia e dalla pratica ([40]). Ciò che veramente residua all'interprete, è la possibilità di scegliere tra quelle interpretazioni che, eventualmente, superano tutte in egual maniera i *tests* linguistici, storici e di congruenza. È quindi possibile rilevare come la *jurisprudence* di Ronald Dworkin, applicata alla Costituzione, cerca di elaborare un modello di ragionamento giuridico che responsa-

---

([37]) Per una riflessione critica dell'approccio dworkiniano, in riferimento alla *chain novel,* vedi G. Zaccaria, *Questioni di interpretazione*, Cedam, Padova, 1996, p. 220 ss.

([38]) *FL*, p. 11. Aldo Schiavello, in un suo recente saggio, propone un'interessante analogia tra l'interpretazione costituzionale avanzata da Dworkin con la *moral reading* e quella proposta da Marmor in riferimento alla concezione dell'oggettività logica. Vedi A. Schiavello, *Modest Objectivity ed interpretazione del diritto*, in http://www.dirittoequestionipubbliche.org/diritto-numero1/1_numero1-2.htm. Marmor, infatti, sostiene che ogni interpretazione si basa su uno schema generale di riferimento, e che la pluralità degli schemi garantisce la pluralità delle interpretazioni. Ciò però non impedisce di parlare di oggettività in senso logico di un discorso interpretativo a partire da un determinato schema di riferimento. Da qui l'analogia tra la concezione di Marmor di oggettività logica e quella dworkiniana di "ipotesi estetica". Vedi rispettivamente A. Marmor, *Three Concepts of Objectivity*, in Id. (Edited by), *Law and Interpretation. Essay in Legal Philosophy,* Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 194; R. Dworkin, *A Matter of Principles*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1985. Trad. it. di E. D'Orazio*, Questioni di principio*, Il Saggiatore, Milano, 1990, pp. 179-218.

([39]) Dworkin, nell'esplicazione della sua teoria del diritto, prende a modello un giudice sovraumano (*Hercules:* vedi *TRS*, p. 125; *Law's Empire,* Fontana Press, London, 1986 (d'ora in avanti citato con *LE*). Trad. it. Di L. Caracciolo di S. Vito, *L'impero del diritto*, Il Saggiatore, Milano, 1989, p. 265), quasi a preannunciare il passaggio dal "primo Dworkin" di *TRS*, che credeva che nella tesi utopistica della *one right answer,* al secondo Dworkin di *LE,* che, nell'enucleazione della teoria del diritto come integrità, sostiene che il giudice ha il compito di scegliere, tra il ventaglio di interpretazioni possibili, la migliore in riferimento alla tradizione del *corpus* giuridico (che rinvia all'insieme dei principi di giustizia, equità e *procedural due process* che forniscono la miglior interpretazione costruttiva della prassi giuridica della comunità). L'applicazione della teoria dell'*integrity* dworkiniana all'ambito costituzionale è, a questo punto, facile e spiega perché la Costituzione è concepita nella prospettiva della *living tree* (e quindi imperfetta e sempre completabile).

([40]) *FL*, pp. 10-11. I limiti posti all'interprete (*integrity,* storia, pratica) fungono da scudo contro le critiche mosse a questa concezione dell'interpretazione costituzionale. Senza questi limiti, tale teoria permetterebbe ai giudici costituzionali di trascrivere la storia costituzionale americana, usurpando il privilegio del popolo d'essere sovrano. Ma tali limiti esistono.

bilizzi il giudice all'osservanza dei canoni di coerenza e integrità, e lo ponga come garante istituzionale dei diritti. In tale contesto, i principi sono identificati come fattori portanti dell'interpretazione ed integrazione del diritto. L'integrità, come nozione cardine dell'attività giurisdizionale e dell'intero processo di positivizzazione giuridica, è strettamente connessa alla garanzia dei valori peculiari della comunità liberale prospettata dal filosofo americano. Posso concludere che, alla base della teoria dworkiniana, sia, pertanto, l'idea che l'esperienza giuridica sviluppi un disegno coerente e unitario, conoscibile in via sistematica. I principi, infatti, rinviano all'idea di una matrice da cui il diritto trae compimento, ma sottendono anche l'immagine di una realizzazione armoniosa delle sue parti, perché ispirata ad indirizzi e valori unitari ([41]).

4.1.1. *I "concetti" e le "concezioni" nelle disposizioni vaghe della Costituzione.*

Mi propongo adesso di analizzare, in dettaglio, quello che considero il fulcro della *moral reading* dworkiniana, rappresentato dalla fondamentale distinzione *tra* "concetto" e "concezione" che il filosofo americano elabora in *Law's Empire* ([42]). Il "concetto" di qualcosa è una proposizione generale e astratta che dà l'idea di quella cosa, quasi un tronco da cui si diramano poi le concezioni della cosa stessa, che sono più concrete e specificano l'idea che in linea di massima è stata offerta dal concetto. Perciò, due teorici possono essere d'accordo sul concetto, ma avere contrapposte concezioni ([43]). Ci si può dunque chiedere, se le clausole costituzionali vaghe, come quelle che si riferiscono alla legalità, all'eguaglianza o alla crudeltà, sottintendano un concetto, oppure una concezione, della legalità, dell'eguaglianza, della crudeltà ecc. È chiaro che, se esse sottintendono una concezione, è questa che l'interprete deve ricostruire, e con fedeltà alla visione originaria del legislatore costituzionale: l'interpretazione, diremmo noi, sarà in sostanza orientata da un criterio *storico-soggettivo*. Se invece gli st*andards* vaghi

([41]) Vedi G. Zaccaria, *Precomprensione, princìpi e diritti nel pensiero di Josef Esser. Un confronto con Ronald Dworkin*, in "Ragion Pratica", 11, 1998, p. 142.

([42]) *LE,* pp. 89-94. Pintore è del parere che la distinzione tra concetti e concezioni dei diritti proposta da Dworkin, presenti forti somiglianze con l'identificazione dei diritti con le norme, espressa da Ferrajoli. Questo concorrerebbe ad attribuire loro il carattere di sostanze, e a trattarli in modo auto-esecutivo, come un a-priori giuridico che richiede di essere eseguito e non amministrato. Vedi A. Pintore, *Diritti insaziabili,* in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit., p. 190.

([43]) Per esempio, Dworkin sostiene che:" [...] esortando la mia famiglia a comportarsi lealmente, intendo che essa deve essere guidata dal concetto di lealtà, non dalla mia personale visione della lealtà né da una qualsiasi particolare concezione di essa", invece "[...] quando pongo una concezione di lealtà pongo ciò che intendo per lealtà e la mia visione è perciò cuore di essa". *TRS,* 1982, pp. 243-245.

sottintendono solo un concetto, allora l'interprete sarà chiamato a determinare più liberamente quel concetto: l'interpretazione sarà in sostanza orientata da un criterio evolutivo e, fatto più importante, sarà impegnata in una lettura morale del testo (44). Così, per esempio, la Costituzione sin dal suo testo originario, fa riferimenti alla crudeltà, e ci si può chiedere se, alla stregua delle disposizioni costituzionali, la pena di morte sia da considerare crudele: se è in gioco una "concezione" della crudeltà, la pena di morte non sarà considerata pena crudele, ma se si tratta di un "concetto" di crudeltà la conclusione oggi sarà ben diversa. Dworkin non esita di fronte a queste scelte. Fatta la distinzione tra concetto e concezione, è ovvio, egli dice, che le clausole costituzionali vaghe si riferiscono a concetti, e non a concezioni. Le ragioni di questa conclusione sono diverse. Anzitutto, un semplice argomento di analogia: se fosse sottoposto alla Corte il quesito se la pena di morte sia pena crudele, essa dovrebbe decidere "che cosa è crudele, proprio come i miei figli nel mio esempio", afferma Dworkin, rammentando l'esempio della lealtà raccomandata come stile di vita alla famiglia, "possono fare ciò che ho detto decidendo che cosa sia leale" (45), vale a dire dovrebbe considerare le clausole costituzionali come riferibili al concetto di crudeltà. Un altro argomento, è quello linguistico, secondo cui, se il costituente avesse inteso disciplinare qualcosa nella dimensione di una concreta concezione, non avrebbe formulato *standards* vaghi. Infine, c'è una serie di argomenti indiretti, costituiti dalle critiche che Dworkin rivolge alle teorie alternative a quella dell'attivismo giudiziale, di cui è parte integrante la tesi che gli *standards* vaghi esprimono concetti e non concezioni. Ma c'è un ulteriore e decisivo passaggio logico per Dworkin: gli articoli vaghi della Costituzione non solo esprimono concetti, ma più esattamente concetti morali. Gli argomenti in favore di quest'allargamento della tesi sono poco espliciti in *Taking Rights Seriously*. Possiamo supporre, ragionevolmente, che uno di questi argomenti muova dall'assunto secondo cui il sistema costituzionale statunitense nelle sue disposizioni è portatore di una teoria morale, secondo la quale i cittadini hanno diritti morali verso lo Stato (46). Perciò, le disposizioni vaghe che contengano riferimenti alla legalità, all'eguaglianza, alla crudeltà ecc., esprimono concetti che, derivando da quella teoria, partecipano della sua natura e sono però essi stessi concetti morali. Un altro argomento, potrebbe essere pertinente a ciò che Dworkin pensa, non del diritto statunitense, ma con riguardo alla teoria generale del diritto. Infatti, le disposizioni costituzionali vaghe, data tale loro struttura, sono evidentemente quelle che Dworkin chiama princìpi, benché princìpi che non sono

(44) Vedi a tal proposito S. Sagnotti, I *diritti tra storia e morale. Riflessioni sul pensiero di Ronald Dworkin*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 115.
(45) *TRS,* pp. 246-247.
(46) *Idem*, p. 261.

costruiti dall'interprete ma che hanno trovato una certa espressione già in un documento istituzionale. Se ora si tiene presente ciò che in *Taking Rights Seriously* Dworkin ha detto in proposito, si può ricordare che i principi, per loro natura, esprimono "esigenze di giustizia, o di correttezza, o di qualche altra dimensione della morale". Pertanto le stesse disposizioni vaghe della Costituzione esprimono esigenze di carattere morale, onde, anche per questa via, è evidente la conclusione per cui esse esprimono non solo concetti, ma più precisamente concetti morali. Tutto questo, in definitiva, spiega la necessità della lettura morale delle disposizioni vaghe della Costituzione ([47]).

4.2. *L'approccio pragmatista.*

L'approccio interpretativo del pragmatismo dà un peso sostanzialmente notevole al precedente giudiziale e alle conseguenze delle alternative interpretazioni. Infatti, l'assunto centrale attorno al quale si muove questa prospettiva ermeneutica è se i giudici trovino il diritto o lo producano. La risposta dei pragmatici a quest'interrogativo è essenzialmente che nessuna risposta oggettivamente giusta può essere data alle questioni difficili ([48]). I giudici, in tali casi, devono conseguire un risultato ragionevole sul piano concreto, più che ineccepibile sul piano della dimostrabilità logica; comunque, l'obbligo giudiziale di decidere la controversia in tempi brevi costringe a rendere rapidamente determinato un caso, anche quando non lo è, in modo che non esistono mai dei "casi semplici" o dei "casi difficili", ma sempre dei casi da risolvere, nell'ottica della massimizzazione del benessere sociale e della ricchezza ([49]). Il maggiore esponente, a livello di interpretazione

---

([47]) Per una lettura approfondita dell'argomento, vedi R. Dworkin, *Must Our Judges be Philosophers? Can they be Philosophers?,* 2000, in http://www.culturefront.org/dworkin.html. Per una critica alla teorie della *moral reading* vedi: Y. Hasebe, *The Rule of Law and Its Predicament, in* http://www.eur.nl/frg/iacl/papers/hasebe.doc.

([48]) Secondo i pragmatisti negli *hard cases* non ci può essere risposta corretta, intesa come mancanza di disaccordo tra specialisti ragionevoli. Vedi E. Rakowski, *Posner's Pragmatism*, in "Harvard Law Review", 104, 1991, p. 1681 ss.

([49]) R. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge, (Mass.), London, 1990, p. 26. Le critiche di Posner alle tesi dworkiniane hanno origine da un dibattito tra i due filosofi, nel corso del quale Posner ha proposto un tipo di ragionamento legale, da lui definito "dal basso verso l'alto" (coerente all'approccio interpretativo del *letteralismo*) contrapponendolo a uno "dall'alto verso il basso" (più vicino alla teoria interpretativa *antiletteralista*), che sarebbe invece seguito da Dworkin. Mentre il primo tipo di ragionamento prende in considerazione, nella risoluzione di un caso giuridico, solo il testo giuridico o il precedente, nel secondo si rivendica l'esistenza d'alcuni "principi guida", determinanti nell'interpretazione giuridica. Vedi Id., *Legal Reasoning from the Top Down and From the Bottom Up: The Question of Unenumerated Constitutional Rights*, in University of Chicago

costituzionale, dell'approccio pragmatista, è costituito da Richard Posner, che, in una sua recente pubblicazione, *Problematics of Moral and Legal Reasoning* ([50]), si pone in atteggiamento fortemente critico nei confronti della concezione interpretativa della *moral reading*. Ronald Dworkin risponde a tali critiche in "*Posner's Charges. What I Actually Said*" ([51]), sottolienando il fatto che molte delle critiche che tale autore gli ha rivolto si basano su erronee premesse, oltre ad essere state "prese in prestito" da altri teorici del diritto. Il mio intento, in questo paragrafo, è quello di verificare la fondatezza delle critiche posneriane alla teoria costituzionalista dworkiniana, rilevandone eventuali tratti poco chiari e tendenziosi. Innanzitutto, Posner sostiene che "[...] La prospettiva che Dworkin applica ai casi da lui discussi non è generata da una sua personale ideologia, prettamente liberale, ma da una riflessione imparziale sui principi che sono considerati come parte integrante del diritto, nonostante il positivismo rigetti questo assunto" ([52]). È da sottolineare il fatto che Dworkin, in realtà insiste su una diversa questione. In *Law's Empire*, infatti, egli sostiene che l'interpretazione giuridica, inevitabilmente, comporta l'emersione delle convinzioni politiche dell'interprete. Tale assunto è confermato nell'introduzione a *Freedom's Law* (opera su cui Posner si riferisce di continuo nell'enunciazione delle sue critiche), in cui Dworkin afferma che le sue opinioni costituzionali sono influenzate dalle sue convinzioni di moralità politica. Posner, inoltre, è del parere che la *lettura morale* della Costituzione non sia così originale come vuole far sembrare, in quanto essa sarebbe stata anticipata da certi studiosi americani, al seguito di Herbert Wechsler ([53]). Dworkin risponde a questa provocazione sostenendo che egli non pretende di affermare l'originalità del suo lavoro, in quanto ciò rappresenterebbe l'ambizione più insensata che un autore possa fare. Ma ribatte

---

Law Review, 1992, p. 433 ss. Dworkin critica le affermazioni dell'analisi economica del diritti, il cui maggiore esponente è rappresentato da Richard Posner, in "*Why Efficiency*", contenuto in *Questioni di principio*, cit., pp. 267-289. Egli sostiene che negli *hard cases* i giudici non dovrebbero tendere alla massimizzazione della ricchezza (come afferma, invece, Posner), perché la massimizzazione del benessere sociale non comporta necessariamente un vantaggio per il singolo individuo. Infatti, la valutazione del benessere è una questione particolarmente complessa che non può essere rilevata mediante una superficiale analisi del *welfare*.

([50]) R. Posner, *Problematics of Moral and Legal Reasoning*, Harvard University Press, Cambridge, (Mass.), London 1999, d'ora in avanti citato con *PM*.

([51]) R. Dworkin, *Posner'Charges. What I Actually Said,* in http://www.nyu.edu/gsas/dept/philo/faculty/dworkin/papers/posner.html, d'ora in avanti citato con *PC*.

([52]) *PM,* p. 287.

([53]) *PM*, p. 117. Wechsler è convinto che i giudici della Suprema Corte, nell'interpretare le clausole costituzionali, devono far riferimento a particolari *standards*, che non corrispondono a questioni di *policy*. Tali standards sono rappresentati da principi neutrali, che vanno ricavati dal dettato costituzionale. Vedi H. Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, in "Harvard Law Review", 73, 1959, p. 1 ss.

sostenendo la sua estraneità all'approccio di Wechsler, che si fonda sui principi neutrali, che sono stati, invece, sempre rigettati dal filosofo americano ([54]). Posner continua nella sua critica alla *moral reading*, sottolineando il fatto che Dworkin, quando afferma, che nella risoluzione di nuovi casi, i giudici possono appellarsi a un'ampia gamma di principi, o politiche, implicitamente ammette la possibilità di utilizzare, per completare le carenze dell'ordinamento giuridico, ciò che in realtà diritto non è ([55]). La visione dworkiniana, è, invece, ancora una volta, l'esatto contrario. In *Law's Empire,* Dworkin ha distinto tra concetti e concezioni del diritto. Una di queste, da lui definita *"convenzionalismo"*, nega la rilevanza dei principi morali nelle decisioni giudiziali, mentre un'altra concezione, chiamata invece *"pragmatismo"*, insiste sul fatto che i giudici devono essere guidati nella risoluzione degli *hard cases*, interamente dalle *"policies"*. Dworkin è del parere che le eventuali critiche mosse alla sua teoria del diritto come integrità derivino dal fatto che la sua concezione del diritto si pone su un livello diverso rispetto all'approccio che la critica. Ma questo non significa affatto che le teorie che non concordano con la propria non devono essere considerate, come sostiene, invece, Posner, fondate sul diritto ([56]).

5. *La democrazia e la tutela dei diritti fondamentali.*

L'etimologia della parola "democrazia" è generalmente esplicata con l'espressione "governo del popolo" ([57]). Secondo le tipologie tradizionali, la democrazia è la forma di governo in cui il potere è nelle mani di tutti o della maggioranza, e si distingue per questo, dalla monarchia, che è il potere di uno solo, e dall'oligarchia, che è il potere di pochi. Il concetto di democrazia possiede una forte connotazione in senso apprezzativo, infatti non ci sono oggi uomini o partiti politici che non si dichiarino democratici. Evidentemente, il termine è carico di valore: essere democratico è cosa buona, e tutti ambiscono a vedersi riconosciuto questo titolo. Ma allora è opportuno distinguere il punto di vista descrittivo, che analizza il problema di ciò che è, dal punto di vista prescrittivo, che prende a cuore i valori, in pratica, ciò che

([54]) *PC*.
([55]) *PM*, p. 97.
([56]) *LE,* pp. 86, 262.
([57]) Per una definizione di democrazia, vedi N. Abbagnano, *Dizionario di Filosofia*, Utet, Torino, 2001, pp. 265-266; N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, *Dizionario di politica*, Tea, Torino, 2000, pp. 287-297. Sul dibattito italiano relativo al concetto di democrazia, vedi: L. Ferrajoli, *Democrazia e costituzione*, in "Ragion pratica", n. 3, 1994; G. Gozzi, *Teoria costituzionale e teoria realistica della democrazia*, in "Scienza e politica", n. 11, 1994. Si veda inoltre S. Holmes, *Passioni e vincoli. I fondamenti della democrazia liberale*, Edizioni di Comunità, Torino, 1995.

deve essere. Sembra che la nozione di democrazia non possa essere privata di nessuno dei due aspetti, essendo essa un insieme di regole o di strutture, sostenute da una carica ideale. L'importante è non confonderli, per non rischiare, in nome dell'ideale, di sottovalutare la democrazia reale. Questo è quanto succede, per esempio, quando si distingue tra democrazia formale (connessa all'eguaglianza giuridica e politica) e democrazia sostanziale (connessa all'eguaglianza economica e sociale), distinzione che è spesso stata sovrapposta alla precedente, per sostenere che la democrazia liberale, essendo formale, è "vuota", mentre la vera democrazia sarebbe solo quella sociale ed economica, perché sostanziale. In realtà, si tratta di due cose diverse, essendo l'una la nozione di una forma politica, l'altra la nozione di un contenuto sociale. Questa distinzione è oggi in disuso, proprio perché contiene un'ingiusta sottovalutazione della democrazia formale. Teoria e storia si sono infatti incaricate di dimostrare che la democrazia, come forma di governo, è una conquista irrinunciabile e un bene universale. Spesso, invece, in nome dei contenuti egualitari si è con troppa disinvoltura trascurato il modo in cui le decisioni vengono prese, con l'argomento che la vera democrazia non può consistere in un insieme di procedure formali. In realtà " [...] non vi è mezzo più adatto di impedire il moto verso la democrazia [...] che quello di screditare la definizione della democrazia come procedura, usando l'argomento che essa è formalistica, e di far credere al popolo che il suo desiderio è esaudito se il governo agisce nel suo interesse, e che esso ha raggiunto la desiderata democrazia se ha un governo per il popolo" ([58]). Quello che mi propongo, nei successivi paragrafi, è di analizzare quella particolare concezione della democrazia basata sulla protezione costituzionale dei diritti. In tal senso, i diritti individuali vengono visti, in adesione alla concezione dworkiniana, come *rights as trumps* contro il potere della maggioranza politica ([59]). Questa specifica dottrina della democrazia è, a torto, considerata da molti, "antidemocratica", poiché con essa si tenderebbe a espungere l'oggetto procedurale-decisionale della democrazia stessa. Di contro, è stato osservato che i diritti e la sovranità popolare si presentano in un rapporto inconciliabile tra loro. Il fatto che molti Stati occidentali hanno adottato una struttura costituzionale, è stato riconosciuto come un difetto nella prospettiva democratica, ma accettato, comunque, come il male minore. La protezione costituzionale dell'autonomia individuale e della libertà è stata considerata preferibile alla tirannide della maggioranza, e questo approccio ha condizionato la tradizione costituzionale liberale profondamente radicata nella storia occidentale ([60]). È stato, così, sostenuto,

---

([58]) H. Kelsen, *La democrazia*, Il Mulino, Bologna, 1986, pp. 190-191.

([59]) R. Dworkin, *Equality, Democracy, and Constitution*, in "Alberta Law Review", 2, 1990, p. 324 ss. (d'ora in avanti citato con *EDC*).

([60]) F. Zakaria, *The Rise of Illiberal Democracy*, in "Foreign Affairs", 6, 1997, p. 22 ss.

che il costituzionalismo e la democrazia non sono concetti tra loro contraddittori, ma complementari e costitutivi della vera democrazia. Cercherò di esplorare questo pensiero riferendomi agli scritti di due studiosi che sono schierati in prima linea a difesa del costituzionalismo democratico, Ronald Dworkin e Luigi Ferrajoli. La protezione costituzionale dei diritti è un tema comune ai loro lavori anche se ognuno adotta approcci diversi.

5.1. *Una concezione costituzionale della democrazia.*

La democrazia è stata spesso interpretata in modo pregiudizievole, nel senso di un sistema politico fondato su una serie di regole che assicurano l'onnipotenza della maggioranza. In realtà, nella sua più semplice forma, essa è considerata come il "governo del popolo", che non coincide con il sistema maggioritario. La democrazia, infatti, non significa mera maggioranza, ma maggioranza *legittimata*. Questo implica che la volontà della maggioranza deve essere soggetta alle costrizioni di qualche tipo di struttura costituzionale che non può venire modificata, se non con procedure gravose e rinforzate. Il fondamentale scopo di una genuina democrazia, quindi, non è rappresentato dal rispetto, nell'emanazione delle leggi, di certi requisiti procedurali, ma consiste nel trattare "[...]tutti i membri della comunità come individui, con *equal concern and respect* ([61]). Un modello di "vera" democrazia può essere rappresentato dalla concezione costituzionale della democrazia dworkiniana. Tale teoria è particolarmente rilevante, in quanto si prefigge lo scopo di combinare i fondamentali aspetti di due teorie della democrazia, il liberalismo e il repubblicanesimo civico, che sono state sempre viste in competizione tra loro. Nella lettura dei classici moderni, a tal proposito, è possibile rilevare lo scontro tra il liberale John Locke e il repubblicano Jean- Jacques Rousseau. I liberali guardano alla protezione dei diritti individuali contro l'abuso del potere supremo. I repubblicani civici, invece, preferiscono un sistema politico coerente all'espressione della maggioranza. Inoltre, mentre la visione liberale tende a definire un governo legittimo riguardo alla protezione della libertà individuale, spesso specificata in termini di diritti umani, la visione repubblicana basa, invece, la legittimità del diritto e della politica sulla nozione di sovranità popolare ([62]). La concezione costituzionale della democrazia di Dworkin si costruisce come ponte tra questi due aspetti della teoria democratica. Per comprendere perché il suo modello costituzionale è preferibile, sia al liberalismo, che al repubblicanesimo civico, è necessario analizzarlo in dettaglio.

([61]) *FL*, p. 17.

([62]) P. Pettit *Il Repubblicanesimo. Una storia della libertà e del governo*, Feltrinelli, Milano, 2000.

Dworkin è di solito concorde con la definizione di democrazia come "governo del popolo" ma rigetta la lettura maggioritaria che le è stata data. Egli è del parere che la democrazia è il governo del popolo inteso come *"as equals"*. Da questo punto di partenza, Dworkin sviluppa la sua concezione costituzionale della democrazia. Egli adotta una visione tripartita della democrazia, che per certi versi, rimanda alla definizione di Abraham Lincoln, di democrazia come "[...] governo del popolo, a mezzo del popolo, per il popolo" ([63]). Come Lincoln ha governato in una democrazia posta a tutela del popolo e praticata dal popolo stesso, e nel suo interesse, allo stesso modo, Dworkin considera essenziale che i cittadini facciano parte della comunità collettiva che governa, cercando però di mantenere, allo stesso tempo la loro specifica autonomia ([64]) . I due concetti proposti non sono totalmente analoghi, ma è possibile rilevare determinate affinità tra loro. Il "principio di partecipazione" di Dworkin corrisponde al "governo del popolo" di Lincoln. Esso rappresenta il punto di partenza di un sistema democratico, perché richiede che ad ogni cittadino sia dato un eguale diritto di voto, e quindi un eguale ruolo nel processo di sviluppo e formazione della struttura democratica. È il "principio di partecipazione" che rende possibile l'impostazione della fondamentale struttura istituzionale di una democrazia: esso richiede la previsione di un sistema a suffragio universale, e strutture di rappresentanza che prendano in considerazione i principi politici di ognuno ([65]). A questo punto, è opportuno rilevare un argomento importante che può essere avanzato in favore del costituzionalismo, e contro l'approccio maggioritario. Le strutture democratiche elementari, come il sistema di suffragio universale, derivano dalle regole strutturali che determinano il fondamento di un sistema democratico. Queste previsioni strutturali devono essere costituzionali, perché solo in tal modo si rendono immuni ai cambiamenti, altrimenti un sistema rischia di non rimanere a lungo una democrazia. Dworkin è del parere che il miglior modo per proteggere le strutture elementari della democrazia è rappresentato dai provvedimenti strutturali costituzionali o abilitanti (*structural costitutional provisions*, *enabling privinsions*) ([66]). Non accettando la visione maggioritaria, Dworkin suggerisce che il "principio di partecipazione" non solo spieghi la democratica necessità dei provvedimenti strutturali costituzionali, ma definisca anche i provvedimenti disabilitanti costituzionali (*disabling constitutional provisions*), che proteggono le libertà politiche, (come la libertà di parola, la libertà di associazione ecc.) Infatti, in un sistema in cui i provvedimenti strutturali accordano agli individui il diritto di parlare liberamente, una maggioranza dominante non

([63]) A. Lincoln, *Gettysburg Address*, Gettysburg National Cemetery, 19 Nov. 1863.
([64]) *EDC*, p. 337; *FL*, p. 24.
([65]) *EDC*, p. 338; *FL,* p. 24.
([66]) *CD*, p. 2.

può porre in silenzio un individuo, la cui voce non è favorevole all'opinione del regime di sistema, e quindi viene disabilitata dall'esercizio del suo potere, se si scontra con un diritto individuale. La premessa maggioritaria guarda ai provvedimenti disabilitanti come fondamentalmente anti-democratici, in quanto decurterebbero il potere (con l'aiuto delle regole abilitanti) ai rappresentanti eletti. Dworkin si oppone a questa visione, ancora una volta, con un argomento basato sulla fondamentale premessa dell'eguaglianza.

Se a chiunque è, infatti, concessa la stessa genuina opportunità di fare la differenza nel proprio sistema politico, (buttando il proprio voto o utilizzandolo consapevolmente), allora ad ogni individuo devono essere assegnate delle libertà politiche. I cittadini che partecipano al processo democratico devono avere determinati diritti individuali che li aiutano a partecipare al processo politico. Se ciò non fosse reso possibile, i risultati delle elezioni non rifletterebbero davvero la volontà della maggioranza, ma la volontà di individui che sono stati più abili a disseminare pubblicamente le loro opinioni politiche. In accordo con la teoria dworkiniana, i provvedimenti disabilitanti non disabilitano in realtà la democrazia, ma la rafforzano. Dworkin vede le libertà politiche come un pre-requisito della democrazia genuina, e la struttura costituzionale come il miglior modo per proteggerle. I cittadini sono incoraggiati a partecipare al processo politico, al fine che esso risulti sempre democratico, ed *equal*. Per ritornare alla visione tripartita della democrazia di Dworkin, si può osservare che il suo secondo principio di *stake roughly*, può essere equiparato alla concezione del governo *per* il popolo di Lincoln. Quest'ultimo ha sostenuto che il governo legittimato deve essere praticato nell'interesse del popolo e la democrazia è da questi considerata più di un mero sistema di creazione di decisioni collettive (*collective decision-making*), in quanto essa ha uno scopo.

In modo simile, Dworkin insiste che una società non deve realizzare la volontà della maggioranza, ma deve anche considerare i bisogni e le prospettive delle minoranze. Un individuo non può essere un membro di un'unità collettiva come previsto dal "principio di partecipazione", se non è trattato come un membro dagli altri ([67]). Per il filosofo americano, il principio di *stake roughly,* rende possibile una "comune concezione della democrazia" che è preferibile ad una mera "concezione statica". Sotto una concezione statica, infatti, il popolo è visto come una mera figura parlante; un risultato o una decisione presa dal popolo è meramente dovuta alla coincidenza di molte azioni individuali.

Una "concezione statica" della democrazia è tipicamente maggioritaria, in quanto insiste sul fatto, come dice Dworkin, che le decisioni politiche sono fatte in accordo con alcune speranze e opinioni di alcuni cittadini, ma non di

([67]) *FL,* p. 25.

tutti ([68]). La sua enfasi sta nella procedura. Quindi, in base alla "concezione statica" della democrazia, solo i provvedimenti espressamente strutturali (quelli che determinano la procedura e l'organizzazione di un sistema democratico) possono essere considerati democratici. Per cui, una "concezione statica" non può riconciliare il supposto conflitto tra la democrazia e una Costituzione che protegge i diritti individuali.

Questo è il motivo per il quale Dworkin sostiene che una "concezione comune" (*communal conception*) della democrazia offre una migliore concezione della democrazia. Essa riguarda il popolo e il modo in cui un gruppo è capace di prendere decisioni politiche come distinte entità: se una "concezione statica" della democrazia può essere equiparata a un mercato di scambio straniero, la "concezione comune" può essere compresa se paragonata ad un'orchestra. I musicisti, individualmente, non sono in grado di suonare una sinfonia, cosa che invece riescono a eseguire insieme. Inoltre, non è sufficiente che ognuno di loro suoni il proprio pezzo di musica come ritiene più appropriato, ma deve necessariamente suonare nell'ambito dell'orchestra stessa, e quindi sentirsi come parte integrante di un gruppo dove ognuno è egualmente importante ([69]).

Dworkin sostiene inoltre che la sua "concezione comune" della democrazia ha similitudini con la nozione di Rousseau di "volontà generale" (*volonté generale*), perché in entrambi i modelli le decisioni politiche sono prese da una distinta entità, il popolo (*the people*), piuttosto che da un determinato gruppo di individui presi singolarmente ([70]) .

Nella "concezione comune" della democrazia, i provvedimenti strutturali non possono essere limitati da questioni di procedura od organizzazione come nel caso di una "concezione statica". Infatti, il principio di *stake roughly,* richiede che gli individui, uniti in un gruppo, esprimano la stessa considerazione, per le minoranze nel gruppo, che vorrebbero per loro stessi. Le libertà positive aiutano, quindi, gli individui ad adottare o sviluppare un'attitudine in linea con il principio di *stake roughly*, e per mezzo di ciò la democrazia si rafforza piuttosto che disabilitarsi. Infine, Dworkin sottolinea che se in un sistema la maggioranza non tutela i diritti delle minoranze, esso non può essere considerato democratico ([71]).

Veniamo ora ad analizzare l'ultimo elemento della visione dworkiniana della democrazia: il "principio d'indipendenza". È possibile rilevare similitudini con la nozione di Lincoln di "*government of the people*". Lincoln sostiene che il potere politico ha origine dal popolo; un governo democratico è

([68]) *Idem,* p. 330.

([69]) J. Rawls, *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, MA, 1971. Trad. it., *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1982, pp. 523-524.

([70]) *EDC*, p. 330; CD, p. 4; FL, p. 20;

([71]) *EDC*, p. 339.

legittimato da questa genesi. In virtù del principio dworkiniano, d'altra parte, perché sussista una democrazia, bisogna avere una comunità di "agenti morali indipendenti" *(independent moral agents*). Ad esempio, Dworkin è del parere che, per il governo di una comunità, è proibito dettare cosa i suoi membri pensano riguardo i problemi vertenti sui giudizi di etica politica o morale, mentre è obbligato a incoraggiare i suoi membri a formarsi una propria opinione su certi problemi che riflettono le loro convinzioni individuali ([72]). A prima vista, il "principio di indipendenza" sembra essere solo un altro principio che serve a spiegare la superiorità di una comune concezione costituzionale della democrazia. Naturalmente, esso propone migliori ragioni rispetto ai due principi in precedenza analizzati, nel trattare le libertà politiche come strutturali alla democrazia. Alcuni tipi di garanzie costituzionali di libertà di parola, di associazione, di religione (e di seguito la tolleranza liberale della moralità personale e sessuale) diventano condizioni per la vera democrazia. La protezione di queste libertà è necessaria per incoraggiare gli individui a responsabilizzarsi circa le loro convinzioni personali, e tale obiettivo è coerente al perseguimento di un'efficiente struttura democratica ([73]).

Analizzandola più da vicino, la somiglianza tra il "principio di indipendenza" e quello di Lincoln del "*government for the people*" diventa più ovvia. Essenzialmente, il principio "di indipendenza" afferma che perché il potere politico sia legittimo, deve avere origine dal popolo. L'argomento procede seguendo queste linee: perché un sistema democratico sia legittimo, il popolo deve essere l'autore delle decisioni prese dal sistema. Al fine di ciò, gli individui devono identificarsi con la comunità politica, in altre parole, devono essere considerati come "agenti morali". Ma possono essere considerati come "agenti morali"solo se preservano dei giudizi morali indipendenti dalla volontà del governo, e dalle decisioni della comunità (e naturalmente, le libertà personali sono essenziali per rendere questa indipendenza possibile) ([74]). Un membro di un gruppo può identificarsi con il gruppo, e sentirsi vincolato alle sue decisioni, se sa che ha un proprio "impatto individuale" sulla decisione stessa. Un musicista che suona il triangolo nell'orchestra riprendendo l'esempio di prima, sa che è importante e non rimpiazzabile nel suo compito, anche se non è il primo violino. Lui vuole, come membro del gruppo sentirsi solo soddisfatto come qualsiasi altro membro dell'orchestra se il concerto è un successo. Quindi, al fine di essere un membro genuino di una comunità politica, un individuo deve essere consapevole che gli atti presi dalla comunità sono in qualche modo pertinenti al suo atto, anche se vi ha votato contro, per cui la vittoria o la sconfitta del *team* di cui egli è membro,

([72]) *FL*, p. 26.
([73]) *EDC*, p. 341.
([74]) J. Cohen, *Habermas on Democracy*, in "Ratio Juris", 4, 1999, p. 391.

rappresenta anche la sua vittoria o sconfitta, se il suo contributo ha fatto la differenza ([75]).

5.2. *Diritti fondamentali e democrazia sostanziale.*

Il rapporto intercorrente tra la garanzia dei diritti fondamentali e la democrazia è uno dei temi su cui Luigi Ferrajoli, ha discusso in un suo recente libro, "*Diritti fondamentali*" ([76]). Ferrajoli propone una nozione di democrazia sostanziale che si configura come un ordinamento giuridico-costituzionale, comprendente in sé stesso i diritti fondamentali e le garanzie da essi coerentemente implicate al fine della loro effettiva protezione e della loro efficace applicazione. La nozione di democrazia sostanziale da egli esposta ha sollevato molte obiezioni ([77]). Ritengo opportuno analizzare in breve la teoria della democrazia sostanziale proposta da Ferrajoli, al fine di rilevare le somiglianze con l'approccio dworkiniano. Innanzitutto, Ferrajoli, dopo aver proposto una definizione *formale* di "diritti fondamentali", sostiene che essa è in grado di fondare una teoria della democrazia costituzionale ([78]) che si basa su quattro assunti: a) la distinzione tra diritti fondamentali e diritti patrimoniali; b) la fondazione dell'eguaglianza giuridica e della dimensione sostanziale della democrazia; c) la proposizio-

---

([75]) *FL*, p. 22.

([76]) Il libro costituisce la raccolta dei saggi pubblicati da Ferrajoli sulla rivista "Teoria politica" (a partire dal n.2/1998 per finire con il n. 3/2000), integrato da una serie di interventi di altri autori, sempre pubblicati in "Teoria politica", sul tema. Vedi L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit.

([77]) Vitale ad esempio, si chiede se il costituzionalismo di Ferrajoli non pretenda di dare risposta alla classica questione circa la miglior forma di governo (vedi E. Vitale, *Teoria generale del diritto o fondazione dell'ottima repubblica*? In L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit., p. 115; Bovero è invece del parere che i diritti fondamentali rappresentano il limite esterno alle decisioni del legislatore democratico, in quanto la democrazia è solo formale o procedurale o non è (vedi M. Bovero, *Diritti e democrazia costituzionale*, in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit., pp. 255-259.

([78]) Secondo la definizione di Ferrajoli: "[...] sono diritti fondamentali tutti quei diritti soggettivi che spettano universalmente a tutti gli esseri umani in quanto dotati dello *status* di persone, o di cittadini o di persone capaci d'agire". Si tratta di una definizione "formale" in quanto non si riferisce ai valori che in ogni ordinamento giuridico vengono tutelati dai diritti fondamentali, e per questo, secondo Ferrajoli, tale definizione è valida a) per qualsiasi ordinamento giuridico e b) per qualsiasi concezione giusfilosofica. Vedi L. Ferrajoli, ult. op. cit.,p. 5. È utile rilevare che per Danilo Zolo, la logica formale di cui si serve Ferrajoli per definire i diritti fondamentali non possa fornire un fondamento essenziale a una teoria della democrazia sufficientemente complessa. Zolo, però, concorda con Ferrajoli sul fatto che una concezione non puramente formale della democrazia comporta il rispetto dei diritti di libertà. Vedi D. Zolo, *Libertà, proprietà ed eguaglianza nella teoria dei "diritti fondamentali",* in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit., pp. 54-55.

ne di una democrazia costituzionale planetaria fondata sulla sopranazionalità di gran parte dei diritti fondamentali; d) la distinzione dei diritti fondamentali dalle loro garanzie.

Qui mi limiterò ad analizzare la tesi della democrazia sostanziale ([79]), che ritengo presenta forti connessioni con la concezione costituzionale della democrazia dworkiniana. Ferrajoli distingue tra democrazia formale e sostanziale: mentre la prima, (proiettata sul chi e come decidere), si fonda sui poteri della maggioranza, la seconda (proiettata sul che cosa è decidibile o indecidibile) si basa sui diritti fondamentali e rappresenta l'insieme delle garanzie assicurate dal paradigma dello Stato di diritto ([80]). Per Ferrajoli il principio democratico e i diritti hanno un fondamento giustificativo comune, ossia la Costituzione, intesa come contratto sociale, metafora della democrazia politica, che fonda la legittimazione dal basso verso l'alto, e della democrazia sostanziale, dato che il contratto non è un accordo vuoto, ma ha come contenuto la tutela dei diritti fondamentali, la cui violazione da parte del sovrano legittima la rottura del patto e l'esercizio del diritto di resistenza. Ferrajoli, nell'elaborazione della sua teoria, distingue le norme della Costituzione (italiana) in "formali sul vigore" e "sostanziali sulla validità". Mentre le prime ([81]) si identificano, nello stato democratico di diritto, con le regole della democrazia *formale* o *politica*, in quanto disciplinano le forme delle decisioni che assicurano l'espressione della volontà della maggioranza, le seconde ([82]), vincolando a pena di invalidità la sostanza (o il significato) delle decisioni della maggioranza al rispetto dei diritti fondamentali e degli altri principi assiologici in esse stabiliti, corrispondono alle regole con cui si caratterizza la democrazia sostanziale ([83]). Non v'è dubbio che nel costituzionali-

([79]) Pintore è del parere che Ferrajoli abbia abusato della definizione di democrazia. Infatti, per Pintore, se si vuole che la semantica di democrazia rimanga fedele a quella dei moderni, essa racchiuderebbe al suo interno i presupposti della stessa, ma non i contenuti. Vedi A. Pintore, *Diritti insaziabili,* in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit., pp. 181-187;

([80]) È utile rilevare che lo Stato di diritto, modellato originariamente, sulla tutela dei soli diritti di libertà e proprietà, si è poi trasformato (con il riconoscimento costituzionale di diritto come la salute, l'istruzione ecc.) in stato costituzionale di diritto, che incorpora i diritti (anche sociali) nella Costituzione. Vedi ult. op. cit., p. 10.

([81]) Tali norme sono ad esempio contenute nella seconda parte della Costituzione Italiana.

([82]) Un esempio di norme sostanziali sulla validità possono essere rinvenute, per Ferrajoli, nella prima parte della nostra Costituzione. Vedi L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali,* cit.pp. 19-20.

([83]) *Ibidem.* Ermanno Vitale è del parere che la democrazia sostanziale prospettata da Ferrajoli "fagociti" la democrazia procedurale o formale, riducendo lo spazio della scelta tra i progetti alternativi della società nonché delle deliberazioni della

smo di Dworkin e di Ferrajoli vi sono molti elementi comuni, anche se è chiara la distanza di Ferrajoli dalle oscillazioni quasi-giusnaturalistiche del primo Dworkin e dall'esito quasi-ermeneutico del secondo Dworkin ([84]). Esiste quindi un'assonanza tra la distinzione, proposta da Dworkin, fra democrazia costituzionale e democrazia maggioritaria, e quella proposta da Ferrajoli, fra democrazia formale e sostanziale. Infatti, come per il filosofo americano la democrazia costituzionale è superiore a quella maggioritaria, in quanto risulta centrale il ruolo del valore egualitario, nel senso di considerare tutti gli individui con *equal concern and respect*, per Ferrajoli "il principio della democrazia politica [...] è [...] subordinato ai principi della democrazia sociale" ([85]). Egli è infatti del parere che se le regole sulla rappresentanza e sul principio di maggioranza sono norme formali in ordine a ciò che dalla maggioranza è decidibile, tali norme si subordinano ai principi sostanziali espressi dai diritti fondamentali e relativi a ciò che non è lecito decidere e a ciò che non è lecito non decidere. Sia Dworkin che in Ferrajoli sottolineano pertanto il ruolo essenziale dei diritti per la configurazione delle stesse regole democratiche di competenza e procedura e della loro essenzialità, in quanto fondamento di legittimazione del potere pubblico e dell'ordinamento giuridico complessivo.

ABSTRACT

This essay discusses about all the most important conceptions of the American constitutional interpretation. Particullary, after exposing an introduction about how we can interpret constitutional clauses, it describes the originalist's theory and the non-originalist's theory. About originalist's theory, recent Dworkin's essay deals with a constitutional theory, concerning the moral reading of the American Constitution. Finally, This essay discusses about Dworkin's constitutional democracy conception and purposes a briefly similarity with substantial Ferrajoli's democracy.

---

maggioranza, o più in generale, della politica democratica. Vedi in particolare E. Vitale, *Teoria generale del diritto o fondazione dell'ottima repubblica?* In L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali,* cit., pp. 115-116.

([84]) Connessioni tra le teorie dei due autori sono state accennate da Luca Baccelli, in un suo recente saggio. Vedi L. Baccelli, *Diritti senza fondamento,* in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*,op. cit.,p. 214 nota n. 9. Ma si veda anche L. Gianformaggio, *Diritto e ragione tra essere e dover essere, i*n L. Gianformaggio, (a cura di), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli,* Giappichelli, Torino, 1993; S. Sagnotti, ult. op. cit.,p. 112; A. Schiavello, *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin,* Giappichelli, Torino, 1998, pp. 248-260.

([85]) Vedi L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989, p. 905.

In questo saggio vengono prese in considerazione le più importanti concezioni dell'interpretazione costituzionale presenti nel panorama americano. In particolare, dopo aver affrontato la questione relativa a come è possibile interpretare le clausole costituzionali, sono descritte le contrapposte teorie originalista e non-originalista. Nell'ambito delle teorie non-originaliste, ci si sofferma sulla recente teoria costituzionalistica dworkiniana, concernente la lettura morale della Costituzione. Nella parte finale, la concezione costituzionale della democrazia proposta da Ronald Dworkin viene sinteticamente confrontata con la concezione della democrazia sostanziale elaborata da Luigi Ferrajoli.

Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.
Nuova serie . Vol. XV (2001)

ENRICO CARLO MAESTRI

ALLE ORIGINI DELLA SOCIOLOGIA DEL DIRITTO IN ITALIA. IL CONTRIBUTO DI GIUSEPPE SALVIOLI (1857-1928). (*)

> Se il giurista non tenesse in alcun conto del diritto vivente, del diritto spontaneo in atto, del diritto flessibile e dinamico (che è in perpetuo divenire ed è ovviamente inscindibile dalla realtà sociale del diritto), del comportamento, della prassi, delle istituzioni, delle convinzioni collegate al diritto, egli correrebbe il rischio di costruire un edificio totalmente disgiunto dal diritto realmente valido.
>
> GEORGES GURVITCH, *Sociologia del diritto*

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Socialismo giuridico italiano e contesto storico-politico. — 3. Un ritratto di Salvioli. — 4. La questione del metodo interpretativo del diritto. — 5. Salvioli, sociologo della legislazione. — 6. Salvioli, critico del diritto positivo vigente. — 7. Il modello solidaristico di Salvioli. — 8. Conclusione

1. – Il dibattito sul positivismo filosofico e sociologico non si è ancora sopito in Italia: recentemente eminenti studiosi, proponendo la rilettura di taluni aspetti del positivismo italiano, hanno, di fatto, operato una diversa definizione di alcuni risultati ritenuti definitivamente raggiunti con gli studi

(*) Il lavoro che si presenta costituisce una proiezione sintetica di una parte di un più ampio progetto di studio e di ricerca, che si articolerà, oltre a questa, in altre tre parti: la prima, in cui si proporrà una riconsiderazione generale delle implicazioni storico-sociologiche del movimento del socialismo giuridico con esiti opposti rispetto alle conclusioni raggiunte dalla ricerca storiografica degli anni '70 ed inizi '80; la seconda, in cui si considererà il rapporto tra cultura marxista e socialismo giuridico, in particolare attraverso l'analisi dello scritto *Juristen Sozialismus* di F. Engels e K. Kautsky, apparso nel 1887 su *Die Neue Zeit*, e del quale se ne produrrà la traduzione in lingua italiana essendo esso ancora inedito; l'ultima parte, in cui si evidenzierà l'influsso politico ed ideologico che il socialismo giuridico esercitò sulla configurazione delle più importanti fonti del diritto positivo italiano emanate dopo la II Guerra Mondiale, vale a dire sulla Costituzione Italiana e sulla legislazione del lavoro e previdenziale emanata tra gli anni '50 e '70.

compiuti tra gli anni '70 ed '80 soprattutto ad opera degli storici italiani.

Sia il recente contributo a cura di Angelo D'Orsi (1), dedicato ad un ripensamento generale della figura di Achille Loria, uno dei personaggi più emblematici e controversi prodotti dal socialismo accademico di impronta positivista, sia il saggio di Paolo Grossi, dove alcuni capitoli sono dedicati a quel "movimento minoritario di giuristi neoterici" (o novatori come egli chiama i giuristi che si riferivano al socialismo giuridico), il cui merito fu quello "di incrinare certezze, insinuare dubbi, allargare la consapevolezza della intiera scienza giuridica" (2) italiana a partire dagli anni '80 dell'Ottocento, sia, infine, l'articolo di Franco Restaino, nel quale l'A., commentando l'edizione delle lettere di R. Ardigò curata da W. Büttemeyer, mantiene fermo il suo giudizio sul positivismo italiano come di una corrente di pensiero che non ha inciso "nei dibattiti della cultura filosofica internazionale tra Ottocento e Novecento" (3), sono esempi significativi, che dimostrano l'attualità culturale di una corrente di pensiero filosofico quale il positivismo, che, seppur considerato "morto prima di nascere" (4), ebbe il merito di impostare un "processo di scientificizzazione della analisi della società" (5) attraverso una indagine integrativa e comparativa dei dati culturali, antropologici, sociologici, storici e psicologici (6).

In questa ottica si colloca anche il presente lavoro, che, partendo dall'affermazione di Renato Treves, secondo il quale "la storia della sociolo-

---

(1) Cfr. A. D'Orsi (a cura), *Achille Loria*, Edizioni Il Segnalibro, Torino, 2000, che comprende, tra gli altri, i saggi di F. Barbano, R. Faucci, C. Malandrino e R. Marchionatti.

(2) Cfr. P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 20. L'A., commentando la situazione in cui si trovava la dottrina giuridica italiana nell'ultimo decennio dell'Ottocento, osserva a pag. 39, che tra i giuristi innovatori "resta solo Giuseppe Salvioli, storico del diritto fortemente influenzato in quegli anni dalla metodologia marxista, a urlare invettive rabbiose contro un monumento giuridico [il Codice civile del 1865] individuato quale strumento conservativo e ostile alla ascesa delle classi lavoratrici".

(3) F. Restaino, *Su Ardigò e la revisione storiografica del positivismo italiano*, in "Paradigmi", 54, 2000, p. 621.

(4) Cfr. N. Bobbio, *Profilo ideologico del '900*, Garzanti, Milano, 1990, p. 9. Severo il giudizio di Bobbio, sul positivismo italiano: "non fu una buona filosofia" né "fu una filosofia originale" e tanto meno "una filosofia dell'avvenire"; Bobbio però ammetteva che il merito della filosofia positiva fu quello di aver "educato la generazione che diventò matura negli ultimi anni del secolo a una concezione più ragionata e ragionevole della lotta politica, a prender coscienza dei problemi di una moderna società industriale che sembrava richiedere soluzioni non avventate, da raggiungersi attraverso la conoscenza, che solo un'educazione positiva avrebbe potuto dare, delle leggi oggettive che reggono lo sviluppo della storia (non diversamente dalla natura)"; Ivi, p. 14.

(5) S. Poggi, *Il positivismo*, Laterza, Roma-Bari, 1987, p. 193.

(6) Cfr. C. Faralli, *Diritto e scienze sociali. Aspetti della cultura giuridica italiana nell'età del positivismo*, Clueb, Bologna, 1993, p. 22.

gia del diritto in Italia è ancora da scrivere" ([7]), fissa l'attenzione, in generale, sul movimento del socialismo giuridico, considerato uno dei frutti più ibridi prodotti dal positivismo filosofico, ed, in particolare, su Giuseppe Salvioli, storico e filosofo del diritto, che con i suoi scritti ha precorso le tematiche care alla sociologia giuridica contemporanea ([8]).

Questa operazione di rilettura delle fonti storiche della sociologia del diritto italiana si rende ancor più necessaria se si pensa che gli "squarci storiografici" prodotti negli anni '70 su un fenomeno complesso e magmatico come il socialismo giuridico ([9]) e sulle singole personalità che lo componevano ([10]), pur avendo meritoriamente contribuito all'emersione di una nebulosa che era presente, seppur in forma circoscritta ([11]), nel panorama della cultura giuridica italiana a cavallo dei due secoli, non hanno peraltro, a mio avviso, colto con la necessaria attenzione analitica il carattere prettamente teorico-sociologico presente negli scritti dei giuristi socialisti.

Proprio perché il socialismo giuridico risultò essere il tentativo di tradurre, in ambito giuridico, l'indirizzo scientifico, positivo-sociale, lo storico del diritto avrebbe dovuto tenere conto non solo delle premesse metodologiche delle analisi storiche, ma anche di quelle sociologiche ([12]),

---

([7]) R. Treves, *Lo studio dei diritti antichi e le origini della sociologia del diritto in Italia*, in Id. (a cura), *Alle origini della sociologia del diritto*, Franco Angeli, Milano, 1983, p. 7.

([8]) R. Bettini, *Sociologia del diritto positivo*, Franco Angeli, Milano, 1998, p. 26. L'A. osserva che le ricerche empiriche in tema di produzione delle norme (o sociologia legislativa) "si possono dire iniziate alla fine del secolo scorso con l'analisi, da parte di A. Menger, del progetto del Codice civile germanico, con quella di G. Salvioli sul carattere classista del codice civile italiano del 1865. Il loro sbocco storico è costituito ora dallo sviluppo della '*policy analysis*' degli anni '70".

([9]) Si veda il numero monografico sul socialismo giuridico curato dalla rivista "Quaderni fiorentini" e dal titolo, *Il socialismo giuridico. Ipotesi e letture*, nn. 3-4, tomi I-II, 1974-75. A tutt'oggi, questo contributo resta un valido punto di riferimento per lo studio del fenomeno culturale del socialismo giuridico anche se in esso si coglie una operazione storiografica di assoluta minimizzazione (a parte i contributi di G. Orrù, di P. Caroni e di S. Cassese) dell'effettiva incidenza del socialismo giuridico sia sulla realtà politico-legislativa italiana sia sulle risultanze metodologiche della scienza giuridica. Sul socialismo giuridico, si veda anche lo studio, precedente a quello di "Quaderni fiorentini", condotto da P. Ungari, *In memoria del socialismo giuridico. I. Le scuole del diritto privato sociale. II. Crisi e tramonto del movimento*, in "Politica del diritto", 1970, pp. 241-268, pp. 387-403.

([10]) Su Giuseppe Salvioli, il saggio più completo e con notevole spessore scientifico-analitico rimane quello di P. Costa, *Il solidarismo giuridico di Giuseppe Salvioli*, in "Quaderni fiorentini", nn. 3-4, I, 1974-75, pp. 457-494.

([11]) Cfr. L. Ferrajoli, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999, pp. 35-36.

([12]) Su questo particolare problema di natura metodologica, cfr. J. Rückert, Storia contemporanea del diritto: compiti e risultati fra storia, diritto, scienze sociali e sociologia, in M. G. Losano (a cura), *Storia contemporanea del diritto e sociologia giuridica*, Franco Angeli, Milano, 1997, p. 47.

queste ultime, quali espressione "di nuove capacità analitiche ed argomentative ignote alle scienze dogmatiche" ([13]).

Paradigmaticamente, la cesura tra analisi storica ed analisi sociologica si è palesata in tutta la sua evidente contraddittorietà nel giudizio pressochè unanime che gli storici del diritto hanno dato, ad esempio, del modello di agire solidaristico di cui si facevano propugnatori i giuristi socialisti. Secondo gli storici si trattava di un solidarismo caritatevole, "peloso", impregnato di retorica ipocrita e paternalistica, ed ideologicamente prodromico al modello solidaristico di impronta autoritario-produttivistica, successivamente prospettato dal regime fascista ([14]), dimostrando con ciò di non essere riusciti a cogliere l'importanza scientifica dei concetti elaborati, a partire soprattutto da Durkheim e da Tönnies, dalle teorie sociologiche dell'integrazione sociale. Il problema del rapporto tra individuo e società, il tema della differenziazione socio-funzionale del lavoro, il processo di socializzazione, il funzionamento dei meccanismi di coesione sociale ("il cemento della società" per riprendere l'espressione del sociologo Jon Elster) sono temi che rappresentano l'asse portante delle teorie dell'integrazione ([15]) e che fondano un modello analitico (di tipo dicotomico in Durkheim ([16])) di azione solidaristica avalorativa, non avente, sul piano etico, nessuna giustificazione ([17]).

Questo esempio, che pure è centrale e ricorrente nei contributi che gli storici hanno dedicato allo studio del socialismo giuridico, dimostra la necessità di un ripensamento, alla luce dei quadri categoriali di riferimento

---

([13]) R. Bettini, *Introduzione: la nuova legalità*, in "Rivista trimestrale di scienza dell'amministrazione", 1999, p. 9.

([14]) In questo senso, quasi tutti gli storici che si sono occupati di socialismo giuridico. Il loro giudizio è stato indubbiamente condizionato da un "pesantissimo" antecedente storico-culturale consistente in una frase lapidaria di G. Tarello: "... precisamente quel filone che si suole chiamare socialismo giuridico, e che dovrebbe invece chiamarsi paleocorporativismo giuridico italiano"; Cfr. G. Tarello, (voce) *Corporativismo*, in A. Negri (a cura), Scienze Politiche 1, Enciclopedia Feltrinelli Fischer, Milano, 1970, p. 74.

([15]) Sul tema dell'integrazione sociale, la letteratura a carattere sociologico è vasta, pertanto mi limito a due essenziali rimandi, da cui trarre ulteriori indicazioni bibliografiche: in sociologia generale, A. Bagnasco, M. Barbagli, A. Cavalli, *Sociologia. I. Cultura e società. I concetti di base*, Bologna, Il Mulino, 2001; in sociologia del diritto, cfr. V. Ferrari, *Lineamenti di sociologia del diritto. I. Azione giuridica e sistema normativo*, Roma-Bari, Laterza, 1998.

([16]) P. Rossi, *La sociologia nella seconda metà dell'Ottocento: dall'impiego di schemi storico-evolutivi alla formazione di modelli analitici*, in "Il pensiero politico", 1982, pp. 188-215.

([17]) Per una evidenziazione, sul piano filosofico-morale, della solidarietà, intesa come "forza d'integrazione sociale" e come una delle tre risorse, insieme a denaro e potere, con cui le società moderne soddisfano "il loro bisogno di guida e regolazione", si veda J. Habermas, *La nuova oscurità. Crisi dello Stato sociale ed esaurimento delle utopie*, Edizioni Lavoro, Roma, 1998, pp. 46-47.

sociologico, sia del movimento del socialismo giuridico sia del ruolo svolto da Salvioli, considerato la punta estrema del movimento stesso ([18]).

Il contributo che si presenta riguarda pertanto l'approfondimento, da un punto di vista eminentemente sociologico-giuridico, degli studi condotti da Salvioli, tra la fine dell'Ottocento e gli inizi del Novecento. Nelle opere di Salvioli, non solo è possibile rintracciare il paradigma metodologico e le premesse politico-ideologiche che furono alla base dell'intero socialismo giuridico italiano, ma anche l'inizio di quelle indagini empiriche su questioni socio-giuridiche concrete che sanciranno, di fatto, la nascita della sociologia giuridica italiana.

2. – L'eclettismo filosofico, il positivismo, l'organicismo, l'evoluzionismo sociale, l'idealismo, ma anche il neokantismo ed il socialismo, furono "i grandi momenti tra i quali si ritrova la filosofia e la cultura italiana al volgere del secolo" ([19]). In particolare, l'ultima decade dell'Ottocento segnò irrimediabilmente, nonostante i cospicui contributi di Roberto Ardigò e della sua scuola, la crisi del positivismo filosofico, incapace di liberarsi non solo di vecchi retaggi metafisici ed ideologici ([20]), ma anche di controbattere efficacemente alle critiche di natura epistemologica che gli venivano avanzate da quelle correnti filosofiche, come il marxismo e l'idealismo, che si stavano affacciando sullo scenario culturale italiano ([21]).

Pur tuttavia, furono proprio le matrici culturali e metodologiche del positivismo ad avere una ricaduta determinante su quei giuristi, filosofi del diritto, storici del diritto e romanisti, che cominciarono a studiare il diritto applicando il metodo positivo. Così come i fenomeni sociali potevano essere

---

([18]) Cfr. P. Grossi, *"La scienza del diritto privato". Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo, 1893-1896*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 58 ss.

([19]) G. Marino, *Diritto, principi, giurisprudenza. Percorsi nella cultura giuridica italiana tra Otto e Novecento*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1990, p. 112.

([20]) C. Faralli, *Diritto e scienze sociali. Aspetti della cultura giuridica italiana nell'età del positivismo*, op. cit., p.16.

([21]) Anche su questo punto mi limito ad alcune citazioni: oltre a Bobbio, già citato, si veda E. Garin, *Tra due secoli. Socialismo e filosofia in Italia dopo l'unità*, Laterza, Bari, 1983; nell'ambito degli studi di sociologia generale e di sociologia del diritto rimando a R.Treves, *Gli studi e le ricerche sociologiche in Italia*, in AA.VV, *La sociologia nel suo contesto sociale*, Laterza, Bari, 1959; O. Lentini (a cura), *La sociologia italiana nell'età del positivismo*, Bologna, Il Mulino, 1981; F. Restaino, *Note sul positivismo in Italia (1865-1908)*, in "Giornale critico della filosofia italiana", I, II, III, 1985, pp. 65-96; pp. 264-297; pp. 461-506; S. Lombardini, *La nascita del pensiero sociologico in Italia (1866-1890)*, in "Prassi e Teoria", 1975, pp. 208-228; S. Andrini, *Note critiche sulla sociologia italiana della seconda metà dell'Ottocento*, in N. d'Amati, *Sociologia del diritto tributario*, Cacucci, Bari, 1979, pp. 45-69; M. A. Toscano, *Divenire, dover essere. Lessico della sociologia positivista*, FrancoAngeli, Milano, 1990; oltre ai numeri monografici dedicati al positivismo italiano da "Quaderni di sociologia" nel 1980-81, da "Il Pensiero politico" nel 1982 e da "Rivista di filosofia" nel 1982.

conosciuti attraverso l'osservazione, l'esperimento e la generalizzazione in leggi ([22]), anche il diritto, considerato dai positivisti un fatto positivo, doveva essere studiato in connessione con i fenomeni sociali. L'influsso del positivismo filosofico nel campo giuridico si concretizzava quindi in una questione metodologica: si trattava di abbandonare il metodo dogmatico a favore di un metodo di tipo storico-sociologico volto "alla ricostruzione e all'interpretazione del mondo giuridico compiuta attraverso l'esame di organizzazioni concrete e mediante l'analisi di tutti gli aspetti della civiltà in cui queste sono sorte e si sono sviluppate" ([23]).

La conseguenza di tutto ciò non fu di poco conto, poiché, se, attraverso il metodo elaborato dal positivismo filosofico, si concepì il diritto come un puro fenomeno reale, allora ne conseguì il corollario che la scienza del diritto non poteva più essere considerata una scienza dogmatico-normativa, bensì una scienza della realtà, il cui metodo si imperniava sulla spiegazione causale dei fatti giuridici ([24]).

È in questo quadro culturale così complesso ed eterogeneo che venne a delinearsi il fenomeno, altrettanto magmatico, del socialismo giuridico.

Questo movimento di pensiero, che nacque e si sviluppò attorno ad un arco di tempo di circa un trentennio, che va dal 1880 fino al 1914 ([25]), subì in maniera preponderante l'influsso della sociologia italiana. Questa, proponendosi lo scopo di spiegare scientificamente e oggettivamente l'agire sociale, al pari di quello che fino ad allora avevano fatto le scienze naturali nel proprio ambito scientifico ([26]) e basandosi, da un punto di vista episte-

---

([22]) Cfr. le pagine lucide e sempre attuali di G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto, Vol. III: Ottocento e Novecento*, Il Mulino, Bologna, 1970, p. 190 ss.

([23]) Cfr. C. Faralli, Diritto e scienze, op. cit., pp. 56-59.

([24]) Cfr. F. Wieacker, *Storia del diritto privato moderno*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 314. Sul metodo positivo e il principio di causalità sociale, in particolare nel pensiero di Durkheim, si veda R. Marra, *Contratto, valore e ideale. La sociologia di Durkheim tra fatto sociale e rappresentazione*, Arbeiten aus dem Institut für Rechts – und Sozialphlosophie, Saarbrücken, 1982, p. 102 ss. È interessante notare come il metodo del positivismo filosofico, attuato in ambito giuridico, conduce a risultati scientificamente contrapposti a quelli del positivismo giuridico. Mentre il primo considera il diritto come un mero fatto, avente fonte anche extralegislativa, il secondo, viceversa, considera il diritto solo come un concetto normativo: il diritto è la norma legislativa. Quindi, il precipitato giuridico del positivismo filosofico fu, come ha chiaramente scorto G. Fassò nelle sue opere, la proposizione di un neogiusnaturalismo di tipo storicistico e relativistico, cioè di un sistema di diritto naturale relativo, di origine antiformalistica.

([25]) Questa periodizzazione si ricava dall'affermazione di Mario Sbriccoli, secondo il quale gli "scritti coevi sul fenomeno del socialismo giuridico vanno dal 1881 al 1914", in M. Sbriccoli, *Elementi per una bibliografia del socialismo giuridico italiano*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", II, 1974-1975, p. 873.

([26]) Sulle possibili e diverse declinazioni del lemma "organicismo", cfr. O. Lentini, *Organicismo e azione sociale da Ardigò a Pareto*, in "Quaderni di sociologia", 1980-81,

mologico, su una eclettica contaminazione tra positivismo, evoluzionismo sociale e socialismo ([27]) sospinse una vastissima schiera di intellettuali, scienziati, vicini o propugnatori della dottrina socialista ad identificare la socialità umana con il socialismo.

L'equazione socialità-socialismo si riverberò nel campo del diritto, dove il termine socialismo giuridico venne a contenere quello di sociologia giuridica.

Si impose "l'idea della convergenza del socialismo con la sociologia e quindi anche del socialismo giuridico con quella che sarebbe stata poi denominata sociologia del diritto" ([28]).

La sociologia diveniva lo strumento metodologico attraverso il quale studiare, empiricamente, la società e ricavarne quindi le esatte coordinate per modificarne gli squilibri o le aporie che in essa erano contenute.

L'interesse crescente verso lo strumento sociologico dava la possibilità ai giuristi sensibili alla dimensione sociale del diritto di utilizzare per la prima volta tecniche, quali la statistica sociale, gli indici demografici, l'analisi empirica di specifici problemi di rilevanza sociale, che poi si sarebbero affinate sempre più con il trascorrere degli anni e sarebbero diventate tecniche usuali della sociologia giuridica contemporanea.

Il giurista, che per primo utilizzava la sociologia come strumento conoscitivo, che per primo, "mettendo in relazione il fenomeno giuridico con gli altri fenomeni sociali" ([29]), si serviva "nelle diverse indagini del metodo quantitativo, degli strumenti della statistica..." ([30]), si poteva identificare nel giurista socialista, o meglio in quel giurista appartenente al movimento del socialismo giuridico.

La sociologia, come scienza d'osservazione, fondata sull'analisi empirica della struttura sociale, serviva al giurista per "decodificare" il diritto, ricercandone l'effettivo contenuto sociologico, dietro l'astratta precisione delle formule giuridiche; così la stessa sociologia veniva a caricarsi, nel rapporto con il diritto, di un forte valore ideologico e finalistico, perchè essa non era più soltanto il metodo per analizzare la società, lo spettrogramma per capire la molteplicità delle condotte sociali dell'uomo, ma proprio perchè restituiva fedelmente un'immagine della "vera" realtà sociale, allora diveniva anche il

---

pp. 192-215; M. A. Toscano, *Introduzione alla sociologia*, FrancoAngeli, Milano, 1998; I.B. Cohen, *Scienze della natura e scienze sociali. Prospettive critiche e storiche sulle loro interazioni*, Laterza, Roma-Bari, 1993.

([27]) F. Barbano, *Sociologia e positivismo in Italia: 1850-1910. Un capitolo di sociologia storica*, in E. R. Papa (a cura), *Il positivismo e la cultura italiana*, FrancoAngeli, Milano, 1985, pp. 163-226. Sulla contiguità tra socialismo italiano e positivismo, e tra questione penale e programmi politici di riforma, si veda M. L. Ghezzi, *La questione penale nella "Critica sociale"*, in E. R. Papa (a cura), *Il positivismo e la cultura italiana*, op. cit., pp. 427-444.

([28]) R. Treves, *Introduzione alla sociologia del diritto*, Einaudi, Torino, pp. 85-86.

([29]) Ivi, p. 156.

([30]) Ibidem, p. 156.

presupposto della trasformazione degli strumenti culturali umani, tra i quali faceva parte anche il diritto ([31]).

Non fu un caso, infatti, che la prolusione tenuta in uno dei primi corsi universitari di sociologia giuridica (anche se ufficialmente il corso era di filosofia del diritto), e precisamente all'Università di Siena il 14 gennaio 1898, fosse intitolata dal suo autore, Filippo Virgili, *La sociologia e le trasformazioni del diritto*. In essa si constatava quanto forte fosse, da parte dell'applicazione sociologica, "l'influenza esercitata sulla struttura delle scienze giuridiche e sulla concezione del diritto" ([32]).

La sociologia trasformava il diritto, che "non viveva più che di formule" ([33]), in uno dei fattori della fenomenologia sociale e che come tale contribuiva alla trasformazione della società: "esso può affrettare e dirigere il corso dell'evoluzione della nostra società, perchè esca presto da questo stadio di transizione e raggiunga un regolare assetto, in cui siano riconosciuti e integrati i diritti dell'umana personalità" ([34]).

All'interno di questo contesto Salvioli fu uno dei protagonisti indiscussi dell'incontro tra sociologia e diritto. Treves afferma che Salvioli, sul piano scientifico e metodologico, "apre... la via verso una scienza sociale del diritto e anche verso una vera e propria sociologia empirica del diritto" ([35]).

Bisogna tenere conto anche che il socialismo giuridico precorse la sociologia empirica del diritto non solo perchè esso si sostanziò in una reazione al formalismo giuridico, ma anche perchè sentì direttamente l'influsso dello sviluppo della scienza sociologica in generale, dato che alla fine dell'800 "anche in Italia il centro della ricerca sociologica si sposta dai grandi sistemi verso indagini empiriche specifiche" ([36]).

Questo passaggio, dal sistema teorico all'analisi empirica, che segnò definitivamente il tramonto del positivismo di marca comtiana ([37]) a favore

---

([31]) Se si adottassero gli schemi euristici della teoria dei sistemi, si potrebbe evidenziare che la sociologia veniva a svolgere in pratica una funzione adattativa all'interno del sistema giuridico, perché contribuiva a mettere "in evidenza quali (fossero) gli impedimenti ad un efficiente funzionamento del sistema" stesso; su ciò, cfr. H. C. Bredemeier, *Il diritto come meccanismo di integrazione sociale*, in A. Giasanti, V. Pocar (a cura), *La teoria funzionale del diritto*, Unicopli, Milano, 1983, p. 127.

([32]) F. Virgili, *La sociologia e le trasformazioni del diritto*, in "Rivista di sociologia", 1898, p. 19.

([33]) Ibidem, p. 19.

([34]) Ivi, p. 29.

([35]) R. Treves, *Introduzione alla sociologia del diritto*, op. cit., p. 157.

([36]) F. Jonas, *Storia della sociologia, II. L'età contemporanea*, Laterza, Bari, 1975, p. 505.

([37]) M. Larizza Lolli, *Comte e l'Italia (1849-1857)*, in E. R. Papa (a cura), *Il positivismo e la cultura italiana*, op. cit., pp. 63-110.

di un approccio critico-scientifico ([38]) fu recepito anche dai giuristi nelle loro prime ricerche di sociologia del diritto.

Salvioli fu un precursore di questa disciplina e lo fu, attraverso la produzione di una prolifica letteratura sociologica, "che il nostro autore pubblicò, soprattutto nell'ultimo decennio del secolo, su riviste variamente impegnate in senso socialista o comunque riformatore: scritti brevi, abbastanza informati su punti politicamente caldi della sua società - sul lavoro delle donne, sulla mezzadria, sulla crisi agrumaria, tanto per menzionarne alcuni" ([39]).

Un indicatore, per così dire ermeneutico, della contiguità tra positivismo sociologico e socialismo italiano fu anche l'emersione agli occhi dei giuristi socialisti della "questione sociale", o meglio di "una versione giuridica della questione sociale" ([40]).

Così come nella società italiana dell'epoca sorse, a causa della trasformazione dell'Italia in un paese ad economia prevalentemente industriale, la questione sociale od operaia e con essa quella meridionale ed agraria, allo stesso modo in ambito giuridico-istituzionale emerse per iniziativa dei giuristi socialisti una "questione giuridica", intendendo con ciò l'apertura di un fronte di critica ([41]), non solo *destruens* ma anche *costruens* del diritto positivo vigente, considerato dai giussocialisti inadeguato, e strutturalmente e funzionalmente, a rispondere alle nuove esigenze sociali. Pur nella loro magmaticità ideologico-dottrinale, nella loro eterogeneità tale da differenziarli nelle loro singole posizioni, i giuristi socialisti ebbero il merito di intuire, che di fronte al processo di industrializzazione che la struttura

([38]) C. Faralli, *Diritto e scienze sociali*, op. cit., p. 13.

([39]) P. Costa, *Il solidarismo giuridico di Giuseppe Salvioli*, op. cit., p. 472.

([40]) P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 81.

([41]) Sulla sterilità della critica giussocialistica e di una sua carenza propositiva, sul piano dogmatico, concordano pressochè tutti gli studiosi; così, ad esempio: G. Cazzetta, *Leggi sociali, cultura giuridica ed origini della scienza giuslavoristica in Italia tra Otto e Novecento*, in "Quaderni fiorentini", 1988, pp. 155-262; L. Castelvetri, *Le origini dottrinali del diritto del lavoro*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 1987, pp. 246-286; U. Guerini, *Socialismo giuridico e diritto penale*, in "Politica del diritto", 1979, pp. 199-206; A. Di Majo, *Enrico Cimbali e le idee del socialismo giuridico*, in "Quaderni fiorentini", nn. 3-4, I, 1974-75, pp. 383-429. Bisogna tenere in considerazione il fatto però che si trattava di una critica mossa "da un punto di vista esterno" alla dogmatica giuridica, pertanto era improbabile che ciò si traducesse in nuove formule giuridiche. In realtà, alla base delle critiche dei giussocialisti stava un'analisi sociologica, e non una analisi dogmatico-normativa delle carenze sociali della legislazione e della paralisi delle politiche sociali a fronte di una sempre maggiore differenziazione funzionale degli attori sociali e di un radicale processo di mutamento della stratificazione sociale.

economico-sociale stava subendo, era necessario un adeguamento e una differenziazione del sistema giuridico ([42]).

La quasi totalità degli scritti dei giuristi socialisti aveva ad oggetto temi giuridici specifici, pratici, fortemente condizionati dalle problematiche sociali emergenti in quel periodo.

La questione giuridica, vale a dire l'incapacità strutturale e funzionale della legislazione vigente di rispondere adeguatamente alle esigenze della nuova realtà socio-economica o per dirla con Salvioli alle esigenze delle nuove "idealità sociali", si traduceva in un ventaglio di tematiche comuni a tutti i giuristi socialisti, che rappresentavano per loro dei veri e propri "cavalli di battaglia": così, ad esempio, erano frequentissimi gli scritti relativi alle questioni in materia di legislazione sociale (le otto ore lavorative, il salario minimo legale, la difesa legale dei minori e delle donne, la previdenza sociale, la tutela giuridica degli infortuni sul lavoro), alla questione delle carenze politico-istituzionali in materia di legislazione civile (la critica a tutto tondo del Codice civile del 1865 è uno dei temi predominanti della produzione salvioliana), ma anche alle questioni in materia di legislazione societaria, agraria e soprattutto penale ([43]).

Questa connessione, causale, tra questioni sociali e questione giuridica trovava un esempio paradigmatico nel saggio più importante di Salvioli, dove, fin dalle prime pagine dell'opera, il giurista modenese affermava che "se non diciamo che la questione sociale è una questione giuridica, possiamo però dire che molte questioni sociali sono nel diritto e nelle leggi" ([44]).

La polemica anticodicistica, in senso riformista ed antiformalista, rappresentò, pertanto, l'epicentro tematico ([45]) prodotto dal movimento del

---

([42]) Sulla complessità del sistema giuridico nelle società industriali moderne e sulla "adeguatezza sociale della dogmatica", cfr. N. Luhmann, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Il Mulino, Bologna, 1978, pp. 106 ss.

([43]) Uno dei rari meriti riconosciuti ai giussocialisti fu quello "di toccare questioni reali": così C. Salvi, *La giusprivatistica fra codice e scienza*, in A. Schiavone (a cura), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Laterza, Roma-Bari, 1990, p. 238 ss.

([44]) G. Salvioli, *I difetti sociali delle leggi vigenti di fronte al proletariato e il diritto nuovo*, Reber, Palermo, 1906, p. 4.

([45]) P. Ungari indica nel socialismo giuridico quella corrente che "mosse guerra insieme alla scienza giuridica dominante e al Codice civile nel segno della socialità del diritto"; cfr. P. Ungari, In memoria del socialismo giuridico, op. cit., p. 244. L'esito storiografico a cui giunge questo insigne giurista ha peraltro il segno del giudizio liquidatorio: il socialismo giuridico ha, secondo Ungari, "ben poco in comune con la polemica sansimoniana contro i giuristi rappresentanti di un passato di egoismo, o con la grande requisitoria di Proudhon contro la proprietà..., o con la critica alla scuola storica... e all'ideologia borghese di Marx, o infine con la stessa polemica di Lassalle sui diritti quesiti", Ivi, p. 246.

socialismo giuridico ([46]); in particolare, per quel che riguarda il codice civile del 1865, la critica dei giussocialisti civilisti si soffermava su due punti: il primo era di ordine filosofico-generale, in quanto veniva rimarcato il carattere antisociale, individualista, liberista e libertario, a cui era stato uniformato il codice civile, il secondo comportava la sottolineatura di una gravissima lacuna del codice, il fatto cioè che in esso si tutelassero quasi esclusivamente quei diritti correlati, direttamente e per riflesso, al solo e supremo diritto di proprietà, mancando del tutto, ad esempio, una disciplina del contratto di lavoro ed essendo estremamente lacunosa la parte inerente al diritto di famiglia ([47]).

A conclusione di questo breve excursus, si può dunque accettare la definizione, meramente stipulativa, secondo la quale, con l'espressione "socialismo giuridico" si indica un movimento di pensiero o, più generica-

---

([46]) Oltre a G. Salvioli, vale la pena ricordare, almeno in senso emblematico, anche i contributi di E. Gianturco, *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale*, Pierro, Napoli, 1891; G. Vadalà Papale, *Diritto privato e codice privato-sociale*, in "La scienza del diritto privato", 1893, pp. 7-39; G. Alinovi, *Gli anacronismi del diritto civile*, in "Critica sociale", I, n. 9, 1891, pp. 137-138; G. D'Aguanno, *La funzione sociale del diritto civile*, in "Rivista di politica e scienze sociali", 1895, pp. 55-59, pp. 196-199, il cui titolo richiama, per attualità (almeno nel campo della scienza sociologico-giuridica), una delle più importanti ricerche condotte negli anni '70 dal sociologo del diritto tedesco M. Rehbinder; C. Vivante, *I difetti sociali del Codice di commercio*, in "Il monitore dei tribunali", 1899, pp. 341-345; Id., *La penetrazione del socialismo nel diritto privato*, in "Critica sociale", 1902, pp. 345-351; F. Luzzato, *La politica nel codice civile*, Macerata, 1900. A quest'ultimo giurista, P. Grossi, dedica un breve profilo, informandoci che, seppur appartenente "alla schiera di quei poligrafi, indubbiamente di non eccelse qualità, ebbe nel 1895 la cattedra maceratese di Istituzioni di diritto civile, dalla quale fu sospeso perché convinto repubblicano. Inoltre fu uno dei pochi professori che nel 1931 si rifiutò di prestare giuramento di fedeltà e per questo collocato a riposo"; cfr. P. Grossi, *"La scienza del diritto privato". Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo, 1893-1896*, op. cit., p. 129.

([47]) L'insistenza, da parte dei giussocialisti, dello strumento legislativo in chiave riformista è stato duramente contestato da quasi tutti gli studiosi. Paradigmaticamente, A. Aquarone ha rimproverato al socialismo giuridico un certo qual "confusionarismo", "formulazioni vaghe e confuse", "recriminazioni acide quanto nebulose", cfr. A. Aquarone, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Giuffrè, Milano, 1960, pp. 49-55. Sulla stessa scia, quasi tutti i contributi di ricerca pubblicati nel 1974/75 nel numero monografico di "Quaderni fiorentini" dedicato al socialismo giuridico, cfr. AA. VV., *Il socialismo giuridico. Ipotesi e letture*, in "Quaderni fiorentini", I-II, nn. 3/4, 1974/75. Sulla sterilità delle proposte riformatrici, insiste L. Castelvetri, *Le origini dottrinali del diritto del lavoro*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 1987, pp. 246-286; a questa stessa conclusione giunge G. Cazzetta, il quale, nella parte del saggio in cui pone l'accento sullo storicismo evoluzionista presente nelle prolusioni dei giussocialisti, così conclude: "Raramente alle critiche e alle denunce contenute nelle prolusioni dei privatisti facevano seguito analisi giuridiche altrettanto spregiudicate nello studio degli istituti"; G. Cazzetta, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 150.

mente, una presenza culturale ([48]), che si sviluppò all'incirca negli ultimi due decenni dell'Ottocento e fino ai primi del Novecento, in cui «si riconoscevano numerosi professori, avvocati, uomini politici, accomunati dalla denuncia, condotta in termini di vivace polemica, della matrice classista e delle diseguaglianze della legislazione penale» ([49]) ed in generale di tutti gli altri rami della legislazione vigente.

In realtà, proprio perché il socialismo giuridico fu caratterizzato, fin dal suo apparire, da un notevolissimo grado di complessità e di eterogeneità tale da indurre molti studiosi a dubitare di una sua effettiva consistenza strutturale ([50]), ebbe inizio, fin dal 1893, anno in cui Achille Loria fu il primo ad attribuire la locuzione socialismo giuridico a questa nuova corrente dottrinale ([51]), una *querelle*, che ha rappresentato l'affanno sia della storiografia coeva agli stessi esponenti del socialismo giuridico sia di quella contemporanea. Essa è consistita, sostanzialmente, nel tentativo di ricercare se quel nuovo filone di pensiero avesse i caratteri di un corpo dottrinale unitario basato sulla sistematizzazione, l'organizzazione e l'applicazione di idee giuridiche, che appartenessero, comunemente, ad un gruppo di giuristi, tanto da poterne desumere di essere di fronte

---

([48]) M. Sbriccoli, *Il diritto penale sociale, 1883-1912*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", n. 3-4, tomo I, 1974-1975, 1975, p. 559. C'è anche chi ha parlato di socialismo giuridico come di una "formula" per indicare quelle correnti dottrinarie che, alla fine dell'Ottocento, scoprirono la dimensione sociale del diritto, Cfr. S. Nespor, *Diritto amministrativo, socialismo giuridico, socialismo: considerazioni su un recente bilancio*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 1977, pp. 790-806.

([49]) G. Neppi Modona, *Diritto penale e positivismo*, in E.R. Papa (a cura di), *Il positivismo e la cultura italiana*, Franco Angeli, Milano, 1985, p. 58.

([50]) Su questo specifico punto, G. Cazzetta ritiene che il termine "socialismo giuridico" debba essere considerato una generica categoria "da ridimensionare, se non da eliminare del tutto", cfr. G. Cazzetta, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, op. cit., p. 150; analogamente P. Grossi, che ritiene il concetto di socialismo giuridico "equivoco" e "fuorviante", salvo poi definirlo come "una escrescenza della cultura borghese", cfr. P. Grossi, *"La scienza del diritto privato". Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo, 1893-1896*, op. cit., pp. 96-97. La maggioranza degli studiosi concorda nel dire che l'eterogeneità e la complessità del movimento si tradussero sul piano analitico in una frammentarietà ed approssimazione propositiva. In questo senso, è emblematico il giudizio perentorio di P. Grossi sul socialismo giuridico: "modesti uomini e modesti risultati", cfr. P. Grossi, *Pagina introduttiva*, in "Quaderni fiorentini", nn. 3-4-, I, 1974-75, p. 2. Certo che, in un giudizio liquidatorio definitivo, su un fenomeno culturalmente complesso come questo, si può incorrere nel rischio di giudicare tale programma giuridico-riformista come un pallido fuoco di paglia, solo perché non trovò immediata attuazione legislativa. Esso, in realtà, aveva effettivamente e nitidamente individuato i problemi socio-giuridici da risolvere, ma alla prova dei fatti aveva precorso i tempi se paragonato alla lentezza con cui l'apparato politico-istituzionale li avrebbe dovuti tradurre in norme positive.

([51]) A. Loria, *Socialismo giuridico*, in "La scienza del diritto privato, a. I, fasc. IX, 1893, p. 519-527.

ad una vera e propria scuola di diritto oppure, e comunque, di tentare di utilizzare la locuzione *socialismo giuridico* per ricercare, in una indubbia pluralità eterogenea di contributi socio-giuridici, una struttura epistemologica e metodologica unificante, dalla quale si potesse trarre, quantomeno, la forma di un apparato teorico-concettuale, da un lato, e di un tipo di ricerca empirica, dall'altro, che costituissero un *minimum* comune a tutti quei giuristi.

Purtroppo non è possibile, in questa sede dare conto, nemmeno per cenni, dei risultati raggiunti dalle ricerche storiografiche che hanno indagato il complesso fenomeno culturale rappresentato dal socialismo giuridico. Concordo peraltro con chi ha sostenuto l'impossibilità di dare una definizione sostanziale, forte, e non solo stipulativa, debole, sull'*ubi consistam* del socialismo giuridico, e i motivi di questa non definibilità del socialismo giuridico si possono riassumere sostanzialmente in due punti: il primo è rappresentato dalla circostanza che nessun giurista socialista aveva sentito il bisogno di definire quella nuova tendenza di *approach* allo studio del diritto e della quale, più o meno consapevolmente, faceva parte; il secondo è dato dal fatto che il socialismo giuridico si era sviluppato senza l'intenzione di fondare una teoria sociologico-giuridica propria, non aveva nemmeno espresso un proprio manifesto programmatico, che rendesse univoco ed organico il significato di socialismo giuridico, ma si era più semplicemente riallacciato, dal punto di vista metodologico all'eclettismo ([52]) espresso dal positivismo italiano e da quello ideologico ai programmi e ai valori del socialismo riformista.

3. – Solleva forti perplessità il giudizio perentorio di Costa, secondo il quale la vicenda intellettuale di Salvioli può essere assunta come esempio dello sbocco nazionalistico, corporativo ed autoritario in cui sfociò l'intero movimento del socialismo giuridico.

Il solidarismo di Salvioli, come terza via tra liberalismo e bolscevismo, rappresenta per Costa "la variante riformistica della tradizione per intenderci protezionistico-solidaristico-corporativistica" ([53]). Il nucleo tematico solidaristico-protezionistico, celato sotto istanze riformistiche ed un posticcio ecletti-

([52]) Sul valore metodologico dell'eclettismo positivistico si sofferma Beneduce, il quale si chiede, giustamente, se gli "eclettismi" "non fossero spesso dispositivi veri e propri, capaci di mettere in comunicazione tra loro fonti, categorie, analisi e prospettive richiamate e formulate prima all"interno di discipline distinte, ma ritradotte poi in altre pratiche, generando così nuove, ricche connessioni"; cfr. P. Beneduce, *Culture dei giuristi e revisione orlandiana: le immagini della crisi*, in A. Mazzacane (a cura), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia tra Otto e Novecento*, Liguori, Napoli, 1986, p. 73.

([53]) P. Costa, *Il solidarismo giuridico di Giuseppe Salvioli*, op. cit., p. 489, che aderisce alla tesi tarelliana del socialismo giuridico come "paleocorporativismo giuridico italiano"; analoga posizione è sostenuta da G. Cazzetta, *Leggi sociali, cultura giuridica ed origini della scienza giuslavoristica in Italia tra Otto e Novecento*, in op. cit., p. 230.

smo filosofico, era in realtà "una presenza relativamente continua" negli scritti salvioliani e rappresenta oggi la prova per "ridimensionare storicamente (o sfatare) la leggenda del marxismo di Salvioli" ([54]) e per confutare che il suo riformismo fosse di segno "socialistico" e "anticapitalistico".

D'altronde, conclude Costa nel suo saggio, "che Salvioli finisca così per parlare... di una coscienza italiana rinnovata dalla guerra, di quella coscienza di cui è vero interprete il fascismo, ... non è un fatto, di per sé, né sorprendente né significativo, ... inserito nel quadro ideologico di fondo del solidarismo corporativistico" ([55]).

Secondo Costa, in Salvioli si sarebbe verificata in definitiva questa progressione ideologica: solidarietà-corporazione-paleocorporativismo protezionistico-fascismo, ma le cose non sono affatto così chiare come le dipinge Costa: la sua *reductio ad unum* (come egli la chiama) della eterogeneità tematica salvioliana presenta alcuni salti, storici e logici, ed anche una notevole parzialità nella ricostruzione scientifica complessiva del pensiero di Salvioli ([56]).

Innanzitutto, va ricordato l'impegno militante e di appoggio da parte di Salvioli al movimento operaio siciliano durante l'esperienza dei Fasci ([57]). Professore di storia del diritto all'Università di Palermo, dal 1884, Salvioli fu uno degli intellettuali che seguì da vicino e "con maggiore acutezza" il movimento dei Fasci, al quale diede appoggio politico ed organizzativo denunciando in vari articoli la questione sociale siciliana, vale a dire le atroci condizioni di vita che contadini e zolfatari dovevano sopportare. Già nel 1890, in occasione della prolusione tenuta all'inaugurazione dell'anno accademico dell'Università di Palermo il 4 novembre, egli suscitò scalpore nell'ambiente universitario tenendo un discorso contraddistinto da una serrata critica della legislazione vigente, strutturata, secondo Salvioli, a tutto vantaggio delle classi dominanti, mentre, non considerava la situazione drammatica e socialmente ingiusta in cui si trovava la classe lavoratrice. ([58])

([54]) P. Costa, *Il solidarismo giuridico di Giuseppe Salvioli*, op. cit., p. 491.

([55]) Ivi, p. 494.

([56]) Anche Grossi si rende conto che il saggio di Costa suscita qualche perplessità circa la ricostruzione delle esatte coordinate ideologiche del pensiero salvioliano: "Pietro Costa, che è stato il più intelligente e acuto fra i lettori recenti di Salvioli, ha insistito sul solidarismo salvioliano con un giudizio che ci sembra un po' riduttivo almeno per questo primo Salvioli", cfr. P. Grossi, *"La scienza del diritto privato". Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo, 1893-1896*, op. cit., p. 62.

([57]) Costa non dice nulla sul ruolo avuto da Salvioli nell'organizzazione politica del Fasci siciliani. Egli si limita, in nota, a richiamare il saggio di F. S. Romano sulla storia dei fasci siciliani, senza specificare e, quindi, senza dare al lettore alcuna utile indicazione relativa al percorso intellettuale intrapreso da Salvioli.

([58]) Il discorso tenuto da Salvioli nella prolusione fu, nello stesso anno, edito con il titolo "*I difetti sociali del Codice civile in relazione alle classi non abbienti ed operaie*". Questo scritto fu razionalizzato ed ampliato successivamente da Salvioli nel saggio "*I*

Successivamente, in occasione del 1° maggio 1891, "gli studenti universitari radicali e socialisti avevano chiesto, per quella data, una conferenza al prof. Giuseppe Salvioli, che avrebbe dovuto tenerla nell'aula magna dell'Università. Il Rettore rifiutava l'autorizzazione. Gli studenti si mettevano in agitazione. Alle dimostrazioni studentesche si rispondeva con la chiusura dell'Università. Ma le dimostrazioni continuavano provocando tafferugli con la polizia. Il tema annunziato da Salvioli per la sua conferenza, *Il dovere dello Stato nel contratto di lavoro*, toccava, sia pure solo sotto l'aspetto giuridico, una questione direttamente collegata alle lotte di rivendicazione dei ceti dei lavoratori" ([59]). L'appoggio ai Fasci siciliani avvenne anche attraverso una costante collaborazione con le riviste socialiste e radicali siciliane, come "Giustizia sociale", "Il siciliano", insieme ai professori De Felice, Colajanni e Schiattarella e il foglio radicale "L'Isola" ([60]). Nel 1891, Turati gli rivolse l'invito ad affiancarlo nella co-redazione della "Critica sociale" e nell'estate del 1892 alla vigilia delle elezioni politiche di autunno, Salvioli accettò di essere candidato per la Camera dei Deputati in rappresentanza del Partito operaio socialista italiano.

Ma l'impegno militante da parte di Salvioli al movimento dei Fasci non venne meno nemmeno quando iniziarono i moti di ribellione nel 1893 e 1894, in risposta ai quali il governo Crispi decretò lo stato d'assedio e la repressione violenta dei moti stessi ([61]). Fu durante i primi anni Novanta che Salvioli ebbe la collaborazione più intensa e duratura con la rivista "La riforma sociale" ([62]), portavoce del riformismo sociale italiano, fondata da F. S. Nitti, con il quale,

---

difetti sociali delle leggi vigenti di fronte al proletariato e il diritto nuovo", Reber, Palermo, 1906. Quest'ultimo saggio, non solo rappresenta il "manifesto" del pensiero giuridico salvioliano, ma anche uno dei primi saggi di sociologia e politica legislativa.

([59]) F. S. Romano, *Storia dei Fasci siciliani*, Laterza, Bari, 1959, pp. 134-135.

([60]) Cfr. per queste notizie, oltre a F. S. Romano, già citato, soprattutto M. Simonetti, *Intellettuali, crisi del capitalismo e forze sociali alla vigilia dei Fasci: il caso di Giuseppe Salvioli*, in AA. VV., *I fasci siciliani. La crisi italiana di fine secolo*, vol. II, De Donato, Bari, 1976, pp. 403-443; P. Manganaro, *La cultura dei fasci*, in AA. VV., *I fasci siciliani. Nuovi contributi a una ricostruzione storica*, vol. I, De Donato, Bari, 1976, p. 169 ss.; A. Angiolini, *Socialismo e socialisti in Italia*, Editori Riuniti, Roma, 1966.

([61]) Nel 1894, in piena rivolta dei Fasci siciliani, Salvioli descrisse in un articolo pubblicato su "La Riforma sociale" diretta da Nitti, il sistema economico vigente in Sicilia, nel quale ravvisava l'intreccio di antiche e nuove forme di sfruttamento e di oppressione, cfr. G. Salvioli, *Gabellotti e contadini in Sicilia nella zona del latifondo*, in "La Riforma sociale", I, 1894, pp. 67-81. Nel 1893, Salvioli iniziò un contatto epistolare con il più importante storico socialista tedesco, W. Sombart; su questa vicenda intellettuale, si veda E. Ragionieri, *Socialdemocrazia tedesca e socialisti italiani, 1875-1895*, Feltrinelli, Milano, 1976, pp. 384-385.

([62]) Su questa rivista, che si ispirava ai modelli teorici e pratici del riformismo, del laburismo, del cooperativismo e del solidarismo, Salvioli pubblicò numerosi articoli, tra questi, a mero titolo esemplificativo, ricordo: nel 1894, *La questione delle otto ore*

Salvioli era legato da sentimenti di affetto e di stima. Il rapporto Salvioli-Nitti ebbe, negli anni del fascismo, un risvolto anche politico, perché Nitti, ex presidente del governo, era considerato da Mussolini, uno dei suoi avversari più irriducibili, sicché alla morte di Salvioli (1928), un suo biografo, Giuseppe Brindisi, "omise" di citare, della sua vasta produzione scientifica, proprio quella più consistente pubblicata su La Riforma sociale. L'intendimento di Brindisi, agiografo post-mortem di Salvioli, era chiaramente quello di far passare sotto silenzio il compromettente legame intellettuale e morale che Salvioli aveva mantenuto con Nitti, esiliato a Parigi ([63]).

Salvioli, nel 1891 e nel 1892, collaborò anche alla rivista di Enrico Ferri, "La scuola positiva", nel 1893 pubblicò due articoli sulla rivista socialista "Critica sociale", nel 1895 scrisse un articolo sulla teoria storica di Marx sulla "Rivista italiana di sociologia", nel 1895 e nel 1896 pubblicò due fondamentali articoli sulla "Rivista di politica e scienze sociali", l'ultimo dei quali, sulla questione delle case operaie, è considerato uno dei primi esempi di ricerca sociologico-giuridica, che anticipò di alcuni anni quelle svolte nei primi anni del Novecento dalla Società Umanitaria di Milano.

Nel 1897 fondò insieme a D'Aguanno la "Rivista di storia e filosofia del diritto", in cui nello stesso anno apparve l'articolo *La nuova fase della storia del diritto*.

Nel 1906 vennero pubblicati i due testi più importanti della produzione salvioliana: uno, come già ricordato, riguardava la critica del Codice civile del 1865, l'altro, considerato un saggio di chiara impronta marxista, riguardò la storia dell'economia romana e fu edito in lingua francese con il titolo *Le*

---

di lavoro in Europa nel 1893-1894; nel 1895, *Gli scioperi americani, L'homestead in America e in Europa*; nel 1896, *Il nuovo progetto di codice civile tedesco e i suoi difetti sociali*, nel 1897, *Due inchieste sulla Sicilia*, *La crisi agrumaria*.

([63]) La vicenda personale e intellettuale del rapporto Salvioli-Nitti è stata ricostruita dallo storico Barbagallo, dal quale si apprende che "nel giugno (del 1901) Nitti esponeva la sua visione del problema meridionale all'Università di Palermo, invitato da Salvioli" (p. 108). Nitti, nel 1923 era espatriato all'estero per le durissime violenze subite dalla polizia segreta fascista, la *Ceka*, che aveva il "compito di azioni energiche contro gli avversari più irriducibili. Tale era considerato Nitti, direttamente da Mussolini" (p. 477). Nitti veniva candidato dal parlamento danese al premio Nobel per la pace, ma "Nitti preferiva che altre proposte, in segno di attestato morale, fossero inviate anche dall'Italia. Incaricava perciò l'amico Baviera di raccogliere le firme di alcuni veri amici... Salvioli doveva preparare un'altra proposta, firmata da pochi colleghi della Facoltà..." (p. 468). Si tenga presente che Nitti continuava ad essere un personaggio pubblico totalmente inviso al governo fascista e quindi mantenere dei contatti sia pure epistolari non doveva risultare agevole nemmeno per Salvioli. Nel 1925, poi, a Nitti scadeva il congedo straordinario per motivi di studio, egli rischiava, come poi effettivamente successe, di decadere dall'incarico di professore a Napoli, perciò "pregava l'amico Baviera di verificare insieme a De Ruggiero e a Salvioli, se la facoltà e il ministero erano disposti a concedere un altro anno di proroga al congedo..." (p. 497); i passi citati sono tratti da: Francesco Barbagallo, *Francesco S. Nitti*, Utet, Torino, 1984.

capitalisme dans le monde antique. Récherches sur l'histoire économique romaine (64).

Nel 1922, fu nominato Preside della Facoltà di Giurisprudenza di Napoli e fu a questo punto, nell'anno in cui prese il potere governativo il partito fascista, che si verificò in Salvioli, come testimonia Luigi Berlinguer, "l'oscura conclusione delle sue attività politiche" (65) e allo stesso modo testimonia Brindisi, secondo il quale Salvioli "visse in solitudine, che a molti parve sdegnosa" (66).

4. – L'applicazione del metodo storico-sociologico in ambito giuridico, la considerazione positivista che il diritto è un fatto sociale e che non coincide necessariamente con la legge, il conseguente processo di funzionalizzazione del diritto (67) rispetto alle mutate esigenze sociali avevano incrinato la compattezza della struttura formale legislativa e della metodologia giuridica dominante.

Il dibattito sulla riorganizzazione metodologica della funzione interpretativa, fino ad allora ancorata al metodo esegetico, e l'avvio di una "tendenza sociologizzante della metodologia giuridica" (68) furono il risultato del risveglio della coscienza ermeneutica da parte di quella schiera di giuristi innovatori o neoterici, che agli inizi del secolo estesero il campo dei loro interessi scientifici agli esiti epistemologici raggiunti dalla sociologia positivista (69).

---

(64) Il libro fu poi fatto tradurre da Kautsky in lingua tedesca nel 1912 e fu pubblicato postumo in lingua italiana nel 1929. Vale la pena ricordare la circostanza, minimizzata da Costa, che Kautsky considerò l'opera di Salvioli "come una delle prime applicazioni nel campo della storia economica del materialismo storico di Marx"; sul punto cfr. E. Ragionieri, *Il marxismo e l'Internazionale*, Editori Riuniti, Roma, 1972, p. 190. Che lo scritto di Salvioli fosse considerato un'analisi marxista dell'economia romana viene testimoniata anche da un recente saggio, in cui si afferma che, durante il fascismo, i fuoriusciti italiani in Francia, come Angelo Tasca, leggevano con grande interesse il libro di Salvioli, cfr. L. Franck, *Il corporativismo e l'economia dell'Italia fascista*, Bollati Boringhieri, Torino, 1990, p. 12.

(65) L. Berlinguer, *Considerazioni su storiografia e diritto*, in "Studi storici", 1974, p. 8.

(66) G. Brindisi, *Prefazione*, a G. Salvioli, *Il capitalismo antico (Storia dell'economia romana)*, Laterza, Bari, 1929, p. V.

(67) Sul processo di funzionalizzazione sociale del diritto, ma con la conseguente perdita di una dimensione assiologica del medesimo, cfr. M. Cascavilla, *Violenza e diritto nel socialismo giuridico italiano*, in "Hermeneutica", 1984, pp. 201-217.

(68) G. Zaccaria, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Cedam, Padova, 1990, p. 30.

(69) L. Mengoni, *Diritto vivente*, in "Jus", 1988, p. 17. È interessante notare che è stata la concezione sociologico-positivistica, secondo la quale il diritto è un fatto sociale, a far emergere in seno alla scienza del diritto il "problema ermeneutico" ovvero che il momento interpretativo-giurisdizionale debba anch'esso considerarsi diritto, contrariamente all'idea "che la positività del diritto sia cosa altra e fuori dalla

L'emersione di una questione di metodo ([70]) nell'interpretazione del diritto come corollario dell'applicazione del metodo storico e della critica del diritto positivo vigente fu uno dei punti salienti trattati dai gius-socialisti, al quale non mancò di dare il proprio contributo anche Salvioli.

I giuristi socialisti proposero dunque una trattazione antiformalistica del diritto civile, che rompesse i canoni interpretativi del diritto rappresentati dalla scuola dell'esegesi. Questo nuovo indirizzo antiformalistico e sociologico si contrappose anche ad un terzo indirizzo definito neo-pandettistico o sistematico, e destinato ad egemonizzare la scienza del diritto italiana, consistente nella trasposizione in Italia del metodo dell'attualizzazione del diritto romano, concepito dalla scuola tedesca delle Pandette ([71]). In generale, nei loro scritti, i giuristi socialisti insistettero a dimostrare "la sfasatura fra la lettera dei Codici e la prassi" ([72]) e furono i protagonisti di una nuova politica legislativa basata sulla negazione della dottrina giuridico-individalista e finalizzata a scoprire "i paradossi del fenomeno giuridico" e a denunciare l'ingiustizia sociale e l'antistoricità dello *jus scriptum*. Il rilievo della frattura esistente tra legge positiva e realtà storica li indusse a contestare il dogma

---

portata della giurisprudenza"; cfr. G. Marino, *Diritto, principi, giurisprudenza*, op. cit., p. 227. È, quindi, la congiunzione tra positivismo sociologico e storicismo a porre il problema ermeneutico del ruolo del giudice nel "fare" diritto: tutte le teorie antiformalistiche del diritto - scuola del diritto libero, giurisprudenza degli interessi, giurisprudenza sociologica, scuola franco-belga (Gény) e, secondo me, socialismo giuridico anche se non è da considerare come una compiuta teoria del diritto - fanno propria tale saldatura epistemologica. Sull'importanza della sociologia ottocentesca per le correnti antiformalistiche, cfr. L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1962, pp. 341-342. Sul rapporto tra scienze sociali ed ermeneutica giuridica, si veda G. Zaccaria, *L'obiettività del giudice tra esegesi normativa e politica del diritto*, estratto dalla "Rivista di diritto civile", 1979, pp. 613 ss.; F. Bianco, *Pensare l'interpretazione. Temi e figure dell'ermeneutica contemporanea*, Editori Riuniti, Roma, 1992, pp. 221-239.

([70]) La cosiddetta "controversia sul metodo" aperta dalla crisi del positivismo giuridico ottocentesco è stata analizzata da numerosi studiosi; in questa sede, mi limito ad indicarne alcuni, a titolo esemplificativo: cfr. M. Fioravanti, *La scienza giuridica: il dibattito sul metodo e la costruzione della teoria giuridica dello Stato*, in "Il pensiero politico", 1982, pp. 92-126; P. Beneduce, *Questione del "metodo" e critica dello "Stato indifferente" nella cultura giuridica italiana di fine ottocento*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 1983, pp. 57-84; F. Treggiari, *"Questione del metodo" e interpretazione delle leggi in uno scritto di Vincenzo Simoncelli*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 1990, pp. 119-138; A. Tanzi (a cura), *L'antiformalismo giuridico*, Raffaello Cortina, Milano, 1999, in cui l'A., pur parlando della "lotta per il metodo", non indica, contrariamente a quanto qui sostenuto, nessun giussocialista tra i precursori dell'antiformalismo giuridico italiano.

([71]) Cfr. G. Tarello, *La scuola dell'esegesi e la sua diffusione in Italia*, in Scritti per il XL della morte di P. E. Bensa, Giuffrè, Milano, p. 241 ss.; ed anche, N. Irti, *La cultura del diritto civile*, Utet, Torino, 1990, pp. 3-20.

([72]) D. Corradini, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato. Dal Codice Napoleonico al codice civile italiano del 1942*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 352.

della completezza del diritto e a riconsiderare, nella fase interpretativa ed applicativa della norma al caso concreto, il ruolo del giudice, non più come esecutore materiale o passivo della legge statuita, ma come colui che attraverso la propria attività ermeneutica interpreta producendo egli stesso nuovo diritto. Contro quelle assurde e spaventose finzioni derivanti dagli aforismi riguardanti l'interpretazione delle leggi, come ad esempio quello che *Ignorantia iuris nocet*, *non excusat*, l'unica regola – scriverà Salvioli – "corrispondente alla realtà e alla giustizia sarebbe questa: lasciare libertà al giudice" ([73]). L'esito epistemologico di questo indirizzo fu l'elaborazione di nuove categorie giuridiche quali: la funzione sociale della proprietà, la correlazione fra diritto pubblico e diritto privato, dovuta all'intervento dello Stato a regolare i fenomeni economici, l'emersione del diritto sociale accanto al tradizionale diritto individuale. Per pervenire a questo risultato, però, sarebbe stato necessario liberare il diritto dalla cristallizzazione operata dai Codici e dai Commentari; ecco, allora, il recupero di categorie proprie del giusnaturalismo quali la *bona fides*, *l'aequitas* o la natura delle cose, cioè clausole generali, ulteriori fonti del diritto, che permettevano al giudice, caso per caso, di armonizzare la legge con le nuove esigenze sociali e politiche.

In questo senso, a parere di Salvioli, l'indirizzo formalistico-esegetico, che si concretizzava in una "povertà umiliante che si è nascosta sotto un lusso di commentarii e trattati infarciti di sentenze di tribunali, di massime di corti" ([74]), doveva essere contrastato affinchè si ripristinasse un'armonia tra pratica e teoria del diritto, dato che "il nostro vivere civile non si muove entro i confini del Digesto" ([75]). Veniva svelato, quindi, da Salvioli quale doveva essere il metodo interpretativo del diritto, il nuovo indirizzo cui si facevano portavoce i giuristi socialisti, il cui fine era quello "di adattare e coordinare alla legge il diritto nuovo quale si andava svolgendo nella vita" ([76]).

Veniva contestata la sovrapposizione, tutta giuspositivista, della legge positiva al diritto; quest'ultimo per Salvioli promanava dalle "esigenze sociali della vita pratica che era ben qualcosa di più e di meglio che non la sapienza civile di un mondo che almeno in parte era morto" ([77]).

Bisognava contrastare il metodo esegetico e quello pandettistico che stravolgevano il significato dei fatti reali pur di riplasmarli all'interno di massime prestabilite o di un sistema di casistica e riconsiderare "le leggi come entelechie dell'intelletto le quali contengono i caratteri generali dei fenomeni sociali e le norme pei fatti giuridici quasi in recipiente provvisorio ed elastico disposto ad allargarsi o a restringersi, secondo i fatti nuovi

---

([73]) G. Salvioli, *Gli aforismi giuridici*, in "La scuola positiva", 1891, p. 293.
([74]) G. Salvioli, *Il metodo storico nello studio del diritto civile italiano*, in "Circolo giuridico", 1885, p. 93.
([75]) Ibidem, p. 93.
([76]) Ivi, p.95.
([77]) Ibidem, p. 95.

o vecchi meno esplorati lo impongono, ecco il compito odierno della scienza" ([78]).

Il metodo storico, utilizzato nel campo dell'interpretazione giuridica, aveva come presupposto il fatto di considerare il diritto "una genesi e un prodotto di evoluzione... e non che si faccia del diritto un sistema e assai meno un museo" ([79]). Il compito scientifico del metodo storico era quello di "provare come istituti, disposizioni, massime abbiano il loro punto di partenza in costumi abbandonati, in aforismi fraintesi, in pratiche forensi già morte, in consuetudini giudiziarie perdute, in cavilli leguleieschi" ([80]).

Ancora una volta quindi si evidenzia un richiamo ad alcune categorie giusnaturalistiche, ma rilette in chiave evoluzionistica e storicistica ([81]).

Ed, infatti, Salvioli concludeva affermando che "Il metodo storico mostra in questo suo compito il carattere positivista e razionale che lo caratterizza...Tale è la missione dell'indirizzo storico: nella scienza essere storici per essere rivoluzionarii nella pratica legislazione" ([82]).

5. – Lo studio sociologico del diritto positivo, in contrapposizione a quello dogmatico e a quello filosofico, e le prime ricerche empiriche di sociologia e di politica legislativa si possono dire iniziate, in Europa, da A. Menger con il suo saggio sul progetto del Codice civile tedesco ([83]) e, in Italia, da G. Salvioli attraverso una vasta produzione scientifica culminata nel 1906 con il saggio sui difetti sociali del Codice civile del 1865 ([84]).

Va chiarito che, da un punto di vista sociologico, per diritto positivo i giuristi socialisti, in misura particolare Salvioli, non intendevano solo il diritto formale-legislativo, ma anche (e soprattutto, direi) quello che su un piano storico-empirico appariva connotato da un alto grado di effettività. La sociologia del diritto positivo, in questo senso, coincideva con lo studio delle forme giuridiche effettivamente e storicamente date e sentite all'interno dell'agire sociale. La conseguenza di questa impostazione metodologica era l'accettazione di una visione pluralista del diritto positivo ([85]). Si spiega così il ricorso a categorie neo-

([78]) Ivi, p. 97.
([79]) Ivi, p. 93.
([80]) Ivi, p. 97.
([81]) Sui caratteri del metodo storico-evolutivo, cfr. P. Costa, *L'interpretazione della legge; François Gény e la cultura giuridica italiana fra ottocento e novecento*, in "Quaderni fiorentini", *François Gény e la scienza giuridica del Novecento*, 1991, p. 407 ss.
([82]) G. Salvioli, *Il metodo storico nello studio del diritto civile italiano*, op. cit., p. 99.
([83]) A. Menger, *Il diritto civile e il proletariato. Studio critico sul progetto di un codice civile per l'impero germanico*, Bocca, Torino, 1905.
([84]) Cfr. R. Bettini, *Sociologia del diritto positivo*, op. cit., p. 26.
([85]) "Le variazioni capitali del diritto – scrive Salvioli – provengono sempre e infallibilmente da variazioni capitali nello stato degli elementi sociali", in G. Salvioli, *Il metodo storico nello studio del diritto civile italiano*, op. cit., p. 101.

giusnaturalistiche di impronta storicista, quali le "idealità giuridiche" o il "diritto vivente" aventi la funzione di criticare e di riformare il diritto statale codificato che empiricamente si presentava, in rapporto con i mutamenti sociali in atto, poco più che un dato virtuale, non più effettivo.

Nel rapporto tra mutamento sociale e mutamento giuridico, Salvioli considerava il diritto non solo un epifenomeno ideologico della struttura economica, ma qualcosa di ben più complesso ed alla cui formazione incidevano altri fattori, non solo quello economico, ma anche morale, sociale e religioso. La legge, ovvero il diritto che ha subito il processo di positivizzazione, pur essendo il prodotto della struttura sociale, della struttura economica e della "ideazione morale e religiosa", manteneva per Salvioli un grado di relativa indipendenza e come strumento di controllo sociale poteva retroagire condizionando a sua volta gli altri fattori sociali ([86]).

In questa ottica riformista, il diritto assumeva una funzione relativamente autonoma di propulsione al cambiamento dei rapporti sociali.

Paradossalmente rispetto a quanto generalmente si afferma, è stato fatto però notare da Costa che gli articoli di sociologia militante ed empirica di Salvioli, a differenza dei suoi scritti più organici, non conterrebbero nessuna proposta di riformismo giuridico. Salvioli, in sostanza, non credeva nello strumento del riformismo giuridico, giacché constatava la "irriformabilità, (la) immodificabilità del modo di produzione capitalistico in alcuno dei suoi elementi" ([87]) con la conseguenza di aderire fondamentalmente ad una lettura loriano-deterministica del mutamento socio-giuridico.

In realtà, non è del tutto vero che gli articoli di sociologia di Salvioli non contenessero alcuna proposta di riformismo giuridico: all'inizio di quasi tutti i suoi articoli, Salvioli si mostrava pessimista, intellettuale "arrabbiato" verso la società intera, pronto a considerare come palliativo qualsiasi tentativo di politica sociale, ma, immancabilmente, però, verso la fine di quegli stessi articoli, Salvioli iniziava a proporre una serie di iniziative giuridico-sociali di netto segno riformista.

È oggettivamente difficile comunque trovare un filo conduttore comune negli articoli di sociologia giuridica empirica di Salvioli sia per la disomogeneità degli argomenti trattati sia per i toni usati, più radicali, sia per il linguaggio più immediato, più partecipativo delle questioni reali affrontate; tuttavia il nesso esiste e consiste, secondo chi scrive, nell'intuizione metodologica di intrecciare il piano critico dell'analisi sociologico-legislativa con quello progettuale dell'analisi politico-legislativa ([88]).

([86]) Cfr. G. Salvioli, *Storia del diritto italiano*, Utet, Torino, 1921, p. 2 ss.

([87]) P. Costa, *Il solidarismo giuridico di Giuseppe Salvioli*, op. cit., p. 472.

([88]) Per una differenziazione della sociologia legislativa in pre e post-legislativa e di una sua connessione con la politica legislativa, cfr. J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Puf, Paris, 1978, p. 276 ss.; ed inoltre, A. C. Papachristos, *Sociologie*

Nei più importanti articoli di sociologia giuridica di Salvioli questa connessione è evidente.

Nell'articolo *Gabellotti e contadini in Sicilia nella zona del latifondo* ([89]), scritto nel 1894, l'ipotesi di lavoro collegava i problemi economico-sociali, che avevano causato la rivolta dei fasci siciliani, con la situazione normativa vigente, che non consentiva l'esercizio degli usi civici ed ammetteva forme contrattuali di diritto agrario, come il "terratico" o la "metateria" assolutamente vessatori ed iniqui per la classe contadina.

Anche nell'articolo *Il lavoro delle donne e dei fanciulli nelle leggi straniere più recenti* ([90]), scritto nel 1892, relativo alle leggi di tutela del lavoro e che rappresenta, per chi scrive, un esempio ancor oggi attuale di ricerca empirica sociologico-giuridica, Salvioli, dopo aver espresso un giudizio pessimistico circa l'efficacia della legislazione sociale ([91]), ammetteva che piuttosto che "attendere che lo sviluppo fatale del sistema capitalistico produca gli eccessi che ne cagioneranno la distruzione... è meglio combattere gli abusi e le violazioni della giustizia" ([92]). L'articolo si sviluppava su una linea chiaramente riformistica, in un contesto di studio analitico di norme e di dati empirici, relativo alle varie leggi di tutela del lavoro vigenti in Europa.

Anche nei due saggi, *La questione delle otto ore di lavoro in Europa nel 1893-1894* e *Gli scioperi americani*, scritti, il primo nel 1894 e il secondo nel 1895, Salvioli analizzava sociologicamente la legislazione che prevedeva la limitazione della durata della giornata lavorativa attraverso l'elaborazione di una serie di dati di statistica sociale, relativi al problema preso in esame e la formulazione di una soluzione politico-legislativa ritenuta migliorativa della condizione di vita di tutti gli attori sociali.

Uno degli scritti più interessanti di Salvioli, che può essere considerato ancor oggi un caso paradigmatico di moderna sociologia empirica del diritto e che precorre le ricerche attuate qualche anno dopo dalla Società umanitaria di Milano, che tanta importanza aveva avuto nella ricerca sociologico-giuridica finalizzata a "promuovere riforme legislative atte a meglio rispondere alle esigenze della classe operaia" ([93]), è l'articolo pubblicato nel 1896 sulla *"Rivista di politica e scienze sociali"* dal titolo *La questione delle case*

---

législative, in A. J. Arnaud et al. (ed.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGJD, Paris, 1988, pp. 387-389.

([89]) G. Salvioli, *Gabellotti e contadini nella zona del latifondo*, op. cit., pp. 67-81.

([90]) G. Salvioli, *Il lavoro delle donne e dei fanciulli nelle leggi straniere più recenti*, in "La scuola positiva", 1892, pp. 68-84.

([91]) Sulla "retorica dei giuristi schierati per le leggi sociali", cfr. G. Cazzetta, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, op. cit., p. 158; oltre, Id., *Leggi sociali, cultura giuridica ed origini della scienza giuslavoristica in Italia tra Otto e Novecento*, op. cit., pp. 155-262.

([92]) G. Salvioli, *Il lavoro delle donne e dei fanciulli nelle leggi straniere più recenti*, op.cit., p. 69.

([93]) R. Treves, *Introduzione alla sociologia del diritto*, op. cit., p. 158.

operaie, nel quale l'A. affronta la suddetta questione, che rappresenta un problema sociale urgentissimo, "che è sul tappeto da oltre 50 anni" ([94]). Egli osservava che "la questione delle abitazioni non è che una parte della questione sociale, e non sarà sciolta se non con questa e per opera dei lavoratori stessi" ([95]) e per dimostrarne l'urgenza sociale citava "una recente statistica sul numero delle abitazioni a Milano" ([96]), dove appariva che "Milano abbonda di case operaie nelle quali la popolazione è superiore a quella di moltissimi comuni italiani, grandi alveari umani, che hanno del carcere e della caserma, in cui brulicano le famiglie degli operai" ([97]). Questa grave situazione, che è causa di un aumento allarmante delle malattie infettive e di un altissimo tasso di mortalità tra i fanciulli, è dovuta, scriveva Salvioli, alla speculazione dei proprietari, i quali "di queste caserme moltiplicano le camere e riducono spazi e luci, null'altro curanti che del loro tornaconto" ([98]).

A parere di Salvioli, il sistema legale vigente era tutto dalla parte del proprietario, il quale "armato dai codici delle migliori prerogative, privilegio su tutti i crediti, aveva facoltà di esigere il pagamento anticipato e di imporre condizioni vessatorie, regolamenti arbitrari. Imboscato dietro una legalità complice, egli usa ed abusa del suo diritto" ([99]). Qualsiasi riforma legislativa, atta a incoraggiare la costruzione di case operaie "a buon mercato e salubri", così come si era effettivamente verificato in Europa, non potrà avere solo che un valore platonico, non sarà altro che un palliativo, se essa non conterrà anche "e in prima linea una radicale riforma del diritto di proprietà" ([100]).

Un ultimo esempio della connessione tra sociologia giuridica e politica legislativa nel pensiero salvioliano è ricavabile da un articolo pubblicato nel 1895 sulla *Rivista di politica e scienze sociali* dal titolo *Socialismo comunale*, in cui Salvioli si faceva appassionato fautore del programma politico consistente nella conquista elettorale dei Comuni da parte dei candidati socialisti, dando modo a questi, una volta eletti consiglieri municipali, di attuare una riforma dei servizi pubblici e delle imposte locali attraverso una loro municipalizzazione.

Per Salvioli, il socialismo municipale si identificherebbe nella formula politica del "governo della città libera nello stato libero" ([101]); il socialismo

---

([94]) G. Salvioli, *La questione delle case operaie*, in "Rivista di politica e scienze sociali", 1896, p. 295.
([95]) Ibidem, p. 295.
([96]) Ivi, p. 294.
([97]) Ibidem, p. 294.
([98]) Ibidem, p. 294.
([99]) Ivi, p. 295.
([100]) Ivi, p. 296.
([101]) G. Salvioli, *Socialismo comunale*, in "Rivista di politica e scienze sociali", 1895, p. 8.

municipale "è il decentramento, la libertà, perchè si possano esplicare e preparare le nuove forme di ordinamento industriale e sociale" ([102]).

Attraverso il controllo del comune, scriveva Salvioli, si concretizzava una serie di proposte, quali "l'abolizione di tutte le spese di lusso, l'aggiudicazione dei lavori pubblici alle cooperative di lavoro, l'istituzione delle Camere di lavoro, la trasformazione della pubblica beneficenza, in modo da renderla più rispondente alla dignità e alla solidarietà umana, l'esecuzione dei redditi minimi, la giornata normale di otto ore pei lavoratori dipendenti del Comune, il riposo domenicale" ([103]), e , sull'esempio delle città tedesche; anche in Italia si potevano, così, rompere "i lucrosi monopoli della luce elettrica..., delle concessioni del gas... delle condutture d'acqua" ([104]), municipalizzando tutte queste "funzioni sociali" (così le chiamava Salvioli), perchè è "falsa l'opinione secondo cui l'azione sociale è sempre cattiva in confronto della privata" ([105]).

6. – Se proprio ci fosse la necessità di indicare un "prius" connotante il socialismo giuridico, esso coinciderebbe con la tendenza metodologica antiformalistica di concepire il diritto come un fatto storico-sociale, risultante da una complessità di elementi convergenti aventi sia natura strutturale sia sovrastrutturale. Salvioli stesso, come si è visto, parlava, infatti, di una pluralità di fattori costitutivi del diritto.

Corollario di questa espressione metodologica antiformalistica è l'altro aspetto, il più noto tra gli studiosi, caratterizzante il socialismo giuridico, cioè quello della critica sociologica della legislazione vigente ([106]).

Il metodo antiformalistico presuppone una rilettura critica della legislazione vigente, perché, negando l'identificazione del diritto con la legge e la

---

([102]) Ibidem, p. 8. È opportuno notare che Costa non ha citato un rigo di questo articolo, nè lo ha menzionato nelle note bibliografiche, mentre ha citato quegli articoli che davano un'immagine ideologica parziale di Salvioli, come quella di un non-riformista o di un loriano-determinista. Si tenga conto, infatti, che in una ipotetica storia del riformismo sociale, la formula del socialismo comunale occuperebbe uno dei capitoli centrali. Come dimostra Carlo Cartiglia, "già a partire dal 1889, con le prime elezioni amministrative a suffragio allargato, esponenti della Estrema sinistra erano entrati in numerosi comuni. Con le elezioni del 1899 questa tendenza viene consolidandosi... Il socialismo municipale assume, tra l'inizio del secolo e l'avvento del fascismo, un rilievo particolare, e giunge a delinearsi come una delle più tipiche e caratterizzanti realizzazioni di tutta la politica riformistica"; cfr. C. Cartiglia (Introduzione e cura), *Socialisti riformisti*, Feltrinelli, Milano, 1980, p. 29. Su questo tema, si veda anche G. Sapelli, *Comunità e mercato. Socialisti, cattolici e "governo economico municipale" agli inizi del XX secolo"*, Il Mulino, Bologna, 1986.

([103]) G. Salvioli, *Socialismo comunale*, op. cit., p. 8.

([104]) Ivi, p. 9.

([105]) Ibidem, p. 9.

([106]) Sulle alterne fortune delle due tendenze, quella critico-sociologica e quella metodologica, presenti nel socialismo giuridico, rinvio a R. Treves, *Introduzione alla sociologia del diritto*, op. cit., p. 155.

primarietà di quest'ultima quale unica fonte del diritto, opera un recupero delle istanze giusnaturalistiche e permette al socialismo giuridico di far valere l'emersione di un nuovo "diritto naturale" latente (il diritto sociale) ([107]), espressione dei rapporti (anche conflittuali) intercorrenti tra i gruppi sociali presenti nella società ([108]).

In questo contesto, un contributo fondamentale è stato rappresentato dal saggio di Salvioli intitolato *I difetti sociali delle leggi vigenti di fronte al proletariato e il diritto nuovo* ([109]), scritto nel 1906 ed incentrato sulla critica della legislazione civile ed in particolare del Codice civile del 1865.

([107]) Ritengo che sussista un evidente parallelismo tra naturalismo giuridico e socialismo giuridico: come il primo ha rappresentato storicamente un indirizzo antiformalistico e ha prodotto l'esigenza di una critica alla legislazione, anche il secondo ha riproposto la stessa operazione epistemologica, con la differenza che, per il socialismo giuridico, come per tutti gli orientamenti aderenti al metodo positivo, il diritto non era né dato da Dio né dalla Ragione Umana, bensì era il prodotto delle esigenze ("*le idealità sociali e giuridiche*") di un determinato tipo di società. Sull'endiadi antiformalismo/critica legislativa, si veda Bobbio, il quale afferma che "l'istanza antiformalistica del giusnaturalismo... si fa valere talora, in una forma più generica, sottoforma della ricorrente esigenza di una critica delle leggi"; cfr. N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965, p. 142.

([108]) Sulla irriducibile "avversione dei marxisti" rispetto al "pluralismo solidaristico" e ad "ogni forma di interpretazione pluralistica della struttura sociale" rinvio alla lettura di M. Corsale, *"Pluralismo giuridico"* (voce), in "Enciclopedia del diritto", XXXIII, Giuffrè, Milano, 1983, p. 1020.

([109]) L'opera è una rielaborazione ed un ampliamento, compiuti da Salvioli nel 1906, delle stesse tematiche contenute nella prolusione palermitana tenuta all'Università, il 9 novembre 1890, che portava il titolo *I difetti sociali del Codice civile in relazione alle classi non abbienti ed operaie*. La riscoperta dell'importanza della critica salvioliana (nella prolusione del 1890) è stata di recente espressa da Paolo Grossi, che di Salvioli scrive: "Sue qualità indubbie: una inusitata franchezza espressiva, una inusitata libertà culturale, quasi il volersi scrollar di dosso l'oppressione di tanti plagi culturali e compiere un'opera di palingenetica auto-liberazione". E, quasi a voler rimarcare la tensione morale espressa dal discorso di Salvioli, aggiunge: "Se si pensa che Salvioli scelse come occasione della propria requisitoria la solenne inaugurazione di un anno accademico universitario, si capisce l'insofferenza di quel mondo accademico,... dovette dar parecchio fastidio che non fossero soltanto gli agitatori piazzaioli... ma addirittura un cattedratico di Università... ad evocare spettri sgradevoli e impensabili capovolgimenti dei solidi valori borghesi costruiti per l'eternità"; cfr. P. Grossi, *La scienza del diritto privato. Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo*, *1893-1896*, op. cit., p. 59. L'importanza del testo salvioliano, che racchiude in sé, paradigmaticamente, la tendenza politico-ideologica di tutto il socialismo giuridico, viene evidenziata anche da Treves, che in proposito, scrive: "si può considerare uno degli esempi più significativi: quello offerto da Giuseppe Salvioli. In un saggio che risale al 1890 e che fu ripubblicato nel 1906, con ampie modifiche e integrazioni, questo autore, sul piano ideologico-politico, denuncia il carattere classista del codice civile del 1865"; cfr. R. Treves, *Introduzione alla sociologia del diritto*, op. cit., p. 157. Pietro Costa, invece, sceglie una lettura di "basso profilo" de *I difetti sociali*. Egli ammette che l'ideologia giussocialista di Salvioli è consegnata a questo scritto, ma alla fin fine afferma che nulla di effettivamente originale può essere desunto dal testo

Secondo Costa, il motivo dominante, sul quale si fonda la *pars destruens* contenuta nello scritto salvioliano, è da identificare con la critica all'individualismo presente nei codici ottocenteschi: la critica di Salvioli si basa in sostanza sul motivo anti-individualistico ([110]).

In realtà, il saggio si struttura anche su altri motivi ([111]) e precisamente: sul motivo antiromanistico, intendendo con ciò la critica dura e serrata al diritto romano, quale forma giuridica cristallizzata e conseguentemente astorica e desueta; sul motivo antiesegetico, ovvero la critica al metodo ermeneutico che prevede un commento passivo alla legislazione civile; sul motivo anticodicistico, cioè la critica ad un corpo unitario di norme contenenti tutte quelle istanze ormai svuotate, in termini sociologici, di una loro funzione sociale (incapacità di orientare i comportamenti e di regolare i conflitti sociali, generale inefficacia del sistema normativo).

Su questi punti cardinali, il saggio si dipana lungo tre differenti piani di lettura, preceduti da una breve introduzione, in cui Salvioli solleva la questione se il diritto statuito risponda alle esigenze generali della collettività o piuttosto, come egli riteneva, agli interessi particolari della classe sociale che detiene la ricchezza e i mezzi di produzione ([112]). Il problema di Salvioli era quello di verificare se la norma statuita nei codici fosse effettivamente destinata a regolare i modelli di comportamento non solo di una classe specifica di persone, ma anche della generalità delle classi di persone presenti nella struttura sociale (requisito della omnicomprensività della normativa vigente).

Nel primo piano di lettura, Salvioli sottopone a critica i principi filosofico-generali sui quali si fondava il sistema giuridico positivo. Secondo Salvioli, alla base del diritto codificato vi era il recepimento degli istituti di diritto romano avvenuto, però, attraverso un'opera di decontestualizzazione storica e di depurazione tecnico-giuridica che ne avevano stravolto completamente il senso privandoli di tutta una serie di contrappesi sociali per proteggere i deboli che pure la società romana imperiale riconosceva. Nella legislazione moderna, aveva modo di osservare Salvioli, si è sottaciuto il ruolo interpretativo, in senso equitativo, che il diritto romano riconosceva al giudice "per riparare alle *iniquitates juris*, alle *angustiae juris*" ([113]), e si è posto, per

---

salvioliano, nel quale "è visibile l'influsso di A. Menger, *Il diritto civile e il proletariato*" in un tale grado che si potrebbe parlare di un "calco" operato sull'opera dell'autore austriaco; cfr. P. Costa, *Il solidarismo giuridico di Giuseppe Salvioli*, op. cit., p. 466.

([110]) Ivi, p. 463.

([111]) La lacuna presente nell'analisi di Costa viene sottolineata da M. Orlando, *Una ricerca collettiva sul socialismo giuridico*, in "Politica del diritto", 1977, p. 572.

([112]) G. Salvioli, *I difetti sociali delle leggi vigenti di fronte al proletariato e il diritto nuovo*, op. cit., p. 2. Un commento approfondito dell'opera di Salvioli si trova in M. Cascavilla, *Il socialismo giuridico italiano. Sui fondamenti del riformismo sociale*, QuattroVenti, Urbino, 1987.

([113]) G. Salvioli, *I difetti sociali delle leggi vigenti di fronte al proletariato e il diritto nuovo*, op. cit., p. 27.

suffragare il principio di uguaglianza formale, come pilastro giuridico l'aforisma *Ignorantia legis non excusat*, con la conseguenza perversa che "il nostro diritto presuppone e pretende che un operaio, un povero, un analfabeta sappia ciò che spesso non sa l'uomo tecnico, e che spessissimo non sa l'istruito, non sa il ricco, il quale però ha sempre a sua disposizione una turba di avvocati" ([114]).

Il secondo pilastro che sta alla base dei moderni codici è il principio dell'individualismo, secondo il quale, osserva Salvioli, l'uomo è supposto isolato e lo scopo della legge dei Codici, unica fonte del diritto ([115]), è quello di garantire il raggiungimento dell'interesse individuale con la "conseguenza che le relazioni degli uomini vanno regolate unicamente dalla legge rigida dell'offerta e della domanda, dal calcolo esatto del dare e dell'avere, dall'aritmetica del mio e del tuo, dal tornaconto realizzato come meglio è possibile, non esclusa la menzogna, la frode e la violenza fino al punto in cui il turbamento sociale non richiede l'intervento della repressione penale" ([116]). Il rimedio veniva indicato da Salvioli nel riconoscimento giuridico della prevalenza dell'interesse sociale su quello privato, nel riconoscimento dell'istituto dell'abuso del diritto, nella compenetrazione tra diritto privato e diritto pubblico sulla base di una concezione filosofico-antropologica, secondo la quale l'identità individuale si realizza solo in virtù del rapporto con gli altri individui, attraverso un reciproco riconoscimento dialogico e sapendo di appartenere storicamente ad una determinata comunità. Questa concezione si potrebbe riverberare, secondo Salvioli, anche nel sistema giuridico positivo solo se si accogliesse tra gli scopi ultimativi del diritto, in sostituzione del concetto negativo di ordine pubblico, quello della solidarietà, intesa come funzione promozionale del bene comune ([117]).

La critica di Salvioli continuava appuntandosi su due cardini dello Stato di diritto: la libertà e l'uguaglianza. Egli osservava che non era sufficiente declamarne il valore assoluto, bensì occorreva connettere la libertà e l'uguaglianza con le condizioni effettive in cui vivevano gli attori sociali e solo in

---

([114]) Ivi, pp. 28-29.

([115]) Magistrale l'inciso di Irti, con il quale si spiega che il codice del 1865 diviene per la borghesia l'unica fonte giuridica: "il diritto si risolve nelle leggi dello Stato, le leggi dello Stato si chiudono nelle strutture, fisse e durevoli, dei codici civili...Il mondo della sicurezza è dunque il mondo dei codici, che traducono in ordinate sequenze di articoli, i valori del liberalismo ottocentesco", cfr. N. Irti, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1986, pp. 5-6.

([116]) G. Salvioli, *I difetti sociali delle leggi vigenti di fronte al proletariato e il diritto nuovo*, op. cit., p. 8.

([117]) Su una attualizzazione delle istanze solidaristiche, nonché su una differenziazione tra "solidarietà di comunità" e "solidarietà di lotta" e su una diversificazione analitica dei tipi di agire solidale, si rinvia a P. P. Portinaro, *Urbanizzazione della provincia comunitaria? Solidarietà e bene comune*, in "Teoria politica", 2001, pp. 101-111.

questo modo si poteva evitare la giuridificazione di un falso concetto di libertà. Come era possibile giustificare, si chiedeva Salvioli, la finzione giuridica "che tutti abbiano lo stesso grado effettivo di libertà, mentre viceversa per alcune categorie di persone il loro stato non era quello del libero arbitrio, bensì dello stato di necessità, dello stato di bisogno" ([118]). Parimenti per il "diritto eguale", il cui detto "tutti uguali, tutti capaci di provvedere ai propri bisogni" si traduceva inesorabilmente alla prova dei fatti in una diseguaglianza sostanziale: "il voler riguardare e trattare – scriveva Salvioli – in modo eguale persone diseguali crea la vera diseguaglianza, e con questo principio astratto dell'eguaglianza di diritto che non tiene conto delle diseguaglianze sociali e individuali, si giunge all'effettiva impossibilità di attuare la giustizia contro tutti" ([119]).

Il secondo piano di lettura (non trattato nel saggio di Costa) riguarda la critica che Salvioli rivolge, specificamente, ai singoli istituti giuridici previsti dal codice civile del 1865.

Il primo affondo era indirizzato all'istituto della proprietà, sul quale, come è noto, la struttura del codice civile era tutta incentrata.

L'esclusiva attenzione agli interessi delle sole classi abbienti, della classe dei *possidentes* era provata dalle "centinaia di articoli del Codice civile i quali regolano nei minimi particolari il diritto della proprietà di fronte al misero articolo che parla della locazione d'opera" ([120]). Il contratto di lavoro, affermava Salvioli, "è consacrato in un articolo il quale contiene una disposizione completamente inutile" ([121]). Non c'era legge che riconoscesse il valore del lavoro, l'importanza sociale di esso, tutto veniva lasciato "alle combinazioni del mercato, alle speculazioni, alle dure necessità della vita, la legge che ha stabilito il prezzo a tasso legale pel denaro, non ha creduto di dover fare altrettanto pel lavoro" ([122]).

In termini di politica legislativa, il principio di socialità o la subordinazione del momento individuale a quello sociale, a parere di Salvioli, doveva necessariamente passare attraverso la consacrazione legislativa della funzione sociale della proprietà ([123]).

Anche nell'ambito del diritto di famiglia Salvioli riscontrava uno stacco

---

([118]) G. Salvioli, *I difetti sociali delle leggi vigenti di fronte al proletariato e il diritto nuovo*, op. cit., p. 18.

([119]) Ivi, pp. 20-21.

([120]) Ivi, p. 37.

([121]) Ibidem, p. 37.

([122]) Ivi, p. 40.

([123]) Tale affermazione riveste un particolare significato, in quanto nell'attuale ordinamento legislativo il concetto della funzione sociale della proprietà è uno dei punti cardine dello statuto legale dei diritti reali, essendo riconosciuto oltre che dal fondamentale art. 42 della Costituzione, anche da tutta una serie di articoli del vigente Codice civile che presuppongono l'idea di una trasformazione della proprietà in senso sociale o anti-egoistico.

tra la normativa vigente e la prassi sociale; così, a titolo esemplificativo, egli auspicava che venisse riformata l'inferiorità dei figli illegittimi rispetto a quelli nati nel matrimonio e il divieto di ricercarne la paternità. Ed ancora, rilevava inadeguatezza sociale negli istituti della patria potestà, dell'obbligo alimentare, della filiazione naturale ed auspicava l'introduzione di una misura preventiva a favore della moglie (124) nell'eventualità che venisse abbandonata dal marito o che questi dissipasse il proprio salario. In questi casi, "si dovrebbe con procedura rapida, autorizzare la moglie a farsi consegnare dal padrone una parte dei salari del marito, facendo quello responsabile del pagamento" (125).

Per Salvioli, nel campo del diritto delle obbligazioni il codice sanciva una falsa libertà tra imprenditore e lavoratore: in realtà quest'ultimo versa in uno stato di bisogno, egli è "in uno stato di dipendenza e impotenza effettiva, che la proclamazione di libertà astratte non fa cessare" (126). Perciò, è necessario che si pervenga al più presto "ad un codice del lavoro e a leggi sui contratti agrari", affinchè si subordini il contratto di lavoro all'interesse sociale e si consideri il lavoro non una merce bensì un diritto soggettivo. La legge - scriveva Salvioli - lascia "al libito del padrone... il tempo del tirocinio, [il potere di] licenziamento senza preavviso e senza indennizzo" nè essa si occupa di regolare il lavoro all'interno dei locali della fabbrica, ove spesso si verificano "veri saggi di despotismo meschino"oppure si fanno lavorare "materie prime, cattive, dannose alla salute" (127).

---

(124) Sulla presunta tutela giuridica della donna appartenente alla classe operaia e la "retorica solidarista di Salvioli", si veda G. Cazzetta, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, op. cit., pp. 364-365.

(125) G. Salvioli, *I difetti sociali delle leggi vigenti di fronte al proletariato e il diritto nuovo*, op. cit., p. 59. Un istituto giuridico simile (il cosiddetto ordine giudiziale di pagamento) è oggi previsto nel nostro ordinamento giuridico dall'art. 156, IV° co., c.c., nella parte in cui regola, in caso di inadempimento del versamento periodico di somme di denaro, gli effetti della separazione coniugale sui rapporti patrimoniali dei coniugi.

(126) Ivi, p. 63-66.

(127) Ibidem, p. 66. Come si può rilevare, il codice di lavoro di cui parlava Salvioli corrispondeva a forme di regolamentazione giuridica del lavoro, successivamente recepite nel nostro ordinamento giuridico con la promulgazione dello statuto dei lavoratori. Non a caso alcuni studiosi di storia di diritto del lavoro considerano i giussocialisti, e in primis Giuseppe Salvioli, i veri iniziatori della disciplina lavoristica contrariamente alla diffusa opinione secondo la quale era stato Ludovico Barassi il padre del diritto del lavoro in Italia. In realtà, quest'ultimo, aderendo alle tesi del nascente indirizzo tecnico giuridico, si opporrà alle contaminazioni tra diritto e società, di cui si fecero portavoce i giussocialisti. Sul punto, nel senso qui indicato, si veda G. Pino, *Modelli normativi del rapporto di lavoro all'inizio del secolo*, in "Politica del diritto", 1984, pp. 207-232; L. Castelvetri, *Le origini dottrinali del diritto del lavoro*, in "Rivista trimestrale del diritto e procedura civile", 1987, pp. 246-286, ove, a p. 278, si legge: "le sue [di Barassi] critiche si rivolgono a tutti coloro che avevano... introdotto spurie contaminazioni sociali nei loro contributi alla costruzione giuridica

Di rilievo, infine, l'osservazione di Salvioli che molte norme, in materia di legislazione sociale, come ad esempio quelle relative al lavoro minorile, fossero inefficaci per l'assoluta carenza di risorse implementative atte "a far sì che le norme stesse trov(assero) applicazione" ([128]).

7. – Per Salvioli un tema strategico di riflessione è stato il processo di solidarizzazione del diritto. Il terzo piano di lettura dell'opera rappresenta, infatti, il tentativo di saldare la dimensione politico-legislativa del riformismo con quella filosofico-sociologica della solidarietà sociale ([129]).

È indubitabile che il termine "solidarietà" ha natura polisemica e conseguentemente può essere declinato in molti modi ed in diversi ambiti scientifici. Ma proprio per questo ritengo analiticamente insufficiente sia il giudizio di taluni studiosi secondo i quali il modello solidaristico proposto da Salvioli scadrebbe in una litania di toni predicatori e genericità umanitarie sia il giudizio di Costa secondo il quale il solidarismo salvioliano, lungi dall'essere un postulato etico, sfocerebbe in una autodisciplina autoritario-corporativa della società attraverso lo Stato.

Ritengo che il concetto di solidarietà utilizzato da Salvioli sia stato mutuato dalle teorie sociologiche integrazioniste (da Comte a Bourgeois e a Durkheim), che intendevano la società come un insieme di legami che rendevano gli individui dipendenti e solidali gli uni dagli altri. La solidarietà

---

del contratto di lavoro; e a questa stregua critica non solo gli ultra-novatori, che proponevano il codice privato sociale, ma anche tutti coloro che erano stati sensibili agli argomenti della sociologia del diritto per non parlare di Menger...". È interessante notare che la stessa A., alcuni anni dopo, rinnegherà completamente questo giudizio e parlerà di una continuità ideologico-autoritaria tra il giussocialismo lavoristico e il pensiero barassiano, su ciò cfr. L. Castelvetri, *Il diritto del lavoro alle origini*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 247.

([128]) Cfr. V. Ferrari, *Lineamenti di sociologia del diritto. I. Azione giuridica e sistema normativo*, op. cit., p. 265. È opportuno notare che i settori di studio sulle strutture implementative del diritto costituiscono una delle aree di ricerca più interessanti ed attuali sia in ambito sociologico-giuridico (si pensi ai programmi di *"social engineering"*) sia in ambito della teoria della *policy analysis* (si pensi agli studi sulla dimensione organizzativa del diritto e sull'efficacia delle politiche legislative). Sulla implementazione si veda E. Blankenburg, *Implémentation*, in A. J. Arnaud et al. (ed.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGJD, Paris, 1988, pp. 291-293. Sulla *policy analysis*, cfr. R. Bettini, *Legislazione e politiche in Italia. Razionalità, efficacia, modernizzazione imperfetta*, FrancoAngeli, Milano, 1990, p. 63 ss.

([129]) Sul rapporto tra riformismo e solidarismo si sofferma opportunamente L. Pellicani, a parere del quale, "l'idea filosofico-normativa che sta sullo sfondo della prassi riformista è che la società è una comunità morale le cui parti – individui, famiglie, categorie professionali, classi – sono legate da vincoli di solidarietà e da fini comuni che devono essere continuamente ridefiniti attraverso il pubblico dibattito. Di qui il rifiuto di ogni forma di *laissez faire*"; cfr. L. Pellicani, *Riformismo* (voce), in G. Zaccaria (a cura), *Lessico della politica*, Edizioni Lavoro, Roma, 1987, p. 499.

intesa dunque non come tendenza filantropica o caritatevole, ma come espressione ontologica della società, come meccanismo endogeno di regolazione sociale. Non per nulla Salvioli, chiedendosi che cosa fosse la solidarietà, usa una metafora organicista peculiare alla sociologia positivista. La solidarietà, scrive Salvioli, è "la legge del mondo fisico e quella della società umana... L'uomo non è isolato, ma vive, opera, produce, possiede in quanto trovasi in mezzo ad altri uomini ai quali deve coordinare la sua azione" ([130]).

In questa ottica, la solidarietà assume diverse sfumature: in primo luogo viene a rappresentare un legame di tipo prevalentemente comunitario, termine quest'ultimo "in larga misura discreditato dall'abuso che di (esso) aveva fatto il nazionalsocialismo con la sua ideologia della *Volksgemainschaft*" ([131]), in secondo luogo viene a prospettare un legame di tipo associativo, societario; in terzo luogo ad implicare "una base morale di tipo impersonale che porta ad una collaborazione tra estranei, nella intesa di una reciprocità generale degli impegni, che implica la partecipazione ad azioni pubbliche di utilità" ([132]).

Dalla concezione sociologica adottata da Salvioli, che risente sia della categoria concettuale della solidarietà organica di Durkheim sia del principio d'interdipendenza esistente tra i gruppi sociali elaborato da Duguit, discendono due corollari, uno di natura etica e l'altro di natura giuridica.

Se, infatti, la solidarietà è una legge immanente alla società ne deriva che la "moralità" di quest'ultima "è in ragione del solidarismo pratico, poiché il dovere dell'uomo è di vivere, operare, lavorare non per sé, ma per gli altri" ([133]). Il modello solidaristico proposto da Salvioli quindi non solo si sostanzia, come afferma Costa, in un fattore sociale "emergente dallo sviluppo industriale fondato sulla divisione del lavoro" ([134]), ma postula un ideale etico sul quale costruire una teoria solidarista della giustizia, che ha le sue radici "nella visione mutualistica dell'avvenire individuale e collettivo ([135]).

([130]) G. Salvioli, *I difetti sociali delle leggi vigenti di fronte al proletariato e il diritto nuovo*, op. cit., p. 91.

([131]) P. P. Portinaro, *Urbanizzazione della provincia comunitaria? Solidarietà e bene comune*, op. cit., p. 102.

([132]) I. De Sandre, *Solidarietà*, in "Rassegna italiana di sociologia", 1994, p. 253. Un approccio teorico-sociologico si trova anche in F. Boriani, *Il concetto di solidarietà nella tarda modernità*, in "Sociologia", 2000, pp. 119-123. Sulla differenza tra solidarietà umana e civile e solidarietà economica, cfr. P. Perlingieri, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in "Rassegna di diritto civile", 1995, pp. 84-117; G. Alpa, *Solidarietà*, in "La nuova giurisprudenza civile commentata", II, 1994, pp. 365-373.

([133]) G. Salvioli, *I difetti sociali delle leggi vigenti di fronte al proletariato e il diritto nuovo*, op. cit. p. 89.

([134]) P. Costa, *Il solidarismo giuridico di Giuseppe Salvioli*, op. cit., p. 483.

([135]) R. Petrella, *Il bene comune. Elogio della solidarietà*, Diabasis, Reggio Emilia, 1997, p. 25. Storicamente, scrive Petrella, il movimento che ha sostenuto il principio di solidarietà ha contribuito a trasformare "lo stato liberale democratico in Stato

Da un punto di vista giuridico, il modello solidaristico propone di riconfigurare la funzione sociale del diritto non più nel senso di istituzionalizzare la libertà individuale, bensì di tendere alla integrazione comunitaria ([136]). Accanto al diritto individuale si ha l'emersione di un "nuovo diritto", il diritto sociale, come prodotto peculiare della comunità e della integrazione sociale ([137]). Le idealità giuridiche prodotte dalla solidarietà sociale permettono, secondo Salvioli, "che i diritti soggettivi non possono entrare in conflitto diretto colle condizioni essenziali della vita collettiva e il loro contenuto si delimita secondo la facoltà di adattamento al funzionameno sociale" ([138]).

Infine, come ho già avuto modo di notare, a giudizio di Costa, il solidarismo giuridico di Salvioli, attraverso il recupero della categoria dei corpi intermedi elaborata da Durkheim, si ammantava di un ulteriore aggettivo specificativo, cioè quello di essere paleocorporativo, prodromico al corporativismo fascista. Ora è necessario precisare che Salvioli non usa mai il termine corporazione, bensì quello di solidarietà professionale, intendendo con tale espressione le forme di aggregazione sindacale dei lavoratori; mentre non è chiaro il criterio secondo il quale Costa collega il concetto di corporazione di Durkheim al corporativismo economicista autoritario del fascismo. Che l'idea corporativa sia stata ripresa ed attuata nei regimi fascisti senza alcun rispetto per il senso originale della teoria dei corpi intermedi teorizzata dal sociologo francese per uscire dallo stato di anomia,

---

sociale democratico (il *Welfare State*), e la cittadinanza civile e politica in cittadinanza sociale (lavoro, educazione, sanità, qualità della vita)"; Ivi, p. 23.

([136]) Sul punto rinvio a U. Cerroni, *La libertà dei moderni*, De Donato, Bari, 1968, pp. 16-17. In proposito, rileva notare anche il giudizio dato da Cazzetta, a parere del quale i giuristi socialisti credettero ingenuamente "al mito delle virtù pacificatrici e solidaristiche del diritto"; cfr. G. Cazzetta, *Leggi sociali, cultura giuridica ed origini della scienza giuslavoristica in Italia tra Otto e Novecento*, op. cit., p. 177. Per un sociologo, il mito del diritto come strumento d'integrazione sociale è un dato di fatto, empiricamente verificabile; così come è un dato acquisito che "rigide contrapposizioni in termini di individualismo/olismo o meccanicismo/organicismo o ancora atomismo/organicismo appaiono francamente inadeguate ad affrontare nella loro interdipendenza i complessi problemi dell'integrazione delle società e delle identità degli individui", P. P. Portinaro, *Urbanizzazione della provincia comunitaria? Solidarietà e bene comune*, op. cit., p. 103.

([137]) I fondamenti filosofici ed epistemologici del diritto sociale si trovano magistralmente esposti in G. Gurvitch, *L'Idée du droit social*, Sirey, Paris, 1932. Sul nesso tra solidarietà e diritto sociale, si veda R. Marra, *Il diritto in Durkheim. Sensibilità e riflessione nella produzione normativa*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1986. Alla "scuola del diritto sociale", Cerroni rivolge la critica di non essere riuscita, pur presupponendo l'istanza di socializzazione del diritto, ad affermare anche "la socializzazione della proprietà (la eliminazione cioè della proprietà privata)", cfr. U. Cerroni, *La libertà dei moderni*, op. cit., p. 73.

([138]) G. Salvioli, *Filosofia del diritto*, Pierro, Napoli, 1905, p. CXIX.

mi sembra un fatto pressochè acquisito nell'ambito degli studi di storia del pensiero sociologico (139).

8. – Per Salvioli, il diritto è riformabile, poichè esso è un prodotto delle idee umane, dei rapporti sociali, politici ed economici. Se il diritto è il prodotto di un processo ideologico, allora vi è spazio per una operazione antidogmatica, con la quale non si accetta più - come fino ad allora avevano fatto i giureconsulti - lo *status quo* giuridico-legislativo.

La polemica contro il positivismo giuridico e il recupero delle categorie giusnaturalistiche, in una logica storicistica, nascevano proprio dall'esigenza di dotare di un elemento di "flessibilità interpretativa" l'ambito scientifico della dottrina e della giurisprudenza.

L'istanza riformista (140) della legislazione vigente portava con sé anche una nuova valutazione antiformalistica, anticoncettualistica e pluralistica del diritto.

La società mutava ed esprimeva nuovi bisogni che si traducevano in richieste giuridiche alle quali si doveva dare risposta sul piano legislativo.

Si contestava - da parte dei giuristi socialisti - che l'unico diritto esistente fosse quello sancito dai codici borghesi: iniziava in quel periodo storico la cosiddetta *crisi dei codici*, che dura tuttora e che Natalino Irti ha chiamato efficacemente "età della decodificazione" (141).

---

(139) Cfr. F. Javier De Lucas, *Solidarité*, in A. J. Arnaud et al. (ed.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGJD, Paris, 1988, pp. 389-392; L. Cavalli, Introduzione a É. Durkheim, *Il suicidio. L'educazione morale*, Utet, Torino, 1977, p. 19; M. A. Toscano, *Evoluzione e crisi del mondo normativo. Durkheim e Weber*, Laterza, Bari, 1975, p. 206, ove si legge che "[le corporazioni] non esprimono un regime politico, ma una nuova epoca sociale e un nuovo tipo sociale, tipo differenziato con qualcosa di segmentario". A parere di Giddens, "le proposte di Durkheim di istituire associazioni di mestiere come intermediarie tra lo stato e l'individuo hanno radici nel *solidarisme* dei socialisti radicali. Secondo Durkheim [stesso], invece, queste proposte poggiano su premesse rigorosamente sociologiche che derivano dalle conclusioni espresse in *La divisione del lavoro*"; cfr. A. Giddens, *Capitalismo e teoria sociale*, EST, Milano, 1998, p. 323.

(140) C. Vano, *Riflessione giuridica e relazioni industriali: alle origini del contratto collettivo di lavoro*, in A. Mazzacane (a cura), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, op. cit., p. 129. Sulla effettiva incidenza del socialismo giuridico nelle politiche legislative si sofferma Cassese, il quale osserva che tutti gli studiosi che hanno approfondito i caratteri peculiari del socialismo giuridico, hanno concluso che si trattava di un fenomeno "nebuloso, vago e confuso... ma nessuno si è ancora dato carico di valutare l'influenza del socialismo giuridico sulla legislazione sociale dell'età giolittiana e sui progressi dell'intervento statale nell'economia"; cfr. S. Cassese, *Socialismo giuridico e diritto operaio. La critica di Sergio Panunzio al socialismo giuridico*, in "Quaderni fiorentini", nn. 3-4, I, 1974-75, p. 499.

(141) Sulla decodificazione come "strumento di politica legislativa", si veda N. Irti, *Codice civile e società politica*, Laterza, Roma-Bari, 1995, p. 16.

Si contestava altresì che potesse essere solo lo Stato a produrre il diritto ed ancora si contestava che esistesse solo la categoria dei diritti soggettivi individuali e, per converso, si proponeva il riconoscimento di nuovi diritti naturali di origine sociale ed economica: il diritto al lavoro, il diritto di libertà sindacale, il diritto alla sussistenza, il diritto alla distribuzione della ricchezza, il diritto alla sicurezza economica, il diritto alla vita, il diritto alla libertà di associazione, il diritto all'esistenza ([142]). Si trattava, in sintesi, di riconoscere, accanto ai diritti individuali, anche i diritti sociali.

Tutto ciò è presente in maniera emblematica in Salvioli e la sua visione relativistica, storicistica e sociologica del diritto rappresenta in generale anche il fondamento dell'interdisciplinarità del pensiero salvioliano.

Si è spesso parlato in termini negativi di eclettismo salvioliano, ma, in realtà, quella poliedrica concezione teorica del diritto era il risultato logico di un approccio complessivo allo studio del fenomeno giuridico in cui si erano integrati i diversi piani epistemologico-conoscitivi della storiografia giuridica, della sociologia giuridica, della dogmatica giuridica e della filosofia giuridica.

Come storico del diritto Salvioli approfondiva il nesso d'interdipendenza esistente tra diritto e svolgimento storico della società ([143]); come sociologo del diritto valutava le condizioni di validità e di efficacia della normativa rispetto alla concreta dinamica delle classi e dei gruppi sociali ([144]); come critico della dogmatica giuridica rilevava la "paralisi ermeneutica" dei metodi formalistici d'interpretazione della legge; ed infine come filosofo del diritto affermava il processo valorativo del diritto sul quale veniva a fondarsi una nuova teoria della giustizia su base solidaristica.

Anche nei confronti di Salvioli è stata rivolta l'accusa, comune a tutto il socialismo giuridico, di aver voluto attuare una *terza via* politico-giuridica, che successivamente alla I Guerra Mondiale sfociò nelle forme autoritarie di massa del nazionalsocialismo e del fascismo.

Da un lato, e cioè per parte liberale, si rimproverava al socialismo giuridico – in quanto corrente sociologica antiformalistica – di aver intaccato il principio della certezza del diritto, favorendo un'applicazione politica della legge attraverso l'utilizzo delle norme in bianco e attraverso la funzione di creazione normativa da parte del giudice.

Dall'altro lato, per parte marxista, si rimproverava al socialismo giuridico di aver voluto mettere la "sordina" alla lotta di classe, volendo evitare lo

---

([142]) Sulla priorità della dimensione esistenziale, come categoria ontologica su cui costruire un nuovo orizzonte della solidarietà sociale; cfr. F. Crespi, *Imparare ad esistere. Nuovi fondamenti della solidarietà sociale*, Donzelli, Roma, 1994.

([143]) Sul tentativo, da parte di Salvioli, "di dar luogo ad una nuova critica storiografica come scienza sociale" si veda M. Simonetti, *Intellettuali, crisi del capitalismo e forze sociali alla vigilia dei Fasci: il caso di Giuseppe Salvioli*, op. cit., p. 411.

([144]) Come ho più volte ricordato, a parere di Bettini, gli studi di Salvioli, proprio perché appuntavano la loro attenzione sugli effetti reali delle politiche legislative e

sbocco rivoluzionario e favorendo così la nascita di Stati autoritari di massa, che facevano della solidarietà interclassista un loro punto di forza.

Il solidarismo sociale "non è che il prodromo – scriveva Umberto Cerroni – del moderno corporativismo capace bensì di teorizzare una funzione sociale della proprietà privata, la socializzazione del diritto di proprietà, ma non mai la socializzazione dei reali mezzi di produzione, la trasformazione cioè della società privatistica" ([145]).

Ad ambedue le accuse è possibile ribattere.

In primo luogo il principio della certezza del diritto non fu mai negato dagli esponenti del socialismo giuridico, ma messo in discussione, perchè rappresentava una finzione giuridica, un mito irrealizzabile che sul piano effettuale non aveva alcun valore. Esso esplicava la specifica funzione ideologica di garantire l'individuo in quanto tale: ma quale individuo, si chiedevano i giuristi socialisti? Tutti gli individui o solo quelli che detenevano il potere economico e con esso anche quello legislativo?

Quando Anton Menger, il fondatore del socialismo giuridico in Europa, auspicava l'esercizio di una funzione ausiliaria da parte del giudice, affinchè le classi non abbienti potessero conoscere preventivamente le leggi che dovevano essere applicate, intendeva rendere effettivo il principio della certezza del diritto, non certo distruggerlo, tanto è vero che questo principio venne mantenuto ed osservato anche nei regimi autoritari europei ([146]).

Alla reiterata accusa marxista rivolta contro le correnti sociologiche solidariste colpevoli di voler spegnere la lotta di classe, è possibile rispondere riprendendo la tesi di R. Dahrendorf relativa al cosiddetto *processo di istituzionalizzazione della lotta di classe*, cioè alla circostanza, storicamente verificatasi, secondo la quale gli operai, riunendosi ed organizzandosi, si

---

sociali, hanno precorso la genesi della teoria della *policy analysis*; cfr. R. Bettini, *Introduzione: la nuova legalità*, op. cit., p.11. Storicamente la *policy analysis* è maturata negli anni '70 in America ed è considerata "una serie di metodologie tendenti a determinare la natura, le cause e gli effetti delle decisioni e dei programmi delle politiche della *Governament action* che sono state adottate o che si vogliono adottare per risolvere determinati problemi sociali"; cfr. P. De Nardis, *recensione* a S. S. Nagel, *Improving policy analysis*, London, 1980, in "Rivista trimestrale di scienza della amministrazione", 1982, p. 121.

([145]) U. Cerroni, *Marx e il diritto moderno*, Editori Riuniti, Roma, 1972, p. 67.

([146]) Sul tema del rapporto tra "attività creatrice del giudice" e principio della certezza del diritto la letteratura è ovviamente infinita; in questa sede pertanto mi limito a citare alcuni autori, che hanno studiato questo problema in relazione all'affermarsi delle teorie antiformalistiche. Secondo M. A. Cattaneo, "l'attribuzione al giudice di maggiori poteri discrezionali (come vorrebbero l'indirizzo antiformalistico e tutte le concezioni sociologiche del diritto della fine '800-primi '900) sotto il pretesto di voler più rapidamente adeguare il diritto ai nuovi bisogni della società, mina alle basi la libertà dei cittadini e non porta nessun reale progresso giuridico"; cfr. M. A. Cattaneo, *Illuminismo e legislazione*, Edizioni di Comunità, Milano, 1966, p. 192. Su una pericolosa soggettivizzazione dell'attività dell'interprete, quale "arbitro

misero loro stessi sul mercato, contrattarono il loro salario, entrarono in una inesorabile logica di mercato, che non lasciava il benché minimo margine per una possibile rivoluzione proletaria. Così: "La scena del conflitto di gruppo – scrive Dahrendorf – è diventata, invece di un campo di battaglia, una specie di mercato dove forze relativamente autonome si combattono secondo determinate regole che dispongono che nessuno dei contendenti sia permanentemente il vincitore o il soccombente" ([147]).

La cosiddetta *terza via del gius-socialismo* non era, dunque, null'altro che il tentativo di integrare il liberalismo individualista col socialismo e non conteneva in sé nessuno sbocco autoritario. D'altronde che il valore della solidarietà, perno centrale della ideologia del socialismo giuridico, avesse intriso di sé tanto l'ideologia fascista quanto quella cattolica e socialdemocratica è un fatto notorio; ma è ben possibile distinguere, sul piano storico, l'utilizzo politico-autoritario che della solidarietà era stato fatto dal fascismo da quello, invece, che aveva portato a considerare la solidarietà come valore fondante del nostro ordinamento giuridico: l'art. 2 della Costituzione Italiana parla appunto di "adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale". Così anche la sottocommissione, presieduta dall'On. Dossetti, presentando la relazione sull'art. 2 alla discussione generale della Costituente, affermava: "riconosca (la Repubblica) a un tempo la necessaria socialità di tutte le persone, le quali sono destinate a completarsi e a perfezionarsi a vicenda mediante una reciproca solidarietà economica e spirituale: anzitutto in varie comunità intermedie, disposte secondo una naturale gradualità (comunità familiari, territoriali, professionali, religiose, ecc.) e quindi, per tutto ciò in cui quelle comunità non bastino, nello Stato" ([148]).

---

della mediazione necessaria per trasferire il dato sociale nel campo del diritto", si sofferma A. Procida Mirabelli, *La civilistica italiana e il metodo comparativo*, in "Rivista critica di diritto privato", 1999, p. 378. Sul rifiuto della certezza del diritto e la statuizione del "*Führerprinzip*" nella dottrina giuridica del nazionalsocialismo, rinvio a M. A. Cattaneo, *Terrorismo ed arbitrio. Il problema giuridico nel totalitarismo*, Cedam, Padova, 2000, pp. 187-253; G. Fassò, *Società, legge e ragione*, Edizioni di Comunità, Milano, 1974, pp. 108-117; M. Corsale, *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 240-244. Opportunamente problematizza tale prospettiva, G. Zaccaria, secondo il quale, dopo la catastrofe del secondo dopo guerra, la giurisprudenza tedesca sentì l'esigenza di "motivarsi in forme sempre più evidente su basi dichiaratamente metapositive e giusnaturalistiche" in contrapposizione "al «positivismo pratico» dello stato nazionalsocialista ed al suo principio cardine *Befehl ist Befehl*, che riservava al giudice il ruolo di mero servitore della suprema volontà legislativa personificata dal Führer"; cfr. G. Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 13.

([147]) R. Dahrendorf, *Classi e conflitto di classe nella società industriale*, vol. I, Laterza, Bari, 1977, p. 115.

([148]) V. Falzone - F. Palermo - F. Cosentino (a cura), *La Costituzione della Repubblica italiana. Illustrata con i lavori preparatori e corredata da note e riferimenti*, Mondadori, Milano, 1979, pp. 28-29.

Un'ultima considerazione.

Il riferimento di Salvioli alle idealità giuridiche – identificate nel nuovo "diritto naturale-sociale" che il legislatore deve recepire per non rendere incolmabile lo stacco tra paese legale e paese reale – rimane un concetto teorico tuttora valido, se si pensa alle parole di V. Ferrari, a parere del quale "nel campo dei diritti dell'uomo assistiamo sempre a un processo di positivizzazione progressiva di diritti che nascono, in origine, fuori dalle sedi riconosciute come fonti del diritto" ([149]).

L'attualità dei tratti essenziali del pensiero salvioliano è confermata anche da un altro studioso contemporaneo, che riprende le stesse tematiche care a Salvioli: "lo *jus scriptum* – scrive D. Corradini – promulgato dal potere statuale e munito delle garanzie che dovrebbero assicurarne una lunga durata, si rivela rapidamente incapace di soddisfare i bisogni degli uomini,...[perciò] il diritto è positivo solo se, tramite i comportamenti dei cittadini, l'opera degli interpreti e le pronunce della magistratura, si concretizzi istituzionalmente nella convivenza, e anzi solo nei limiti di questo concretizzarsi" ([150]).

Dunque, il valore universale della solidarietà sociale ([151]) o della giustizia solidale, che oggi "altri vorrebbe addirittura cancellare dal vocabolario perchè colpevole di disastri sul piano politico ed economico" ([152]), concretizzatosi in quel momento di grande solidarietà che è stata la nascita della Costituzione, nonchè il modo di approccio allo studio del diritto senza timore di sottoporlo a severa critica, di considerarlo un prodotto della ideologia dominante, di squarciarne lo schermo formale per cercare il suo effettivo significato sociologico e filosofico, sono i tratti essenziali del contributo scientifico di Salvioli alla moderna sociologia del diritto.

ABSTRACT

This essay has aim to deepen Giuseppe Salvioli's thought mainly from a sociological and juridical point of view.

This historian and philosopher of law, who has always been considered a "minor" presence in the panorama of the Italian juridical culture of the early 1900s, must be rediscovered as, through his studies, he contribued to the birth of both legislative sociology and the theory of policy analysis.

([149]) V. Ferrari, *Sociologia dei diritti umani: riflessioni conclusive*, in R. Treves-V. Ferrari (a cura), *Sociologia dei diritti umani*, Milano, 1989, p. 172; si veda anche V. Ferrari, *Lineamenti di sociologia del diritto. I. Azione giuridica e sistema normativo*, op. cit., pp. 315-316.

([150]) D. Corradini, *Storicismo e politicità del diritto*, Laterza, Bari, 1974, pp. 68-70.

([151]) R. Petrella, *Il bene comune. Elogio della solidarietà*, op. cit., pp. 31-33.

([152]) M. Cacciari, C. M. Martini, *Dialogo sulla solidarietà*, Edizioni Lavoro, Roma, 1995, p. VIII.

Questo saggio si prefigge lo scopo di approfondire, da un punto di vista essenzialmente sociologico-giuridico, il pensiero di Giuseppe Salvioli.

Questo storico e filosofo del diritto, pur essendo stato considerato una presenza "minore" nel panorama della cultura giuridica italiana dei primi del Novecento, deve essere rivalutato perché, attraverso i suoi studi, ha precorso la nascita della sociologia della legislazione e della teoria della *policy analysis*.

NOTIZIARIO

Nell'anno accademico 2000/2001 si sono tenute presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche della Facoltà di Giurisprudenza di Ferrara numerose iniziative culturali.

Fra quelle promosse dai singoli insegnanti ricordiamo, per il corso di Diritto Civile I, gli incontri con il Centro Donna Giustizia di Ferrara, sul tema *Il Diritto di famiglia tra norme e realtà*, relatrici gli avv. Maria Grazia Caravelli e Rita Reali.

Per l'insegnamento di Diritto Civile II, sulla responsabilità civile, sono stati invitati per tenere conferenze professori, magistrati e professionisti, esperti della materia. Il prof. G. Ponzanelli, dell'Università di Brescia, ha ripercorso la riflessione, ormai trentennale, sul *Danno alla persona;* il punto sui più recenti *Orientamenti giurisprudenziali*, in tema di responsabilità civile, è stato fatto dal dott. S. Giusberti, magistrato del Tribunale di Ferrara; la prof. E. Pellecchia, dell'Università di Pisa, ha passato in rassegna gli *Aspetti della responsabilità civile connessi alla nuova normativa sul trattamento dei dati personali*; i profili comparatistici sono stati esplorati dall'avv. W. Vogl, del foro di Monaco, in un ciclo di seminari dedicati alla responsabilità civile nel diritto tedesco. Parte del corso di Diritto Civile II è stata, poi, dedicata all'approfondimento degli aspetti più attuali della disciplina dei contratti; in questo ambito estremo interesse ha suscitato la lezione del prof. H. Kronke, segretario Generale dell'Unidroit, sull'*Armonizzazione del diritto privato e commerciale e il ruolo dell'Unidroit*; sensibilità verso una prospettiva europea del diritto dei contratti è stata dimostrata dalla lezione del prof. G. Giamo, dell'Università di Palermo, che ha parlato della *Causa del contratto nel diritto inglese*. Su indicazione degli studenti, sono stati, inoltre, approfonditi temi che presentano risvolti non solo giuridici, ma anche etici e morali; così, sulla scia del clamore suscitato dalla nuova normativa sui trapianti d'organo, il prof. C. M. Mazzoni, dell'Università di Siena, ha parlato in tema di *Dono e donazione: un modello di antropologia giuridica*. Il corso si è concluso con una lezione su *La responsabilità civile tra presente e futuro*, tenuta dalla prof. G. Visintini, dell'Università di Genova, autrice del testo adottato per il corso.

Per il corso di Diritto Penale I, il prof. P. Leylan, dell'University of North London, ha tenuto una conferenza, seguita da dibattito, su *Mens rea: il concetto di riprovevolezza morale nel diritto penale inglese*; il prof. F. Mantovani, dell'Università di Firenze, ha parlato in tema di *La responsabilità penale del medico*.

Il prof. R. Pisillo Mazzeschi, docente di Diritto Internazionale nell'Università di Siena, ha presieduto alla conferenza *Previo esaurimento dei ricorsi interni e tutela dei diritti umani*; il prof. G. Strozzi, dell'Università di Firenze, per lo stesso corso di insegnamento, ha parlato di *Riforme istituzionali e nuove forme di governo dell'UE*.

Il prof. A. Klip, docente nell'Università di Utrecht, nonché giudice presso il Tribunale della stessa città, ha tenuto, nel corso di Procedura Penale, una lezione su *L'attività dei tribunali penali internazionali, con particolare riguardo all'esperienza dei tribunali per i crimini commessi nell'ex Jugoslavia e nel Ruanda*. Nell'ambito dello stesso insegnamento è stato promosso un incontro sul tema *I desaparecidos argentini e il processo italiano*, in cui sono intervenuti la dott. S. Carnevale, dell'Università di Ferrara, l'avv. G. Maniga e il dott. E. Calamai, vice console italiano a Buenos Aires dal 1972 al 1977.

Nell'ambito del Corso di Diritto Canonico il prof. P. Grossi, dell'Università di Firenze, ha parlato di *Diritto Canonico e cultura giuridica.*

I professori S. Bartole, L. Ferrajoli, L. Gianformaggio, M. Sbriccoli e gli studenti del Corso di Storia del Diritto Italiano, hanno discusso con l'autore, P. Costa, della sua opera *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. I. Dalla civiltà comunale al Settecento; II. L'età delle Rivoluzioni*.

Nell'ambito degli insegnamenti di Teoria Generale del Diritto e Filosofia del Diritto il prof. O. Pfersmann, dell'Università di Oxford ha tenuto incontri seminariali su *L'ineluttabile originalismo nell'interpretazione costituzionale* e su *Teorie contemporanee (realiste, moraliste, normativiste) dell'interpretazione giuridica*.

Nel Corso di Storia del Diritto medievale e moderno, il prof. M Sbriccoli, dell'Università di Macerata, ha tenuto una lezione dal titolo *Giustizia negoziata e giustizia egemonica nell'esperienza di antico regime*.

Nell'ambito del Modulo integrativo di Filosofia del diritto, la dott. M.G. Lonzi, psicologa del Centro Donna Giustizia di Ferrara, e la prof. M. Virgilio, avvocato e docente dell'Università di Bologna, hanno affrontato il tema delle *Nuove schiavitù, traffico di esseri umani e lavoro forzato nell'età dei diritti*. Per lo stesso corso di insegnamento sono state anche organizzate tre tavole rotonde sull'*Inviolabilità dei diritti, tolleranza dei costumi*. Nella prima, relatori i professori L. Baccelli, dell'Università di Pisa; H. Chekir, dell'Università di Tunisi II; L. Ferrajoli, dell'Università di Camerino, si è discusso di *Liberalismo, repubblicanesimo; Diritti delle donne, questione del velo islamico*. Nella seconda si è trattatto di *Prostituzione, schiavitù e tratta di persone, lavoro forzato* e relatori sono stati il dott. N. M. Pace, Procuratore della Repubblica di Trieste; la prof. M. Virgilio, dell'Università di Bologna; il dott. N. Di Prinzio, Ispettore Capo di Modena. Nella terza, il prof. P. Zatti, dell'Università di Padova e il prof. G. Rognoni, dell'Istituto Mario Negri di Milano, si sono confrontati sul tema della *Eutanasia, clonazione, trapianti*.

Il Corso di Sociologia del Diritto ha organizzato un Seminario di Studi in cui, alla presenza degli stessi autori, si è aperto un dibattito sui volumi: *La teoria delle istituzioni di Helmut Schelsky*, autore F. Belvisi, relatori la dott. E. di Tullio e il dott. E.C. Maestri; *Il tribunale di primo grado e la litigiosità comunitaria. Un'indagine sociologico-giuridica*, di M.C. Reale, relatori il prof. L. Pannarale e il prof. C. Rossetti; *Domat criminalista*, di C. Sarzotti, relatori la prof. G. Cavallaro e il prof. M.L. Ghezzi. Nel corso dell'attività seminariale

il prof. M.A. Cattaneo, dell'Università di Padova, ha presentato una relazione dal titolo *Dal multiculturalismo all'anomia?* Sono interventi nel dibattito che è seguito il prof. P. Marconi, dell'Università di Roma "La Sapienza" e la prof. A. Facchi dell'Università di Bologna; le conclusioni sono state tratte dalla prof. G. Cavallaro, docente di Sociologia del Diritto presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche di Ferrara, che ha chiuso l'attività seminariale conducendo una discussione generale sulle prospettive della sociologia del diritto nell'ambito degli studi e delle attività del settore scientifico-disciplinare "Ius20".

Come corso integrativo di Istituzioni di Diritto Romano e per il dottorato di ricerca in Diritto Romano e metodo comparativo, il prof. C. Baldus, dell'Università di Köln, ha tenuto un ciclo di lezioni su *D.6,1 de rei vindicatione: aspetti esegetico-comparatistici*.

Per il dottorato di ricerca in Procedura penale, il prof. A. Molari, dell'Università di Padova, ha condotto alcuni incontri di studio su *Il diritto di interrogare i testi a carico,* mentre la prof. M.R. Marchetti ha parlato su *Nuove norme in tema di cooperazione giudiziaria internazionale.*

Accanto ai corsi di insegnamento previsti per la laurea in Scienze Giuridiche, presso il Dipartimento si sono tenuti anche cicli di lezioni, volte ad una più specifica conoscenza di alcuni settori del diritto

Il dott. D. Ravenna, Consigliere parlamentare del Senato della repubblica, per le materie inerenti al Diritto Costituzionale, ha approfondito il tema dello *Statuto dell'opposizione* con lezioni, alternate a seminari, su *Gli stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*; *Il Diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo*; *La ragionevolezza*.

Il dott. P. Ziotti, funzionario della Commissione Europea, ha tenuto, per la stessa materia, una serie di lezioni su *Corte costituzionale e Corte di giustizia CE: due giudici a confronto*.

Il Centro di Documentazione e Studi sulle Comunità europee ha organizzato un *Corso di formazione teorico e pratico sul diritto comunitario – Azione R. Schuman*; in tale ambito il prof. P. Manzini, dell'Università di Bologna e l'avv. P. Piva del Foro di Venezia, hanno coordinato un seminario sul tema *Simulazione processuale per la preposizione dei ricorsi alla Corte di Giustizia della Comunità Europea*.

Il dott. G. Donà, già Capo Divisione al Segretariato Generale della Commissione C.E., ha tenuto un corso per il Modulo Europeo sulla Integrazione Europea, il cui programma, dopo un'introduzione su *Gli studenti universitari e l'Unione Europea*, si è svolto con lezioni che hanno affrontato le numerose problematiche legate alla circolazione delle banconote e monete in Euro, dal 1° gennaio 2002, in dodici Stati membri dell'U.E., alla legislazione europea in materia e agli organismi comunitari destinati alla realizzazione della politica economica europea.

In collaborazione con *Circo Massimo* (Arcigay e Arcilesbica di Ferrara), si sono tenute *Lezioni su omosessualità e diritto*. Gli incontri hanno visto la

partecipazione del prof. R. Bin, docente di Diritto Costituzionale dell'Università di Ferrara, che ha parlato di *Pluralismo, laicità e diversità*; della prof. L. Gianformaggio, docente di Filosofia del Diritto presso l'Università di Ferrara, che ha trattato di *Orgoglio omosessuale: cosa significa, e perché*; del prof. G. De Cristofaro, docente di Diritto Civile dell'Università di Ferrara, e del dott. U. Roma, dell'Università di Padova, che hanno affrontato il tema del *Trattamento delle convivenze omosessuali nelle recenti normative tedesca e francese: un possibile modello per l'Italia?* La dott. L. Calafà, dell'Università di Verona, ha parlato su *Discriminazioni e Lavoro. Le nuove frontiere del principio di eguaglianza nel diritto dell'Unione europea.*

Per conoscere ed approfondire problematiche legate alla recente adozione dell'Euro è stato organizzato un incontro, aperto a studenti e docenti, su *L'adozione dell'euro, aspetti generali ed operativi*; relatori sono stati il prof. A. Bruzzo, docente di Politica Economica dell'Università di Ferrara e la dott. M. Nepa, della Cassa di Risparmio di Ferrara; coordinatore il prof. L. Costato, docente di Diritto delle Comunità Europee, dell'Università di Ferrara.

Il Centro interuniversitario per la documentazione e lo studio delle relazioni giuridiche fra Italia e Germania ha promosso il 15° ciclo dei *Corsi di perfezionamento nel diritto tedesco e nella disciplina degli scambi commerciali fra Italia e Germania.* Il Programma svolto in tale ambito, ha visto la partecipazione del prof. dr. R. Schulze, dell'Università di Münster, che ha parlato su *I più recenti sviluppi del diritto tedesco delle obbligazioni*; del prof. dr. h. c. E. Jayme, dell'Institut für Ausländisches und Internationales Privat- und Wirtschaftsrecht, Heidelberg, che ha trattato su *Gli effetti dei negozi di internet sull'interpretazione delle norme del BGB;* del prof. dr. H. W. Micklitz, dell'Università di Bamberg, che ha svolto lezioni su *La nuova disciplina della tutela del consumatore nel diritto tedesco;* del prof. dr. T. Blande, dell'Università di Oldenburg, che ha affrontato il tema *Il diritto della concorrenza e il diritto sociale in Germania* ed il prof. dr. P. Kindler, dell'Università di Bochum, che ha parlato su *Il recupero del credito in Germania: la nuova disciplina della mora debitoris*. Il corso si è chiuso con le lezioni su *La legge tedesca sull'interdizione e inabilitazione* tenute dal prof. dr. K. A. Prinz von Sachsen Gessaphe, dell'Università di München.

A complemento delle attività promosse dal Centro, il dott. F. Klinck, dell'Università di Trier, ha tenuto corsi di terminologia giuridica tedesca, diversificati per livelli di conoscenza.

L'Istituto di Applicazione Forense, diretto dal prof. F. E. Adami, ha nell'a.a. 2000/'01 organizzato il corso di preparazione all'esame di Stato per Procuratore, con lezioni, conferenze e incontri tenuti da docenti dell'Università di Ferrara e di altre università italiane, da avvocati e da magistrati del Tribunale di Ferrara.

Con il coordinamento del prof. G. Casaroli, docente dell'Università di Ferrara, il Dipartimento di Scienze di Scienze Giuridiche ha ospitato un

Corso di preparazione al concorso per Uditore Giudiziario, organizzato dalla società A.T.S., presso il quale hanno tenuto lezioni di diritto civile, amministrativo e penale docenti della Facoltà di Giurisprudenza di Ferrara, magistrati e avvocati del foro ferrarese.

Per un primo approccio ad una conoscenza del diritto, osservato da prospettive diverse, il Dipartimento ha organizzato per gli studenti del Liceo classico L. Ariosto di Ferrara un ciclo di lezioni multidisciplinari sul tema *La Giustizia*, conclusosi con un breve recital dal titolo *Dialogo sulla giustizia intervista a un giudice* (*Interviste ad alti magistrati riadattate e integrate dal prof. G. Grippo)*, interpretato da E. Montagna, con la collaborazione A. Ambrosio.

Lo stesso dott. E. Montagna, direttore della Scuola di Teatro, dell'Emilia Romagna, Colli, ha condotto un corso di *Tecniche di comunicazione verbale e gestuale*, organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza, in collaborazione con l'Azienda per il Diritto allo Studio Universitario.

Nel corso dell'anno si sono tenuti presso le aule della Facoltà concerti ed incontri musicali, aperti a studenti e docenti.

Nel quadro del progetto ERASMUS, per l'a.a. 2000/2001, vi sono stati 39 studenti in uscita e 35 in entrata.

(Wanda Formigoni Candini)