

GIOVANNI BATTAGLINI

GUERRA AL TERRORISMO “EXTRA MOENIA” AUTOTUTELA E RESPONSABILITÀ (*)

SOMMARIO: 1. Terrorismo nella dimensione verticale o ‘*intra moenia*’ (di fronte alla “*Gewalt*”). — 2. Pirateria e terrorismo degli “*hostes humani generis*” (*extra moenia*). — 3. Risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite contro il terrorismo *su scala universale*. — 4. Coinvolgimenti d’uno Stato nel terrorismo come nella corsa (fin dal XIII secolo) verso altri soggetti di diritto internazionale. — 5. Responsabilità degli Stati per condotte attive o passive (di partecipazione o acquiescenza) verso attività terroristiche ovunque. — 6. Autotutela *sostitutiva* in territorio altrui, di stretta misura contro il terrorismo. — 7. Distorsioni e deviazioni dei contenuti di norme internazionali anche in tema di autotutela (“*droit naturel*”, “*inherent right*” di ciascun soggetto), traditi in nome della “*effettività*” *contro le regole*, indebitamente premiata (“*Ex facto ius oritur*” ?)

1. – L’Atto di Helsinki del 1° agosto 1975, paragrafo VI dei Principii⁽¹⁾, nel riaffermare quello generale di “non interferenza negli affari interni” pone, al 4° alinea, l’obbligo degli Stati di non prestare assistenza *né diretta né indiretta* ad attività terroristiche contro un altro di loro nel paese in cui abbia la potestà di governo⁽²⁾.

Si tratta, evidentemente, del terrorismo entro i confini altrui o, comun-

(*) Questo scritto è destinato, in versione inglese dal titolo “*War against Terrorism ‘extra moenia’ Self-defence and Responsibility: A Pure Juridical Approach*”, agli Studi per il Prof. Oscar SCHACHTER, 2005, a cura di Maurizio Ragazzi, LL.M., D.Phil., Washington, D.C.

(1) Conferenza sulla Sicurezza e la Cooperazione in Europa, *Atto finale*, Helsinki 1° agosto 1975, I-a) *Dichiarazione sui Principi che reggono le relazioni fra gli Stati partecipanti* (http://www.osce.org/docs/italian/1990_1999/summits/helfa75i.htm).

(2) CSCE, *Atto finale*, Helsinki, cit., I-a) Preambolo e VI “*Non intervento negli affari interni degli Stati partecipanti* (p. 5), “indipendentemente dai loro sistemi politici, economici o sociali, nonché dalla loro dimensione, posizione geografica o livello di sviluppo economico”.

NOTIZIARIO

Nel corso dell'anno accademico 2002/2003 sono stati promossi dal DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DI FERRARA convegni, dibattiti, seminari, incontri volti ad approfondire o allargare le tematiche affrontate nell'ambito dei diversi corsi di insegnamento.

Il 29 gennaio 2003, in collaborazione con la Comunità Ebraica di Ferrara e la Fondazione Museo Ebraico di Bologna, si è commemorato il "*Giorno della Memoria*", istituito "*In ricordo dello sterminio e delle persecuzioni del popolo ebraico e dei deportati militari e politici italiani nei campi nazisti*". Preceduta dal *Saluto della Comunità Ebraica di Ferrara*, si è tenuta una relazione su "*La legislazione antiebraica dell'Italia fascista*", si è data lettura del documento "*Destinazione Auschwitz*" e si è ricordata "*La Ferrara ebraica di Giorgio Bassani*". L'Associazione culturale "*Art'è comunicare*" della Facoltà di Giurisprudenza di Ferrara ha chiuso la commemorazione con la rappresentazione: "*Perché questa sera si distingue da tutte le altre?*".

Nell'ambito delle tematiche inerenti il Diritto di lavoro, in collaborazione con il Comune di Ferrara, l'Assessorato alle Politiche per i Giovani e l'Università degli Studi di Ferrara, si è tenuta, presso la Facoltà di Giurisprudenza una tavola rotonda su "*Dove va il lavoro atipico?*". Al dibattito finale sono intervenuti il Sindaco di Ferrara G. Sateriale, il prof. G.G. Balandi, dell'Università di Ferrara, il prof. L. Marinucci, dell'Università di Venezia, moderatore il giornalista B. Ugolini.

Per il DOTTORATO DI RICERCA IN COMPARAZIONE GIURIDICA E STORICO GIURIDICA – DIRITTO COMUNITARIO E COMPARATO DEL LAVORO la prof. S. Scarponi dell'Università di Trento, ha tenuto un seminario su "*Gli enti bilaterali*".

Con l'obiettivo di affrontare il tema della tutela ambientale nella prospettiva dei diversi settori giuridici coinvolti il Dipartimento di Scienze giuridiche, in collaborazione con Legambiente, Provincia e Comune di Ferrara, ha organizzato un ciclo di incontri sul tema "*Ambiente & Diritto*" nei quali si è discusso di *Tutela penale; Ambiente, Stato, Regioni; I privati e l'ambiente; Ambiente e Diritto comunitario*. Vi hanno partecipato docenti dell'Università di Ferrara, rappresentanti dei Centri di azione giuridica di Legambiente ed esponenti politici dell'assessorato all'Ambiente della Provincia di Ferrara.

Nell'ambito del corso di Diritto Civile e DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO CIVILE, in tema di diritto delle obbligazioni e della responsabilità civile, si è tenuto nell'Aula Magna della Facoltà di Giurisprudenza il Convegno dedicato alla riforma dello *Schuldrecht* tedesco, visto come un possibile modello per il

futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti. Dopo il saluto delle Autorità Accademiche e la presentazione del Convegno, affidati alla prof. M.V. De Giorgi, direttore del CENTRO INTERUNIVERSITARIO PER LA DOCUMENTAZIONE E LO STUDIO DELLE RELAZIONI GIURIDICHE TRA ITALIA E GERMANIA, la prima sessione, presieduta dal prof. A. Zaccaria, direttore del CENTRO PER LA RICERCA E L'INSEGNAMENTO DEL DIRITTO PRIVATO EUROPEO, si è aperta con la relazione introduttiva del prof. G. Cian. Sono seguiti gli interventi del prof. C.W. Canaris, che ha scandagliato i profili riguardanti il programma obbligatorio e la sua inattuazione, del prof. P. Kindler, incentrato sulla nuova disciplina della mora del debitore, e quello del prof. S. Patti, riguardante i contratti del consumatore nel BGB. La fitta sessione pomeridiana, presieduta dal prof. G. Cian, è iniziata con la relazione del prof. P. Rescigno, cui hanno fatto seguito quelle del prof. A. di Majo, del prof. G. Gabrielli, del prof. S. Delle Monache, del prof. A. Somma. Si è conclusa con l'intervento del prof. R. Schulze, il cui titolo "*Schuldrechtsmodernisierungsgesetz* e prospettive di unificazione del diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti" rispecchia fedelmente il *leitmotiv* che ha scandito queste giornate di studio. La prima parte della mattinata successiva è stata dedicata alla nuova disciplina della compravendita, esaminata nei suoi vari, e per molti versi innovativi, aspetti dal prof. C. M. Bianca, dal prof. S. Grundmann e dal prof. K. Schmidt. Dopo l'approfondimento da parte del prof. G. Hohloch della tematica della codificazione degli obblighi di protezione e della responsabilità per *culpa in contrahendo*, il Convegno è proseguito con le relazioni del prof. F. Padovini, dedicata all'eccezione di sopravvenuto pericolo di inadempimento, del prof. R. Volante, dal titolo "La nuova disciplina del mutuo come contratto consensuale", e del prof. G. De Cristofaro, che ha ripreso il problema dell'inserimento nel BGB della disciplina delle condizioni generali di contratto. Le conclusioni sono state affidate al prof. A. di Majo.

Nel corso tenuto nell'ambito del DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO ROMANO E METODO COMPARATIVO hanno tenuto lezioni: il prof. A.D. Manfredini su "*Papyrus Gissensis, Tabula Benasana, Menandro di Laodicea e la costituzione antoniniana sulla cittadinanza*"; la prof. L. Desanti su "*Nov.Iust. 159 ed il limite alla perpetuità del fedecommesso di famiglia*"; il Prof. A Somma su "*Scienza comparata e metodo comparativo: vecchie questioni e nuove soluzioni*"; il dott. T. dalla Massara su "*Alle origini dell'idea di causa contrattuale*"; il dott. M. Fino su "*La fortuna di un errore. Considerazioni palingenetiche e sistematiche intorno a D.2.15.1*"; la dott. Silvia Schiavo su "*Intorno alla sentenza pronunciata sulla base di prove false. Considerazioni comparatistiche*".

Presso la Facoltà di Giurisprudenza, il Dipartimento Scienze Storiche - Sezione di Storia dell'antichità, ha organizzato una giornata di studio su "*Moregine Suburbio Portuale di Pompei*". La relazione introduttiva, "*Pace o guerra. Le ragioni del diritto*", è stata tenuta dal prof. L. Condorelli,

dell'Università di Firenze; sono seguiti, coordinati dal prof. V. Scarano Ussani, gli interventi del prof. G. Comodeca, dell'Università di Napoli, del prof. F. Costabile, dell'Università di Reggio Calabria, del dott. E. Curti, lecturer presso l'Università di Londra; del dott. S. De Caro, soprintendente Regionale per i beni e le attività culturali in Campania; del dott. P.G. Guzzo, soprintendente archeologo di Pompei; del prof. M. Torelli, dell'Università di Perugia.

In tema di Diritto Costituzionale, Giustizia Costituzionale, Diritto Parlamentare e delle Assemblee Elettive, nel corso dell'a.a. 2002/2003, si segnalano le seguenti iniziative: un seminario "preventivo" nell'ambito del ciclo "Amicus Curiae" su «*Il "Caso Cossiga". Capo dello Stato che esterna o privato cittadino che offende?*»; un incontro seminariale sul tema «*Corte Costituzionale e Corte di Giustizia a confronto*», relatore l'avv. P. Ziotti, ex funzionario della Commissione Europea e della Corte di Giustizia; un seminario su «*Un dottorato di successo: dall'impostazione alla pubblicazione*», tenuto da J.H.H. Weiler, Jean Monnet Prof. of Law, N.Y. University, – Chair and Faculty Director, Global Law School Program – Director, Center for International Economic Law & Justice; un dibattito su «*Concertazione sociale e unità sindacale 1993-2003*», relatori i proff. R. Bin, L. Mariucci, M. Napoli; un seminario dal titolo «*Televisione e Costituzione. Un dibattito sulla "riforma Gasparri"*», relatori i proff. E. Bettinelli, dell'Università di Pavia, P. Caretti, dell'Università di Firenze, V. Zena-Zencovich, dell'Università "Roma Tre", S. Bartole, dell'Università di Trieste, A. Falomi e L. Grillo, del Senato della Repubblica. Nell'ambito del Corso di Diritto Parlamentare e delle Assemblee Elettive, il dott. D. Ravenna, ha tenuto lezioni in tema di *Politiche di riordino e semplificazione normativa; Leggi di spesa e procedure di bilancio, Programmazione dei lavori e statuto dell'opposizione*; per il corso di Giustizia Costituzionale, hanno svolto lezioni: su «*La Corte Costituzionale come giudice dei conflitti tra poteri dello Stato*», il prof. R. Bin, dell'Università di Ferrara; su «*Il ruolo della Corte Costituzionale nel procedimento referendario*», il prof. A. Morrone, dell'Università di Bologna; su «*L'influenza della Corte Costituzionale, come giudice delle leggi, nell'ordinamento italiano*», la prof. L. Carlassare, dell'Università di Padova.

Nell'ambito del Corso di Lingua Giuridica Inglese il Prof. P. Leyland, senior lecturer in public law presso la London Metropolitan University, Inghilterra, ha tenuto una lezione dal titolo: «*Human Rights Law in the United Kingdom: the impact of the Human Rights Act 1998*», con cui ha commentato e illustrato agli studenti, in lingua inglese, le principali disposizioni della legge. La lezione ha rappresentato un'importante integrazione del programma del Corso, con particolare riguardo al linguaggio ed alle nozioni inerenti le fonti del diritto nell'ordinamento di *common law* e il rapporto fra le leggi emanate dal Parlamento e l'operato dei giudici nel *precedent*.

Per il Corso di Storia del Diritto moderno e contemporaneo il prof. M.J. González, dell'Università di Cantabria, ha tenuto un seminario su *"Politica e istituzioni nella Spagna del primo novecento: il momento giuridico liberale"*; il prof. P. Grossi, dell'Università di Firenze, ha tenuto una lezione dal titolo *"Lo storico del diritto di fronte alla nuova globalizzazione giuridica"*.

Il Corso di Diritto processuale Amministrativo ha promosso un incontro con il prof. R. Pompoli, Preside della Facoltà di ingegneria, Presidente della AIA (Associazione italiana di acustica), che ha tenuto, relativamente alle vicende processuali amministrative della ristrutturazione del Teatro alla Scala di Milano, una conferenza dal titolo *"L'acustica dei teatri d'epoca"*.

Organizzati dal prof. A. Bernardi e dal prof. G. Casaroli, nell'ambito degli insegnamenti di Diritto Penale si sono tenuti incontri di studio e seminari; il prof. Cadoppi, dell'Università di Parma, ed il prof. Veneziani, dell'Università di Parma, hanno presentato il proprio manuale *"Elementi di diritto penale"*, nell'ambito di una lezione riguardante la manualistica penale contemporanea; il prof. Peter Leyland, della Metropolitan University of London, ha tenuto una lezione dal titolo *"Reforming Juvenile Justice UK Style"*; il prof. S. Seminara, dell'Università di Pavia, ha tenuto una conferenza dal titolo *"Profili penalistici dell'aiuto a morire"*; nell'ambito degli incontri realizzati in collaborazione con Legambiente, vanno ricordate le relazioni concernenti la legislazione penale in materia ambientale del prof. A. Bernardi e della dott. C. Bernasconi.

In occasione del cinquantesimo anniversario della fondazione del CENTRO DI DOCUMENTAZIONE E STUDI SULLE COMUNITÀ EUROPEE DELL'UNIVERSITÀ DI FERRARA, è stato organizzato un convegno sul tema *"La lotta alla criminalità nella nuova Europa"*, con la partecipazione, tra gli altri, del prof. A. Bruzzo, dell'Università di Ferrara, della prof. C. Valentini, dell'Università di Ferrara, del prof. A. Cadoppi, dell'Università di Parma, del dott. A. Perduca, direzione OLAf, Bruxelles, e del prof. L. Ricotti, dell'Università di Trento.

Nell'ambito del Corso di Organizzazione di Polizia e ordinamento giudiziario, il prof. Giulio Illuminati ha tenuto una conferenza su *"Posizione istituzionale del pubblico ministero e azione penale"*. Vanno segnalate, inoltre, nel Corso di Tecniche di indagine e di esecuzione penale ed elementi di criminologia, le lezioni del prof. P. Russo, della Facoltà di Ingegneria dell'Università di Ferrara, in tema di *"Tecniche di rilevamento per la ricostruzione della scena del crimine"*; della prof. E. Gualdi, della Facoltà di medicina dell'Università di Ferrara, che ha parlato di *"L'antropologia forense"*; della prof. M. Ricciardi, perito grafico, su *"La perizia grafica"*.

Il Corso di Diritto dell'Unione Europea ha organizzato: un incontro sul tema *"Europol. La cooperazione di polizia in seno all'Unione Europea"*, con la

partecipazione del dott. M. Calcagni, agente presso il Dipartimento Reati gravi di Europol, Unità SC1; un seminario su *“Allargamento dell’Unione europea e diritto ambientale: il caso della Slovacchia”*, tenuto dal prof. R. Manfrini; una lezione sul tema *“Protezione dei diritti umani nei territori occupati”*, tenuta da R. Sinora, General Director of Al- Hap: Law in the Service of Man.

Per il Corso di informatica la dott. F. Calovi ha tenuto un seminario sulla *“Pirateria musicale: tra tecnologia e diritto”*.

Per l’insegnamento del Diritto commerciale, su iniziativa del prof. G. Grippo, il dott. F. Del Vecchio, conservatore del Registro delle Imprese Camera di Commercio di Bologna, ha tenuto una lezione in tema di *“Le funzioni delle Camere di commercio con particolare riferimento alla tenuta del registro delle imprese”*; F. Giampaolo, manager d’impresa, ha svolto una conferenza su *“Autonomia e professionalità nel management d’impresa”*; introdotta dall’avv. O. Capolino, Consulenza Banca d’Italia, si è tenuta, poi, una tavola rotonda su *“La riforma societaria”*, con l’intervento del prof. V. Cariello, della prof. E. Bertacchini, del prof. A. Perrone, del dott. A. Lolli e della dott. P. Morandi.

In collaborazione con la Facoltà di Giurisprudenza il CENTRO DONNA GIUSTIZIA ha promosso un incontro di studio su *“Donne e immigrazione. Uscire dalla tratta... Finalità ed applicazione art. 18 T.U. sull’immigrazione.”* Introdotti dalla prof. G. Cavallaro, dell’Università degli Studi di Ferrara, i lavori sono proseguiti con la relazione di A. Barone su *“Il reato di sfruttamento e favoreggiamento della prostituzione”* e con un dibattito, moderatrice l’avv. R. Reali del Centro Donna Giustizia, in cui sono intervenuti M.G. Lanzi, coordinatrice del progetto *“Oltre la strada”*, Centro giustizia donna; il dott. F. Di Benedetto, sostituto procuratore della Repubblica, del Tribunale di Ferrara; il dott. E. Graziano, Questore di Ferrara.

Anche quest’anno nell’ambito dell’ISTITUTO DI APPLICAZIONE FORENSE, afferente alla Facoltà di Giurisprudenza, in collaborazione con il Consiglio dell’Ordine degli Avvocati di Ferrara, si è tenuto il *Corso di preparazione all’esame di Stato di avvocato e di formazione ed aggiornamento – Scuola Forense*, in cui lezioni, incontri, seminari sono stati tenuti da docenti del Dipartimento di Scienze Giuridiche di Ferrara e di altre università italiane, da avvocati del foro ferrarese e da magistrati del Tribunale di Ferrara.

Per ricordare la professoressa L. de Maestri, ad un anno dalla sua scomparsa, la SCUOLA FORENSE e il DOTTORATO DI RICERCA IN PROCEDURA PENALE hanno promosso un dibattito su *“Nuove norme in tema di applicazione della pena su richiesta delle parti”*.

Nel quadro del progetto ERASMUS, per l’a.a. 2002/03, vi sono stati studenti in uscita 64 e in entrata 31.

[W.F.C.]

BALDASSARE PASTORE

DECISIONI SOTTO CONTROLLO: IL DIRITTO TRA POTERE E RAGIONE (*)

1. – Quando ci si accosta al complesso ambito dell'esperienza giuridica, una domanda sorge immediata: «come si presenta quel fenomeno che chiamiamo “diritto”?». Una possibile risposta è la seguente: il diritto si presenta come un insieme di decisioni.

I legislatori, i giudici, i funzionari amministrativi decidono. Il diritto appare come una serie di decisioni prese da soggetti competenti.

Decidere vuol dire scegliere, optare per una soluzione piuttosto che per un'altra. La decisione presenta, così, una irriducibile dimensione creativa. Ciò vale sia nella posizione di leggi, sia nella risoluzione delle controversie. Ma tale creazione è totalmente libera, arbitraria, fondata solo su se stessa? Oppure risulta in qualche modo vincolata, controllata?

Proviamo a guardare meglio dentro i campi in cui si articola il fenomeno giuridico, prendendo in considerazione, per il momento, l'attività legislativa.

La legislazione si struttura in decisioni che rispondono a questioni pratiche in modo vincolante. L'opera dei legislatori, che rinvia a scelte politiche, presenta aspetti di elasticità e discrezionalità. Essa, comunque, è soggetta a limiti che circoscrivono i modi attraverso i quali la decisione legislativa si forma, nonché i suoi contenuti. Abbiamo a che fare, così, con limiti formali (procedurali) e materiali (sostanziali). I primi operano attraverso norme che disciplinano il procedimento di formazione delle leggi. I secondi operano attraverso norme che vincolano il contenuto delle leggi.

Da questo punto di vista, l'attività legislativa è un'attività guidata da, e basata su, norme. La decisione prodotta dall'organo legislativo si configura come testo giuridico, distaccandosi dalla sua origine, e si inserisce in un sistema normativo istituzionalizzato, rivendicando una vigenza nel tempo.

(*) È il testo della lezione di benvenuto per gli studenti della Facoltà di Giurisprudenza di Ferrara — Corso di laurea in Scienze Giuridiche (sede di Rovigo) — tenuta il 23 settembre 2003.

Ciò al fine di garantire il mantenimento di un carattere vincolante che valga anche in tempi successivi alla sua redazione.

Il legislatore è costituito da norme ed è soggetto — variamente — a vincoli normativi. Lo stesso discorso vale per il giudice e per la pubblica amministrazione. Si tratta di organi, definiti da norme, che usano norme come criteri per decidere, come ragioni per prendere decisioni. Abbiamo a che fare, qui, con un'importante applicazione del principio di legalità. Il diritto si presenta come un insieme di decisioni basate su norme che costituiscono la cornice entro la quale può esercitarsi la produzione giuridica e che definisce anche (soprattutto negli Stati costituzionali) i contenuti degli atti decisionali. In questa dinamica possiamo scorgere alcuni aspetti essenziali riguardanti l'operare di un ordinamento giuridico. Esso si compone di *norme di condotta*, che dirigono, orientano il comportamento, e di *norme di struttura*, che individuano i destinatari delle norme, stabiliscono sanzioni in caso di loro violazione, configurano soggetti e procedure da cui deve provenire la norma valida (sia essa generale ed astratta, come la legge, sia essa individuale e concreta, come la sentenza). È guardando alla complessa articolazione tra norme di condotta e norme di struttura che possiamo rispondere alla domanda: «come funziona quel fenomeno che chiamiamo “diritto”?».

Le norme controllano le decisioni. Assume rilievo, pertanto, il modo in cui una decisione si forma (nonché il contenuto che essa ha), e non solo il fatto che sia presa.

Dire che una decisione è controllata da norme significa cogliere un aspetto centrale dell'esperienza giuridica. Viene in evidenza, qui, il concetto di “regola”, che rinvia ad una comprensione del senso di quel fenomeno che chiamiamo “diritto”. Qualche chiarimento risulta opportuno.

2. – Il diritto svolge alcune funzioni importanti nella vita sociale. Rende possibile il coordinamento delle azioni, la risoluzione delle controversie, la riparazione dei danni dell'interazione. Il diritto partecipa all'impresa volta al coordinamento delle azioni sociali mediante procedure istituzionalizzate, rafforzate da sanzioni anch'esse istituzionalizzate, in vista di certi beni e valori che si ritiene vadano assicurati. Il diritto serve a garantire la pace, la sicurezza e la simmetria nei rapporti tra individui. Serve a dare soluzioni certe, pacifiche e giuste ai conflitti sociali e, in generale, ai problemi che emergono nella società e che richiedono risposte. Serve a sottrarre le vicende umane all'incertezza e all'insicurezza, evitando l'arbitrio. La nozione di “regola” diventa essenziale in questo ambito di discorso. La regola opera al fine di dare stabilità e certezza alle relazioni umane, consentendo ai singoli di esercitare la loro autonomia nello spazio dell'interazione reso prevedibile ed affidabile.

Osservo, *en passant*, che quanto poc'anzi detto potrebbe essere inteso, per certi versi, come un abbozzo di risposta alla domanda: «perché vi è quel fenomeno che chiamiamo “diritto”?».

Eliminare l'arbitrio è uno degli scopi essenziali del diritto. Ma qui viene in rilievo un paradosso. Il diritto, per funzionare, ha bisogno di decisioni. Esse sono espressione di una ineliminabile libertà (discrezionalità, creatività), che può condurre, se non controllata, proprio all'arbitrio. Come evitare tutto ciò? Sottoponendo a controllo le decisioni che i soggetti competenti a produrle prendono.

Sottoporre a controllo significa individuare vincoli, di forma e di sostanza, che evitino che una decisione, risultato dell'esercizio di un potere, sia presa sulla base di se stessa, sia cioè auto-fondata e dunque infondata. Un siffatto controllo può essere letto come l'inserzione, in un campo in cui la volontà (l'espressione di atti di potere) è essenziale, della ragione.

L'antitesi volontà/ragione ha, nel pensiero filosofico-giuridico, una lunga storia. Non è il caso in questa sede di ripercorrerla. Basta solo, ai nostri fini, assumere una concezione della ragione come capacità di ragionare, di argomentare, di produrre giustificazioni a sostegno dell'atto di volontà, idonee a mostrarne la fondatezza.

L'idea è che il potere — che produce decisioni giuridiche — deve, per esigenze di legittimità e di legittimazione, fornire ragioni.

Il diritto, infatti, non può essere configurato come un semplice atto d'imperio di un'autorità. Se così fosse, verrebbero meno le caratteristiche differenziali del fenomeno giuridico rispetto alla mera coercizione.

Il diritto non si identifica e non si esaurisce nella *voluntas* e nell'atto di posizione. Il porre il diritto è importante, ma richiede che siano date giustificazioni. Ciò non esclude, ovviamente, l'elemento dell'imposizione, in ultima istanza coattiva, della disciplina giuridica. Tale necessità tra l'altro risulta dal fatto che non pochi individui vogliono usufruire dei vantaggi della cooperazione sociale senza attenersi alle regole e senza partecipare ai costi sociali che i vincoli normativi implicano. C'è però un'esigenza argomentativa dietro e dentro la deliberazione giuridica. Il diritto, da questo punto di vista, può essere inteso come quello schema di situazioni normative che giustificano l'impiego della forza pubblica, della coercizione. E l'aspetto giustificativo contribuisce a liberare la prescrizione giuridica dal sospetto di essere arbitraria. Non va dimenticato altresì che le ragioni a sostegno delle deliberazioni servono per il riconoscimento e per l'accettazione delle regole. Si tratta di un'esigenza interna all'impresa giuridica, connaturata ad essa. Il diritto, in fondo, serve ad orientare la vita sociale, ossia le scelte dei cittadini e dei funzionari. Le norme, in questa prospettiva, sono usate come criteri di valutazione del comportamento (proprio ed altrui), cioè come giustificazione delle azioni. Le norme, allora, vanno considerate come un complesso di ragioni per l'azione (per compiere una determinata azione o per astenersi dal compierla). Il riconoscere e l'accettare le regole giuridiche si basano sulla loro pretesa di offrire *standards* comuni di azioni, di creare una rete di aspettative stabili che consenta ai singoli di interagire liberamente in condizioni di parità.

Il rapporto tra potere e ragione ha trovato una peculiare configurazione nel costituzionalismo. Lo Stato costituzionale di diritto intende limitare e controllare l'esercizio dell'autorità, vincolandolo al rispetto di valori fondamentali (che assumono tipicamente la forma di diritti) sui quali un sistema giuridico basa la sua pretesa di correttezza. Ogni potere, pertanto, è soggetto a norme superiori che stabiliscono i modi in cui esso può essere esercitato. I poteri normativi, così, sono assoggettati a controlli, fino a giungere al controllo di costituzionalità delle leggi.

3. – Nella strutturazione del rapporto tra potere e ragione un ruolo centrale è giocato dalla motivazione. Essa, in generale, consiste nella enunciazione dei motivi e dei presupposti sui quali si basa un atto emanato da un organo dotato di competenza normativa.

Volgiamo lo sguardo, per il momento, all'ambito giudiziario. In tale contesto l'attività interpretativa mostra non irrilevanti margini di discrezionalità. Ha, cioè, una ineliminabile dimensione creativa. Certamente, si tratta di una creazione molto diversa dalla creazione legislativa di diritto, in quanto opera a partire dal dato normativo preesistente costituito dalla legge e si trova vincolata al compito istituzionalmente affidato all'interprete, che è quello di realizzare ed applicare il diritto al caso singolo. È possibile, comunque, ritrovare almeno tre momenti di libertà per l'interprete. Essi consistono: a) nella fase di individuazione preliminare delle norme vigenti adatte a disciplinare il caso, tra le tante che possono essere prese in considerazione; b) nella fase riguardante la determinazione del significato delle norme ritenute appropriate per disciplinare il caso e che rinvia alla scelta del metodo e degli argomenti interpretativi; c) nella fase dell'applicazione delle norme, individuate e interpretate, alle circostanze di fatto, che riguarda la costruzione del caso giuridico, ossia la selezione, entro la varietà di elementi che un caso presenta, di quelli rilevanti.

L'interprete opera costantemente delle scelte, ma tali scelte sono sottoposte a vincoli, a direttive, a controlli, e vanno giustificate. La motivazione, nel procedimento di formazione della sentenza, serve a rendere conto dell'attività decisoria del giudice, assolvendo il compito di garanzia della razionalità del giudizio. Tra decisione e motivazione vi è, allora, una connessione funzionale che riguarda la corretta interpretazione dei materiali giuridici utilizzati, la valutazione accurata delle prove raccolte, la validità degli argomenti prodotti, la coerenza, la congruenza e la completezza dell'intero discorso giustificativo.

Che una sentenza non sia giustificata è per la nostra coscienza un'idea ripugnante. La motivazione, indicando le ragioni di fatto e di diritto che hanno determinato la decisione, ne assicura la correttezza e l'esattezza. Svolge una funzione all'interno del processo, dirigendosi alle parti e ai giudici dell'impugnazione. Svolge, inoltre, una funzione all'esterno del processo, riguardando l'intera società, che ha un interesse diretto alla corretta e controllabile amministrazione della giustizia.

La decisione e la sua giustificazione hanno, dunque, come destinatari non soltanto le parti, i giudici, la comunità dei giuristi, ma l'intera collettività. Si può parlare, in proposito, di un diritto fondamentale alla giustificazione come elemento rilevante di una comunità politica formata da individui liberi ed eguali, a cui si lega il dovere di giustificare.

Motivare vuol dire rendere conto del proprio operato esponendo le ragioni della scelta compiuta, talché sia possibile controllare l'atto decisionale ed evitare, in tal modo, gli abusi. Ciò vale, oltre che per le sentenze, anche per gli atti amministrativi, dove la motivazione è uno strumento di protezione di coloro ai quali viene imposto, nell'ambito dell'attività dell'amministrazione pubblica, un sacrificio o una limitazione ed è volta a persuadere della legittimità, ossia della non arbitrarietà ed adeguatezza, delle manifestazioni dell'esercizio di un potere. Alla base di tale istituto opera l'idea secondo la quale il potere pubblico può essere esercitato solo se ci sono delle ragioni e queste ragioni devono essere esternate, rese esplicite.

Per alcuni versi, considerazioni analoghe possono essere svolte anche con riguardo alle decisioni legislative. La legge rappresenta la prova certa e la notizia indiscussa di quanto è stato deliberato in ordine all'organizzazione della società ed alla disciplina dei rapporti interindividuali. L'atto legislativo, però, non è autoevidente ed autosufficiente. Richiede di essere interpretato ed applicato ai casi concreti. Spesso, però, si ha a che fare con difficoltà interpretative e applicative, legate alla strutturale indeterminatezza del linguaggio giuridico ed all'inesauribile varietà del concreto. È con riferimento ai casi della vita che le parole della legge acquistano significato ed esplicano la loro portata normativa. C'è un nesso tra atti di normazione e attività interpretativa che da essi si sviluppa.

L'interpretazione della legge implica che siano valutati gli obiettivi perseguiti e prese in considerazione anche le finalità che il legislatore si propone di realizzare. Ciò rinvia alla loro esplicitazione nell'atto legislativo. La motivazione della legge consente di valutare gli obiettivi, di formulare previsioni circa la sua applicazione, di considerarne gli effetti sul fenomeno regolato. Si tratta di apprezzamenti che vanno nella direzione di una maggiore responsabilizzazione politica del legislatore e di una maggiore controllabilità, da parte dell'opinione pubblica, dell'operato del potere legislativo.

La legge, insieme alla sentenza e all'atto amministrativo, partecipa al processo di positivizzazione del diritto, ponendosi come uno degli elementi del complesso ciclo della positività giuridica. Questa vive di attività decisionali poste in essere da soggetti competenti e di atti di riconoscimento da parte dei cittadini. Il diritto è configurabile, in tal modo, come una pratica sociale diffusa in un contesto di relazioni intersoggettive e istituzionali.

L'impresa giuridica si pone, in quest'ottica, come un'impresa collettiva sorretta dalla comunicazione pubblica operante nell'ambito dei vari procedimenti deliberativi, orientati a soddisfare simultaneamente esigenze di

certezza e di accettabilità razionale. Una speciale consistenza, all'interno di questa dinamica, è assunta dalle modalità del confronto argomentativo. Basti pensare al ruolo del contraddittorio nel processo giudiziario, dove la soluzione nasce dal confronto e dall'esame critico degli interessi coinvolti e delle ipotesi avanzate, o alla centralità della procedura dialettica e della competizione tra opinioni adottate nel parlamento, al fine della formazione della volontà politica democratica.

La pratica giuridica vede come protagonisti diversi soggetti, istituzionali e non istituzionali, che producono, accettano, usano decisioni e norme. Il diritto, così, si fa ogni giorno. È una costruzione umana. Di esso noi portiamo per intero la responsabilità nello spazio pubblico della convivenza.

Nella costruzione di una società decente, dove ciascun individuo sia trattato con eguale considerazione e rispetto, non vi sono alternative al diritto. Il diritto ha bisogno del potere, ma non si riduce ad un mero atto potestativo. La sua realizzazione ha bisogno anche della ragione: di una ragione che controlla il potere. Qui, tra l'altro, trova una peculiare salienza la funzione dei giuristi, con il compito civile che essi sono chiamati a svolgere nella comunità politica.

ARRIGO DIEGO MANFREDINI

LA 'STORIA SEGRETA'

Iniziamo con una osservazione piuttosto ovvia. Anche nel presente, ove i fatti pubblici accadono sotto gli occhi di molti osservatori e sono portati alla conoscenza di tutti attraverso i numerosi organi di informazione (ciò vale principalmente per i paesi democratici), anche nel presente, dicevamo, esiste una storia segreta. Fatti tenuti nascosti o dei quali si forniscono versioni diverse dall'accaduto, documenti falsificati o resi noti con gli omissis e così via. Pensiamo un momento ai servizi segreti, a quella che oggi si chiama intelligence, a tutto ciò che loro hanno saputo e sanno e noi non sappiamo. Per evitare di parlare dell'oggi — e il materiale non ci mancherebbe —, giusto per ricordare un tragico esempio senz'altro conosciuto, citiamo i Protocolli dei Savi di Sion, probabilmente confezionati dalla polizia zarista e riconosciuti falsi, tra l'altro, da un tribunale svizzero nel 1926. C'è dunque una storia ufficiale, palese, non sempre vera e con imponenti lacune.

E c'è una storia segreta. A giustificazione di questa inquietante realtà, si invocano le irrinunciabili esigenze di pubblica sicurezza. E ci può andare abbastanza bene. Ma in molti casi sottostanno oscure manovre di potere, lotte di supremazia politica e religiosa. Sì, anche religiosa. La storia della chiesa cattolica, ad esempio, non può certo dirsi immune da silenzi e coperture e non dimentichiamo che essa ha prodotto una delle più clamorose falsificazioni; stiamo parlando dell'atto di donazione di Costantino, che porta la data 30 marzo 315, fabbricato da papa Stefano II (752-757) e riconosciuto falso, oltre che da Lorenzo Valla, anche dalla chiesa stessa. Per tacere delle Decretali pseudoisidoriane. Non solo la chiesa cattolica. C'è chi sostiene che il difficile accesso all'imponente rinvenimento dei rotoli di Qumram dipenda dalla imbarazzante difficoltà di conciliare taluni di questi antichissimi documenti ebraici con verità veterotestamentarie date per acquisite.

Nella storia segreta trovano il loro terreno di elezione le controstorie: inchieste parlamentari e giornalistiche, libri di denuncia, pamphlets, J'accuse. Testi che pretendono di illuminare i con i con d'ombra della storia ufficiale, di

raccontare gli omissis, di svelare le falsificazioni. Alcuni di questi documenti, diciamo di controstoria, hanno fatto tremare gli establishments, il J'accuse di Zola ed il caso Dreyfus ad esempio. Su di un piano decisamente più basso (anzi, ci imbarazza l'accostamento, giusto per fare un esempio di contrasto), collocheremmo la Kaoseditrice, che pubblica titoli quali 'Beato impostore' su Padre Pio da Pietralcina, 'Bugie di sangue in Vaticano', 'All'ombra del papa infermo'.

Ma, come forse è provato da questi titoli, non infrequentemente nelle controstorie si esercita senza freni la potenza dell'immaginario, la invincibile tendenza alla dietrologia, alla trama romanzesca. Le controstorie possono cioè essere dei clamorosi falsi costruiti anch'essi come arma di lotta politica, per il gusto dell'invettiva e perché, oggi, si vendono bene.

Quanto più indietro si va nel tempo tanto maggiore è il divario che, almeno teoricamente, si scava tra storia ufficiale e storia segreta. Manca, sugli avvenimenti, l'osservatorio critico che si fa informazione pubblica. Procedendo a ritroso, la storia che conta è solo la macrostoria, cioè la storia dei grandi avvenimenti politici e diplomatici. I narratori si piegano docilmente alle esigenze della propaganda, concorrendo a costruire il consenso intorno al principe di turno. E così lasciano segreta la storia vera. Dal canto suo la controstoria, soprattutto nel passato, era fortemente viziata dalla tendenziosità; infatti essa poteva venire alla luce solo dopo la morte dei principi di cui si voleva raccontare 'la storia vera'. E così, tanto per fare un esempio, tra Velleio Patercolo che adula Tiberio in vita e Svetonio e Tacito che lo denigrano da morto, la vera storia di questo principe è forse rimasta segreta.

Ed ora veniamo a raccontare di una controstoria specifica, conosciuta soprattutto con il titolo di 'Storia segreta', o '*Historia arcana*'. Il titolo greco è *anekdota*, che vuol dire non 'aneddoti' bensì 'inediti', con riferimento al fatto che il testo non era mai stato pubblicato e al fatto che in esso si raccontavano vicende sconosciute. Ma prima dobbiamo brevemente tracciare il profilo dei protagonisti e lo sfondo su cui si situa la vicenda.

Siamo a Bisanzio, città alla quale Costantino aveva dato il nome di Costantinopoli. La nuova Roma. La capitale dell'impero romano di Oriente. La moderna Istanbul. Qui, nel 527 dopo la nascita di Cristo, inizia il lungo regno di Giustiniano, destinato a durare fino al 565. Un imperatore che ha avuto, come è stato detto, "il senso e l'amore del grande". Esageratamente. Egli considerava se stesso provvidenziale (*const. Tanta, praef.* e 18) e non gli difettava di certo l'autostima. Nei documenti ufficiali, parlando in nome di Dio e di Gesù (*nov. 28,4*), faceva sfoggio di epiteti onorifici a non finire, che rinviavano alle guerre e ai popoli vinti (*Imperator Caesar Flavius Iustinianus Alamannicus Ghoticus Francicus Germanicus Anticus Alanicus Vandalicus Africanus Pius Felix Victor ac Triumphator sempre Augustus*), ma non aveva mai preso parte ad una battaglia. I contemporanei lo giudicano variamente. Accanto agli encomi di Agazia e di Procopio, esistono giudizi più indipen-

denti. Generosità e clemenza (Giovanni Malala); instancabile veglia operosa (Giovanni Lido), ma anche una prodigalità patologica che si accompagnava ad una avidità illimitata e senza scrupoli (Zonara). Comunque, è passato rapidamente nella leggenda e nel mito. Dante colloca Giustiniano nel Paradiso. Già lo avevano spedito in cielo Corippo e Paolo Silenziario. Non solo perchè era religiosissimo e aveva lasciato degli scritti teologici. Perché allora? Perché aveva voluto essere imperatore romano, apostolo cristiano e legislatore. Uno stato, una chiesa, una legge. L'Occidente non faceva più parte da decenni dell'impero. L'Africa, l'Italia, la Spagna, la Francia erano cadute nelle mani di Vandali, Ostrogoti, Visigoti, Franchi. Con i suoi generali ha riunito l'*imperium Romanum*. Poi ha ripristinato l'unità religiosa sotto la bandiera della ortodossia cristiana, piegando agli insegnamenti dei successori di Pietro il paganesimo, le altre religioni ma soprattutto le eresie. Infine ha raccolto il diritto che nei secoli precedenti era andato accumulandosi, il diritto in cui la civiltà romana aveva impresso il suo segno più originale. Questo diritto giaceva per lo più sparso, o racchiuso in testi ormai inaccessibili. La raccolta da lui promossa ha compreso il Codice, compendio di leggi emanate dagli imperatori a partire da Adriano; il Digesto, un repertorio desunto dalle opere degli antichi giuristi; una trattazione elementare di tutto il diritto vigente, le Istituzioni.

Questi tre testi, concepiti come un monumento alla antichità infallibile (nov. 8) assunta a modello, insieme con le leggi nuove — Novelle — emanate successivamente alla compilazione fino alla morte, hanno avuto un destino leggendario.

La "seconda vita" di Giustiniano, come la chiama Savigny. A noi interessa il percorso occidentale della compilazione alla quale nel tempo fu dato nome di *Corpus iuris civilis*. L'intera opera, introdotta da Giustiniano come diritto vigente in tutte le province occidentali, quasi cadde si può dire nell'oblio quando i 'barbari' si ripresero tali province, subito dopo la morte dell'imperatore. Riscoperta agli albori del secondo millennio nelle nascenti università, a cominciare da Bologna, attraverso differenti approcci di studio questa opera si dispose — soprattutto il Digesto — a diventare il fondamento del diritto medievale e moderno di tutta l'Europa continentale.

La compilazione del diritto romano, nonostante il silenzio con cui è stata accolta dai contemporanei, costituisce la fondamentale ragione del mito giustiniano in età medievale e moderna.

Il secondo personaggio della nostra storia segreta è lei, Teodora, la moglie di Giustiniano. Forse non formalmente correggente, nelle fonti ufficiali è ugualmente chiamata — oltre che *coniux* o σύμβιος — Augusta, Regina, δέσποινα. Nelle fonti non ufficiali si trova anche Βασιλῖς o Βασιλίσσα. Con un rango e privilegi altissimi, di fatto ha esercitato un'influenza enorme su Giustiniano, sull'azione di governo in generale e sulla legislazione (così in Nov. 8,1, a proposito di una importantissima legge che riordina amministrativamente l'impero: "Meditando tra di noi tutte queste cose ed avendo

chiamato la nostra coniuge piissima, che Dio ci ha dato, a partecipare con il suo consiglio...”). Le testimonianze contemporanee o di poco successive sono complessivamente benevole. Si ammira il suo coraggio, la sua grande fede, la generosità. Taluni testi ecclesiastici non risparmiano frecciate alla simpatia per i monofisiti. Unico passaggio scabroso, quello di Giovanni d’Efeso (*comm.* 68) contemporaneo, che, tra mille elogi, dice di lei τὴν ἐκ τοῦ πορνείου. Ἦν ἄπαξ λεγόμενον e come tale non prova niente? Così come non prova molto il fatto che ella avesse avuto una figlia e forse anche un figlio (per la figlia, Giovanni d’Efeso, *hist. eccl.* 5,1,7,196.200; citiamo questo autore da CH. DIEHL, *Justinien et la civilisation byzantine au VI^e siècle*, Paris 1901, p.42 s.) non da Giustiniano? Comunque, l’ingresso nella leggenda e nel mito è presto assicurato anche per lei.

Il terzo personaggio è Procopio. Nativo di Cesarea di Palestina, letterato e forse retore o avvocato, assume la funzione di consigliere di Belisario, il celebre comandante delle grandi guerre giustinianee. Lo segue sul campo ma sono documentati anche soggiorni nella capitale, ad esempio in occasione della rivolta Nika e della grande peste del 542. Quindi è uno bene informato. Si può definire lo storico ufficiale delle guerre per la riconquista dell’occidente. Storie molto ben scritte ma dalla parte del principe, naturalmente. Le critiche, poche, sono indirette e fatte pronunciare dai nemici. Sono otto libri di guerre, la guerra persiana, quella vandolica e quella gotica. Nel 560 (la data è controversa) riceve l’ordine di un’opera celebrativa sulle imprese edilizie del regime. Scrive, con accento da panegirico, il *de edifiis*. Per questo atto di deferenza, ha ricevuto un adeguato compenso? E’ diventato prefetto del pretorio? Se no, ha nutrito propositi di vendetta? Uno scrittore del X secolo, Suida, ci dice che Procopio aveva composto sotto il nome di *anekdota* un’opera di critica e satira contro Giustiniano, Teodora, Belisario e signora, che le fonti contemporanee e successive, fatta eccezione per insignificanti cenni, mostrano di ignorare.

Mille anni dopo, nel 1623 circa, un bibliotecario della biblioteca vaticana, Nicola Alemanni, scopre e pubblica un manoscritto dal titolo *anekdota* o *historia arcana*. Si susseguono le edizioni con analoghi titoli. Prevale quello di ‘storia segreta’. Si tratta di un testo esplosivo. Una controstoria, scritta da Procopio mille anni prima e mai pubblicata in vita, forse solo circolata in un circuito ristretto dopo la sua morte. Una controstoria dell’età giustiniana e dei suoi protagonisti. Quelli principali sono naturalmente Giustiniano e Teodora. Nefandezze su nefandezze. Ammazzamenti, intrighi, rapine. E un’avidità sfrenata. Giustiniano descritto come una specie di Anticristo assatanato. E poi il passato della regina. Quel capitolo 9 sui suoi trascorsi amorosi ove, al suo confronto, Messalina appare una educanda. E’ lo sconcerto tra gli studiosi. Si accendono dispute sulla autenticità del documento e sulla veridicità del suo contenuto. Si fa strada l’idea che molto, se non tutto, sia esagerato, per non dire inventato di sana pianta. Una invettiva. Una vendetta velenosa.

Intanto i miti sono definitivamente intaccati. Siamo nel '700. La compilazione giustiniana è ancora il diritto comune vigente. Ma c'è aria di crisi. Già preannunciata da qualche decennio, si accende una rovente polemica contro il diritto romano. È la nuova mentalità illuministica che mena i più pesanti fendenti. Il diritto romano è giudicato inadeguato, incomprensibile, datato, dispersivo, contraddittorio. Si vogliono leggi chiare e semplici, norme generali formulate ex novo. Prende corpo il movimento delle consolidazioni e delle codificazioni. Anche in Italia, da Milano a Napoli, nei circoli intellettuali, appunto di ispirazione illuministica, comincia l'azione di cannoneggiamento contro il diritto romano. Da Muratori a Filangeri passando per Beccaria. La critica è condotta sul piano tecnico e contenutistico. Inapplicabile il diritto romano alle nuove concezioni della famiglia. Contraddittorio il diritto romano che per un verso tende alla parità tra i sessi in materia ereditaria poi accoglie un istituto come il fedecommesso che nell'applicazione pratica favorisce la primogenitura maschile e manda in convento quella femminile.

Ma la polemica trascende l'aspetto tecnico per affilare anche le armi del pettegolezzo e dell'invettiva. Per argomentare che il diritto romano va abbandonato si tira fuori la storia segreta. A parte il celebre "imbecille" pronunciato dal Pilati all'indirizzo di Giustiniano, si posso leggere righe di Alessandro Verri e di Botton di Belmonte ove si sostiene l'assunto: come potrà il diritto romano essere intrinsecamente valido se a compilarlo e a emendarlo è stato uno come Giustiniano che ha sposato quella prostituta di Teodora?

E il diritto romano, a partire da quegli anni, fu progressivamente abbandonato in tutta Europa, anche a causa di una contro storia con tutta probabilità falsa. Che Giustiniano e la sua bella Teodora siano in paradiso o nel più profondo dell'inferno, confessiamo che non ci interessa molto. Di più ci interessa l'antica e sempre attuale vicenda della storia vera, assediata da false verità ufficiali e controverità non di rado anch'esse false. La morale, poco consolatoria, di questa conversazione leggera è tutta qui. Non resta che la via individuale alla 'verità', attraverso il giudizio critico il più possibile scevro da preconcetti.

DANIELE RUGGIU

PROVA, PROCESSO E INTERPRETAZIONE

Un'ipotesi di ricostruzione del giudizio

1. *L'accertamento del fatto e il segno dell'intrigue*

L'ermeneutica, spostando l'asse del fenomeno giuridico dal piano di chi fa le leggi a quello di che le applica, cioè di chi le interpreta, in una linea che va dal legislatore al giudice dunque, ha compiuto una vera e propria rivoluzione copernicana. Per quanto strano possa apparire, questa linea raramente è stata seguita all'interno di quella zona in cui la decisione giudiziale si forma. Se si vuole allora che tale rivoluzione sia portata sino al fondo delle proprie conseguenze, non ci si può fermare alle soglie del processo, dicendo che l'applicazione non è un percorso discendente di deduzione logica ma interpretazione. Bisogna mostrare che la natura di esso è essenzialmente ermeneutica, che l'interpretazione attraversa tutto il processo. Da questo punto di vista la trilogia ricoueriana su tempo e racconto può fornirci un'utile chiave di lettura⁽¹⁾.

La struttura dialogica dell'interpretazione giudiziale muove dalla domanda che un evento pone dal passato a cui appartiene⁽²⁾. Prima c'è una storia di

(1) P. RICOEUR, *Temps et récit. Tome I*, Paris, 1983, Milano, (1983) 1991; Id, *Temps et récit II. La configuration dans le récit de fiction*, Paris, 1984, trad. it. di G. Grampa, 1987; Id, *Temps et récit III. Le temps raconté*, Paris, 1985, trad. it. di G. Grampa, Milano, 1994. Si tratta però di una riflessione la cui origine va riportata ad ARISTOTELE, *Poetica*, trad. it. e cura di D. Pesce, Milano, 1995, e che è stata recuperata in narratologia dapprima, e in storiografia, poi, con P. VEYNE, *Comment on écrit l'histoire*, Parigi, 1971, trad. it. di G. Ferrara, Roma-Bari, 1973; per la bibliografia relativa al dibattito storiografico cfr. P. ROSSI (a cura di), *La teoria della storiografia oggi*, Milano, 1983.

(2) Sul primato della domanda cfr. H.G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, Tübingen, 1960, trad. it. di G. Vattimo, Milano, 1983 (2 ed.), p. 418 ss.

vita, che necessita di essere giuridicamente letta⁽³⁾, cioè trasformata dallo stato grezzo in cui si trova, quale *Tatsache*, in un insieme di circostanze giuridicamente rilevanti, *Sachverhalt* cioè.

Prima non c'è un «caso» dunque, ma l'interrogazione che il carattere problematico di questa storia di vita pone⁽⁴⁾. Il testo di legge, *Tatbestand*, non è in grado di dire alcunché se prima l'interprete non formula, a partire dal caso concreto, la questione a cui il testo deve fornire risposta. In una prospettiva giuspositivistica, così come per le moderne teorie dell'argomentazione, c'è soltanto una giustapposizione di due termini misteriosi, che non si sa da dove vengano, né perché siano posti in relazione tra loro. La decisione giudiziale è invece il frutto di una loro strettissima interrelazione dove questione di fatto e questione di diritto più che due percorsi separati sono lo stesso percorso di risposta, sono nello stesso circolo ermeneutico. Giudizio di fatto e giudizio di diritto non sono distinguibili in concreto perché la dimensione narrativa appartiene *già* all'interpretazione. L'interpretazione giudiziale è cioè una configurazione dell'azione nel tempo secondo un ordine che prima di tutto è giuridico, oltre che logico. Il che significa che all'inizio non solo c'è una domanda cui l'interprete deve rispondere con l'interpretazione e che questa domanda si leva da un piano storicamente determinato. Per cui è la problematicità della vita a porre l'interprete sulla via del diritto. Ma, come è stato osservato, che la storicità è *già* insita nel diritto⁽⁵⁾. Il tempo è nel diritto. Il diritto è nel tempo. L'accertamento del fatto quale fenomeno essenzialmente ermeneutico muove dunque dall'interrogazione del passato.

Dapprima il rapporto dell'interprete con esso è segnato dalla radicale negazione. Il passato è ciò che non è più, ciò che è andato, ciò che è passato appunto⁽⁶⁾. La nostra relazione col passato si instaura dunque a partire dall'estraneità, ma nel momento in cui si tenta di capire e di strappare all'estraneità il passato, l'esperienza temporale si articola attraverso la mediazione del linguaggio, dove inizia il nostro percorso di appropriazione del tempo. È nel linguaggio, attraverso il racconto e la narrazione, che il tempo diviene tempo umano⁽⁷⁾. È nella misura in cui l'esperienza temporale viene espressa secondo un modulo narrativo che questa entra nella dimensione dell'uomo. Ma in questo modo anche il mondo dell'azione viene a

⁽³⁾ F. VIOLA e G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Bari, 3 ed., 2001, p. 189.

⁽⁴⁾ G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione*, Padova, 1990, p. 53 ss.

⁽⁵⁾ Su questo argomento cfr. A. KAUFMANN, *Die Geschichtlichkeit des Rechts im Licht der Hermeneutik*, in *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, Frankfurt a. M., in Id., *Filosofia del diritto*, trad. it. e cura di G. Marino, Milano, 2003, pp. 35-74.

⁽⁶⁾ P. RICOEUR, *Temps et récit. Tome I*, cit., trad. it. cit., p. 23.

⁽⁷⁾ Ivi, p. 91: «il tempo diviene tempo umano nella misura in cui viene espresso secondo un modulo narrativo, e ...il racconto raggiunge la sua piena significazione quando diventa una condizione dell'esistenza temporale».

prendere voce nella trama della narrazione, e questa diviene imitazione di quello⁽⁸⁾.

«Come un testo, così l'azione umana è un'opera aperta, il cui significato è "in sospeso"»⁽⁹⁾, cioè perennemente in attesa di nuove interpretazioni in grado di definirne il significato. Ogni evento, ogni accadimento individuale, è costituito da una eterogenia di fattori (i loro fini, i loro agenti, le circostanze in cui si presentano e si sviluppano, i motivi) che possono essere ricomposti *come* un tutto solo nella trama che li interpreta e li configura come storia, e poi come «caso». *L'intrigue* appunto trasforma una mera sequenza seriale, portandone alla luce quel *fil rouge* che lo rende generalmente intelleggibile, in una configurazione. Il che riporta di attualità il primato della lettura nell'interpretazione, cioè la priorità logica del *post* sul testo⁽¹⁰⁾.

Mentre nel romanzo la trama si svela alla fine alla luce della conclusione, nell'accertamento del fatto essa resta segreta, occulta ed emerge solo *ex post*⁽¹¹⁾ esplicitando il filo conduttore che addita il passaggio dall'aggregato insignificante di eventi al sistema (rifigurazione)⁽¹²⁾.

Caratteristica della trama dell'azione è di lasciarsi seguire attraverso le contingenze sotto la guida di un'attesa fino ad una conclusione. Essa gravita

⁽⁸⁾ Parallelamente alla triplice figura della *mimesis* di *Temps et récit. Tome I*, cit., trad. it. cit., p. 91 ss., prefigurazione, configurazione, rifigurazione, è stata sviluppata sul piano architettonico una eguale articolazione che, a partire dal bisogno di riparo, anticipa lo spazio abitativo, quindi lo dispiega spazialmente in una configurazione narrativa mediante una costruzione di intreccio, edificio, infine lo rifigura nell'abitare risultante dal costruire. Lo stesso dicasi, a partire da quel particolare spazio che è il proprio corpo, a livello urbanistico e a livello geografico. Aggiungerei solo che quel particolare spazio che è il nostro corpo è uno spazio irradiato di nervi e attraversato da vene, cioè uno spazio di cui abbiamo direttamente coscienza, è lo spazio che noi stessi siamo, e in quanto tale ci apre in generale all'esperienza spaziale. Ma, a parte questo, è importante notare come sia la dispiegazione urbanistica dello spazio, sia la divisione, ad esempio, in regioni della terra, sono tutte attività tutt'altro che innocenti, come a dire che sono tutte ermeneutiche. Cfr. P. RICOEUR, *Le mémoire, l'histoire, l'oubli*, Paris, 2000, trad. it. e cura di D. Iannotta, Milano, 2003, p. 210 ss.

⁽⁹⁾ P. RICOEUR, *Du texte à l'action*, Paris, 1986, trad. it. di G. Grampa, Milano, 1989, p. 190, che prosegue: «È perché essa "apre" delle nuove referenze e ne riceve una pertinenza nuova che anche gli atti umani sono in attesa di nuove interpretazioni che decidono il loro significato. ...L'azione umana è anch'essa aperta a chiunque sappia leggere. Ne risulta che, se il significato di un evento è il senso che gli è dato dalle interpretazioni ulteriori, l'interpretazione dei contemporanei non ha alcun particolare privilegio in questo processo».

⁽¹⁰⁾ Su una rivalutazione della lettura, quale punto di vista retrospettivo, cfr. anche R. BARTHES, *Texte (Théorie du)*, in *Encyclopaedia Universalis*, 1973, ora in Id., *Scritti. Società, testo, comunicazione*, trad. it. di M. Di Leo e S. Volpe, Torino, 1998, p. 239.

⁽¹¹⁾ Cfr. anche per quanto riguarda la prevalenza del punto di vista retrospettivo nel mestiere di storico J. HABERMAS, *Zur Logik der Sozialwissenschaften*, in "Philosophische Rundschau", Beih. 5, Tübingen, 1967, in Id., *Agire comunicativo e logica delle scienze sociali*, trad. it. di G. Bonazzi, Bologna, 1980, p. 238.

⁽¹²⁾ P. RICOEUR, *Le juste*, Paris, 1995, trad. it. di D. Iannotta, 1998, p. 130.

quindi su un punto finale che fornisce anche quel punto di vista dal quale è possibile comprendere il «perché» e il «come» determinati eventi si sono sviluppati in quel determinato modo e non in un altro, sino alla conclusione che più che essere prevedibile deve essere «congrua» con gli episodi raccontati. È da questo punto di vista che una storia di vita può essere colta come un tutto⁽¹³⁾. Infine, nella lettura il testo perde la propria rigidità significativa, e si colloca nel nostro orizzonte di senso attraverso l'applicazione. Applicazione sia della legge attraverso il caso concreto, sia del caso concreto attraverso la legge.

Da una parte sono i paradigmi in cui si strutturano le nostre attese che forniscono le linee direttrici dell'incontro tra il testo dell'azione e l'interprete, dall'altra è lo stesso atto di lettura che accompagna e guida la configurazione dell'interpretazione come trama significativa. La trama si origina così da uno sguardo retrospettivo, come un colpo d'occhio lanciato *ex post* sulla storia. Di qui il primato del punto di vista retrospettivo di quel particolare *spettatore* che è il giudice sul punto di vista degli *attori* di quel singolo evento che deve essere giudicato. L'atto di lettura, in questo senso, è il punto di incontro tra il mondo delle azioni e il segno dell'*intrigue*⁽¹⁴⁾.

«Capire un testo significa seguire il suo movimento dal senso verso la referenza, da ciò che esso dice a ciò di cui parla»⁽¹⁵⁾. Un testo di legge trova il suo senso nell'applicazione, nel caso concreto che è da esso disciplinato. Ma se è nello sguardo retrospettivo che si dischiude la referenza, allora questa non è più solo referenza del testo. Secondo questa prospettiva la referenza che si apre nel testo è co-referenza, referenza dialogata, in quanto l'interprete attraverso il senso del testo giunge ad incontrare la referenza, il mondo, che si dispiega in esso. La referenza ha cioè una dimensione intersoggettiva dalla quale noi non siamo esclusi⁽¹⁶⁾. La natura ostensiva del linguaggio sta alla base di quella fusione di orizzonti che si ha nell'applicazione. Il punto di partenza è dunque che quella particolare azione che è l'interpretazione ri-significa il mondo. E questo accade in ogni interpretazione.

Nell'interpretazione l'eterogeneità dei termini di agente, motivo, e circostanza entrano in un nuovo circolo di significazione, divengono senso per noi. Comprendere una storia, ci dice Ricoeur, vuol dire comprendere il linguaggio del «fare»⁽¹⁷⁾, ma vuol dire anche inserirsi nel seno della tradizione in cui i nostri pregiudizi e le nostre trame significative si formano (prefigurazione). In effetti se l'azione può essere raccontata è anche perché essa è già articolata in segni, regole e norme, è già mediata

(13) P. RICOEUR, *Temps et récit. Tome I*, cit., trad. it. cit., p. 112.

(14) Ivi., p. 125.

(15) P. RICOEUR, *Du texte à l'action*, cit., trad. cit., p. 200.

(16) P. RICOEUR, *Temps et récit. Tome I*, cit., trad. it. cit., p. 127.

(17) Ivi, p. 97.

simbolicamente in modo tale che essa ci si pone con l'interrogazione delle proprie risorse simboliche. L'intenzionalità dell'azione fa sì che prima di offrirsi all'interpretazione i simboli sono a loro volta degli interpretanti interni all'azione, di modo che il rapporto tra comprensione pratica e comprensione narrativa non è solo di trasformazione, o forse dovremmo dire di trasfigurazione, ma anche di presupposizione, di fondazione della leggibilità del campo pratico⁽¹⁸⁾. L'atto di alzare il braccio può essere interpretato come un modo di chiamare un taxi, salutare, esprimere un voto, un assenso, aggredire qualcuno. Ciò che decide sulla sua interpretazione è anche l'orditura testuale che è propria dell'azione e ne fonda la leggibilità. In altre parole, è come se l'azione fosse in sé una storia non detta. Secondo un primo aspetto la comprensione di un'azione attraverso il racconto, e la sua trama, vuole innanzi tutto una pre-comprensione dell'agire umano tale che ci si possa collocare all'interno del contesto che costituisce la sua semantica, la sua simbolica e la sua temporalità⁽¹⁹⁾. L'estraneità si pone allora in tensione con la familiarità del linguaggio che è già da sempre nostra⁽²⁰⁾. L'intenzionalità dell'azione si lega allora alla *Vorverstandnis*, alla precomprensione che è propria di ogni appartenente ad una comunità dell'interpretazione. Il fatto che noi agiamo in un determinato modo ha per noi un certo significato proprio perché ci collochiamo in un contesto pregiudiziale ben determinato. Ma è poi l'orditura della trama interpretativa a ricomporre *ex post* una congerie eterogenea di fattori in un tutto significativo, in una configurazione. È a partire dalla *Vorverstandnis*, e dalla fusione di orizzonti che essa comporta, che si riconfigura l'azione nell'interpretazione come trama, e nel diritto come «caso». Il fatto che vi sia un orizzonte di senso che è presupposto dall'azione, è anche il fondamento delle possibilità ricostruttive della trama. L'intenzionalità dell'azione nel contesto della precomprensione è una sorta di noumeno, è ricostruibile solo interpretativamente, facendo ricorso proprio alle risorse della *Vorverstandnis*. È come se l'intenzionalità rappresentasse un'ombra nel seno della precomprensione, cui l'interpretazione restituisce luce. Tant'è che l'interpretazione di un testo qualsiasi è tutt'altro che l'inseguimento di un'inattuabile intenzione dell'autore, anche quando si pretende letterale. Ciò a cui si può arrivare è l'orizzonte di senso nel cui contesto l'azione è sorta. Ma questo orizzonte è in costante dialogo col nostro. Il linguaggio è il ponte tra familiarità ed estraneità, tra precomprensione e intenzionalità.

Al centro dell'accertamento giudiziale dei fatti, sta l'evento storico nella

⁽¹⁸⁾ Ivi, p. 99.

⁽¹⁹⁾ Ivi, p. 107.

⁽²⁰⁾ H.G. GADAMER, *Vom Zirkel des Verstehens*, trad. it di F. Vercellone, in *aut aut*, 1987, n. 217-218, p. 19.

sua singolarità irripetibile⁽²¹⁾. L'evento⁽²²⁾, da questo punto di vista, nella nostra percezione tende a sottrarsi alla legge e a porsi rigidamente nella propria contingenza e alterità. È una differenza irriducibile⁽²³⁾. Nel processo l'evento deve essere sottratto all'oscurità da cui ci viene, e ricostruito nella sua dinamica spaziale e temporale, e nella sua rilevanza per noi, che lo rende attuale e significativo. Esso si colloca nell'unità dell'esperienza giuridica come ciò che è da essere normativamente qualificato, come «caso» appunto. Così per il diritto il passato non esiste che per illuminare il presente, e, in questo senso, l'interprete, nella propria attività di selezione, distingue tra fatti rilevanti e irrilevanti affinché possa essere risolto il caso presente. Da questo punto di vista, il processo rientra in quel fenomeno di appropriazione del tempo, che è proprio dell'esperienza umana in quanto storicamente finita, cioè storicamente situata⁽²⁴⁾. Ma la circolarità ermeneutica dell'accertamento del passato nel processo è dato anche dal fatto che il presente dà quel senso in grado di illuminare e interpretare il passato. Senza la legge, i precedenti, l'elaborazione dogmatica, cioè in definitiva senza il diritto vigente, il passato è per l'interprete lettera morta. Come a dire che la *Vorverständnis*, la precomprensione, è la condizione stessa dell'attualità del passato. Inoltre, il passato ha una sua efficacia che si protrae nel tempo sino al nostro presente, al fine di formare quella norma individuale che sarà in grado di avanzare la sua pretesa regolativa anche per il futuro. Il passato viene allora sottratto alla propria contingenza, alla singolarità in cui era chiuso, esce dalla differenza. L'intelligibilità del passato che si intesse lentamente attraverso il giudizio, è in grado di attrarre l'interpretazione di casi simili, nel senso che un confronto non può comunque essere evitato. Inoltre, avendo al centro dell'imputazione

(21) B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Milano, 1996, p. 128.

(22) È bene non confondere, a questo punto, il *fatto*, il "che cosa" del discorso, di natura proposizionale, dall'*avvenimento* in quanto "cosa di cui si parla", l'"in merito a cosa" è quel discorso, secondo un rapporto vero/falso di tipo popperiano (falsificabile/non falsificabile). In tali termini il fatto in quanto "cosa detta" segna tutta la distanza tra il detto e la prospettiva referenziale rispetto alla quale è possibile il dispiegarsi del mondo di fronte al racconto, che nell'ottica dell'interpretazione giudiziale sarà la storia di vita accaduta tale e quale essa fu nel passato. Di qui l'assunzione di una concezione triadica del significante, significato, referente, distinta quindi da quella di impostazione linguistica saussuriana significante/significato, nel senso, cioè, che qualcuno dice qualche cosa a qualcuno secondo regole. Cfr. P. RICOEUR, *Le mémoire, l'histoire, l'oubli*, cit., trad. it. cit., p. 255 ss.

(23) Cfr. anche per la «differenza ontologica» tra *essere* e *dover essere* A. KAUFMANN, *Das Rechts im Spannungsfeld von Identität und Differenz. Meditationem über ein unauslotbares Thema*, in *Recht als Instrument van behoud en verandering. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. J.J. Van der Ven*, Kluwer, 1972, in Id., *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, trad. it. cit., p. 77-93.

(24) B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, cit., p. 128.

etica l'evento nella sua dimensione individuale, irripetibile, la sua trama è chiaramente entro lo statuto narrativo del racconto. Ha un suo prima e un poi, e al suo centro un agente e una azione che può essere raccontata nell'interpretazione giudiziale⁽²⁵⁾. Lo sviluppo diacronico dell'azione ha il suo corrispettivo interpretativo nello sviluppo diacronico della narratività. Ciò che l'interpretazione ha in comune col racconto è appunto l'orditura di una trama narrativa.

Nel diritto la comprensione narrativa è quel filo conduttore in grado di legare una serie di fattori diversificati in un tutto dotato di senso. Questo filo conduttore è la sintesi dell'eterogeneo, *l'intrigue*, la trama del racconto. In altri termini la comprensione narrativa che fornendoci una spiegazione adeguata alla concatenazione eterogenea, deve per forza precedere la spiegazione che si ha nell'argomentazione giudiziale⁽²⁶⁾. Nell'accertamento del fatto spiegare e descrivere sono concetti che si incontrano sotto la comprensione narrativa. Questa è anche una conseguenza dell'impossibilità di tracciare una netta linea divisoria tra questione di fatto e questione di diritto. Un'esposizione del fatto non si limita a riferire gli eventi nel loro ordine di accadimento puro e semplice. Un'esposizione del fatto è tale in funzione della propria orditura, della propria trama, sulla base di un'idea guida di diritto: è già interpretazione. Un elenco di fatti senza legame tra di loro non è in grado di prospettare alcun «caso». In realtà non ci descrive nulla. A sua volta un'interpretazione non si riduce alle prove materiali che la giustificano, ne è la combinazione. La distinzione dal suo supporto concettuale o documentario non significa distinguere spiegazione e descrizione. Spiegare perché una cosa è accaduta è anche descrivere quel che è accaduto. Allora, parafrasando Ricoeur, un'interpretazione che non riesce a spiegare non è un'interpretazione, un'interpretazione che non è in grado di descrivere non ci spiega nulla⁽²⁷⁾.

Con l'interpretazione descrizione e spiegazione si trovano riconciliate sotto l'arco della comprensione narrativa, con l'interpretazione siamo già sulla via dell'argomentazione. Nell'accertamento del fatto la costruzione del «caso» costituisce interpretazione in quanto attraverso l'orditura di una trama pone l'evento all'interno di un calcolo di probabilità che scaturisce dal confronto di ipotesi alternative. Attraverso l'argomentazione l'interpretazione dispiega tutto il proprio carattere ostensivo in quanto viene a

⁽²⁵⁾ P. RICOEUR, *Le mémoire, l'histoire, l'oubli*, cit., trad. it. cit., p. 464: «Il cerchio delle azioni, di cui si ritiene che gli autori individuali debbano dare conto, non può inserirsi che nel campo della storia evenemenziale, che, lo abbiamo visto, si lascia trattare come un livello tra gli altri nella stratificazione delle durate e delle causalità». Cioè, mentre in storia sarebbe possibile una lettura che non proceda per attori ed agenti, una storia non-evenemenziale, nel diritto ciò non sarebbe possibile.

⁽²⁶⁾ P. RICOEUR, *Temps et récit. Tome I*, cit., trad. it. cit., pp. 212-215.

⁽²⁷⁾ Ivi, p. 223.

mostrare che sulla base delle prove raccolte, e delle inferenze da trarsi, la trama che si è venuta a intessere è migliore delle altre possibili, cioè più probabile. La descrizione rappresenta dunque il punto d'innesto della spiegazione. Nel processo l'accertamento del fatto si pone nel contesto della descrizione, rappresenta il supporto documentario e concettuale della spiegazione. L'interpretazione dei fatti, degli eventi nella loro dimensione individuale, è comprensione, e attraverso la spiegazione accede allo statuto narrativo del racconto argomentativo⁽²⁸⁾. Anche il giudice deve argomentare le proprie ipotesi interpretative appoggiandosi alle prove, documenti, testimonianze, confronti. Qui non c'è un metodo privilegiato⁽²⁹⁾. Come ci ha mostrato Esser⁽³⁰⁾, l'ambito della libertà del giudice è segnato radicalmente dalla scelta del metodo ben al di là della canonica quadripartizione operata da Savigny. E questo non solo perché non è possibile stilare a priori una gerarchia tra una pluralità di metodi, ma anche perché il più delle volte essi ci si pongono in maniera contraddittoria. Questo significa che la decisione giudiziale passa necessariamente attraverso un determinante momento valutativo e che il piano logico della applicazione del diritto è contrassegnato dall'intersezione di piani a-logici ed extra-logici. Questo è anche un riflesso di quella interscambiabilità tra giudizio di fatto e giudizio di diritto cui prima si è accennato.

La ricostruzione fattuale che si attua nel giudizio di fatto impone, infatti, che gli elementi rilevanti siano ricondotti ai concetti giuridici definiti sulla base delle fattispecie legali. Si richiede cioè una trasformazione. Il giudice nella costruzione del caso deve sottoporre le circostanze di fatto al setaccio e al filtro valutativo della precomprensione e della comprensione giudiziale. In tale senso viene a formarsi quel rapporto tra fatti e fattispecie legale che ritiene corretto al fine della risoluzione del caso⁽³¹⁾. Attraverso la progressiva formulazione di ipotesi, l'interpretazione giudiziale viene a intessere la propria orditura testuale connettendo con essa eventi e significanza normativa in un insieme più ampio che ha, come abbiamo visto, lo statuto narratologico della trama, e si pone in rapporto

⁽²⁸⁾ Ivi, p. 263: «A questo proposito, lo storico è nella stessa posizione di un giudice: è posto in una situazione reale o potenziale di contestazione e deve tentare di provare che una certa spiegazione è migliore di un'altra».

⁽²⁹⁾ A. KAUFMANN, Prefazione, in *Id.*, *Filosofia del diritto*, trad. it. cit., p. 11: «Gli argomenti con cui vengono fondati i giudizi giuridici sono molto di più dei soli quattro citati, ad esempio: salvaguardia della certezza del diritto o della giustizia, valutazione delle conseguenze, senso del diritto, praticabilità, unitarietà del diritto ecc.; il numero degli argomenti possibili è in via di principio illimitato».

⁽³⁰⁾ J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, 2 ed., Frankfurt a. M. 1972, trad. it. di S. Patti e G. Zaccaria, Napoli 1983.

⁽³¹⁾ B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, cit., pp. 136-137.

soltanto indiretto con la narrazione, col *racconto* ⁽³²⁾. Non ci troviamo cioè di fronte a un'identità di genere. La narrazione di una storia di vita assurge a trama nel momento stesso che la si costituisce come un insieme significativo, cioè come «caso». Qui non siamo né tra le norme, né entro il sistema dei fatti, ma in una zona mediana che, più che unirli, li intreccia. L'*intrigue* allora non va inteso però come il risultato di proprietà combinatorie del sistema, piuttosto come il principio selettivo in forza del quale il sistema diviene in sé significativo, e si fa interpretazione ⁽³³⁾. Da questo punto di vista, la relazione tra eventi e regolamentazione normativa può giustificarsi solo se se ne mostra la fondatezza sulla base delle risultanze del procedimento probatorio.

2. La prova nella dinamica del processo

Al termine giuridico «prova» può essere corrisposta una pluralità semantica. In una prima accezione designerebbe i mezzi di cui ci si può servire per dimostrare il *thema probandum*. Indicherebbe cioè i documenti, le testimonianze, gli indizi. È questo il significato di *evidence*. In una seconda accezione designerebbe il procedimento probatorio, cioè quelle attività disciplinate dalla legge, con cui le parti o il giudice vengono ad acquisire mezzi di prova nel processo. Infine in un terzo significato prova sta ad indicare il risultato del procedimento probatorio, ossia il convincimento a cui il giudice perviene a seguito dell'acquisizione di mezzi probatori (ed è questo il significato più prossimo a *proof*) ⁽³⁴⁾. In quest'ultimo senso rappresenterebbe ogni strategia di corroborazione di un enunciato, che risulterà alla fine fondato, cioè provato. E in tal senso quell'enunciato può dirsi vero. Inoltre si renderebbe evidente il sostrato dialogico della prova. Eventi e accadimenti vengono così identificati mediante una procedura di accertamento, che si esplica nello spazio pubblico e intersoggettivo del confronto tra le parti, e del controllo della comunità dell'interpretazione giuridica. Ciò rivela da una parte che il procedimento probatorio volto a stabilire una convinzione su un punto incerto, cioè a risalire da un fatto noto del presente a un fatto ignoto appartenente al passato, si collega alla finitezza storica della nostra conoscenza, dall'altra rivela il legame inscindibile che unisce giudizio e prova, per cui è attorno alle prove che verrebbe ad articolarsi tutto

⁽³²⁾ P. RICOEUR, *Temps et récit. Tome I*, cit., trad. it. cit., p. 86.

⁽³³⁾ P. RICOEUR, *Temps et récit II. La configuration dans le récit de fiction*, cit., trad. it. cit., p. 78; ID, *Le mémoire, l'histoire, l'oubli*, cit., trad. it. cit., p. 489: «A proposito del narrativo, nessuno ignora che possiamo sempre raccontare altrimenti, visto il carattere selettivo di qualsiasi costruzione di intreccio».

⁽³⁴⁾ V. DENTI, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Rivista di diritto processuale*, XXVII (II serie), 1972, p. 414.

il processo⁽³⁵⁾. È per mezzo delle prove, infatti, che il giudice identifica quel particolare, in relazione al quale avviene l'individuazione della regola del caso concreto. È attraverso le prove che si avanzano e trovano legittimità le pretese interpretative sulla cui base vengono poi prese le decisioni. L'acquisizione e la valutazione delle prove costituisce, quindi, una esigenza imprescindibile del giudizio, rappresentando anche per l'interpretazione giudiziale le condizioni della sua consistenza interna (*consistency*) e della sua stessa controllabilità⁽³⁶⁾.

La prova è ciò che segna la distanza giudicatrice del processo. Essa rinvia all'evento che si deve provare, e quindi ad un'assenza, a ciò che non c'è e si vuole presente, perché passato. Ma così facendo fonda anche una distanza tra i soggetti che interagiscono nel processo. Proprio quei soggetti che col loro conflitto, che testimonia appunto «l'incoercibile presenza del male nella storia»⁽³⁷⁾, hanno dato vita al giudizio e al dibattimento. Hanno originato cioè un conversione del conflitto nella parola. Il processo è il luogo dove la parola istituisce la *giusta distanza* tra gli antagonisti. Separa le parti. Così, infatti, nel giudizio (*Urteil*, in tedesco, rimanda non a caso a parte, *Teil*), si crea la distanza tra la parte dell'uno e la parte dell'altro, privandoli del potere di fare giustizia a se stessi⁽³⁸⁾. Si istituisce una giusta distanza che viene a scomporre di fronte ai nostri occhi i termini di giustizia e imparzialità e li rende visibili, cioè possibili. La distanza è appunto condizione di possibilità del distacco che si richiede al giudicare. Proprio nella distanza del giudice rispetto al caso si può intravedere il germe della sua terzietà, la base stessa della imparzialità del giudice⁽³⁹⁾. La prova mostra però anche una dimensione pubblica, la sua struttura intersoggettiva. Si prova dinanzi ad altri. Il giudicare presuppone quindi la presenza di altri perché solo dinanzi a qualcuno si può rendere conto di qualcosa⁽⁴⁰⁾. Il processo, anche attraverso la procedura probatoria, mette a confronto le parti come "altre". Esse si trovano costituite non più solo dinanzi a se stesse, ma anche di fronte a un "terzo", il giudice. Nel processo la costituzione *dialogica* del Sé, della ipseità, lascia progressivamente lo stadio iniziale, ed immediato, del conflitto in cui aveva costituito la propria identità come struttura relazionale con un *tu* ben definito, e scopre l'*altro* che è in sé e l'altro proprio del *tu*⁽⁴¹⁾. Il processo

(35) B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, cit., p. 142.

(36) Ivi, p. 265.

(37) P. RICOEUR, *Le juste*, cit., trad. it. cit., p. 5.

(38) Ivi, p. 162 ss.

(39) Ivi, p. 7; B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, cit., pp. 152-153.

(40) Ivi, p. 154; M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, p. 265 ss.

(41) P. RICOEUR, *Soi-même comme un autre*, Paris, 1990, trad. it. di D. Iannotta, Milano, 1993, p. 204 ss.; ID., *Le juste*, cit., trad. it. cit., p. 8 ss.

stabilisce la giusta distanza dall'altro come altrettanto originaria del rapporto di prossimità col tu. Si rivela allora il ciascuno che è in sé. Di qui il brocardo latino *suum cuique tribuere*, a ciascuno il suo, che definisce appunto la giustizia. Ciò va connesso anche alla funzione specifica della motivazione, che spoglia l'interpretazione giudiziale della propria soggettività.

Ad una prima analisi, la disciplina legale del fenomeno probatorio presenta una natura «incompleta», in quanto viene a coprire «soltanto un'area limitata – e variabile nei diversi ordinamenti – di tale fenomeno»⁽⁴²⁾. La causa di tale incompletezza è da ricercare nel fatto che i criteri relativi all'ammissione, formazione, valutazione e controllo delle prove vanno ricercati nell'ambito della razionalità e del senso comune di ciascuna cultura giuridica e che definiscono appunto il «luogo» in cui gli elementi informativi si inseriscono nel giudizio e fondano la decisione del giudice⁽⁴³⁾.

Relativamente alla disciplina giuridica della prova è possibile individuare due concezioni fondamentali. Una, propria dei sistemi di *civil law*, «chiusa» che tende a racchiudere il fenomeno probatorio entro il complesso delle norme che lo disciplinano. In questa prospettiva, che è propria del positivismo, sono prove solo quelle espressamente regolate dal diritto. Da ciò si può derivare l'affermazione dell'autosufficienza e dell'autonomia del concetto giuridico di prova e della sua disciplina. La seconda, propria dei sistemi di *common law*, «aperta», dove domina il principio del *freedom of proof* e l'idea che prova sia qualunque cosa utile all'accertamento dei fatti. In questi sistemi le norme relative alle prove regolano solo alcuni aspetti del fenomeno probatorio, e principalmente nel senso di escludere l'ammissibilità di taluni mezzi di prova quando ricorrono particolari ragioni di esclusione. In tali contesti il concetto di prova non presenta un carattere esclusivamente giuridico, andrebbe perciò inserito nell'ambito della logica e ascritto al campo della conoscenza, per essere capito a fondo, rimandando quindi a criteri di senso comune, razionalità e ragionevolezza⁽⁴⁴⁾. Senza operare una *reductio ad unum* metodologica, non sono tanto importanti cose e fatti cui attribuire a priori lo statuto di «prova», dunque, quanto l'intero contesto di inferenza di quella specifica cultura giuridica nell'ambito della quale può intendersi ciò che può essere o non essere «prova». Da questo punto di vista sarebbe più opportuno parlare, piuttosto che di prove, di un «concetto generale di prova» di carattere ampiamente interdisciplinare, che rimanda a concetti e metodi delle diverse discipline⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴²⁾ M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1992, p. 331.

⁽⁴³⁾ B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, cit., pp. 170-171.

⁽⁴⁴⁾ Ivi, pp. 167-169.

⁽⁴⁵⁾ M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 302; B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, cit., p. 169.

Nel processo civile il principio dispositivo, secondo cui il giudice deve porre a fondamento della decisione soltanto le prove proposte dalle parti o dal p.m. (art. 115 c.p.c.),⁽⁴⁶⁾ porta a ritenere vere le affermazioni concordi delle parti⁽⁴⁷⁾. Non potendo infatti il giudice andare *ultra petita partium*, deve recepirle come tali. Se, dunque, da una parte l'obbligo di limitarsi ai «fatti» costituisce un corollario del principio della domanda (art. 112 c.p.c.), per cui il dovere decisorio dipende, per correlazione e limiti, dall'iniziativa di chi propone la domanda⁽⁴⁸⁾, l'obbligo di giudicare sulla base di ciò che è provato, riguarda il meccanismo con cui il giudice forma il proprio convincimento e pronuncia la decisione⁽⁴⁹⁾. Cioè, per quanto inserito entro limiti ben precisi, non può ritenersi interrotto il percorso del giudice verso la verità. E in tal senso andrebbero viste le varie eccezioni disposte dalla legge al principio dispositivo, e la portata stessa del principio del libero convincimento del giudice (art. 116 c.p.c.) all'interno del giudizio di fatto⁽⁵⁰⁾.

Nel processo penale, invece, dove la garanzia di una decisione veridica, raggiunta attraverso il procedimento probatorio, si lega alla garanzia di libertà dei cittadini, la verità dei fatti va accertata anche al di là di come questi sono stati presentati dalle parti al giudice. Di qui anche il divario tra sistema civile e sistema penale. Infatti esaurita la loro iniziativa, in casi di vuoti probatori apertisi per l'inerzia delle parti, il giudice ha dei poteri di iniziativa diretti ad assumere d'ufficio prove, sebbene sempre in contraddittorio, in modo da non sostituirsi alle parti, seguendo autonome ipotesi ricostruttive intorno ai fatti⁽⁵¹⁾. Ma al di là della deriva inquisitoria di tali istituti, si vede come il principio di imparzialità e di terzietà continui ad operare anche in questi casi eccezionali, nel senso di equa distanza tra le parti, a testimonianza della vocazione intersoggettiva del giudizio. E solo in quest'ottica che può essere risolta la tensione tra libero convincimento e contraddittorio. Il principio della libertà della prova che trova espressione sul piano processuale come diritto alla prova (art. 190 c.p.p.), opera quindi in concorrenza con altri principi, come dire, «in via tendenziale»⁽⁵²⁾, e questo perché la delicata dialettica interpretativa che si svolge nel giudizio, richiede che si persegua una via mediana nello scontro delle opposte pretese, non deve cioè appiattirsi sulla soggettività.

⁽⁴⁶⁾ C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, vol. I, ed. min., Torino 2001, p. 72 ss.

⁽⁴⁷⁾ B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, cit., p. 166.

⁽⁴⁸⁾ C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, vol. I, ed. min., cit., p. 63 ss.

⁽⁴⁹⁾ Ivi, p. 75 ss.

⁽⁵⁰⁾ Ivi, p. 75.

⁽⁵¹⁾ B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, cit., pp. 166-167.

⁽⁵²⁾ Ivi, p. 170.

Attraverso lo scontro delle opposte argomentazioni, ogni ipotesi di interpretazione dei fatti deve quindi essere rigorosamente falsificata mediante il ricorso a quel sostrato fattuale su cui non può che poggiare ogni giudizio. E da questo punto di vista la natura dialogica del processo di giustificazione della propria scelta da parte del giudice, sulla stregua del modello *adversarial*, non può che avere al suo centro il concetto di prova.

La prova, nella sua valenza soprattutto documentale propria dei sistemi di *civil law*, costituisce l'appoggio, la garanzia della pretesa di ogni storia, anche quella giuridica, a fondarsi su dei fatti. La prova rappresenta l'unica via per ricostruire l'evento passato oggetto del nostro giudizio. La prova in tal senso è *tracce*, traccia⁽⁵³⁾, di ciò che è passato. Essa indica *qui* nello spazio, e lo fa *ora*, cioè nel presente, il passaggio passato dell'uomo. Custodisce in sé il proprio paradosso che sta nel suo indicare il passato del passaggio, l'anteriorità del tracciato, del solco, *senza mostrare*, cioè, senza far apparire ciò che è passato di là. In essa *l'essere passato*, nel senso di essere passato in un certo luogo, coincide con *l'esser passato* nel senso di trascorso⁽⁵⁴⁾. Da questo punto di vista essa richiede che si ricostruisca l'orditura della sua significanza⁽⁵⁵⁾. La traccia, come nota Lèvinas, «significa al di fuori d'ogni intenzione di far segno, d'ogni progetto di cui sia lo scopo», essa non solo si iscrive nell'ordine del mondo, per cui è un segno, ma lo sconvolge⁽⁵⁶⁾.

Ciò che emerge con il concetto di traccia, è il suggerimento di un rapporto più resistente, più duraturo rispetto all'attività transitoria degli uomini. Gli eventi di cui gli uomini si fanno agenti, infatti, restano proprio in virtù del fatto che, con le loro tracce, essi rimangono «cose tra le cose»⁽⁵⁷⁾. Al centro di ogni ricerca vi è insomma una fisicità, senza la quale ogni ricerca non è pensabile. Anche le prove narrative, la cui prova principe è la testimonianza, non si sottraggono a questa dimensione cosale, specie qualora si consideri il caso delle prove precostituite. Non solo per la loro «vocazione» a essere incorporate comunque nel documento⁽⁵⁸⁾, che certo gli stretti limiti di

(53) Cfr. P. RICOEUR, *Temps et récit III. Le temps raconté*, cit., trad. it. cit. p. 179 ss.; il termine però ha la sua origine in E. LÈVINAS, *Trace*, in *Humanisme de l'autre homme*, Montpellier, 1972, trad. it. di A. Moscato, Genova, 1985, pp. 83-92.

(54) P. RICOEUR, *Temps et récit III. Le temps raconté*, cit., trad. it. cit., p. 183.

(55) Ivi, p. 183: «la traccia invita a seguirla, a risalirla, se possibile fino all'uomo, fino all'animale, che sono passati di là».

(56) E. LÈVINAS, *Trace*, in *Humanisme de l'autre homme*, cit., trad. it. cit., p. 87. Dove si aggiunge: «La sua significanza originaria si profila nell'impronta di chi ha deliberatamente cancellato le sue tracce nell'intento, per esempio, di commettere un delitto perfetto».

(57) P. RICOEUR, *Temps et récit III. Le temps raconté*, cit., trad. it. cit. p. 184.

(58) Sulla «vocazione documentale» della testimonianza nel modello continentale, è bene tenere presente M.R. DAMAŠKA, *The Faces of Justice and State Authority*, New Haven, 1986, trad. it. di A. Giussani e F. Rota, Bologna, 1991, p. 106: «l'esame dei testimoni è tuttora abitualmente condotto in modo tale che le informazioni conte-

ammissibilità (artt. 2721 ss. c.c.) rispetto all'atto scritto non smentiscono⁽⁵⁹⁾, ma anche per il fatto di rappresentare un ponte verso la traccia. Bisogna seguire la traccia, attraverso le altre tracce, risalirla, per poter decifrare nell'ambito dello spazio il *distendersi* del tempo⁽⁶⁰⁾. Una testimonianza senza riscontri, non è in grado di testimoniare alcunché. È una trama senza fili, una traccia incompleta, che non porta altrove. Questo carattere *cosale* del meccanismo probatorio inteso come traccia, introduce un rapporto di causa ed effetto tra la cosa che lascia il segno e la cosa che è segnata. In questo collegamento la traccia combina un rapporto di *significanza*, rappresentato dal suo essere resto di un passaggio, e un rapporto di *causalità*, rappresentato dalla cosalità del segno. La traccia è cioè un *effetto-segno*. Effetto di un passaggio passato, segno di questo passato. Questa duplice appartenenza della traccia a due differenti registri, apre anche due prospettive sul tempo. Nella misura in cui segna nello spazio il passaggio dell'oggetto del nostro accertamento, la traccia segna nel tempo il tempo del calendario. E in questa prospettiva di datazione, la traccia si inserisce nel tempo pubblico che rende commensurabili tutte le durate private: diviene documento datato. Nella traccia si danno nello stesso tempo tempo e intersoggettività. Ciò che distingue la traccia, che indica un passaggio, e non una presenza possibile, dagli altri segni, è appunto il fatto che essa sconvolge un certo ordine⁽⁶¹⁾. E proprio per questo essa immette nell'ordine di una storia che ricostruisca questo passaggio⁽⁶²⁾. All'interno di una tale storia chi ha agito viene collegato all'evento della propria azione⁽⁶³⁾. Al centro sta dunque la possibilità stessa di imputazione etica⁽⁶⁴⁾. In latino troviamo sia *putare* che *imputatio*, che fanno

nute nei verbali scritti devono quasi costantemente emergere». Di qui deriva anche la centralità del fascicolo in questo tipo di processo; cfr. *ivi*, p. 112: «Il fascicolo della causa è il centro nevralgico dell'intero processo, che integra i vari livelli di decisione».

⁽⁵⁹⁾ C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, vol. II, *ed. min.*, Torino, 2001, p. 171 ss.

⁽⁶⁰⁾ P. RICOEUR, *Temps et récit III. Le temps raconté*, cit., trad. it. cit., p. 189.

⁽⁶¹⁾ *Ivi*, p. 190. Lèvinas scrive che essa «Viene "in sovrimpressione"», cioè si fa leggere suo malgrado. Cfr. E. LÈVINAS, *Trace*, in *Humanisme de l'autre homme*, cit., trad. it. cit., p. 87.

⁽⁶²⁾ P. RICOEUR, *Le juste*, cit., trad. it. cit., p. 130 : «l'Idea, che serve da filo conduttore al punto di vista cosmopolitico sulla storia, non ha altra garanzia che i segni, i sintomi, gli indizi che fanno».

⁽⁶³⁾ «Per quanto possa essere liberale l'operazione di raccolta e di preservazione delle tracce che un'istituzione intende serbare della propria attività, essa è ineluttabilmente selettiva; non tutte le tracce diventano archivi; un archivio esaustivo è impensabile e non tutte le testimonianze fanno archivio». P. RICOEUR, *Le mémoire, l'histoire, l'oubli*, cit., trad. it. cit., pp. 486-487.

⁽⁶⁴⁾ P. RICOEUR, *Le juste*, cit., trad. it. cit., p. 33; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1990, p. 188 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1992, p. 300 ss.; A. KAUFAMANN, *Recht und Sprache*, Heft 30, 1983, in *Id.*, *Filosofia del diritto*, trad. it. cit., p. 194 ss.

riferimento al calcolo e alla messa in conto, e suggeriscono così una strana contabilità morale, un libro dei conti con le due voci delle entrate e delle uscite⁽⁶⁵⁾. Il che rimanda ad una valutazione, al calcolo della colpa (e dei meriti). Ma presuppone anche, in un processo di demoralizzazione del concetto, un soggetto capace di vedersi ascritta tale imputazione. Imputabilità etica e capacità di agire, dunque⁽⁶⁶⁾. Il concetto sarebbe così in bilico tra l'idea di retribuzione della colpa e quella di attribuzione dell'azione al suo agente, che lo vede legato ad essa da un rapporto di quasi filiazione nell'ambito della prassi. In gioco vi sarebbe l'idea stessa di responsabilità personale dell'agente. L'evoluzione giuridica al fine di fornire una tutela sempre più efficace contro i danni prodotti da persone soggette alla cura, vigilanza, danni prodotti da cose, o per *culpa in eligendo*, ha portato ad attenuare i vincoli che legano il soggetto all'azione. Così sul piano giuridico il soggetto viene riconosciuto responsabile di tutti gli effetti delle sue azioni, anche quelli da lui non direttamente cagionati, il che apre, nel diritto civile, alle forme dell'inversione dell'onere della prova, della responsabilità oggettiva e responsabilità senza colpa, dove il nesso psicologico si scioglie sempre più, mentre, sul piano morale, si è ritenuti responsabili dell'altro uomo, di altri⁽⁶⁷⁾. È come se la responsabilità allungando il proprio raggio diluisse i suoi effetti sino a rendersi inafferrabile, virtualmente senza fine. Da una parte, però, il rischio che starebbe dietro questa presa in carico di tutti gli effetti delle proprie azioni, anche quelli collaterali (che va fatto risalire alle situazioni giustificative della vigilanza, proprietà, presupposizione ecc.), è di capovolgere la responsabilità nel fatalismo, e quindi nell'incapacità stessa di riconoscere il soggetto come autore dei propri atti⁽⁶⁸⁾. È come se l'imputazione etica imboccasse la strada dell'imputazione causale singola propria della storia. Dall'altra, la via che conduce dalla responsabilità alla prevenzione, ci porta ad incontrare la *prudentia*, la φρονησις, la saggezza pratica nella situazione⁽⁶⁹⁾, affinché si possa riconoscere tra le innumerevoli conseguenze dell'azione, quelle di cui si può essere sensatamente

⁽⁶⁵⁾ P. RICOEUR, *Le juste*, cit., trad. it. cit., p. 34.

⁽⁶⁶⁾ Sullo speciale rapporto che lega uomo, azione, capacità e responsabilità v. A. KAUFMANN, *Die Geschichtlichkeit des Rechts im Licht der Hermeneutik*, in *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, Frankfurt a. M., 1969, in ID., *Filosofia del diritto*, trad. it. cit., p. 44: «Solo perché l'uomo è persona può agire, e quindi anche il concetto di azione (umana) si può descrivere solo "personalmente"».

⁽⁶⁷⁾ P. RICOEUR, *Le juste*, cit., trad. it. cit., p. 49.

⁽⁶⁸⁾ Ivi, p. 53.

⁽⁶⁹⁾ ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, trad. it. di C. Mazzarelli, Milano, 1993, VI, 6-7, 1141 b 33; su cui v. R. BUBNER, *Handlung, Sprache und Vernunft. Grundbegriffe praktischer Philosophie. Neuausgabe mit ein Anhang*, Frankfurt, 1976, trad. it. di B. Argenton, 1985, p. 216 ss.; critico, invece, K.O. APEL, *Diskursethik vor Problematik von Recht und Politik*, 1992, (*Etica della comunicazione*), trad. it. di V. Marzocchi, Milano, 1992, p. 64.

ritenuti responsabili in nome di una *morale su misura* ⁽⁷⁰⁾. Nel gioco incrociato tra argomentazione e interpretazione emerge una forma di razionalità pratica che porta a scegliere il migliore che appare nella circostanza. Non si tratta di scegliere tra bene e male, né tra bianco e nero, ma tra grigio e grigio, e, a volte, purtroppo, tra male e peggio ⁽⁷¹⁾. La saggezza del giudizio non consiste in un rigido formalismo, ma nell'elaborare e intessere fragili compromessi. Allora, secondo quest'ottica, la giustizia va intesa come giustizia particolare ⁽⁷²⁾, perché legata alla situazione specifica, come giustizia distributiva ⁽⁷³⁾ e correttiva ⁽⁷⁴⁾. Non si opera un rovesciamento di priorità del bene a spese del giusto, del quadro deontologico a favore di quello teleologico. Il *giusto* è un concetto aperto su due versanti: quello «legale» da una parte, e quello del «buono», dall'altra, quale estensione della sollecitudine verso il «ciascuno» anonimo della società ⁽⁷⁵⁾. La prevalenza dell'uno sull'altro, lo chiude e, alla fine, lo soffoca. L'uguaglianza propria della giustizia non è una uguaglianza aritmetica, ma proporzionale, cioè una uguaglianza di rapporti: rapporti di persone, relazioni di cose.

In tale contesto, la prova rappresenta il momento in cui la responsabilità del soggetto esce dalla propria soggettività per rimettersi al giudizio degli altri. Sia nel senso che a lui si richiede una tale saggezza pratica, sia nel senso che chi intende provare un fatto, non può non adoperare una tale forma di razionalità nel percorrere sino alla fine il procedimento probatorio verso il *giusto* ⁽⁷⁶⁾. È nel contesto della situazione che la prova va inserita, valutata, e

⁽⁷⁰⁾ P. RICOEUR, *Le juste*, cit., trad. it. cit., p. 55 ss.

⁽⁷¹⁾ Ivi, p. 190.

⁽⁷²⁾ R. BUBNER, *Handlung, Sprache und Vernunft. Grundbegriffe praktischer Philosophie. Neuausgabe mit ein Anhang*, cit., trad. it. cit., p. 227: «La prassi invece ha a che fare con la singola vita. Il caso concreto ha la stessa importanza della regola generale».

⁽⁷³⁾ ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, cit., trad. it. cit., V, 3, 1131 b 15: «se si tratta di un male, giacché il male minore paragonato al male maggiore è tenuto in conto di bene: infatti, il male minore è preferibile al maggiore, ma ciò che è preferibile è un bene, e ciò che è più preferibile è un bene più grande. Questa, dunque, è una delle due specie di giusto».

⁽⁷⁴⁾ P. RICOEUR, *Le juste*, cit., trad. it. cit., p. 67; v. anche ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, cit., trad. it. cit., V, 4, 1132 b 18: «il giusto è una via di mezzo tra una specie di guadagno e una specie di perdita nei rapporti non volontari, e consiste nell'avere, dopo, un bene uguale a quello che si aveva prima». E poi, dopo aver segnalato l'identità tra equo e giusto, o meglio un certo tipo di giusto, Ibidem, V, 10, 1137 b 26: «Ed è questa la natura dell'equo: un correttivo della legge, laddove è difettosa a causa della sua universalità».

⁽⁷⁵⁾ P. RICOEUR, *Soi-même comme un autre*, cit., trad. it. cit., p. 329.

⁽⁷⁶⁾ Sul diritto come giustizia pratica v. A. KAUFMANN, *Die «ipsa res iusta» Gedanken zu einer hermeneutischen Rechtsontologie*, in *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, München, 1973, in Id., *Filosofia del diritto*, trad. it. cit., pp. 98-112.

controllata da più parti. E poiché si prova sempre di fronte a qualcuno, che può contraddire, e partecipare al rafforzamento o alla caduta delle prove, il termine ultimo di tale concetto appare più che mai espresso nell'intersoggettività. Se la responsabilità individua il rapporto di derivazione dell'azione dal soggetto, la prova rappresenta allora il tentativo di inserire «un elemento di convalidazione nella dialettica esistenziale che lega l'io agli altri»⁽⁷⁷⁾, porta dunque alle soglie dell'argomentazione.

3. Prove e ragionamento in fatto di prove

Si dicono prove narrative quelle che consistono nella affermazione di fatti di cui si pretende la verità (ad es. confessione e giuramento)⁽⁷⁸⁾. In questi termini rientrerebbero tra le prove narrative anche il documento scritto, quando viene usato, non per provare la dichiarazione in esso riprodotta (l'atto pubblico), ma per provare il fatto che costituisce oggetto della dichiarazione (la scrittura privata). Qui si inserisce quella particolare tensione che si instaura tra verità, autenticità e la relazione che si istituisce con altri mezzi di prova atti a corroborarla. La testimonianza quale tipica prova narrativa può infatti essere coerente ma menzognera, così come può essere sincera ma non veridica. I caratteri logici e psicologici del racconto non sono in grado, da soli, di determinare il suo valore di verità. In sede di ricostruzione dei fatti, la coerenza narrativa costituisce un parametro valutativo di cui il giudice può disporre laddove i fatti siano suscettibili di combinarsi tra loro in più modi. Per quanto ci riguarda, la valutazione delle prove narrative fa giocare un ruolo rilevante tanto alla coerenza *interna* della trama informativa, quanto all'accordo tra le informazioni ricavabili dai vari mezzi di prova, cioè alla coerenza *esterna*. Ma ai fini della decisione sul fatto, al di là della coerenza della narrazione vi sono anche altre relazioni che possono essere determinanti. Così abbiamo la non contraddittorietà degli enunciati del discorso (qualora un medesimo fatto sia considerato a un tempo vero e falso), coerenza *logica*; la concatenazione delle inferenze con cui il giudice collega fatti diversi per trarre delle conseguenze dagli elementi di prova, coerenza *inferenziale*; il rapporto della narrazione con i fatti accertati in base alle prove che devono essere organizzati in modo da riunire le loro risultanze probatorie in un insieme significativo (i fatti narrati devono cioè corrispondere ai fatti allegati e confermati probatoriamente, in modo da non costituire una ricostruzione incompleta o sovrabbondante), *congruenza*⁽⁷⁹⁾. Ma un ulterio-

⁽⁷⁷⁾ B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, cit., p. 131.

⁽⁷⁸⁾ M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 439.

⁽⁷⁹⁾ Ivi, p. 293 ss.

re criterio è anche quello *giuridico* della corrispondenza tra i fatti narrati e lo schema normativo di cui ci si serve per definire i termini della controversia. In altre parole, l'ipotesi legale funge non solo da filtro nella selezione operata dall'interprete, ma anche da catalizzatore di senso al fine dell'individuazione dei fatti che possano essere ritenuti giuridicamente rilevanti, ovvero ai fini della ricostruzione del «caso»⁽⁸⁰⁾. In astratto si possono avere sia più narrazioni possibili di fatti provati, sia più schemi giuridici in ipotesi tutti applicabili. In questi casi, il criterio della massima corrispondenza della narrazione dei fatti con la descrizione del fatto contenuta nella fattispecie legale può risultare determinante ai fini della decisione⁽⁸¹⁾. Ciò ci rimanda al fatto che l'applicazione costituisce fattore integrante dell'interpretazione. La scelta del criterio interpretativo per la ricostruzione del caso è allora tutt'altro che innocuo. Prima di costituire prova una testimonianza deve essere ricondotta al contesto proprio del giudizio, cioè interpretata giuridicamente. Dal che risulta che rappresentazione delle situazioni fattuali che entrano nel giudizio, loro valutazione e qualificazione giuridica, si inseriscono in un processo circolare che, se, da una parte, vede l'interpretazione della fattispecie astratta fare da guida nella costruzione del caso, la ricostruzione del caso viene, a sua volta, ad orientare interpretazione e utilizzo delle fattispecie legali. Da questo punto di vista la coerenza narrativa rappresenta, nel contesto del giudizio di fatto, solo uno dei criteri di giustificazione della decisione (insieme a quello della coerenza logica, inferenziale, congruenza, corrispondenza con lo schema fattuale della fattispecie) e nemmeno quello più decisivo, entrando in gioco solo quando il giudice abbia selezionato gli elementi che considera rilevanti per il caso in questione⁽⁸²⁾.

La prova narrativa non va letta però in termini di narratività. Il salto dalla traccia alla trama della prova narrativa è anticipato da una caduta verticale verso la cosa. La prova narrativa a prima vista si impone per lo sviluppo diacronico del proprio statuto narrativo⁽⁸³⁾. In tali termini se ne indagano gli elementi della coerenza e della congruenza: è un racconto veridico. Ma dopo uno sguardo più attento ci si accorge che, proprio per questa sua pretesa di verità, per costituire un valido supporto nell'accertamento dei fatti è neces-

⁽⁸⁰⁾ Ivi, p. 297 ss.

⁽⁸¹⁾ Ivi, p. 298.

⁽⁸²⁾ B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, cit., pp. 218-219.

⁽⁸³⁾ Sulla testimonianza come racconto, ad esempio, e per un'iniziale analisi dei suoi caratteri strutturali cfr. P. RICOEUR, *Le mémoire, l'histoire, l'oubli*, cit., trad. it. cit., p. 228: «L'attività del testimoniare, colta al di qua della biforcazione fra il suo uso giudiziario e il suo uso storiografico, rivela allora la stessa ampiezza e la stessa portata di quella del raccontare». È ovvio che in questa sede si intende andare "al di là" di questa biforcazione, nel luogo in cui la testimonianza viene a costituirsi come prova nel giudizio, e non più solo come racconto.

sario che essa venga corroborata da ulteriori riscontri, venga progressivamente fondata. In assenza di tali riscontri, resta mobile, un racconto infondato, senza sostegno. Rimanda altrove, dunque, richiede di essere seguita verso le tracce ulteriori, che possano renderla solida, un appiglio sicuro, “cosa tra le cose” appunto⁽⁸⁴⁾. Nel contesto del processo la prova narrativa non è in grado di significare alcunché, necessita comunque dell'interpretazione che la riporti all'ambito di significazione in cui viene assunta. Di qui il suo valore anche in termini di corrispondenza con lo schema legale. In questo processo di progressivo irrigidimento, in questa caduta verticale verso la cosa, la prova narrativa diviene la traccia su cui può articolarsi la trama dell'interpretazione giudiziale. Se da una parte la prova narrativa deve essere corroborata per costituire traccia⁽⁸⁵⁾, dall'altra deve essere interpretata perché venga a costituirsi la trama che la lega alle altre prove. Ciò che rileva da questa analisi è che l'orditura dell'interpretazione che si ha nella prova narrativa rivela tutto il proprio carattere di intreccio, dove elementi eterogenei attinenti la narrazione come la coerenza logica, quella inferenziale, la congruenza si intessono con quello determinante della corrispondenza con lo schema della fattispecie legale, e mostrano tutta la loro natura di trama. La complessità viene risolta ad unità nella trama. Il salto dalla traccia alla trama è il salto verso l'interpretazione. Con questo, però, emerge anche in tutta la sua evidenza il carattere giuridico dell'orditura narrativa proprio dell'interpretazione giudiziale. È come se con l'interpretazione la prova narrativa nel suo farsi traccia traslasse dal piano del racconto a quello del diritto. O meglio il piano del diritto organizzasse il dispiegarsi della traccia come racconto, come *intrigue*. Ma nell'accertamento del fatto i caratteri della trama portano anche al di là del racconto. L'interpretazione giuridica del fatto è trama proprio in quanto lo statuto narrativo dell'*intrigue* si costituisce a partire da un'idea guida di diritto. La trama è la struttura portante dell'interpretazione non solo perché organizza i fatti diacronicamente, tra un inizio e una fine, in una struttura chiusa, ma anche perché ne assorbe la complessità sotto una luce ben precisa.

Vi sono casi però in cui lo statuto narrativo può essere messo in crisi

⁽⁸⁴⁾ A partire dal carattere della reiterabilità, ad esempio, la testimonianza può essere raccolta per iscritto, depositata nell'archivio, se storica, nel fascicolo, specie in campo continentale, se giuridica, ma soprattutto si costituisce come “traccia documentaria”. Cfr. *ivi*, pp. 234 ss, 248.

⁽⁸⁵⁾ Ad una critica della prova narrativa si deve infatti affiancare, nella sua linea di irrigidimento verso la traccia, il paradigma indiziario, cfr. *ivi*, p. 247: «La semiologia indiziaria esercita il suo ruolo di complemento, di controllo, di corroborazione nei riguardi della testimonianza orale o scritta, nella misura stessa in cui i segni che essa decifra non sono di ordine verbale: impronte digitali, archivi fotografici e oggi prelievi del DNA — questa segnatura biologica del vivente- “testimoniano” col loro mutismo».

laddove l'accertamento fattuale appare riconducibile ad un modello nomologico. Il ricorso al metodo proprio della scienza in taluni casi sembra irrigidire l'interpretazione entro lo schema applicativo della deduzione logica: la soluzione scientificamente corretta viene ricavata da una legge con la conseguente soppressione del segno dell'*intrigue*. La traccia assorbe completamente la trama. Laddove la trama si eclissa, l'interpretazione si irrigidisce in una deduzione logica, sino a scomparire: non c'è più interpretazione. Stiamo parlando dei casi in cui fa capolino nel processo la cd. «prova scientifica», che verrebbe a caratterizzare come nodo problematico la connessione tra ragionamento del giudice inerente i «fatti» e le prove, e il metodo proprio della scienza in relazione al momento formativo del libero convincimento del giudice⁽⁸⁶⁾. L'utilizzo nel processo di «prove scientifiche», rispetto alle quali il giudice non può che porsi come uomo con la propria cultura media, con una competenza tecnica di carattere prettamente giuridico, pone un problema di comprensibilità, non solo del giudizio rispetto all'opinione pubblica, ma del giudizio rispetto a se stesso. Le prove, in altri termini, se devono esplicare un ruolo all'interno della comunità in cui il giudizio opera, non possono che essere ricondotte al linguaggio comune⁽⁸⁷⁾. In forza di una inevitabile divisione del lavoro linguistico, il giudice deve impiegare termini e utilizzare risultati elaborati attraverso procedure e metodologie proprie del sapere scientifico, e che normalmente non gli appartengono. Per questo egli deve operare rispetto ad esse una trasformazione, traducendo le informazioni acquisite, e riportandole all'ambito della «ragione comune». In latino si parla di *sensus communis* quale senso che le persone comuni condividono senza l'aiuto dei filosofi⁽⁸⁸⁾. Attraverso esso il giudizio non verrebbe a sopprimere la particolarità degli eventi storici, ma a riconoscerla, non come una particolarità qualunque, ma come una particolarità esemplare. Ora la conoscenza scientifica nel processo quale forma di sapere non soggetta al controllo epistemologico, tanto delle parti quanto dei giudici, rischierebbe di imporsi nella sua univocità irriducibile. Richiamare il senso comune significa qui ricondurre un tale sapere alla specificità del caso, aprirlo alla discussione dialettica del processo. Ripristinare l'ambito della scelta. Se un argomento può perdere consistenza, o divenire addirittura controproducente, mutando contesto, è nel contesto del giudizio che l'argomento scientifico va controllato⁽⁸⁹⁾. Da questo punto di vista, si rende necessario un controllo dei risultati dell'attività dei periti, possibile solo

⁽⁸⁶⁾ V. DENTI, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, cit., p. 414 ss.

⁽⁸⁷⁾ B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, cit., pp. 157-158.

⁽⁸⁸⁾ P. RICOEUR, *Le juste*, cit., trad. it. cit., p. 132.

⁽⁸⁹⁾ A. CATTANI, *Forme dell'argomentazione. Il ragionamento tra logica e retorica*, Padova, 1990, p. 32.

attraverso la partecipazione delle parti alla dialettica probatoria⁽⁹⁰⁾ anche mediante la nomina di propri esperti, venendo così a coinvolgere il tema del libero convincimento del giudice in ordine alle questioni tecnico-specialistiche⁽⁹¹⁾. In altri termini la decontestualizzazione del sapere scientifico e il suo riposizionamento nel contesto intersoggettivo del giudizio, rappresenta una garanzia contro i possibili arbitrii del giudizio. Inoltre anche la conoscenza scientifica, cui si accede attraverso la perizia, deve essere giuridicamente ricontestualizzata⁽⁹²⁾. È necessaria una sua riduzione all'interpretazione giudiziale. Non solo perché è a partire da una determinata conseguenza giuridica che essa viene chiesta, ed entra nel processo, ma anche perché in quanto interpretazione essa non opera da sola, come un corpo estraneo, irriducibile. Il libero convincimento giudiziale non può non esplicarsi anche sull'interpretazione scientifica⁽⁹³⁾. Come dire, che la sua interpretazione, alla fine, risulta comunque giuridica. Questo significa che proprio l'esistenza di un principio come quello del libero convincimento garantisce il costituirsi della trama interpretativa, anzi, rende ulteriormente evidente il carattere composito e di intreccio proprio dell'interpretazione, capace di ricondurre un materiale eterogeneo, fatto di componenti nomiche, componenti teleologiche, componenti narrative, e componenti giuridiche, ad unità. Non solo conferma il segno dell'*intrigue* nell'interpretazione, ma sottolinea pure il carattere elastico della trama, in grado alla fine di accogliere e ridurre elementi apparentemente rigidi come le cd. «prove scientifiche» nella configurazione della trama interpretativa.

Questo carattere elastico della trama ricorre anche nel caso delle presunzioni *ex lege* (art. 2728 c.c.). Se le presunzioni semplici costituiscono un tentativo di ricavare un fatto ignoto da un fatto noto intessendone un'ipotesi di collegamento, cioè una trama (art. 2729 c.c.), le presunzioni legali sono conseguenze stabilite imperativamente dalla legge quando risulta provata l'esistenza di un determinato fatto. Esse possono essere relative e allora sono soggette a falsificazione (n.d.a. prova contraria), oppure assolute e allora l'inferenza acquista una rigidità tale da occultare *in toto* l'interpretazione. È

⁽⁹⁰⁾ V. DENTI, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, cit., p. 436: «Caratteristica generale della prova peritale è la sua formazione in contraddittorio».

⁽⁹¹⁾ B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, cit., p. 160.

⁽⁹²⁾ Si veda quanto detto per il procedimento probatorio in generale, e l'esperimento giudiziale, in particolare, da V. DENTI, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, cit., p. 416: «si tratta sempre di attività processuali preordinate ad acquisire strumenti di conoscenza dei fatti, e come tali suscettibili di qualificazione soltanto in funzione della loro disciplina normativa».

⁽⁹³⁾ Ivi, p. 429: «il giudice ha libertà di valutazione di fronte ai risultati della perizia, e quindi può, con adeguata motivazione, discostarsi dalle conclusioni cui è pervenuto il perito».

la legge a stabilire un'equivalenza ai fini della produzione di effetti col fatto che avrebbe dovuto produrli (es. art. 232 c.c. per il quale la nascita nel periodo previsto dalla legge equivale a concepimento nel matrimonio). Per certi versi ci troviamo di fronte ad una massima di esperienza istituzionalizzata, e non propriamente ad un mezzo di prova come nel caso delle presunzioni semplici. Poiché normalmente le cose vanno in un determinato modo, allora si finge che sempre esse seguano questo stesso corso. Ma così la probabilità viene ribaltata in certezza. Lo sviluppo diacronico è una finzione. Si arriva al punto, allora, in cui non c'è racconto, non c'è più interpretazione. L'inferenza assume lo stesso carattere cosale della traccia. Con la scomparsa del momento ermeneutico è come se si determinasse una caduta verticale verso la cosa. Ma non perché seguendone il dispiegarsi, si pervenga a un punto oltre il quale non si possa più andare. Il salto verso il fondo del supporto è già compiuto, in partenza, e non è più possibile un regresso ulteriore. La trama è già scomparsa, ma in quanto traccia dovrà costituire il necessario supporto di un'altra trama. La struttura elastica della trama è allora in grado di assorbire anche queste, di riportarle nel circolo dell'interpretazione.

Altro momento di crisi, come anticipato, è rappresentato dal ricorso nel giudizio alle cd. «massime di esperienza». Esse rientrano storicamente in quel tentativo di stampo positivista proprio del più generale legalismo logico⁽⁹⁴⁾ di ricondurre il ragionamento giudiziale entro uno schema rigido facilmente calcolabile. Tra le ipotesi più frequenti che si sono fatte sullo schema concettuale adottato dal giudice nell'accertamento di fatto è da considerare il modello logico-deduttivo di tipo sillogistico⁽⁹⁵⁾. Non solo la decisione sarebbe il risultato della concatenazione logica delle premesse, ma lo stesso giudizio di fatto risulterebbe a sua volta frutto di un sillogismo. Anche se l'inferenza probatoria sembrerebbe presentarsi in forma di ragionamento induttivo, la rilevanza probatoria di un fatto si deduce da una regola che l'affermi in linea generale. In quest'ottica il modello sillogistico assurgerebbe a schema rappresentativo dell'intero ragionamento giudiziario. Il problema sta però nell'individuazione della premessa maggiore anche ai fini del successivo controllo di legittimità per violazione o falsa applicazione delle norme di diritto. In tale contesto l'asserito carattere generale delle massime di esperienza assume una rilevanza decisiva.

La massima d'esperienza può essere vista come proposizione fattuale di contenuto generale, acquisita mediante l'esperienza delle cose e indipendente dal caso oggetto della decisione⁽⁹⁶⁾. Essa verrebbe a costituire quindi una

⁽⁹⁴⁾ Cfr. M. R. DAMAŠKA, *The Faces of Justice and State Authority*, cit., trad. it. cit., p. 81: «...implica l'esaltazione delle norme astratte, nonché la fiducia nella possibilità di separare nettamente le attività di creazione e di applicazione della norma».

⁽⁹⁵⁾ M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, p. 192 ss.

⁽⁹⁶⁾ Ivi, p. 202.

tipica premessa maggiore del sillogismo giudiziario⁽⁹⁷⁾. Infatti predicare la generalità della massima, affermandone la validità per una classe di fatti, è il presupposto per la possibile deduzione del fatto della controversia da questa. Nell'ambito del giudizio di fatto la massima di esperienza è utilizzata per trarre inferenze e valutazioni che rendano possibile la conoscenza indiretta di determinati eventi e accadimenti allo stato attuale ignoti. Anche qui la deduzione logica della soluzione corretta dalla massima occulterebbe l'intreccio. Nessuna trama sarebbe possibile ma soltanto una derivazione *more geometrico* di un dato. L'interpretazione si spegnerebbe nel carattere obiettivo di questa operazione.

Caratteristica della massima di esperienza è di essere però un concetto dal contenuto alquanto eterogeneo. Vi rientrano leggi scientifiche e logiche, nozioni tratte dalle scienze naturali e scientifiche umane, generalizzazioni empiriche, regole di senso comune, prevalenze di comportamento, risultati esperenziali relativi alle azioni umane, frequenze statistiche. Si tratta, più che altro, di generalizzazioni, derivate dall'*id quod plerumque accidit* o estrapolate dall'osservazione di un numero finito di eventi particolari, cosa che rende però problematico predicarne una validità generale. Esse cioè ci informano su ciò che normalmente accade o ci si aspetta che accada, ma non ci dicono che accadrà. Non possono. Vi sarebbe invece una validità di tipo probabilistico, data una premessa vera si ha solo la probabilità che la conclusione sia vera⁽⁹⁸⁾. Il carattere probabilistico ci restituisce proprio quella trama che si pensava di nascondere. In altri termini, le massime d'esperienza rievocano una idea di ragione comune e di normalità che ripropone il confronto tra esperienza passata e quella presente, realizzando una inferenza da particolare a particolare fondato sul mero nesso di somiglianza. Dietro vi starebbe, in altre parole, l'analogia⁽⁹⁹⁾. Allora si tratterebbe di interpretazione. Al di là della generale configurabilità del sillogismo giudiziario, emerge, già da qui, il carattere eminentemente valutativo dell'uso delle massime d'esperienza, a conferma del fatto che la determinazione della circostanze di fatto da raffrontare con la fattispecie astratta della norma, non costituisce un confronto tra due dati giustapposti, il fatto e la legge, mentre si individua un punto di coincidenza esterno tra fattispecie descritta nel testo di legge e realtà dimostrata e corroborata nel procedimento probatorio (n.d.a. *induzione generalizzatrice*). Dietro l'apparente carattere obiettivo, il legalismo logico nasconderebbe l'interpretazione, sottraendola però all'argomentazio-

⁽⁹⁷⁾ B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, cit., p. 172 ss.

⁽⁹⁸⁾ M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 203; sulla stessa linea V. DENTI, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, cit., p. 421 ss.

⁽⁹⁹⁾ B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, cit., p. 182 ss.

ne e alla normale dialettica interpretativa, prima che processuale. Dietro l'oggettività vi sarebbe cioè l'arbitrio.

In un clamoroso caso di qualche tempo fa, di uno stupro di una donna "in jeans"⁽¹⁰⁰⁾, al di là dell'evidente straripamento nel merito del giudizio di legittimità, si è fatto un largo ricorso appunto alle cd. massime di esperienza. La circostanza del ritardo della denuncia, spiegabile evidentemente col senso di vergogna della ragazza, viene svalutata a partire dalla massima che chi subisce violenza non avrebbe motivo di avvertire senso di colpa. Ma ha fatto scalpore soprattutto il collegamento con un'altra massima, assai discutibile, in forza della quale il fatto che la donna portasse i pantaloni sfilati da una sola gamba proverebbe la sua fattiva collaborazione. Insomma, sarebbe stata consenziente. Il fatto è che l'assunzione di queste supposte regole di esperienza sembra nascondere più che altro, al di là dell'evidente carattere pregiudiziale, una carenza di motivazione. Su di esse, in altre parole, incombe l'arbitrio, cosa che l'accoglienza negativa da parte dell'opinione pubblica, e le difficoltà ad ergersi a precedente, non fanno che confermare⁽¹⁰¹⁾.

Il fatto che all'interno del processo si richiedano invece giudizi di esperienza, cioè attività caratterizzate da aspetti logici, a-logici e extra-logici, che costituiscano un termine di mediazione tra norma e caso particolare, riporta in luce, ancora una volta, come non si possa prescindere da una profonda intersezione del piano normativo e di quello fattuale per configurare la razionalità del processo nella sua sottomissione a condizioni pubbliche di accettabilità definite all'interno della comunità giuridica⁽¹⁰²⁾. Questo significa che il giudice anche quando ritiene di ricorrere a forme di giudizio più o meno cristallizzate in una pratica, compie comunque il normale procedimento interpretativo, il che non lo esenta dall'intessere una propria trama sulla base di un certo numero di prove che ne rappresentano la traccia, e dall'articolare le proprie argomentazioni a sostegno di essa. Questo ci ricorda che ci possono essere trame più o meno palesi, ordite più o meno bene, sulla base di un ben determinato "tracciato", interpretazioni più o meno corrette, e che il vero banco di prova sta nella loro argomentabilità a partire dal supporto probatorio che si è venuto a costituire, e nel realizzare le concrete condizioni per un pubblico dibattito. Laddove vengono avanzate pretese di stringenza logica, più che l'eclissi dell'interpretazione e dell'*intrigue*, ciò che si determina è la caduta dell'argomentazione, l'impovertimento del contraddittorio e della dialettica processuale. In altri termini ciò che si

⁽¹⁰⁰⁾ Cass. 6 novembre 1998, Cristiano, in *Foro it.*, 1999, II, 165 con nota di FIANDACA, *Violenza su donna "in jeans" e pregiudizi nell'accertamento probatorio*.

⁽¹⁰¹⁾ G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice. Raccolta di scritti*, Padova, 2002, p. 58.

⁽¹⁰²⁾ B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, cit., pp. 183-184.

nasconde dietro il legalismo logico non è solo la soppressione del momento ermeneutico, quanto una vera e propria deriva inquisitoria⁽¹⁰³⁾.

Venendo ora al ragionamento del giudice in fatto di prove, può essere individuata nel ragionamento probatorio una articolazione in almeno tre fasi. Una fase di raccolta, analisi e classificazione delle prove relative al fatto oggetto della controversia. La formulazione di ipotesi di collegamento su questi elementi informativi. Quindi il controllo dell'ipotesi alla luce di altri elementi⁽¹⁰⁴⁾.

Ora il passaggio dalla fase di raccolta, analisi delle prove alla fase della formulazione dell'ipotesi più che a ragionamenti induttivi o deduttivi, rimanderebbe a un terzo tipo di attività conoscitiva. Si tratta dell'abduzione⁽¹⁰⁵⁾. Si tratta, cioè, di un ragionamento basato sulla verosimiglianza⁽¹⁰⁶⁾. L'abduzione rappresenta quella forma di ragionamento nella quale a partire da una traccia si ricostruisce l'evento che l'ha prodotta, mediante un argomento che conduce la nostra conoscenza da un fatto particolare ad un altro fatto particolare intessendone la trama. Mentre nel ragionamento induttivo, dati un possibile antecedente ed un possibile conseguente, si perviene ad una connessione di implicazione che unisce i due termini, e nel ragionamento deduttivo dati una implicazione e il vigere di un antecedente si deriva il termine conseguente, nell'abduzione data una implicazione e dato il vigere del conseguente si risale all'antecedente mediante una astrazione riassuntiva. Come chiarisce Kaufmann, riprendendo intelligentemente Aristotele, il ragionamento non va da una parte al tutto, né dal tutto a una parte, ma da parte a parte: da particolare a particolare, secondo una relazione di somiglianza⁽¹⁰⁷⁾. In greco simile si dice εἰκὼς (εἰκοῦα), e starebbe ad indicare non la relazione che un discorso ha col reale, corrispondenza, ma il rapporto di un discorso con un altro discorso⁽¹⁰⁸⁾. Indicherebbe non il vero, ma la relazione con ciò che è conforme all'immagine della realtà che invale nell'opinione pubblica. In questo senso il giudizio di somiglianza sarebbe una comparazione di interpretazioni. L'abduzione, dunque, con la sua natura

⁽¹⁰³⁾ Sul legame tra legalismo logico e sistemi inquisitori cfr. M.R. DAMAŠKA, *The Faces of Justice and State Authority*, cit., trad. it. cit. pp. 71 ss., 81 ss., 109 ss., 129 ss., 249 ss., 307 ss.

⁽¹⁰⁴⁾ B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, cit., p. 190 ss.

⁽¹⁰⁵⁾ A. CATTANI, *Forme dell'argomentazione. Il ragionamento tra logica e retorica*, cit., p. 108.

⁽¹⁰⁶⁾ A. KAUFMANN, *Vorüberlegungen zu einer juristischen Logik und Ontologie der Relationen. Grundlegung einer personalen Rechtstheorie*, in *Rechtstheorie* 1986, p. 257 ss., ora in F. ROMEO, *Analoga. Per un concetto relazionale di verità nel diritto*, trad. it. di F. Romeo, Padova, 1990, p. XVI ss.

⁽¹⁰⁷⁾ Ivi, p. XIX.

⁽¹⁰⁸⁾ A. CATTANI, *Forme dell'argomentazione. Il ragionamento tra logica e retorica*, cit., p. 109.

analogica si caratterizza profondamente rispetto agli altri ragionamenti logici. L'induzione, infatti, muove dall'osservazione di un fatto per pervenire alla formulazione di una regola, la deduzione applica una regola nota, nell'abduzione si conoscono risultato e regola e si risale all'evento che l'ha prodotto⁽¹⁰⁹⁾. Il ragionamento analogico, a partire da un fatto provato, porterebbe a formulare un'ipotesi di correlazione tra i vari elementi probatori raccolti, verrebbe cioè a tessere una trama⁽¹¹⁰⁾. L'*intrigue* è il segno sotto cui opera l'abduzione. E qui sta anche il suo carattere euristico. Si tratta nel suo pensare all'indietro di una retroinduzione, che non ha in sé, però, la propria validità logica. Piuttosto ci troviamo di fronte alla tessitura di un intreccio narrativo che richiede evidentemente di essere corroborato da sicure risultanze probatorie. E qui si cela dunque una pretesa veritativa. Esige cioè di essere convalidato dall'esterno, il che implica una certa dose di rischio, un certo margine d'errore. Siamo entro i confini del probabile, all'interno della zona di influenza dell'*intrigue*. Se nell'ambito del processo giudiziario, la prova funziona, quindi, come fattore di *scoperta*, in quanto serve a formulare ipotesi intorno ai fatti su cui si controverte, nell'ambito del ragionamento abduttivo funge anche da elemento di *controllo* delle ipotesi già formulate al fine di valutarne l'attendibilità⁽¹¹¹⁾. In altri termini, opera come elemento di falsificazione di ipotesi proprio secondo il modello del *Trial and Error Methode*⁽¹¹²⁾. La trama sarebbe cioè soggetta ad un esame di correttezza e si inscriverebbe a pieno titolo entro un contesto di razionalità, anzi ne sarebbe la sua cifra. Al centro del ragionamento probatorio si verificherebbe allora un'azione combinata di scoperta e controllo che ruota tutta sul concetto di prova⁽¹¹³⁾. O, detto diversamente, un rinvio continuo e circolare, dal racconto alla traccia, dalla traccia al racconto. Al termine del procedimento probatorio e del ragionamento che lo attraversa, si colloca la «verità dei fatti» come un qualcosa di carattere eminentemente argomentativo⁽¹¹⁴⁾.

⁽¹⁰⁹⁾ B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, cit., p. 190 ss.

⁽¹¹⁰⁾ A. KAUFMANN, *Vorüberlegungen zu einer juristischen Logik und Ontologie der Relationen. Grundlegung einer personalen Rechtstheorie*, cit., in F. ROMEO, *Analogia. Per un concetto relazionale di verità*, trad. it. cit., p. XIX.

⁽¹¹¹⁾ Denuncia l'evidente circolarità del procedimento probatorio A. KAUFMANN, *Über den Zirkelschluß in der Rechtsfindung, Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag.*, München, 1973, in Id., *Filosofia del diritto*, trad. it. cit., p. 115 ss.

⁽¹¹²⁾ K. POPPER, *The Logic of Scientific Discovery*, 1934, trad. it. di M. Trinchero, Torino, 1970, pp. XIV, 309, 311; Id., *Conjectures and Refutations*, London, 1969, trad. it. di G. Pancaldi, 1972, pp. 61-115; Id., *Objective Knowledge. An Evolutionary Approach*, Oxford, 1972, trad. it. di A. Rossi, Roma, 1975, p. 469; su cui cfr. J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl*, cit., trad. it. cit., pp. 20, 149 ss.

⁽¹¹³⁾ M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 414.

⁽¹¹⁴⁾ In tema di abduzione, di risultati valutabili in termini di plausibilità, cioè di logica accettabilità, in contrapposizione più che al concetto di «vero» a quello di «falso» parla A. CATTANI, *Forme dell'argomentazione. Il ragionamento tra logica e retorica*, cit., p. 110.

La prova segnerebbe l'approdo ad un'ipotesi di correlazione giuridica tra i fatti, l'ipotesi dovrebbe poi essere riportata ai fatti per essere falsificata. L'argomentazione ci conduce così ad un risultato plausibile sulla base delle tracce lasciate⁽¹¹⁵⁾. La prova, secondo questa prospettiva, accompagnerebbe l'interpretazione mediante un continuo passaggio dal piano giuridico a quello fattuale fino al raggiungimento di una trama suscettibile di essere argomentata.

4. Accertamento del fatto, verità e argomentazione

La ricostruzione dei fatti viene ottenuta attraverso l'accertamento della fondatezza delle contrapposte pretese⁽¹¹⁶⁾. Ogni parte offre nel processo una propria interpretazione dei fatti che afferma come veri, cosicché il processo viene a incentrarsi sul fatto quale affermazione di parte relativa a ciò che è già avvenuto. Se il fatto entra nel processo in quanto affermazione di parte, le parti non enunciano propriamente fatti, ma fanno ipotesi. Collegano le tracce delle loro fonti di prova, e intessono la trama delle loro interpretazioni che saranno più o meno plausibili, più o meno fondate a seconda che le tracce dimostrino il loro carattere di resistenza. La resistenza di queste si inserisce in un quadro profondamente conflittuale. Tra le opposte ragioni delle parti, il fatto si presenta, dunque, come eminentemente controverso. Il suo è un carattere contraddittorio, e in tali termini si presenta al giudice. Così la ricerca della verità è segnata da questa contra-dizione. Il giudizio nasce dal dis-senso che sfocia appunto nella controversia. Ciò che è pre-dato, prima cioè di ogni legge, è il conflitto in cui le parti impongono l'una all'altra la propria volontà⁽¹¹⁷⁾. Ognuna si presenta con la propria giustizia. In questo tentativo di sottomettere ciascuna parte ai propri interessi, le parti cercano ognuna di «darsi la legge». L'arbitrio è l'inizio del giudizio. Le parti hanno già iniziato a darsi un senso del testo normativo e dell'azione che è il loro testo, quando il giudice prende in mano il caso. Il senso del testo è allora contraddittorio, conflittuale, è «campo di Marte», terreno di scontro. Ma nel momento in cui il diritto prende piede nel giudizio il conflitto del senso si spoglia della propria carica distruttiva, il nodo delle interpretazioni si allenta. Il conflitto, per forza, diviene dialogo. La parola si avvia a prendere il posto della violenza delle opposte pretese e l'arbitrio tende a sciogliersi in argomentazione⁽¹¹⁸⁾.

⁽¹¹⁵⁾ P. RICOEUR, *Le mémoire, l'histoire, l'oubli*, cit., trad. it. cit., p. 245.

⁽¹¹⁶⁾ B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, cit., p. 220.

⁽¹¹⁷⁾ F. MÜLLER-R. CHRISTENSEN, *Rechtstext und Textarbeit in der Strukturierenden Rechtslehre*, in *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 2, 1997, p. 83.

⁽¹¹⁸⁾ P. RICOEUR, *Le juste*, cit., trad. it. cit., p. 162.

Il primo atto della giustizia è quello di sospendere la giustizia che le parti pretendono di darsi. Il processo originerebbe dal seno del conflitto e del paradosso. Da questa pluralità e contraddizione del senso si dovrà pervenire ad una decisione sul senso. In questi termini la ricostruzione degli eventi su cui si controverte e l'acquisizione probatoria non sono solo il frutto di una battaglia, ma anche la risultante di uno sforzo cooperativo comune. Il contraddittorio si presenta così come regola generale del giudizio e come suo valore essenziale. La logica della controversia esige quindi un metodo dialettico che sia in grado di regolare la discussione tra i diversi soggetti che, dai loro particolari punti di vista, intervengono nel processo al fine di condizionarne l'esito. Ma anche la logica della formazione della prova non può prescindere dal contraddittorio, se si vuole preservare lo specifico ruolo del giudice e del giudizio. Il contraddittorio certo non garantisce la genuinità della prova, ma rappresenta il modo migliore per formarla, falsificarla, corroborarla. Un'interpretazione potrà non essere vera, potrà essere falsa e menzognera, ma se c'è un contraddittorio c'è anche una possibilità che venga falsificata, smontata nelle sue fondamenta, che ceda spazio all'argomentazione migliore. Secondo quest'ottica il processo rappresenta davvero un'«impresa discorsiva» comune⁽¹¹⁹⁾. Parla un linguaggio plurale, i cui protagonisti non sono nemmeno soltanto il giudice, le parti e i rispettivi difensori. La posta in gioco è più grande.

Il contraddittorio svolge una funzione di controllo, attraverso la selezione di prove utilizzabili e la verifica dialettica della loro efficacia e rilevanza, del materiale che rappresenterà la base del giudizio. Essendo diretto a ricavare il maggior contributo probatorio da testimoni e parti, costituisce un ottimo mezzo di falsificazione delle ipotesi interpretative, mettendo in piedi un meccanismo che non può non richiamare il metodo «per prova ed errore». L'interpretazione giudiziale viene a costruirsi attraverso plurimi tentativi, in cui le trame più deboli sono destinate ad essere soppiantate da quelle maggiormente corroborate probatoriamente. Le tracce nell'incessante opera di demolizione e fondazione dei mezzi di prova, vengono a ricostruire la trama di un passaggio che non è andato perduto. La costruzione del «caso» non è altro che l'esito del confronto di una pluralità trame, diretto a premiare non la più resistente, ma a creare quella più fondata, cioè plausibile⁽¹²⁰⁾. Da questo punto di vista nel nostro ordinamento la verità viene a manifestarsi mediante il ricorso a un modo di procedere discorsivo della conoscenza⁽¹²¹⁾,

⁽¹¹⁹⁾ B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, cit., p. 226.

⁽¹²⁰⁾ «Forse, bisognerebbe parlare di plausibilità altrettanto che di probabilità. Plausibile è l'argomento degno di essere difeso in una contestazione». P. RICOEUR, *Le mémoire, l'histoire, l'oubli*, cit., trad. it. cit., p. 245.

⁽¹²¹⁾ B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, cit., p. 229.

in cui il conflitto più che sanato, è utilizzato strumentalmente. Il contraddittorio ci riporta al conflitto, e il conflitto alla forza maieutica del dubbio che richiama il primato gadameriano della domanda⁽¹²²⁾. La struttura dialettica dell'interpretazione sembra trovare proprio nel principio del contraddittorio e nella concezione del giudizio come scontro di interpretazioni la sua più forte conferma. Solo a partire dalla certezza di non sapere e dall'interesse a voler conoscere, può aver inizio quella ricerca interrogativa della verità. Da questo punto di vista la verità appare il vertice cui tende tutta la struttura processuale, ma anche il punto critico del sistema. Perché se da una parte il contraddittorio sembra favorire l'interpretazione giudiziale quale fatica discorsiva comune, dall'altra essa come le correnti di Scilla e Cariddi rischia di rappresentare il luogo dove l'anima stessa del contraddittorio va fatalmente ad incappare nelle tendenze *non-adversarial* del sistema. Il fatto è che l'interpretazione non può essere risolta nel binomio soluzione dei conflitti/ricerca della verità perché appartiene quantomeno ad entrambi. Se da una parte ciò che il giudizio realizza non è il soliloquio di uno, il giudice, ma un discorso pratico⁽¹²³⁾, in cui vi è anzi la strutturale interazione di più soggetti, il giudizio non appare appiattito sotto un'unica finalità. Mentre le parti agiscono in vista degli interessi personali in gioco, e perseguono una decisione favorevole, il giudice deve formarsi il libero convincimento sugli accadimenti della causa. Ma in questa dimensione marcatamente contraddittoria, nel conflitto tra i fini, vengono avanzate delle pretese di verità, e in questo senso vengono addotte delle giustificazioni a sostegno degli argomenti di parte. Ciò che è assertito come vero, deve essere cioè giustificato, indipendentemente dai fini che ci si è proposti. Ognuno vuole il riconoscimento della *sua* verità, ma la verità a cui perviene il giudizio è una verità di tutti, nel senso che è valevole *inter partes*, ma anche nel senso che appartiene a tutta la comunità giuridica, al cui giudizio non può sottrarsi. Nel suo essere disinteressato, retrospettivo, la verità rivela il proprio carattere intersoggettivo⁽¹²⁴⁾. Questa indipendenza dagli interessi che si fanno valere, è ciò che, insieme alle regole procedurali che consentono di far prevalere una conclusione pratica che sia razionalmente accettabile, separa il giudizio dall'arbitrio. Una verità al di fuori di una dimensione argomentativa sarebbe arbitraria. L'arbitrio è quanto si cela dietro il legalismo logico. Così ogni giustificazione viene considerata per sé e non per i valori di cui è portatrice. Ma allora è chiaro anche che la ricerca della verità nel processo, in quanto

⁽¹²²⁾ H.G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, cit., trad. it. cit., p. 418 ss.

⁽¹²³⁾ J. HABERMAS, *Zur Logik der Sozialwissenschaften*, cit., in ID., *Agire comunicativo e logica delle scienze sociali*, trad. it. cit., p. 185: «Nell'agire comunicativo linguaggio e prassi sono uniti».

⁽¹²⁴⁾ Cfr. relativamente al giudizio di gusto e a quello politico P. RICOEUR, *Le juste*, cit., trad. it. cit., p. 133: «Così disinteresse, retroattività, comunicabilità costituiscono altrettanti aspetti che vanno di pari passo».

verità disinteressata, si dà sempre in relazione alla realizzazione di altri valori. L'interpretazione giudiziale è una polifonia di valori che più che l'idea di ricerca rievoca quella di bilanciamento. Il contraddittorio tra le parti, i vincoli della disciplina processuale delle prove, e dei termini, che implica accettazione di un contesto comune di razionalità e legittimazione reciproca delle parti, la fine del conflitto, il dialogo come approssimazione comune alla soluzione più adeguata al caso, la ricerca della verità, il libero convincimento e l'imparzialità del giudice sono tutti valori che devono essere realizzati nel processo. Da questo punto di vista lo stesso concetto di verità non può non risentirne.

La verità processuale non è una verità assoluta, *in primis* perché il dialogo risente di quella stessa finitezza umana, e si presenta come necessariamente chiuso. La verità si colloca entro l'orizzonte storicamente finito dell'Esserci. Si lega all'essere che è proprio dell'Esserci. Ha una sua fondazione ontologica, oltre che storica. Attraverso il passaggio dei diversi gradi di giudizio, il giudicato pone termine alla discussione che rischierebbe altrimenti di protrarsi indefinitamente e tramutarsi in lite infinita⁽¹²⁵⁾. La verità si inserisce su uno sfondo finito, necessariamente chiuso. Il giudicato esprime così il carattere limitato della conoscenza umana e il carattere fallibile di ogni decisione pratica. Si dice appunto *res iudicata pro veritate habetur*. Il che sconta da una parte la possibilità di errore, per il quale, a determinate condizioni, c'è sempre rimedio all'errore giudiziario, dall'altra richiama una istanza di verità che è implicita nella ricerca che si realizza nel giudizio. Vi è, in altri termini, una presunzione di verità fino prova contraria. Il cammino di avvicinamento verso la verità, è un cammino di approssimazione cui il termine del giudizio non può mettere comunque fine⁽¹²⁶⁾. Può non essere inutile richiamare la nozione heideggeriana di verità come disvelamento (*αληθεια*)⁽¹²⁷⁾. Essendo l'Esserci per lo più perso nel suo mondo, egli è nella «non-verità». La situazione di partenza è quella dell'oscurità del velo, l'oblio. Ma l'essere dell'Esserci è anche cooriginariamente aperto, nella

⁽¹²⁵⁾ Ivi, p. 160.

⁽¹²⁶⁾ In senso contrario P. RICOEUR, *Le mémoire, l'histoire, l'oubli*, cit., trad. it. cit., p. 464, il quale non tiene conto né della possibilità di discussione dogmatica che un'interpretazione giudiziale dispiega, né della forza del precedente che essa comporta e che mantiene aperto il circolo dell'interpretazione. Non è qui, credo, che vada misurata la distanza tra storia e diritto, ma nel diverso tipo di imputazione (imputazione etica nel giudizio, imputazione causale singola in storia), nel diverso interlocutore (la comunità scientifica in storia, la comunità dell'interpretazione giuridica nel diritto) il che comporta, tra l'altro, l'applicazione di ben precise regole procedurali, e, infine, nel diverso oggetto (azioni specifiche di autori ben determinati in una prospettiva evenemenziale nel diritto, entità spesso anonime, come civiltà, forze, nazioni, al centro della ricerca storica).

⁽¹²⁷⁾ M. HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, Tübingen, 1927, trad. it. di Pietro Chiodi, Milano, (1976) 1997, p. 270 ss.

sua comprensione quale progetto, alla verità. La verità si pone allora come continuo e inarrestabile scoprimento dell'essere. Da questo punto di vista la verità non è qualcosa che si dà, ma a cui ci si approssima. Senza arrivarci mai. L'inarrestabile progresso scientifico, nella sua alternanza di teorie può essere allora spiegato in tali termini⁽¹²⁸⁾. Ciò che è importante quindi non è la formulazione di ipotesi corrispondenticamente vere, quanto la loro argomentazione⁽¹²⁹⁾, che realmente ci fa progredire. Da questo punto di vista, nel giudizio, possono darsi solo giustificazioni meglio o peggio argomentate sulla base delle risultanze probatorie, la verità non solo non può pretendere la propria oggettività assoluta, ma si dà come il prodotto di istanze interpretative disparate che nella decisione finale trovano il loro punto di incontro e di soluzione. Inoltre il fatto che la verità dei fatti sia anche verità giudiziale non è privo di conseguenze. Il contesto giuridico in cui si colloca l'affermazione della verità dei fatti costituisce appunto il contesto di discussione tale che la comunità cui si rivolge la propria pretesa veritativa non possa che essere intesa come comunità dell'interpretazione giuridica⁽¹³⁰⁾. Tale contesto di razionalità pratica è quindi condizione di quell'articolazione della razionalità procedurale di cui accettabilità e intersoggettività rappresentano valori irrinunciabili. Se ogni esperienza di verità non può darsi che attraverso un atto interpretativo, essa non può che essere il frutto di una razionalità pratica che attraverso il dialogo e lo scontro, perviene a costruire e rafforzare il proprio apparato giustificativo. In tale senso più che assoluta, essa rappresenta una esperienza di continua e progressiva approssimazione⁽¹³¹⁾. Se da

⁽¹²⁸⁾ Cfr. K.O. APEL, *Discorso, verità, responsabilità*, trad. it. di V. Marzocchi, Milano, 1997, p. 96: «È ora possibile impiegare il concetto di *validità intersoggettiva tout court*, a differenza del concetto formale-ontosemantico di *corrispondenza ai fatti*, come *idea regolativa di una approssimazione metodica*, se si intende il primo concetto quale meta ideale di una possibile formazione argomentativa di consenso in una ideale comunità di ricerca».

⁽¹²⁹⁾ J. HABERMAS, *Auszug aus "Wahrheitstheorien"*, in H. Fahrenbach (a cura di), *Wirklichkeit und Reflexion. Festschrift für Walter Schulz*, Pfullingen 1973, in Id., *Agire comunicativo e logica delle scienze sociali*, trad. it. cit., p. 320: «Se noi definissimo come "consenso" ogni accordo incidentalmente intervenuto, esso non potrebbe evidentemente servire come criterio di verità. Perciò la "attuazione discorsiva" è un concetto normativo: l'accordo che possiamo raggiungere nel discorso è soltanto un *consenso fondato*. Questo vale come criterio di verità, ma il senso di verità non consiste nel fatto che in generale viene raggiunto un consenso, bensì che sempre e dovunque, non appena ci impegniamo in un discorso, può essere raggiunto un consenso in condizioni che dimostrano che esso è fondato»; su cui K.O. APEL, *Discorso, verità, responsabilità*, trad. it. cit., p. 100 ss.

⁽¹³⁰⁾ Cfr. B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, cit., p. 273: «parlare di verità richiede la presenza degli altri e il rendere conto ad essi».

⁽¹³¹⁾ P. RICOEUR, *Le juste*, cit., trad. it. cit., p. 161: «il punto di arresto della giustizia non si limita a mettere fine a un processo, bensì apre la strada a tutto un corso di giurisprudenza nella misura in cui crea un precedente».

una parte il concetto di verità come corrispondenza è un'idea pratica a cui non possiamo rinunciare⁽¹³²⁾ perché rappresenta un ineliminabile concetto guida nella nostra ricerca pratica della verità, è proprio la dimensione pratica di tale ricerca ad indirizzarci sulla via dell'argomentazione⁽¹³³⁾. Se per un verso l'idea di consenso non ci libera dalla possibilità di errore, e dalle possibilità stesse della menzogna, l'idea di un «consenso fondato» raggiunto nel rispetto di una pluralità di valori propri di una comunità giuridica, in cui non secondari sono i principi del contraddittorio e del libero convincimento, ci avvicina all'obiettivo di una verità possibile. Ciò che conta non è la verità, ma il modo che ci garantiamo per raggiungerla. Laddove il contesto della pratica interpretativa offre le condizioni per il confronto dialettico, nell'affermazione di quella pluralità di valori che sono il frutto della nostra cultura giuridica, e concepisce la verità come l'esito del loro bilanciamento, sarà possibile liberarsi definitivamente da quanto di opaco c'è in questo concetto. È in tale contesto di razionalità pratica che si danno le condizioni di accettabilità delle nostre argomentazioni, e quindi anche le condizioni di possibilità della nostra ricerca. Da questo punto di vista la verità rispecchia lo stesso carattere composito che c'è nella trama. Il che significa che la verità processuale indica tutto il proprio carattere argomentativo⁽¹³⁴⁾. Se c'è una verità questa non può che mostrarsi nell'argomentazione. Al di là di un'argomentazione fondata non c'è verità.

(132) V. anche A. KAUFMANN, *Nachwort*, 1992, in ID., *Filosofia del diritto*, trad. it. cit., p. 321; sulla stessa linea P. COMANDUCCI, *Ragionamento giuridico*, in M. BESSONE-E. SILVESTRI-M. TARUFFO (a cura di) *I metodi della giustizia civile*, Padova, 2000, p. 125.

(133) Segnala l'incidenza di ragioni di natura pratica sul processo di giustificazione teorica che porta alla verità V. VILLA, *Giustificazione pratica e giustificazione teorica*, in GIANFORMAGGIO e LECALDANO (a cura di), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Roma-Bari, 1986, p. 290.

(134) J. HABERMAS, *Auszug aus "Wahrheitstheorien"*, cit., in ID., *Agire comunicativo e logica delle scienze sociali*, trad. it. cit., p. 321: «La teoria consensuale della verità intende spiegare la peculiare coazione non coatta dell'argomento migliore tramite proprietà formali del discorso, e non tramite ciò che, come consistenza logica di proposizioni, è alla base della connessione argomentativa, o che penetra l'argomentazione per così dire dall'esterno, come l'evidenza di esperienze. L'esito di un discorso non può essere deciso né da una costrizione logica né da una empirica, ma mediante la "forza dell'argomento migliore"; su cui v. R. BUBNER, *Handlung, Sprache und Vernunft. Grundbegriffe praktischer Philosophie. Neuauflage mit ein Anhang*, cit., trad. it. cit., p. 206 ss. Sul consenso come indice, e non criterio, di verità e giustizia, cfr. A. KAUFMANN, *Das Gewissen und das Problem der Rechtsgeltung*, Heidelberg, 1990, in ID., *Filosofia del diritto*, trad. it. cit., p. 214: «Il consenso ottenuto formalmente e correttamente, come tale, non è un criterio, certo però un indizio importante di verità e giustizia»; cfr. anche ID., *Rechtsphilosophie in der Nach — Neuzeit. Abschiedsvorlesung*, Heidelberg, 1990, in ID., *Filosofia del diritto*, trad. it. cit., p. 285, e W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrecht*, München, 1981, p. 122.

ABSTRACT

This text intends to cross the threshold of trial in order to deepen an aspect which has hardly been explored by the present hermeneutics. Starting from the reflections about *intrigue* and *trace* developed by Ricoeur in the Eighties, and applying them to the verdict on fact in a few manner, it intends to show how the judicial interpretation consolidates in the trial and joins in itself progressively both description and explanation. This also means that each theory of interpretation has always to aim at an hermeneutic theory of argumentation.

Questo testo intende varcare la soglia del processo per approfondire un aspetto lasciato in buona parte inesplorato dall'odierna teoria ermeneutica. Muovendo dalle riflessioni avviate da Ricoeur negli anni Ottanta su *intrigue* e *trace*, e offrendone una applicazione originale al giudizio di fatto, intende mostrare come l'interpretazione giudiziale venga a strutturarsi nel processo e a saldare progressivamente in se stessa descrizione e spiegazione. Ciò significa tra l'altro che una teoria dell'interpretazione non può non porsi come obiettivo anche quello di una teoria ermeneutica dell'argomentazione.

ENRICO MAESTRI

CITTADINANZA BIOETICA E “PATRIOTTISMO COSTITUZIONALE”

“Attratti come siamo dall’eccezione, sembra che non vogliamo più riconoscere alcuna normalità”

SERGIO BELARDINELLI, *La normalità e l’eccezione. Il ritorno della natura nella cultura contemporanea*

“La natura è quella normalità basilare che è sottratta alla problematizzazione argomentativa specificamente culturale, non solo di fatto ma in via di principio”

ROBERT SPAEMANN, *Naturale e innaturale sono concetti moralmente rilevanti?*

1. – *Teorie divisioniste e bioetica* — Nell’attuale contesto storico, la riflessione bioetica va assumendo sempre più la forma di una *rete*, la cui trama è rappresentata da saperi ed ambiti disciplinari diversi.

L’intrinseca interdisciplinarietà della bioetica ⁽¹⁾ riflette l’esigenza di comprendere fino in fondo gli aspetti più inquietanti e più oscuri di un tema oggettivamente nuovo qual è quello della capacità manipolativa che la scienza biomedica è in grado di porre in essere sulla vita umana e non umana.

Questa esigenza chiama in causa saperi diversi, ambiti disciplinari che, se nella cultura occidentale moderna sono rimasti su piani epistemologici separati, ora invece proprio in forza della specificità tematica della bioetica — l’espansione manipolativa in senso irreversibile della vita — sono chiamati ad attraversarsi ed a confrontarsi.

Il contesto culturale occidentale contemporaneo si è configurato negli

(1) Per una approfondita analisi della “pluridisciplinarietà” come metodo in bioetica finalizzato alla costruzione di una rappresentazione adeguata della realtà, si veda M.H. PARIZEAU, *Bioéthique: questions de méthode*, in “Journal International de bioéthique”, vol. 11, n° 3-4-5, 2000, pp. 73-76.

ultimi due secoli attraverso un processo di razionalizzazione⁽²⁾ il cui esito epistemologico è stato quello di rendere dominante il modello divisionista o dicotomico.

Questo modello, che opera non solo nell'ambito delle scienze empirico-sperimentali ma anche di quelle normative, si basa sulla divisione tra corpo e mente, tra natura e cultura, tra valore e verità, tra comprensione e spiegazione, tra libertà e necessità, tra essere e dover essere.

L'impatto che questo modello — elaborato dalla filosofia analitica anglosassone sulla base della *legge di Hume*⁽³⁾ — ha avuto sulla bioetica è stato quello di relativizzare lo statuto epistemologico di questa nuova disciplina fino a renderlo nebuloso ed inutile⁽⁴⁾.

Il relativismo culturale, l'individualismo metodologico⁽⁵⁾ e il non-cogni-

(2) Weber intuì che la società occidentale stava procedendo verso una progressiva razionalizzazione dell'agire sociale, che avrebbe postulato da un punto di vista morale un "politeismo dei valori". Il dato caratteristico della modernità diventava l'incomparabilità dei valori e delle culture. Ma né il dualismo tra razionalismo e non cognitivismo etico né la fondazione idealtipica della logica della scienza impedì allo stesso Weber di elaborare una teoria della comprensione che considerasse sia le credenze prescrittive sia quelle descrittive pur sempre basate su ragioni forti. Sul tema del "politeismo dei valori" rinvio alla lettura di M. WEBER, *Il lavoro intellettuale come professione*, Einaudi, Torino, 1980. La posizione anti-relativistica di Max Weber viene approfondita da R. BOUDON, *Relativismo e modernità: sotto il segno di Nietzsche*, in "Biblioteca della libertà", 136, 1996, pp. 3-23.

(3) La *legge di Hume* è la regola — formulata da David Hume nel *Trattato sulla natura umana* (1739) — per la quale non è possibile derivare logicamente un asserto prescrittivo da un altro che abbia soltanto carattere descrittivo. Questa legge, perciò, implica che non sia legittimo sotto il profilo logico compiere il passaggio tra *essere* e *dover essere*. Essa è stata successivamente recepita e riformulata da altri filosofi quali Poincaré, Mill, Wittgenstein, Moore, Ayer ed Hare. In tal modo si è creata una dicotomia tra fatti e valori — chiamata la *Grande Divisione* — che ha rappresentato uno dei punti più controversi del dibattito metaetico contemporaneo. Sull'incidenza della legge di Hume (nelle sue diverse declinazioni) rinvio ad una lettura critica proposta da G. CARCATERRA, *La bioetica e il superamento della logica decisionistica*, in M. MORI (a cura di), *La bioetica. Questioni morali e politiche per il futuro dell'uomo*, Politeia, Milano, 1991, pp. 26-40; cfr. anche M. MARZANO PARISOLI, *L'is-ought question e il rapporto fatti-valori*, in "Filosofia e questioni pubbliche", 2, 2000, pp. 205-229. Per una più approfondita riflessione rinvio alla lettura di B. CELANO, *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Giappichelli, Torino, 1994.

(4) M. ERMINI, *La bioetica inutile*, in "Bioetica", 4, 2002, pp. 723-729.

(5) L'inserimento dell'individualismo metodologico come uno dei prodotti del modello divisionista deriva dal fatto che per individualismo metodologico s'intende l'elaborazione di un modello che assume l'individuo come soggetto razionale, massimizzante il proprio benessere. Questo metodo non solo tende a dividere la sfera individuale dal sistema sociale, ma utilizza la spiegazione individualistica proprio per spiegare i macrofenomeni. Sul rapporto di congruenza (ma non di derivabilità) tra individualismo etico e individualismo metodologico rinvio a A.E. GALEOTTI, *Individualismo metodologico e liberalismo*, in "Biblioteca della libertà", 96, 1987, pp. 27-47.

tivismo etico, che derivano direttamente dal modello divisionista, hanno infatti frantumato la bioetica in una *pluralità di bioetiche*, insistendo sul concetto che gli atti biomedici sulla vita umana debbono intendersi come una pluralità di pratiche morali.

La bioetica, pertanto, non è la risultante riflessiva di più ambiti specifici — scientifico, etico, medico-clinico, filosofico, teologico e antropologico — ma è essa stessa una esperienza culturale, un discorso morale e, come tale, essa deve essere declinata al plurale perché plurimi sono i contesti culturali e valoriali presenti nella società contemporanea.

Le questioni bioetiche, secondo il modello divisionista, non riguardano atti biomedici, ma pratiche culturali soggettive ed incommensurabili, perché l'atto biomedico non è l'oggetto della bioetica bensì la sua narrazione rappresentativa e culturale.

Per i sostenitori del divisionismo e del non-cognitivismo etico le prescrizioni morali non possono essere declinate come vere o false in quanto né verificabili né falsificabili empiricamente. E, dunque, anche per la bioetica vale lo stesso postulato quando essa sia considerata una forma di etica applicata oppure un discorso morale composto da una pluralità di argomentazioni oppure una pratica culturale. Paradigmatica in questo senso è stata la posizione espressa con i suoi scritti sulla bioetica da Uberto Scarpelli, il *pioniere*⁽⁶⁾ della bioetica analitica in Italia.

Scarpelli afferma che “chi credesse che vi sia un’etica vera, essendo le altre etiche false, potrebbe, anzi dovrebbe prender partito per l’etica vera e da essa, o in essa, ricavare la bioetica, squalificando ogni altra etica o bioetica. Ma nell’etica non c’è verità. I valori di vero e falso convengono alle proposizioni del discorso descrittivo-esplicativo-predittivo, non convengono alle proposizioni del discorso prescrittivo-valutativo; né (*per il salto logico su cui ci siamo già trattenuti*) un’etica può dirsi vera perché implicata da una conoscenza con le proposizioni descrittive in cui è espressa. Nemmeno un’etica può dirsi vera perché derivabile, come da assiomi, da principi autoevidenti; la stessa verità storica dei principi convince che essi sono frutto di processi culturali sociali e personali”⁽⁷⁾.

Ho ritenuto opportuno citare per esteso questo passo di Scarpelli sia perché esso sintetizza perfettamente lo statuto epistemologico della bioetica analitica e liberale valevole oggi in Italia sia perché nella parte centrale del passo citato (corsivo mio) si riafferma la tesi centrale della *fallacia naturalistica* di Moore in forza della quale nemmeno una conoscenza oggettiva

⁽⁶⁾ È il termine adottato da Mori per onorare l’eredità intellettuale lasciata da Scarpelli; si veda M. MORI, *Uberto Scarpelli, pioniere della bioetica*, in “Bioetica”, 4, 2003, pp. 651-655.

⁽⁷⁾ U. SCARPELLI, *Bioetica: alla ricerca dei principi*, in “Biblioteca della libertà”, 99, 1987, pp. 7-32.

giustifica la costruzione concettuale di un'etica che le corrisponda (naturalismo etico).

La tesi della *fallacia naturalistica* è una delle tante riformulazioni⁽⁸⁾ che la *legge di Hume* ha subito e rappresenta epistemologicamente il *baluardo* che si erge a difesa delle teorie bioetiche analitiche di tipo neo-utilitaristico e neo-contrattualistico.

I sostenitori di questa tesi ritengono che la sua importanza in bioetica derivi dalla circostanza che essa “respinge l'appiattimento della riflessione etica sull'indagine scientifica”⁽⁹⁾ e salvaguarda l'autonomia del discorso morale-bioetico da altre sfere riflessive, come le scienze, la religione o il diritto.

A parere dei bioeticisti analitici, coloro i quali si oppongono a questa tesi non si accorgono che il richiamo nelle loro argomentazioni della conoscenza scientifica o della nozione di natura incorrerebbe nell'errore logico di inferire la condotta giusta, nella risoluzione delle questioni bioetiche, da ciò che è naturale.

Ma è proprio questo il *punctum dolens* in cui inevitabilmente si incorre quando si tratta di giustificare in questi termini delle tesi bioetiche. Nel difficile processo di definizione della bioetica è davvero sufficiente affermare il principio dell'autonomia dei discorsi morali e sostenere, quindi, che — non potendo stabilire la verità o la falsità di un qualsiasi giudizio morale — anche le questioni bioetiche si mantengono ad un livello esplicativo assolutamente irriducibile rispetto alla mera conoscenza dei fatti?

Ma è ragionevole pensare che chi vuole occuparsi di bioetica può esaurire il suo compito (non-)cognitivo fermandosi alla mera percezione culturale, soggettivista, dei fatti biologici, oppure o piuttosto sarebbe più corretto riconoscere che la bioetica presenta un *quid pluris* tematico che la differenzia nettamente da un qualsiasi ambito morale-culturale e che obbliga a non prescindere da acquisizioni scientifiche ineludibili?

Mi chiedo, in ultima analisi, come si possa sostenere la tesi che anche in bioetica prevalga quel discorso morale che presenta il maggior grado di argomentazione razionale, se poi si trascende del tutto dal prendere in considerazione i fatti biologici e biomedici, che solo essi e non altri configurano l'oggetto della bioetica, la cui conoscenza è preconditione per evitare di scadere in un arbitrario soggettivismo morale? Se la scienza biologica e biomedica non deve e non può avere l'ultima parola in bioetica — come afferma Eugenio Lecaldano⁽¹⁰⁾ — allora è giustificabile l'atteggiamento di

⁽⁸⁾ La nozione di fallacia naturalistica è stata introdotta da George Edward Moore nei *Principia Ethica* (edizione italiana Bompiani, Milano 1903).

⁽⁹⁾ P. DONATELLI, *Fallacia naturalistica* (voce), in E. LECALDANO (a cura di), *Dizionario di bioetica*, Laterza, Roma-Bari, 2002, p. 124.

⁽¹⁰⁾ E. LECALDANO, *Metaetica* (voce), in ID. (a cura di), *Dizionario di bioetica*, cit., p. 183.

chi ritiene essere la bioetica una disciplina assolutamente inutile, surrogabile per il trattamento delle questioni ad essa sottese dalle *strategie pragmatiche* elaborate dalla bioetica analitica neo-utilitaristica.

Inoltre, al divisionismo epistemologico la bioetica analitica⁽¹¹⁾ affianca un divisionismo metodologico: la scelta di uno schema interpretativo dicotomico assume la funzione di ridurre la complessità del “mondo della vita”. Il ricorso alla dicotomia consente a queste teorie di circoscrivere l’ambito gnoseologico e di precostituirsi una piattaforma argomentativa razionale su cui costruire una serie di premesse, inferenze e conclusioni contraddistinte da rigore logico, ma che in realtà cela una visione non neutrale del mondo, perché omette volutamente di confrontarsi con l’oggettività biologica dei fatti naturali.

Ad esempio, per Peter Singer tutti gli esseri viventi umani e non umani possono essere divisi in due grandi categorie: gli esseri senzienti e quelli non-senzienti⁽¹²⁾, in base a questa distinzione si indica nella capacità di soffrire e gioire il criterio per decidere chi sia meritevole di considerazione morale e chi no; alla stessa stregua Hugo Tristram Engelhardt distingue gli individui umani tra persone e non-persone⁽¹³⁾. Da un punto di vista più generale è quanto accade tra coloro che distinguono tra una *bio-etica pubblica* ed una *bio-etica privata*. Anche in questo caso la cesoia divisionista opera in modo tale che, mentre nell’ambito dell’etica pubblica viene preferita la dimensione razionale dell’agire, nell’ambito dell’etica privata vige una dimensione sentimentale del sentire. Ragione e sentimento vengono considerate due sfere separate generatrici di due contraddistinte forme di etica: “il paradigma della bioetica standard per l’etica pubblica, l’etica delle relazioni per quella privata”⁽¹⁴⁾, non tenendo conto del fatto che l’etica e il diritto hanno strutturalmente natura relazionale e richiedono per la loro configurazione una saldatura tra esigenze pubbliche ed esigenze private.

Nell’ambito della riflessione bioetica, a mio parere, occorre un superamento della *legge di Hume* (o quantomeno un suo ridimensionamento operativo) e con esso un superamento dei modelli teorici dicotomici, che non si sono rivelati alla prova dei fatti in grado di cogliere la complessità delle

⁽¹¹⁾ Ritengo opportuno chiarire che la prospettiva analitica in bioetica rientra nel grande alveo del neo-utilitarismo e mantiene saldi punti di contatto con determinate forme di pragmatismo (à la Rorty per intenderci) e di soggettivismo morale (à la Engelhardt). Tra i più importanti esponenti della teoria bioetica utilitaristica ed analitica si indicano R. M. Hare, J. Harris, P. Singer, J. Rachels; in Italia E. Lecaldano, M. Mori. Su questa corrente, paradigmatica fin dal titolo, si veda il contributo di A. MacLean, *The Elimination of Morality. Reflections on Utilitarianism and Bioethics*, Routledge, London, 1993.

⁽¹²⁾ P. SINGER, *Etica pratica*, Guida, Napoli, 1989.

⁽¹³⁾ H.T. ENGELHARDT, *Manuale di bioetica*, Il Saggiatore, Milano, 1999.

⁽¹⁴⁾ Cfr. M. REICHLIN, *Bioetica standard e bioetica delle donne*, in “Rivista di teologia morale”, 138, 2003, p. 284.

condizioni di esistenza dell'uomo, che non sono soltanto biologiche, ma anche etiche, relazionali, culturali, ambientali.

La bioetica ci pone proprio di fronte ad una difficoltà di tipo cognitivista, che rinvia alla necessità di elaborare una teoria epistemologica complessa e relazionale in grado davvero di comprendere e risolvere i dilemmi che questo inizio di nuovo secolo, già chiamato il *Secolo della biologia*, ha sollevato nei confronti del genere umano.

Viceversa il ricorso a quadri categoriali analitici e divisionisti al fine di dislocare la bioetica all'interno di un ambito culturale o di considerarla una specie dell'etica tradizionale — senza tener conto delle esigenze e delle cautele che si impongono trattando la specificità tematica (il *Bios*) della bioetica — ha prodotto e continua a produrre due rilevanti conseguenze.

La prima è quella di connettere la riflessione bioetica al modello non-cognitivista del relativismo culturale e morale, la seconda conseguenza è invece quella di giustificare la costruzione di un modello normativo astensionista nei confronti delle potenzialità manipolative biomediche sulla natura umana.

2. – *Multiculturalismo, bioetica e diritti bioetici* — È allora evidente che configurare la bioetica o meglio ciò di cui tratta la bioetica, al pari di una fra le tante forme culturali presenti nella società multiculturale odierna oppure ritenere che la bioetica sia un labirinto morale costituito da una pluralità di discorsi morali accettabili a misura del loro relativo grado di argomentazione razionale comporta il delinearci di una *bioetica senza verità* ⁽¹⁵⁾ in forza dell'affermazione che i *gusti morali* o le *pratiche culturali* sono autoreferenziali ⁽¹⁶⁾.

La constatazione che nella società contemporanea esiste un pluralismo culturale ed etico, tale da configurare una specie di incommensurabilità etica tra diverse forme di vita, ha prodotto un ampio dibattito sui diversi approcci teorici e metodologici della bioetica.

Le principali teorie della bioetica ⁽¹⁷⁾ hanno insistito sulla elaborazione di una metodologia di indagine etica che consenta il trattamento dei dilemmi

⁽¹⁵⁾ *L'etica senza verità* è il titolo di un noto saggio di Scarpelli, a parere del quale, come ho già avuto modo di mettere in evidenza, se dall'etica non si possono inferire proposizioni vere o false, ne consegue che (1) l'etica è "dunque sempre e radicalmente individuale", che (2) non esistono principi o norme etiche universali ed astratte in grado di soddisfare i comportamenti individuali, che (3) essendo un sottoinsieme dell'etica la bioetica si struttura anch'essa come una "pluralità e diversità delle bioetiche" e quindi come "una varietà di risposte cui gli esseri umani sono pervenuti circa le proprie domande esistenziali"; cfr. SCARPELLI, *Bioetica: alla ricerca dei principi*, cit., pp. 7-32.

⁽¹⁶⁾ Insiste in maniera assai critica sul carattere autoreferenziale dell'etica senza verità L. PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 11.

⁽¹⁷⁾ Si veda R.M. VEATCH, *Teorie della bioetica*, in "Bioetica", 2, 2000, pp. 214-226; si veda anche per una ricognizione generale ed approfondita il contributo di R. MORDACCI, *Una introduzione alle teorie morali. Confronto con la bioetica*, Feltrinelli, Milano, 2003.

bioetici. La necessità di strutturare le modalità con cui rapportare “il fatto” del pluralismo etico-culturale a regole generali o a principi fondamentali al fine di consentire la soluzione pratica di conflitti morali, è, dunque, uno dei temi al centro dell’attuale riflessione bioetica. Oggetto di discussione è la difficoltà epistemologica di stabilire un nesso tra pluralismo culturale e modelli regolativi bioetici. Ciò deriva anche dall’assunzione, tipica del contingentismo post-moderno, di una pre-condizione che impedisce di declinare il termine “bioetica” al singolare: “non esisterebbe pertanto la bioetica, bensì esisterebbero solo le bioetiche”⁽¹⁸⁾.

Se infatti si afferma che la bioetica è uno dei sottosistemi che compongono la pluralità di etiche ed è al contempo una variabile dipendente della pluralità delle culture, allora anch’essa si configura inevitabilmente come una pluralità di bioetiche⁽¹⁹⁾.

Ma vi è di più. Se il correlato storico del multiculturalismo è sul piano giuridico il pluralismo normativo e se le questioni bioetiche vanno trattate alla stregua delle pratiche culturali, allora ne consegue che anche la bioetica fornisce un esempio di pluralismo normativo, come sostiene oggi una corrente di pensiero sociologico-normativa⁽²⁰⁾.

La ricaduta pratica di questa posizione teorica di netto segno ipermulticulturalista comporta, in generale, la composizione (*treatment*) delle questioni bioetiche “ricorrendo sul piano giudiziale al patrimonio normativo proveniente dalle minoranze culturali”⁽²¹⁾ e comporta, nel concreto particolare, l’affermazione secondo la quale la pratica della mutilazione genitale femminile “rappresenta uno dei casi più complessi di pluralismo normativo”⁽²²⁾.

È di tutta evidenza che la riflessione sul rapporto tra bioetica e culture, così come delineato dal pensiero divisionista e multiculturalista, desti più di una perplessità!

Se è vero che “gli individui non possono prescindere dal loro essere situati”⁽²³⁾ e che la loro identità culturale deriva dal loro reciproco relazio-

⁽¹⁸⁾ PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, cit., p. 9.

⁽¹⁹⁾ A questa tesi si contrappone L. PALAZZANI, *Note per una bioetica transculturale*, in F. D’AGOSTINO (a cura di), *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 333-340, la quale propone di costruire un modello bioetico trans-culturale sulla “comune natura umana”, la cui “dimensione ontologica ultima” è rappresentata dalla “relazionalità all’altro-da-sé”.

⁽²⁰⁾ Si veda F. BELVISI, *Diritti e giustizia in una società multiculturale. Le sfide al diritto nell’Italia di oggi*, in “Il diritto ecclesiastico”, 2, 2002, pp. 435-455; e A. FACCHI, *I diritti nell’Europa multiculturale*, Laterza, Roma-Bari, 2001.

⁽²¹⁾ F. BELVISI, *Il matrimonio islamico e l’inclusione sociale*, in G. ZANETTI (a cura di), *Elementi di etica pratica*, Carocci, Roma, 2003, p. 64.

⁽²²⁾ Cfr. A. FACCHI, *Pratiche culturali e sfide al diritto: il caso dell’escissione*, in ZANETTI (a cura di), *Elementi di etica pratica*, cit., p. 16.

⁽²³⁾ F. MANTI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Sfide morali di fine secolo. Incertezze, verità e valori alle soglie del Terzo Millennio*, Macro Edizioni, Cesena, 1999, p. XVIII.

narsi, non si può giustificare che in ambito bioetico si tralasci o si metta in secondo piano la dimensione essenziale di ogni essere vivente, cioè il *bios*.

Gli organi del corpo umano e le funzioni a loro assegnate segnano il confine dell'essenzialità naturale.

Troppo spesso, invece, chi si occupa di bioetica tende a dimenticarsi della sfera assolutamente primaria del *bios*: l'uomo non è soltanto un essere culturale e simbolico e non è un fatto culturale se all'uomo appartengono determinati organi deputati a svolgere precise funzioni⁽²⁴⁾.

Relativizzare l'essenzialità della natura umana, affermare che l'uomo è "plastico" e che può essere sottoposto a processi di alterazione, comparando le pratiche di *piercing* alle pratiche di mutilazione genitale, è un'operazione intellettuale scientificamente non fondata che finisce per annichilire il principio che fonda l'essenzialità della natura umana: il principio di integrità e di intangibilità fisica.

Non si tratta tanto di reintrodurre una visione naturalistica ontologica e metafisica, quanto piuttosto di evitare, in ambito bioetico ed in ragione della specificità tematica in esso trattata, una deriva interpretativa dominata dal relativismo culturale⁽²⁵⁾.

L'affermazione secondo la quale l'essere umano è "molto più culturale che naturale"⁽²⁶⁾ non è contestabile, a condizione che si dia il giusto peso all'indisponibilità dei fondamenti biologici della persona. Se si affermasse l'orientamento culturalista, secondo il quale ogni cultura ha la propria bioetica e dunque la propria scienza, la deriva relativista diventerebbe un pericoloso e scivoloso "piano inclinato". Il rifiuto di elaborare epistemologicamente delle "linee", che servano a regolare una qualsiasi condotta di manipolazione del corpo umano, e al contempo l'assunzione della tesi culturalista, che risolve le questioni bioetiche all'interno delle culture d'appartenenza, rendono quel "pendio scivoloso" senza limiti: dove reperire le ragioni in forza delle quali, su questioni di vita o di morte, il limite non può essere spostato sempre più oltre⁽²⁷⁾?

Non si tratta allora di proporre, in alternativa alla visione culturalista, una

⁽²⁴⁾ Deve essere chiarito che questa affermazione non implica affatto l'adesione ad una interpretazione funzionalistica della natura, semmai il contrario. Si tratta invece di affermare una sorta di *truismo* biologico: una naturale tendenza all'autoconservazione e al benessere dell'organismo biologico.

⁽²⁵⁾ Nel senso qui sostenuto, ritengo esemplare il seguente inciso di Spaemann: "la natura è quella normalità basilare che è sottratta alla problematizzazione argomentativa specificamente culturale, non solo di fatto ma in via di principio"; cfr. R. SPAEMANN, *Naturale e innaturale sono concetti moralmente rilevanti?*, in AA. VV., *La tecnica, la vita, i dilemmi dell'azione. Annuario di filosofia 1998*, Leonardo Mondadori, Milano, 1998, p. 196.

⁽²⁶⁾ S. CASTIGNONE, *Nuovi diritti e nuovi soggetti. Appunti di bioetica e biodiritto*, ECIG, Genova, 1996, p. 21.

⁽²⁷⁾ Ivi, p. 220.

composizione dei quesiti bioetici all'interno di un modello bioteologico⁽²⁸⁾ né tanto meno si tratta di costruire una forma di *biocrazia*⁽²⁹⁾, quanto piuttosto di riproblematizzare le tematiche bioetiche nell'ottica di una moralizzazione della natura umana, dove “[la] vita e [la] natura non sono sacre ontologicamente, bensì aperte ad un processo etico in costruzione che ha come punto di partenza l'affermazione di fondamenti biologici della persona che non sono disponibili”⁽³⁰⁾ né per atti di pratica biomedica né per quelli di bioingegneria che si sottraggano a vincoli morali che derivino da acquisizioni scientifiche non confutabili. Questo tentativo, proposto da Habermas, di moralizzare la natura umana “dando centralità al *bios*, al corpo e all'organismo”⁽³¹⁾ può essere definito “etica della specie”⁽³²⁾.

Per quanto riguarda il rapporto tra bioetica e multiculturalismo giuridico, è veramente sostenibile l'affermazione secondo la quale le questioni bioetiche, essendo dipendenti dalla cultura di appartenenza dei soggetti coinvolti, possono essere considerate forme di pluralismo normativo?

Mi chiedo dunque se sia corretto, sotto il profilo teorico-giuridico, inferire dal “fatto” della pluralità delle culture bioetiche una corrispondente pluralità di diritti speciali oggettivi, di patrimoni normativi di cui sarebbero titolari non gli individui in quanto tali (pluralismo dei diritti individuali), bensì gli individui in funzione della loro appartenenza ascrivibile ai rispettivi gruppi etnici e culturali allogenici di provenienza (pluralismo delle appartenenze).

Sulla base di quali condizioni di legittimazione giuridica, si può affermare che qualsiasi pratica culturale produce una propria normatività concorrente con le fonti formali di produzione normativa dell'ordinamento giuridico?

Il problema della pluralità delle fonti regolative che operano in materia bioetica e che ha come conseguenza la messa in crisi del principio gerarchico delle fonti del diritto statale non può essere ridotto attribuendo il requisito della *giuridicità* a qualsiasi forma di interazione tra individui e tra gruppi. È ben vero che il contesto in cui si dipana il processo di positivizzazione della bioetica è fortemente caratterizzato dalla internormatività, cioè “dalla presenza di una pluralità delle fonti e di un policentrismo dei luoghi di produzione normativa”⁽³³⁾, ma questo non può implicare una forma estesa di pluralismo giuridico tanto ingenua quanto artificiale. Se l'ordinamento giuridico è rappresentabile come un sistema *multilevel* delle fonti di diritto, talché accanto

(28) Cfr. G.E. RUSCONI, *Laicità e bioetica*, in “Il Mulino”, 4, 2002, pp. 668-679.

(29) J. RUSS, *L'etica contemporanea*, Il Mulino, Bologna, 1997, pp. 34-35.

(30) RUSCONI, *Laicità e bioetica*, cit., p. 669.

(31) Ivi, p. 670.

(32) Sulla tesi habermasiana della natura umana come “comprensione etica del genere” rinvio a J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Einaudi, Torino, 2002.

(33) B. PASTORE, *Pluralismo delle fonti e interpretazione: il ruolo dei principi generali*, in “Diritto Privato” 2001-2002, VII-VIII, *L'interpretazione e il giurista*, p. 68.

alle fonti tradizionali emergono continuamente fonti nuove spesso confliggenti le une con le altre⁽³⁴⁾, ciò non vuol dire che sia giustificabile l'affermazione che ogni settore particolare dell'esperienza umana (famiglie, comunità di lavoro, gruppi transnazionali, clan, ecc.) produce una propria normatività concorrente con quella prodotta dalle fonti "ufficiali" di diritto⁽³⁵⁾.

Se si accettasse una nozione così ampia di pluralismo normativo, evidentemente si sconfinerebbe in una forma irrealistica di *pangiurismo*, a cui però sottende un'idea radicale di tolleranza che porta, per lo meno in bioetica, verso proprio quel "pendio scivoloso" che disconosce qualunque criterio atto ad affermare la superiorità di un punto di vista sopra l'altro⁽³⁶⁾.

Il "piano inclinato" della delegittimazione di ogni condanna comporta che ogni agente possa dimostrare la "correttezza del suo comportamento dal proprio punto di vista". E quindi meno che meno possono essere condannate l'infibulazione piuttosto che la lapidazione di un'adultera o l'uccisione di un apostata⁽³⁷⁾.

La pratica infibulatoria in questo senso rappresenta un caso paradigmatico delle difficoltà che la teoria multiculturalista incontra nel trattare questioni di bioetica. Tale *impasse* è dovuta non solo al fatto che i conflitti bioetici sono trattati alla stregua di semplici pratiche culturali, ma anche perché la critica mossa dal pensiero multiculturalista al paradigma dell'universalismo dei diritti fondamentali provoca una sovrapposizione del piano della diversità culturale, di cui l'individuo è titolare, con quello dell'uguaglianza di valore di ciascuna cultura, considerata come una entità in sé⁽³⁸⁾.

In realtà, il *politeismo dei valori* non può sottintendere un corrispondente *politeismo bioetico*⁽³⁹⁾: esso si arresta (*rectius* si deve arrestare) di fronte al

⁽³⁴⁾ Ivi, pp. 69-70.

⁽³⁵⁾ Si tratta di una versione estrema di pluralismo giuridico sostenuta da un'ampia corrente sociologica ed antropologica del diritto fortemente influenzata dall'etnometodologia, che invero ha appiattito ed eccessivamente semplificato le tesi classiche sul pluralismo giuridico elaborate da Gurvitch e da Ehrlich. Un esempio di questo modo radicale d'intendere il pluralismo giuridico si trova in A.R. FAVRETTO, *Il disordine regolato. Strutture normative e conflitto familiare*, L'Harmattan Italia, Torino, 1995, pp. 13-40.

⁽³⁶⁾ Cfr. M. CORSALE, *Il diritto nell'età della globalizzazione*, in "Sociologia", 1, 2000, pp. 59-68.

⁽³⁷⁾ Ivi, p. 65.

⁽³⁸⁾ Il nesso problematico esistente tra il diritto individuale d'identità culturale ed i diritti culturali collettivi trova un'ampio approfondimento in R. SALA, *Bioetica e pluralismo dei valori. Tolleranza, principi, ideali morali*, Liguori, Napoli, 2003, in part. ult. cap., pp. 305-346; si veda anche F. D'AGOSTINO, *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, in ID. (a cura di), *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, cit., pp. 33-50; e B. PASTORE, *Quali fondamenti per il liberalismo? Identità, diritti, comunità politica*, in "Diritto e società", 3, 1997, pp. 403-442.

⁽³⁹⁾ F. D'AGOSTINO, *Politeismo etico e monoteismo bioetico*, in "Bioetica", 1, 2001, pp. 121-126.

fatto, assolutamente sottovalutato dai teorici del multiculturalismo, che le *precondizioni di esercizio* della bioetica non rinviano affatto a valori soggettivi, a gusti personali o di gruppo, in sostanza a pratiche culturali, bensì a veri e propri fatti il cui campo cognitivo attiene all'essenzialità biologica della natura umana.

Questo significa, sul piano della implementazione delle politiche sanitarie, l'impossibilità di costruire un tipo di *bioetica multiculturale e differenziata*, alla luce del quale giustificare l'infibulazione come un modello di salute e di benessere alternativo a quello proposto dalla medicina occidentale⁽⁴⁰⁾.

In sostanza la concezione su cui si regge la bioetica multiculturale consisterebbe nella credenza che il significato di integrità fisica abbia unicamente una valenza culturale e nulla abbia a che fare con ciò che è meramente fisico.

La giustificazione di un modello alternativo di salute basato su un concetto culturale di integrità fisica cela una forzatura psicologista che mal si adatta a quelle che sono le realtà biologiche della nostra fisicità⁽⁴¹⁾.

La libertà di scelta di un modello di salute è una questione culturale solo qualora riguardi unicamente e concretamente ciascun individuo nella sua sfera strettamente privata (ad esempio la decisione di non sottoporsi ad alcuna cura senza chiedere il parere di un medico oppure l'interruzione di una terapia farmacologica). Essa pertanto non implica che si debba procedere ad una frantumazione del sistema sanitario e ad una relativizzazione del sapere biomedico affinché trovi cittadinanza e condizione di legittimità qualsiasi condotta personale o collettiva in materia biomedica.

La *cross-cultural bioethics*⁽⁴²⁾ prevedrebbe invece proprio questa forma di

⁽⁴⁰⁾ A.R. FAVRETTO, F. MASCHERPA, *Le concezioni di salute e di malattia nell'interazione terapeutica interculturale*, in “*Dei delitti e delle pene*”, 1, 1994, pp. 147-169.

⁽⁴¹⁾ A tal proposito val la pena accennare ad alcune recenti acquisizioni concernenti le basi neurobiologiche della “Cognizione del Sé”. Paradigmatico di ciò che materialmente costituisce l'entità soggettiva è la condizione neuropatologica nota come “sindrome dell'arto fantasma”. Molti pazienti infatti che hanno subito l'amputazione degli arti continuano ad avere vivide esperienze sensoriali dell'arto mancante. Esulando dalle conseguenze psichiche di tale danno, gli amputati sentono la presenza dell'arto mancante, sia dal punto di vista motorio sia dal punto di vista somestesico. La sensazione dell'arto fantasma ed il dolore ad esso correlato sono stati attribuiti ai fenomeni cicatriziali presenti a livello del midollo spinale nel distretto di innervazione. Ebbene, studi recenti di *neuroimaging* hanno dimostrato che il disturbo in questione, lungi dall'essere una mera percezione culturale, si manifesta a causa di un riadattamento attivo, vale a dire di una plasticità neuronale legata al riarrangiamento dei circuiti nervosi a livello della corteccia somatosensoriale. Tutto ciò palesa la realtà biologica innegabile della nostra corporeità. Cfr. E.R. KANDEL, J. SCHWARTZ, T. JESSELL, *The Phantom Limb Syndrome May Result From Rearrangements of Cortical Inputs*, in ID., *Principles of Neural Science*, McGraw Hill, New York, 2000, pp. 390-393.

⁽⁴²⁾ Si fa sempre più cospicua la letteratura sul tema della bioetica in rapporto al multiculturalismo. Alcuni contributi significativi possono essere reperiti in C.

apartheid biomedico: essa garantirebbe cittadinanza bioetica non solo a prassi mediche derivanti da fatti indiscutibili, ma a tutte quelle condotte culturali, anche le più aberranti, relative il tema della salute e della cura.

Così nel caso dell'infibulazione la teoria bioetica multiculturale non ritiene che il principio dell'integrità organica sia un principio scientifico bensì culturale, con la conseguenza di giustificare e di tollerare la percezione culturale in uso in alcune comunità africane che solo la donna infibulata è un essere umano biologicamente integro⁽⁴³⁾.

L'errore in cui incorre questa posizione teorica relativista sta nel confondere la verità di certe proposizioni scientifiche con la falsa percezione culturale che si ha di esse. In sostanza si ritiene illegittimamente che qualsiasi pratica bioetica — postulando che sia una pratica culturale — abbia dignità di cittadinanza non accorgendosi che parlare di "pratica bioetica" in realtà non è corretto ma che si dovrebbe parlare piuttosto di pratiche scientifiche biomediche sulle quali la bioetica è chiamata a riflettere.

In questo senso, il principio di integrità fisica non è un principio culturale, perché ricavabile da evidenze biologiche riscontrabili empiricamente. Il suo "senso di significanza" rinvia obbligatoriamente alla conoscenza delle "grammatiche" che costituiscono il vivente e che lo sottraggono all'arbitrarietà di una qualsiasi argomentazione culturale.

Corollario del principio di integrità fisica è il limite della manipolabilità del corpo umano che è superabile solo per scopi terapeutici di mantenimento di quell'iniziale integrità biologica che accomuna tutti gli esseri umani⁽⁴⁴⁾.

Prendere dunque sul serio i fatti biologici per argomentare razionalmente in bioetica non è un esercizio di fondamentalismo; infatti, la verità biologica non è una verità olistica, politica: da essa non deriva alcuna forma di dispotismo della verità, ma rende la *grammatica del vivente*⁽⁴⁵⁾ indisponibile a trasformazioni culturali⁽⁴⁶⁾.

ELLIOTT, A *Philosophical Disease: Bioethics, Culture and Identity*, Routledge, New York, 1998; K. HOSHINO (ed.), *Japanese and Western Bioethics: Studies in Moral Diversity*, Kluwer Academic, Boston, 1997; J. PO-WAH TAO LAI, *Cross-Cultural Perspectives on the (Im)Possibility of Global Bioethics*, Kluwer Academic, Boston, 2002; R.M. VEATCH (ed.), *Cross Cultural Perspectives in Medical Ethics: Readings*, Jones and Bartlett, Boston, 2000.

⁽⁴³⁾ FAVRETTO, MASCHERPA, *Le concezioni di salute e di malattia nell'interazione terapeutica interculturale*, cit., pp. 147-169.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. S. BELARDINELLI, *Multiculturalismo e società civile*, in F. COMPAGNONI, F. D'AGOSTINO (a cura di), *Bioetica, diritti umani e multietnicità. Immigrazione e sistema sanitario nazionale*, San Paolo, Cinisello Balsamo (Mi), 2002, pp. 47-62.

⁽⁴⁵⁾ Sono debitore di questa efficace ed icastica espressione a G. CORBELLINI, *Le grammatiche del vivente. Storia della biologia e della medicina molecolare*, Laterza, Roma-Bari, 1999.

⁽⁴⁶⁾ Questa posizione teorica accomuna Robert Spaemann ad HANS JONAS, *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio responsabilità*, Einaudi, Torino,

La negazione di una caratterizzazione multiculturale e differenziata della bioetica in funzione delle diverse istanze bio-sanitarie reclamate dai gruppi etnici che costituiscono la società contemporanea può avvenire anche attraverso un secondo livello di ragionamento.

Esso si basa sulla fondazione della bioetica come teoria dei diritti umani. Non si tratta di un “percorso” alternativo rispetto alla prima tesi proposta, al contrario ritengo che la fondazione naturalistico-biologica della bioetica sia il presupposto da cui derivare la configurazione della bioetica come teoria dei diritti e dei principi fondamentali.

Il rimando ai diritti, infatti, in connessione con il rispetto dell'*invarianza biologica*, somatica e genetica, degli esseri umani, consente alla bioetica di trovare un orizzonte comune e condiviso, eliminando alla radice la plausibilità di teorizzare una società pluralista composta soltanto da *stranieri morali*, cioè da individui e gruppi sociali apportatori di discorsi morali tra loro estranei⁽⁴⁷⁾.

In realtà è proprio attraverso l'universalismo dei diritti che a ciascun individuo viene garantita la “propria identità culturale quale che sia: omogenea o differente, maggioritaria o minoritaria e perfino liberale o illiberale”⁽⁴⁸⁾. Mentre le differenze legate a gruppi, identificabili per via ascrittiva, e non a individui, comportano l'annullamento del singolo che viene sottoposto “alle decisioni della collettività anche contro il suo volere”⁽⁴⁹⁾.

Una declinazione comunitaria e radicale del multiculturalismo sottopone il principio di tolleranza ad una inaccettabile torsione a favore di un generale indifferenzismo culturale ed etico.

Conflitti morali laceranti, come quelli insiti in molte questioni bioetiche e mediche, non possono essere risolti attingendo al patrimonio normativo-consuetudinario a cui il gruppo di appartenenza fa riferimento, se non si vuole sopprimere proprio quel pluralismo etico che a ciascun individuo, in quanto tale, spetta nel concreto esercizio della sua autonomia individuale.

In questo senso, il pluralismo etico-culturale non trova la sua piena espressione nel multiculturalismo o pluralismo delle appartenenze, mentre trova una condizione di riconoscimento nell'universalismo dei diritti fonda-

1997. Sulla dimensione sistemica ed intersoggettiva della riflessione jonasiana in rapporto all'etica e al diritto, rinvio alla lettura di B. PASTORE, *Etica della responsabilità e tutela della natura: note sulla filosofia della crisi ecologica di Hans Jonas*, in “Ragion pratica”, 15, 2000, pp. 109-130.

⁽⁴⁷⁾ La teoria degli stranieri morali è stata elaborata da ENGELHARDT, *Manuale di bioetica*, cit., pp. 62-71. Prende posizione contro questa teoria F. D'AGOSTINO, *Non esistono stranieri morali. Note minime su bioetica laica e bioetica cattolica*, in “Bioetica”, 1, 1994, pp. 132-138.

⁽⁴⁸⁾ L. FERRAJOLI, *Stato laico e società multiculturale*, in “Laicità”, 1, 2000, p. 2.

⁽⁴⁹⁾ SALA, *Bioetica e pluralismo dei valori. Tolleranza, principi, ideali morali*, cit., p. 322.

mentali. Questi ultimi sono “diritti dell’individuo che valgono a proteggerlo anche contro la sua famiglia: che proteggono la donna contro il padre o il marito, il minore contro i genitori, gli oppressi contro le pratiche oppressive delle loro culture. Si pensi alla clitoridectomia o alle pratiche di segregazione attuate dai talebani: queste sono lesioni gravi alla persona che nessun rispetto all’altrui cultura può giustificare”⁽⁵⁰⁾.

Se, dunque, sosteniamo che l’universalismo giuridico si esplica attraverso quei diritti che sono costituzionalmente protetti e che spettano a ciascuno individuo, e se conveniamo con Habermas che il concetto di autonomia si esplica nell’intersoggettività dialogica⁽⁵¹⁾, allora è possibile affermare che i valori culturali costitutivi delle identità meritano riconoscimento politico, non come diritti culturali collettivi ma perché “le differenze culturali sono riconoscibili all’interno della prassi politica fondata su un costituzionalismo che per sua natura in una società pluralista non può che essere transculturale”⁽⁵²⁾.

L’impatto della bioetica ha imposto, pertanto, una ridefinizione dei valori fondamentali, ma i diritti umani possono rappresentare “l’etica comune nel regime del pluralismo”⁽⁵³⁾. La società politica multiculturale, infatti, può rendere possibile la convivenza di culture differenti solo all’interno di un modello politico che faccia perno sull’universalità dei diritti umani, che Rawls ha considerato rivestire i caratteri di un rinnovato *jus gentium* (“la legge dei popoli”)⁽⁵⁴⁾.

Nelle società democratiche i diritti e i principi fondamentali nascono e si plasmano all’interno del loro contesto culturale e valoriale; più precisamente, “i diritti umani costituiscono un nucleo di senso che si articola come norma di base della coscienza collettiva e come unità di misura dell’azione pubblica. Essi permettono di pensare la comune coesistenza, denunciando l’intollerabile e definendo il desiderabile”⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. L. FERRAJOLI, *A sovranità disarmata*, in “Manifesto”, 24 maggio 2000.

⁽⁵¹⁾ L’intersoggettività dialogica è un concetto che rappresenta una linea teoretica che connette — seppur con importanti distinguo — Habermas ai contributi di Lévinas e di Ricoeur.

⁽⁵²⁾ Cfr. F. MANTI, *Le relazioni terapeutiche nella società pluralista*, in AA. VV., *Medicina e multiculturalismo. Dilemmi epistemologici ed etici nelle politiche sanitarie*, Apèiron, Bologna, 2002, pp. 138-139. Sulla valenza euristica del concetto di “transculturalità”, anziché di quello, ormai obsoleto, di “interculturalità”, rinvio a W. WELSCH, *Transculturalità. Forme di vita dopo la dissoluzione delle culture*, in “Paradigmi”, 30, 1992, pp. 665-689.

⁽⁵³⁾ F. VIOLA, *Società multi-etnica, bioetica e diritto*, in G. DALLA TORRE (a cura di), *Immigrazione e salute: questioni di biogiuridica*, Studium, Roma, 1999, p. 29.

⁽⁵⁴⁾ J. RAWLS, *La legge dei popoli*, in S. SHUTE, S. HURLEY (a cura di), *I diritti umani*, Garzanti, Milano, 1994, pp. 54-97.

⁽⁵⁵⁾ B. PASTORE, *Per un’ermeneutica dei diritti umani*, Giappichelli Editore, Torino, 2003, p. 5.

La fondazione di una bioetica giuridica passa dunque attraverso l'affermazione di due ragioni forti ed universali.

La prima ragione coincide con la questione della “corporeità” in quanto dimensione costitutiva del soggetto che sta al centro della riflessione bioetica e della configurazione teorica dei diritti bioetici.

La seconda ragione si fonda sul “linguaggio dei diritti” in quanto condizione di garanzia affinché “ad ogni persona siano assicurati quei beni che le consentono di essere fonte di iniziative, valide in se stesse, con progetti propri e con una vita propria da vivere”⁽⁵⁶⁾.

3. – *Giuridificare la bioetica: quale biodiritto?* — Se dunque la specificità costitutiva dei domini della bioetica è data dai dilemmi morali sull'essenzialità biologica della vita umana (*la corporeità* come è stata chiamata da Virgilio Melchiorre⁽⁵⁷⁾) e sui limiti della sua manipolabilità somatica e genetica, allora il dato biologico diventa necessariamente il punto di partenza obbligato per costruire un paradigma bioetico adeguato, cioè in grado di individuare i *valori oggettivi*⁽⁵⁸⁾ che stanno dietro la vita umana.

Fondare un approccio al biologico: questo è il compito primario della bioetica e del biodiritto ad essa correlato.

Questo dato costitutivo, cioè la specificità biologica, contiene una base fenomenica che non può essere espunta in nome del relativismo morale e culturale, che relativizza anche ciò che è certo scientificamente.

Se, infatti, per una precisa scelta epistemologica si ritiene che non si possa distinguere tra normale e patologico, tra vero e falso e che non esista alcuna datità naturale sulla quale costruire una ermeneutica del senso della vita umana (sulla quale, detto *en passant*, si fonda e si giustifica il giudizio medico), allora il valore della vita è tale solo se configurato come una pura scelta⁽⁵⁹⁾: tutto in astratto dipende dalla decisione dell'individuo, ma, come scrive Pierpaolo Donati, “l'individuo non decide: egli è semplicemente rimandato, proprio dalla bioetica, al sistema impersonale delle regole biomediche”⁽⁶⁰⁾.

È questo l'esito paradossale a cui giunge la bioetica liberale e neoliberista:

⁽⁵⁶⁾ Ivi, p. 4.

⁽⁵⁷⁾ V. MELCHIORRE, *La corporeità*, in A. PESSINA, M. PICOZZI (a cura di), *Percorsi di bioetica*, Vita e Pensiero, Milano, 2002, pp. 33-43.

⁽⁵⁸⁾ Ritengo che i valori possano essere considerati oggettivi non perché riconosciuti come tali dal senso comune, ma perché essi rappresentano dati che costituiscono presupposti logici di regole, precetti, principi *lato sensu* normativi.

⁽⁵⁹⁾ È questa la tesi centrale del saggio di S. MAFFETTONE, *Il valore della vita. Un'interpretazione filosofica pluralista*, Mondadori, Milano, 1998.

⁽⁶⁰⁾ P. DONATI, *Per una bioetica critica e relazionale*, p. 3; intervento al seminario bioetico “Dialogo sulla vita umana”, Assisi 29 gennaio 2003, documento disponibile on-line su www.italianieuropei.it.

essa, perdendo di vista la responsabilità degli individui in relazione tra loro⁽⁶¹⁾, “accetta ed indirettamente rafforza l’invisibilità delle mediazioni sociali che sono presenti nell’uso delle tecnologie”⁽⁶²⁾.

Sono proprio i fondamenti epistemologici sui quali si regge la bioetica analitica, argomentativa e *liberal* a fornire sul piano della prassi biomedica i presupposti per instaurare una forma di eugenetica liberale⁽⁶³⁾: la subordinazione del dato biologico, del *Bios*, alla cultura e dunque ai gusti personali in ossequio alla *fallacia naturalistica* di Moore; la negazione di ragioni biologiche a favore di opzioni morali incommensurabili anche quando si tratti, come nel caso della bioetica, di scelte tragiche, di vita e di morte; l’incapacità di vedere nella realtà biologica della vita umana un presupposto indispensabile per la conoscenza di regole; la difesa ad oltranza della bioetica, come sfera dell’autonomia del discorso morale, refrattaria ad interferenze da parte

(61) L’enfasi che la bioetica analitica pone sul principio di autonomia individuale finisce per celare il problema dei condizionamenti economici, sociali e culturali che sottendono alla risoluzione di una questione bioetica; in altri termini il modello divisionista sottovaluta le condizioni di effettività di una scelta libera e consapevole: l’autonomia, in questo senso, viene a svolgersi all’interno di una sfera personale irrelata ed autoreferenziale, che pregiudica irrimediabilmente la tutela della persona, la quale se è alle prese con una questione bioetica significa che essa si trova nella condizione di essere un soggetto debole: malato terminale, il più delle volte emarginato e lasciato solo nel percorso di dolore che è chiamato ad affrontare. L’affermazione che la vita non ha alcun valore intrinseco, se non è ritenuta qualitativamente buona implica una conseguenza moralmente grave: qualcuno potrà fissare il discrimine culturale in base al quale decidere quando una vita sia degna di essere vissuta e quando non lo sia. Si tratta di una concezione che, prescindendo dal contesto relazionale in cui ogni individuo è inserito, apre (forse inconsapevolmente) alla legge del più forte, la quale in una società liberale come la nostra si traduce nel fatto che chi non riuscirà a garantirsi un livello dignitoso (ma quale poi?) della propria qualità della vita si dichiarerà perdente e potrebbe chiedere di essere sottoposto ad un atto eutanasi. In questo senso è tanto paradigmatico quanto “doloroso” per le sue implicazioni sociali un passo di Scarpelli, il quale dichiarando la propria simpatia per il nascituro si sente in grado di poter affermare: “non riesco a consentire con una cultura che si effonde patetica su *esistenze consumate nella maniera più squallida*, sacrificando invece freddamente o leggermente esistenze in cui stanno tutte le meraviglie del possibile”. Ma, mi chiedo, chi può arrogarsi il diritto di dire che esistono vite consumate squallidamente? Cfr. SCARPELLI, *La bioetica. Alla ricerca dei principi*, op. cit., p. 25 (corsivo mio).

(62) DONATI, *Per una bioetica critica e relazionale*, cit., p. 3.

(63) È interessante notare che il saggio di Habermas intitolato in lingua italiana *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale* (Einaudi, Torino 2002) contiene una parola, “genetica”, che non corrisponde affatto alla parola - *Eugenik* — che appare invece nel titolo in lingua originaria. È di tutta evidenza che l’espressione *genetica liberale* implica una valenza assiologica che non è ravvisabile nell’espressione *eugenetica liberale*: in quest’ultima espressione è implicato un forte disvalore etico sotteso alla concezione liberale di lasciare alla libertà assoluta di ciascun individuo la decisione se modificare oppure no le caratteristiche biologiche dei nascituri consentendo di fatto un’operazione selettiva di eugenetica sul genere umano.

degli approcci naturalistici; il rifiuto di considerare che anche l'uomo è parte della natura.

Questo approccio teorico ha prodotto e sta producendo ciò che forse i *bioeticisti liberal* mai avrebbero voluto che si verificasse: da un lato si assiste ad uno scatenamento della biotecnica, che non trova limiti etico-biologici sulla propria strada, dall'altro lato la mancata costruzione di un modello di *Welfare bioetico*, a favore di una scelta astensionista e soggettivista, priva di tutela i soggetti deboli ed incapaci di addurre argomentazioni razionali. I malati, i senza cura, gli emarginati sociali, i nascituri sono i soggetti deboli destinati a subire le conseguenze negative di questa nuova forma di liberismo biotecnologico e bioculturale che assume per certi aspetti le inquietanti sembianze di un vero e proprio darwinismo sociale.

Sul piano giuridico, la conseguenza di questa impostazione metabioetica ha portato a preferire un modello biogiuridico che si fonda su un apporto regolativo “minimale”, “sobrio”, “leggero”, “aperto”, nel senso che le regole devono essere contingenti, poco numerose e “povere di contenuti morali”⁽⁶⁴⁾, con la convinzione che il riferimento ad elementi biologici non permetterebbe di risolvere normativamente i dilemmi bioetici⁽⁶⁵⁾.

Questo modello biogiuridico si traduce paradossalmente in un non-modello perché ciò che propugna è l'astensionismo dal giuridificare in bioetica: “è il paradigma liberazionista o libertario che propone una bioetica senza diritto e senza leggi”⁽⁶⁶⁾.

Un altro modello biogiuridico neutrale è il modello liberale in forza del quale non solo i singoli individui ma anche le diverse comunità sono chiamati a far valere i propri diritti e le proprie leggi, immaginando che la società contemporanea sia costituita da una molteplicità di *clubs* bioetici⁽⁶⁷⁾.

Contrariamente a quanto proposto dai modelli biogiuridici liberali e neutrali, potrebbe invece essere possibile costruire un modello di bioetica giuridica universale strutturato per principi sostenuto da una giustificazione normativa di tipo *higher law*, attraverso i documenti costituzionali nazionali e macro-regionali e le dichiarazioni internazionali e transnazionali⁽⁶⁸⁾,

⁽⁶⁴⁾ P. BORSELLINO, *Modelli di regolazione giuridica delle questioni bioetiche*, in “Sociologia del diritto”, 3, 1999, pp. 167-181.

⁽⁶⁵⁾ È questa la posizione assunta da Engelhardt per giustificare la tesi della irriducibile diversità delle bioetiche e per sostenere il valore di un'etica laica meramente procedurale; cfr. H.T. ENGELHARDT, *Bioetica: i limiti della legislazione*, in “Biblioteca della libertà”, 125, 1994, p. 89.

⁽⁶⁶⁾ PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, cit., p. 59.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. H.T. ENGELHARDT, *Vecchiaia, eutanasia e diversità morale*, in “Bioetica”, 1, 1995, pp. 74-84; e P. MARTELLI, *Bioetica, pluralismo morale e futuro della cittadinanza*, in S. RODOTÀ (a cura di), *Questioni di bioetica*, Laterza, Roma-Bari, 1997, pp. 5-18.

⁽⁶⁸⁾ Si vedano i contributi di M. ATIENZA, *Giuridificare la bioetica. Una proposta metodologica*, in “Ragion pratica”, 6, 1996, pp. 123-143; E. PARIOTTI, *Prospettive e condizioni di possibilità per un biodiritto europeo a partire dalla Convenzione di Oviedo*

aperto comunque ad una dimensione etico-giuridica dialogica e deliberativa delle diverse istanze bioetiche a confronto nell'arena pubblica.

La bioetica giuridica fondata sui principi fondamentali mantiene intatte le connessioni con la bioetica. Il suo campo normativo, come osserva Angelo Costanzo⁽⁶⁹⁾, "si caratterizza per l'influenza che i presupposti pregiudiziali mantengono su tutti i livelli propriamente giuridici del discorso normativo, nel senso che la considerazione della rilevanza etica della condotta disciplinata giuridicamente è ordinariamente presente in tutti i livelli del discorso normativo".

Il modello biogiuridico "per principi e diritti fondamentali" ha una capacità metodologica che meglio risponde ai continui scarti conoscitivi prodotti dall'avanzare delle scienze della vita e al fatto di vivere in una società eticamente complessa. Essa consentirebbe sia di evitare una legislazione minuziosa che si rivelerebbe, dato il continuo progredire della scienza, una forma di *gregarismo*, che "ratificando i fatti avvenuti, si limiterebbe all'organizzazione minimale di un potere tecnico sul vivente, lasciando questo potere senza limiti istituiti"⁽⁷⁰⁾ sia di evitare dal mantenere separato il diritto da una dimensione sostanziale naturale, che in ragione della specificità tematica affrontata dalla bioetica, non avrebbe ragione di esistere. Allo stesso tempo un diritto bioetico "per principi", questi ultimi reperiti e stabiliti dalle Costituzioni nazionali, dalle Convenzioni e dalle Carte dei diritti fondamentali⁽⁷¹⁾, eviterebbe il ritorno al giusnaturalismo in bioetica come invece auspicato dai modelli "personalista" e "coesistenziale"⁽⁷²⁾. In sostanza, il ricorso ad una tessitura giuridica basata sui principi bioetici costituzionali e sovranazionali ("costituzionalismo bioetico") consentirebbe di evitare sia l'ingenuità epistemologica del divisionismo giuspositivista sia la ricaduta metafisica insita nell'ontologismo personalista. I principi fondamentali bioetici, ricchi di contenuto morale, pretenderebbero infatti "non un'azione conforme alla fattispecie, come è per le regole, ma una presa di posizione conforme al proprio *ethos*, di fronte a tutte le non precisate né preventivamente precisabili evenienze concrete della vita in cui può essere sollevata, per l'appunto, una questione di principio"⁽⁷³⁾. E le questioni bioetiche sia in

sui diritti dell'uomo e la biomedicina, in "Studium Iuris", 5, 2002, pp. 561-570; V. BELLVER CAPELLA, *Passi verso una bioetica universale: la Convenzione europea sui diritti dell'uomo e la biomedicina*, in "Ragion pratica", 16, 2001, pp. 45-62.

⁽⁶⁹⁾ A. COSTANZO, *Livelli del biodiritto nella società attuale*, Ed. ISB, Acireale (CT), 2002, p. 53.

⁽⁷⁰⁾ C. LABRUSSE-RIOU, *Destino biologico e finalità del diritto*, in RODOTÀ (a cura di), *Questioni di bioetica*, cit., p. 376.

⁽⁷¹⁾ Scrive COSTANZO, *Livelli del biodiritto nella società attuale*, cit., p. 55, che "le disposizioni costituzionali e internazionali rilevanti per le questioni bioetiche sono quelle che concernono i diritti inviolabili dell'uomo".

⁽⁷²⁾ Cfr. PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, cit., pp. 82-102.

⁽⁷³⁾ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, p. 156.

rapporto alla multieticità sociale sia in rapporto all’invasività della tecnologia rappresentano in maniera paradigmatica delle questioni di principio. In questo senso, il legislatore sarebbe tenuto a dichiarare a quali principi si ispira e probabilmente il suo sforzo produttivo si esaurirebbe proprio “nella esplicitazione di principi che pone come fondamentali”⁽⁷⁴⁾.

Rimane irrisolto il problema di reperire il modello teorico che sia in grado di sostenere la scelta a favore di una bioetica giuridica “per principi”, autenticamente transculturale. Ritengo che la categoria concettuale più appropriata sia una declinazione “aperta” del “patriottismo costituzionale” di Habermas tale da ricomprendere “nell’identità costituzionale”⁽⁷⁵⁾ anche le Carte dei diritti riconosciute a livello normativo macroregionale e sopranazionale.

4. – *La cittadinanza bioetica transculturale: una proposta teorica* — La via del “patriottismo costituzionale” — questa è la tesi che qui si sostiene — potrebbe contenere la potenzialità di allontanarci, nell’elaborazione di una cittadinanza bioetica, da quelle che rappresentano le *Scilla e Cariddi* della bioetica teorica: il dogmatismo etico fondamentalista da un lato e il relativismo morale dall’altro.

È evidente che la giustificazione di questa “terza via” richiede una ricostruzione critico-interpretativa dell’espressione “patriottismo costituzionale”.

Quello che mi propongo di sostenere è la tesi che l’etica dell’intesa dialogica di Habermas, che trova le proprie condizioni di possibilità all’interno del modello del “patriottismo costituzionale”, sviluppa un tipo di razionalità che riserva ancora un posto alle categorie di vero e falso, di giusto ed ingiusto. La necessità del dialogo attivato e mantenuto all’interno del “patriottismo costituzionale” viene declinata da Habermas non come strumento di accordo e di compromesso (come invece avviene in Engelhardt ed in generale nel pensiero neocontrattualista), ma come unica e privilegiata possibilità di comunicazione, di esame e di verifica razionale della tenuta di una posizione, ossia della dimostrazione della falsità o della verità di essa. Non può trattarsi di un dialogo debole o di una semplice conversazione bensì di una vera e propria discussione dialettica in cui si riconoscono talune premesse comuni, si ammette la correttezza di certe inferenze e soprattutto si accetta la funzione falsificante della contraddizione⁽⁷⁶⁾.

⁽⁷⁴⁾ COSTANZO, *Livelli del biodiritto nella società attuale*, cit., p. 73.

⁽⁷⁵⁾ Sul concetto di “identità costituzionale” si veda A. RUGGERI, *Prospettive metodiche di ricostruzione del sistema delle fonti e Carte internazionali dei diritti, tra teoria delle fonti e teoria dell’interpretazione*, in “Ragion pratica”, 18, 2002, pp. 63-80.

⁽⁷⁶⁾ A. FRANCO, *Prospettive etiche nel pensiero postmoderno*, in AA. VV., *Prospettive etiche nella postmodernità*, San Paolo Edizioni, Cinisello Balsamo (Mi), 1994, p. 14. In questo senso anche F. D’AGOSTINO, *Bioetica nella prospettiva della filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 8, secondo il quale “il dialogo è un’esperienza unicamente e profondamente umana: è possibile, cioè, solo tra persone, che si riconoscono vicendevolmente come persone”.

Con l'espressione "patriottismo costituzionale"⁽⁷⁷⁾ Habermas intende definire, in netta antitesi con il concetto di "identità nazionale", una forma di adesione ai principi ed ai diritti fondamentali costituzionali, che non si determina "in base a criteri di coappartenenza etnica, linguistica o culturale"⁽⁷⁸⁾, bensì in forza di una cultura politica comune basata sui diritti fondamentali dello stato democratico e di diritto.

Questa forma di adesione democratica entro una cultura politica comune viene ritenuta da Habermas inclusiva, nel senso che "la comunità politica si apre all'inserimento dei cittadini di qualsiasi estrazione, senza che questi diversi debbano assimilarsi a una supposta uniformità etnico-culturale"⁽⁷⁹⁾.

È in forza di questo "patriottismo costituzionale" che si riconosce a ciascun individuo la propria identità culturale e che ci si mantiene neutrali nei riguardi dei diversi gruppi etnici, purché essi non rifiutino di condividere intersoggettivamente gli ambiti di vita costitutivi dell'identità di ciascuno⁽⁸⁰⁾.

Nelle società culturalmente differenziate l'integrità della persona non può essere tutelata a prescindere dalla garanzia di uguali diritti culturali. Ma perché questo avvenga è necessario che la cultura politica generale consenta a tutti i cittadini di identificarsi con essa. Solo quando "la solidarietà dei cittadini si riconverte sulla base più astratta del patriottismo costituzionale"⁽⁸¹⁾, si evita che "la comunità si frantumi in subculture che si chiudono a riccio l'una con l'altra"⁽⁸²⁾

I principi costituzionali garantiscono la convivenza dei cittadini perché essi "riguardano in ugual misura gli interessi di ciascuno... [e] possono incontrare la fondata approvazione di tutti"⁽⁸³⁾.

Ad Habermas non sfugge il fatto che "il contenuto etico del patriottismo costituzionale" non possa essere una forma astratta ed astorica; esso si

⁽⁷⁷⁾ Habermas utilizza questa espressione per la prima volta in un articolo del 1987. Cfr. J. HABERMAS, *Per una idea razionale di patria*, in "Micromega", 3, 1987, pp. 121-135.

⁽⁷⁸⁾ J.M. FERRY, *Il "patriottismo costituzionale". Un'identità politica per i cittadini dell'Unione europea?*, in "Europa Europe", 1, 1994, p. 72.

⁽⁷⁹⁾ J. HABERMAS, *L'inclusione dell'altro*, Feltrinelli, Milano, 1998, p. 49.

⁽⁸⁰⁾ Scrive J. HABERMAS, *Lotta di riconoscimento nello stato democratico di diritti*, in J. HABERMAS, C. TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Feltrinelli, Milano, 2001, p. 93: "Nelle società multiculturali, la costituzione di uno stato di diritto può tollerare soltanto forme di vita che si articolano nel medium di queste tradizioni non fondamentalistiche, giacché la convivenza giuridicamente equiparata di queste forme di vita presuppone che le diverse appartenenze culturali si riconoscano reciprocamente". Il problema della conciliazione di soggettività e universalità nel pensiero di Habermas viene approfondito da L. CEPPEA, *Pluralismo etico e universalismo morale in Habermas*, in "Teoria politica", 2, 1997, pp. 97-111.

⁽⁸¹⁾ HABERMAS, *L'inclusione dell'altro*, cit., pp. 50-51; ed ID., *La rivoluzione in corso*, Feltrinelli, Milano, 1990, pp. 149-155.

⁽⁸²⁾ HABERMAS, *L'inclusione dell'altro*, cit., p. 51.

⁽⁸³⁾ J. HABERMAS, *Morale, Diritto, Politica*, Einaudi, Torino, 1992, p. 111.

inserisce pur sempre “nel contesto di una cultura politica storicamente determinata”⁽⁸⁴⁾. Allo stesso modo, “identici princìpi giuridici dovranno essere interpretati a partire dalle prospettive di culture nazionali diverse”⁽⁸⁵⁾, ma la riattualizzazione di queste tradizioni costituzionali è, ad avviso di Habermas, recuperabile “in una cultura costituzionale dell’Europa occidentale che sia condivisa in senso sopranazionale. Se concepiamo in questo modo l’ancoraggio particolaristico, esso non toglierà un’uncia di universalismo né alla sovranità popolare né ai diritti dell’uomo”⁽⁸⁶⁾.

Se declinato in senso sopranazionale e transnazionale, il patriottismo costituzionale funge allora da quadro categoriale su cui saldare la forbice tra particolarismo ed universalismo, perché esso ci permette di fondare il sistema giuridico positivo sulla forza integratrice della costituzione⁽⁸⁷⁾, su un sistema di diritti fondamentali giustificato in una prospettiva storica, generalizzante, tendenzialmente universalistico⁽⁸⁸⁾ e su una ridefinizione della cittadinanza politica, che non coincide più con l’appartenenza ad uno stato, ma è “l’insieme delle modalità di appartenenza a una comunità, sostanzialmente mediata da una rete di diritti”⁽⁸⁹⁾.

Il nesso costituzione-cittadinanza, proprio dei moderni stati costituzionali e democratici, ci permette concettualmente di superare le angustie di una visione statalistica della cittadinanza. Quest’ultima precede l’organizzazione politica: “non è lo stato a conferire la qualità di cittadini, ma sono i cittadini a dar vita allo stato”⁽⁹⁰⁾.

In questo senso la costituzione è il patto sociale di tutti i cittadini che si riconoscono reciprocamente su uno stesso piano di uguaglianza. È infatti

⁽⁸⁴⁾ HABERMAS, *Lotta di riconoscimento nello stato democratico di diritti*, in HABERMAS, TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, cit., p. 95.

⁽⁸⁵⁾ HABERMAS, *Morale, Diritto, Politica*, cit., p. 116; una critica a questa tesi viene sviluppata da Rusconi a parere del quale è illusorio pensare che la partecipazione alla vita politica degli immigrati produca *ipso facto* una nuova e comune cultura politica, cfr. G.E. RUSCONI, *Multiculturalismo e cittadinanza democratica*, in “Teoria politica”, 3, 1996, p. 21; sulla stessa linea argomentativa critica anche E.J. NIMNI, *L'impossibilità del patriottismo costituzionale: una critica a Habermas*, in “Iride”, 13, 1994, pp. 670-682.

⁽⁸⁶⁾ HABERMAS, *Morale, Diritto, Politica*, cit., pp. 116-117.

⁽⁸⁷⁾ Contro il valore integrativo ed inclusivo dei princìpi costituzionali si vedano le osservazioni assai critiche di J.H.H. WEILER, *Diritti umani, costituzionalismo ed integrazione: iconografia e feticismo*, in “Quaderni costituzionali”, 3, 2002, 521-536.

⁽⁸⁸⁾ Scrive Ferrajoli che “l’ipotesi di un costituzionalismo internazionale pur disegnata da quella costituzione embrionale del mondo che è la Carta dell’Onu [...] è una prospettiva di lungo periodo [...]. Essa è tuttavia importante dato che esprime la sola alternativa razionale a un futuro di guerre, di violenze e di fondamentalismi”; cfr. L. FERRAJOLI, *Per una sfera pubblica del mondo*, in “Teoria politica”, 3, 2001, p. 18.

⁽⁸⁹⁾ S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Laterza, Roma-Bari, 1992, p. 99.

⁽⁹⁰⁾ F. VIOLA, *La cittadinanza come etica pubblica*, in ID., *Identità e comunità. Il senso morale della politica*, Vita e Pensiero, Milano, 1999, p. 102.

con la costituzione, “ossia con il patto sociale con cui si conviene la tutela dei diritti fondamentali di tutti, che la società esce dallo stato di natura e si forma una sfera pubblica come luogo della politica e sfera dell’uguaglianza, separata dalla sfera privata che invece è il luogo dell’economia e la sfera delle disuguaglianze e delle differenze”⁽⁹¹⁾.

Il patriottismo costituzionale, se così concepito, fornisce la possibilità di ridefinire la cittadinanza in senso universalistico, cosmopolitico ed inclusivo⁽⁹²⁾, a condizione che la collettività politica implementi i principi costituzionali di tipo universalistico. Solo questi ultimi sono in grado di garantire allo stesso tempo una pluralità di forme di vita etnico-culturali ed una comune cultura politica e di rappresentare la base affinché “cittadinanza politica e cittadinanza cosmopolitica costituiscano così un *continuum* che, nonostante tutto, sta già prendendo forma”⁽⁹³⁾.

Solo in questo contesto è possibile allora configurare una *cittadinanza bioetica* autenticamente transculturale ed universale. Solo riconoscendo a tutti gli esseri umani la titolarità di diritti fondamentali che li tutelino o li garantiscano in relazione ai vincoli o alle opportunità a cui potrebbero essere sottoposti da parte del potere biomedico e biotecnologico, diviene possibile costruire una *cittadinanza bioetica globale*. Solo prendendo sul serio le costituzioni, le convenzioni regionali, le dichiarazioni sopranazionali è possibile fondare il nesso tra bioetica e diritti e rinvenire un destino comune che riguarda universalmente tutti gli esseri viventi.

La proposizione di una bioetica transculturale fondata sui principi e sui diritti fondamentali consentirebbe di prendere le distanze dalla teoria delle comunità morali straniere⁽⁹⁴⁾, in forza della quale sarebbe possibile una costituzione bioetica federalista i cui soggetti partecipanti sarebbero costituiti da *clubs* solipsistici ed i cui esiti pratici sarebbero eticamente e in termini di *policy* catastrofici; inoltre consentirebbe di imboccare una via mediana rispetto a quella sviluppata dalla bioetica laica e dalla bioetica cattolica.

Entrambi questi modelli bioetici, pur differenziandosi al loro interno in una pluralità di alternative, hanno sottostimato l’importanza di costruire una

(91) L. FERRAJOLI, *Lo Stato di diritto fra passato e futuro*, in P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2002, pp. 376-377.

(92) Secondo Rusconi il “patriottismo costituzionale” non è in grado di essere inclusivo perché strettamente legato all’idea di “nazione di cittadini”, cfr. G.E. RUSCONI, *Patriottismo della costituzione*, in “Il Mulino”, 334, 1991, pp. 321-327.

(93) HABERMAS, *Morale, Diritto, Politica*, cit., pp. 136-137. In questo senso è oggi possibile osservare fenomeni di pervasività delle istanze del *costituzionalismo transnazionale*, in particolare per ciò che riguarda il processo di costituzionalizzazione del diritto internazionale per via giurisdizionale. Si viene così a configurare una sorta di *multi-level constitutionalism* in cui uno dei livelli di interconnessione è rappresentato proprio dai diritti umani.

(94) Cfr. ENGELHARDT, *Manuale di bioetica*, cit., pp. 62-71 e MARTELLI, *Bioetica, pluralismo morale e futuro della cittadinanza*, cit., pp. 5-18.

forma di costituzionalismo giuridico bioetico. La corrente laica, per mantenere fede alla divisione kelseniana tra diritto e morale e tra natura e cultura, ha preferito adottare un modello giuridico astensionista. La corrente cattolica, almeno una parte e nonostante il precedente di Maritain, ha preferito ricercare la fondazione dei diritti umani in rapporto alla bioetica attraverso il piano ontologico-metafisico ed antropologico, anziché attraverso il piano costituzionalistico ritenuto scetticamente coincidente con il piano meramente positivistico⁽⁹⁵⁾.

Se dunque la vita è il campo elettivo della discussione bioetica, allora è necessario non lasciarsi irretire da un solo lato — culturale o biologico o discorsivo — della nostra riflessione. Lo dimostra il fatto che i dilemmi giuridici della corporeità, che traspaiono in tutta la loro drammaticità solo se si pone mente alle conseguenze etico-giuridiche connesse con gli interventi sulla procreazione umana, sul patrimonio genetico e sulla manipolazione del corpo umano, ci indicano la necessità e l'urgenza che la bioetica giuridica avvii una approfondita riflessione sistemico-ermeneutica⁽⁹⁶⁾ in forza della quale intersecare acquisizioni scientifiche, argomentazioni filosofiche e giustificazioni giuridiche.

ABSTRACT

This essay wants to show that the epistemological basis of the secular bioethics, based on the theory of “naturalistic fallacy” of Moore, can not explain the complexity of the bioethic questions.

If life is the suitable field of the bioethic discussion, it is necessary and urgent that bioethics starts a systematic-hermeneutic meditation, according to that you can intersect scientific knowledges, philosophical reasonings and juridical justifications.

On the juridical and political level, this reflection involves the elaboration of a type of bioethic citizenship with an inclusive and cosmopolitan feature, which is declined inside an “open” model of “constitutional patriotism”.

⁽⁹⁵⁾ Questa differenza sostanziale presente nel pensiero cattolico viene colta da E. D'ANTUONO, *Bioetica*, Guida, Napoli, 2003, pp. 40-41. Per Jaques Maritain, una società di uomini liberi deve presupporre alcuni principi fondamentali reperibili nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del '48, per Sgreccia, invece, “il fatto [...] che regimi pattizi internazionali e carte costituzionali abbiano recepito singoli diritti o abbiano fatto riferimento alla Dichiarazione universale non è di per sé tranquillizzante [...] perché accordi internazionali e leggi interne agli stati, per quanto solenni, possono essere cambiati in quanto soggetti alla mutevole volontà di chi comanda. Con il che perderebbe gran parte del suo significato la scoperta dei diritti umani”; cfr. E. SGRECCIA, M. CASINI, *Diritti umani e bioetica*, in “Medicina e morale”, 1, 1999, pp. 30-31.

⁽⁹⁶⁾ E. MORIN, *Il paradigma perduto. Che cos'è la natura umana?*, Feltrinelli, Milano, 1994; R. GALLINARO, *Caos e complessità. Nuove sfide per la bioetica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003.

Questo saggio si propone lo scopo di dimostrare che le basi epistemologiche della bioetica laica, fondate sulla teoria della “fallacia naturalistica” di Moore, non sono in grado di spiegare la complessità delle questioni bioetiche.

Se la vita è il campo elettivo della discussione bioetica, allora è necessario ed urgente che la bioetica avvii una riflessione sistemico-ermeneutica, in base alla quale intersecare acquisizioni scientifiche, argomentazioni filosofiche e giustificazioni giuridiche.

Sul piano giuridico e politico, questa riflessione implica l’elaborazione di una forma di cittadinanza bioetica dal carattere inclusivo e cosmopolita declinata all’interno di un modello aperto di “patriottismo costituzionale”.

ALESSANDRA CALLEGARI

L'INTRATESTUALISMO E L'IDENTITÀ DELLA COSTITUZIONE

"It was the political bible of the State. Scarcely a family was without it. Every member of the government had a copy; and nothing was more common, when any debate arose on the principle of a bill, or in the extent on any species of authority, than for the members to take the printed constitution out of their pocket, and read the chapter with which (such) debate was connected"

(T. PAIN, *Rights of Man*, Penguin Classic, London, 1984, p. 182).

SOMMARIO: 1 Introduzione. — 2. Specificità dell'interpretazione costituzionale e il limite del testo. — 2.1. Gli agenti dell'interpretazione costituzionale. — 2.2. Le tecniche di interpretazione della Costituzione americana. — 2.3. Il codice e il lessico linguistico della Costituzione. — 3. Il testualismo olistico di Amar. — 4. Intratestualismo: un'applicazione pratica. — 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

In un ponderoso lavoro di recente pubblicazione, *Intratextualism* (1999) ⁽¹⁾, Akhil Reed Amar propone con esemplare lucidità teorica e rigore argomentativo un'innovativa teoria dell'interpretazione costituzionale,

⁽¹⁾ A.R. AMAR, *Intratextualism*, in "Harvard Law Review", 112, 1999, pp. 749-827, d'ora in avanti citato con IT. Va rilevato, in via meramente approssimativa, che l'intratestualismo rappresenta, nell'ambito specifico della critica letteraria, una tecnica comune di interpretazione, con cui è possibile valutare la coerenza interna al testo di riferimento. A mio giudizio, l'utilizzazione, in questo contesto, della teoria dell'interpretazione letteraria, per fare luce sull'esegesi della Costituzione, finirebbe per condurre ad un punto morto, considerate le notevoli differenze che intercorrono tra l'interpretazione dei testi letterari e l'attività politico-giuridica di interpretazione della Costituzione. Per alcuni utili introduzioni a questo tipo di approccio, si veda: G. LEYH, *Legal Hermeneutics: History, Theory and Practice*, University of California Press, Berkeley, 1992; S. LEVINSON & S. MAILLOUX, *Interpreting Law and Literature: A Hermeneutic Reader*, Northwestern University Press, Evanston, 1988.

denominata intratestualismo o “testualismo olistico”⁽²⁾, il cui intento è proporre la specificità dell’interpretazione della Costituzione, data la sua qualità di *norma normans*, fondativa dell’intero ordinamento⁽³⁾, rigettando l’idea, prevalentemente accolta nel dibattito costituzionale americano contemporaneo, del dominio del precedente come strumento di interpretazione costituzionale, in virtù del quale la Costituzione è interpretata con i medesimi metodi interpretativi della legge⁽⁴⁾. Tali considerazioni, infatti, finiscono per mettere in ombra la potenziale rilevanza di altri metodi, come quello intratestuale, che si fonda sulla combinazione di tre rispettivi approcci ermeneutici: a) un argomento testuale; b) un argomento storico; c) un argomento sistematico⁽⁵⁾. Nella prospettiva dell’intratestualismo, la Costituzione americana è considerata un sistema testuale coerente e congruente, la cui osservanza permette di realizzare gli scopi politico-giuridici proposti dalla dottrina della sovranità popolare, che rappresenta, oltre al federalismo, uno dei principi fondamentali del costituzionalismo americano⁽⁶⁾. È in base alla sovranità popolare, infatti, che sono state redatte le convenzioni per la ratifica della Costituzione, in quanto solo il popolo ha il potere di adottare una legge fondamentale. Tuttavia, la dottrina della sovranità popolare non ha mai conosciuto un’interpretazione pacifica nella tradizione costituzionale americana⁽⁷⁾. A dispetto della

(2) Amar parla di “intratestualismo” nel senso di “testualismo olistico” in IT, p. 796 ss. Zaccaria, nell’analizzare la tesi di Amar, parla di “olismo” costituzionale. Sul punto, G. ZACCARIA, *Limiti e libertà dell’interpretazione*, in “Ragion Pratica”, 17, 2001, p. 34, d’ora in avanti citato con LI.

(3) IT, p. 801, nota n. 804. Sulla specificità dell’interpretazione della Costituzione, vedi: A. RUGGERI, *La crisi di governo tra “regole” costituzionali e “regolarità” della politica*, in “Politica del diritto”, 1, 2000, pp. 27-29; Id., *Principio di ragionevolezza e specificità dell’interpretazione costituzionale*, in “Ars Interpretandi”, 7, 2002, p. 68 ss.

(4) Vedi G.S. WOOD, *Judicial Review in the Era of the Founding*, in R.A. LICHT, *Is the Supreme Court the Guardian of the Constitution?*, AEI Press, Washington, 1993, pp. 163-166; H.J. POWELL, *The Principles of ’98: An Essay in Historical Retrieval*, in “Virginia Law Review”, 1994, pp. 689 ss. Per una recente analisi dell’argomento, cfr. S.M. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 253 ss.; 261 ss.

(5) L’approccio sistematico a cui rimanda Amar nella presentazione del suo intratestualismo è quello proposto da C.L. BLACK Jr., *Structure and Relationship in Constitutional Law*, Louisiana State University Press, Baton Rouge, 1969.

(6) Il costituzionalismo è una teoria politico-normativa che sottintende un particolare tipo di ordine costituzionale, il cui principio basilare è che ogni esercizio del potere governativo (costituito dalla volontà di un singolo *leader*, di una *élite* o da una maggioranza di cittadini) è soggetto a limitazioni di carattere sostanziale e procedurale. Si veda, a tal proposito, C.F. FRIEDERICH, *Transcendent Justice: The Religious Dimension of Constitutionalism*, Duke University Press, Durham, NC, 1964.

(7) In termini generali, v. H.J. POWELL, *The Political Grammar of Early Constitutional Law*, in “North Carolina Law Review”, 71, 1993, p. 949.

asserita esclusività della sovranità del popolo, il governo federale, i governi statali e altri gruppi autonomi, come le tribù indiane, si sono sempre ritenuti sovrani, quantomeno in certi limiti. Peraltro, la loro è più che una pretesa di sovranità; essa, infatti, è stata giuridicamente riconosciuta. In varie circostanze, la Corte Suprema⁽⁸⁾ ha ritenuto che tutti questi enti siano da considerarsi dotati di sovranità⁽⁹⁾. L'intratestualismo si pone, pertanto, all'interno della problematica, affrontabile in modi diversi⁽¹⁰⁾, concernente i limiti intrinseci e strutturali propri allo stesso interpretare. Amar vi si confronta sostenendo che esiste un vincolo fondamentale all'interpretazione della Costituzione, rappresentato dalla sua "architettura"⁽¹¹⁾, cioè dal suo modo di porsi a base dell'ordinamento e di appartenervi, di dare un senso, riconoscendole e legittimandole *ex post*, a vicende storiche da cui la Costituzione stessa trae origine, e di fondare le vicende costituzionali future. Lo scopo di queste mie notazioni è di riflettere su alcuni ambiti problematici strettamente correlati alla teoria di Amar. Nel §. 2. analizzerò la specificità dell'intratestualismo in riferimento: a) gli agenti dell'interpretazione costituzionale (§. 2.1.); b) alle molteplici tecniche di interpretazione della Costituzione americana (§. 2.2); c) al codice e al lessico linguistico della Costituzione (§. 2.3). Nel §. 3. esporrò in modo particolareggiato il testualismo olistico di Amar. Nel §. 4. proporrò un'applicazione pratica dell'intratestualismo, e infine, nel §. 5., proporrò le mie conclusioni su tale innovativa tecnica di interpretazione della Costituzione americana.

(8) Secondo Amar, è necessario attribuire la qualità di agente dell'interpretazione al popolo, effettiva espressione della sovranità, e non al potere giudiziario. In particolare, sull'argomento, infra §. 2.1.

(9) In ordine alla costante sussistenza della sovranità degli stati e del governo nazionale, v. A.R. AMAR, *Of Sovereignty and Federalism*, in "Yale Law Journal", 96, 1987, pp. 1425-1426. Amar sostiene esistano due versioni di sovranità e di federalismo: una corretta, posta in essere dai *framers*, e una scorretta, posta in essere dalla Corte Suprema. Con riguardo ai casi relativi al riconoscimento di una limitata ma autentica sovranità alle tribù indiane, v. H.L. TRIBE, *American Constitutional Law*, Foundation Press, New York, 1988, pp. 96-107.

(10) Il problema dei limiti posti all'interpretare può essere affrontato in due modi principali: a) chiedendosi, ad esempio, se esistano vincoli all'interpretazione e, in caso di risposta positiva, chiarendo quali essi siano; b) domandandosi se il concetto stesso di interpretazione debba essere delimitato preventivamente, prendendo le distanze da un modo di intenderlo, peraltro diffuso, che lo dilata, presupponendo in ultima analisi che tutto è interpretazione. Secondo Zaccaria (LI, p. 19) limitare il concetto di interpretazione implica che l'uomo sia esistenzialmente disponibile ad accettare la limitatezza che gli è propria, quella struttura della finitezza che egli deve prendere sul serio.

(11) A.R. AMAR, *Architecture*, in "Indiana Law Journal", 1, 2000, p. 677.

2. Specificità dell'interpretazione costituzionale e il limite del testo

L'interpretazione dei testi scritti⁽¹²⁾, in generale, consiste nel processo tramite il quale è possibile risalire da un segno al suo significato⁽¹³⁾. Orbene, la Costituzione, date le sue peculiarità, si distingue da qualsiasi atto o fatto normativo, e pertanto ad essa va attribuita un'interpretazione specifica. Tale tipicità riguarda, in particolare, vari fattori: a) gli agenti dell'interpretazione; b) le tecniche di interpretazione, che si distinguono in descrittive e prescrittive: mentre le prime tendono a prospettare un modo irripetibile che comporti un'interpretazione sempre identica a sé, le seconde ambiscono ad obbedire a regole superiori (metanorme) di ordine logico-sistematico universale ancora prima che positivo;⁽¹⁴⁾ c) il codice e il lessico linguistico della Costituzione⁽¹⁵⁾. L'analisi che segue riguarda un'esplicazione dettagliata della teoria costituzionalista di Amar in riferimento ai fattori appena menzionati, al fine di poter comprendere la sua corretta applicazione al dettato costituzionale.

2.1. Gli agenti dell'interpretazione costituzionale

La storia insegna che il potere costituente mostra sempre due volti: è, da una parte, aspirazione all'assolutezza ed assenza di limiti, dall'altra, inizio

(12) "Interpretazione" è il nome di almeno due attività ben diverse: 1) "interpretazione" come atto di volontà o decisione, compiuta da un organo dell'applicazione, e quindi attribuzione o ascrizione di significato ad un testo; 2) "interpretazione" come atto di conoscenza, posto in essere dal giurista, ossia scoperta o descrizione dei significati che un testo potenzialmente esprime. Ma nessuno può plausibilmente sostenere che l'interpretazione sia ora l'una cosa, ora l'altra, a seconda dell'identità del testo interpretato. Sull'argomento si veda: M. BESSONE, *L'attività del giudice. Mediazione degli interessi e controllo delle attività*, Giappichelli, Torino, 1997.

(13) N. ABBAGNANO, voce "Interpretazione", in *"Dizionario di Filosofia"*, 2001, Utet, Torino, p. 603.

(14) Per quanto riguarda la questione del metodo nel diritto costituzionale, si veda: AA. VV. *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1997; A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in "Quaderni Costituzionali", 1, 2001, p. 35 ss.; E. DICIOTTI, *Come interpretare la Costituzione?* In "Ragion Pratica", 4, 1995, p. 203 ss.; P. COMANDUCCI, *Interpretazione della Costituzione*, in "Assaggi di metaetica due", Giappichelli, Torino, 1998, p. 97 ss.; A. PIZZORUSSO, *L'interpretazione della Costituzione e l'attuazione di essa attraverso la prassi*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 1989, p. 3 ss. M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Comunità, Milano, 1982; *Id.*, *Diritto costituzionale e scrittura*, in "Ars Interpretandi", 1997, p. 103 ss.

(15) Sull'argomento, si veda: F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 217 ss.; S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 71 ss.

della rinuncia all'assolutezza e aspirazione a costruire un ordine, una disciplina. Dal primo punto di vista, il potere costituente sfugge per sua natura al diritto, come sostiene la dottrina giuspositivistica⁽¹⁶⁾, dal secondo punto di vista lo stesso potere costituente è fondamento primo del diritto, come sosteneva Mortati⁽¹⁷⁾. Al fine di analizzare questa dualità insita nel concetto di potere costituente, Amar si confronta, in molti suoi saggi, con gli avvenimenti storici che hanno portato al sorgere di quest'ultimo e al suo successivo sviluppo e consolidamento nel potere costituito, che nella prospettiva di Amar rinvia al popolo⁽¹⁸⁾. In tale contesto, è necessario far

(16) La dottrina positivista, che ha goduto dei maggiori favori nel periodo che intercorre tra la seconda metà del XIX secolo e gli anni Venti del Novecento, annovera tra i suoi esponenti Georg Jellinek, Raimond Carré de Malberg e Santi Romano. Per questa dottrina, la funzione costituente non può trovare spazio nel mondo del diritto. Il potere costituente, in quanto non costituito, in quanto assoluto e illimitato, non è giuridico, ma è un fatto, che dà origine ad un nuovo ordinamento; la sfera del diritto, tuttavia, comincia al momento della nascita del nuovo ordinamento. Esiste, dunque, una separazione netta tra fatto e diritto, che corrisponde alla separazione tra politica e diritto. La dottrina positivista vuole distruggere ogni possibile via alla permanenza del potere costituente all'interno dell'ordinamento; essa mira a stabilizzare i poteri costituiti. Nell'ambito di questa concezione, il mondo dei fatti è diverso e distinto dal mondo del diritto. Ne deriva il rifiuto di ogni ipotesi di "super Costituzione", così come il rifiuto dell'esistenza di un nucleo fondamentale della Costituzione e di principi fondamentali caratterizzanti alla radice tale nucleo.

(17) Il secondo modo di intendere il potere costituente è quello riconducibile al pensiero di Costantino Mortati sulla Costituzione materiale, e che troviamo espresso in C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1998. Ad avviso di Mortati, il positivismo giuridico è stato troppo timoroso di fronte al potere costituente. Il Novecento presenta, del resto, condizioni differenti rispetto all'Ottocento: non è più un tranquillo periodo di sviluppo della scienza ed il giurista non può rifuggire dal problema del potere costituente, con il quale deve, invece, confrontarsi. Intento della dottrina è quello di giuridificare, vale a dire espandere la sfera del diritto a situazioni che il positivismo ottocentesco riteneva non giuridiche. Mortati si confronta con il problema rappresentato dal potere costituente. Esso è visto come espressione di un insieme di forze che mirano all'ordine, e non è mero potere di fatto, ma è l'inizio di un processo che conduce all'ordine, alla Costituzione. Si passa dal fatto al diritto, e non vi è più la separazione tra essi, proposta dal giuspositivismo. Secondo Mortati, il passaggio da mero fatto a potere si realizza in due mosse: in primo luogo, opera il disciplinamento, vale a dire la tendenza di una pluralità di forze al compromesso e all'ordine; in secondo luogo, agisce la differenziazione: all'interno dell'ordine che si è venuto a comporre, affinché si possa pervenire alle norme, occorre che ci sia un indirizzo (tale indirizzo verrà successivamente definito dalla dottrina come indirizzo politico fondamentale o costituzionale). Queste due mosse realizzano la Costituzione.

(18) R. AMAR, P. BREST, S. LEVINSON, J.M. BALKIN, *Processes Of Constitutional Decisionmaking: Cases And Materials*, Yale university Press, Aspen, 2000; ID., *The Bill Of Rights: Creation And Reconstruction*, Yale Univ. Press, New Haven, 1998; A.R. AMAR & A. HIRSCH, *For the People*, Free Press, Cambridge, 1998; A.R. AMAR, *The Constitution and Criminal Procedure: First Principles*, Yale University Press, New Haven, 1997.

riferimento agli eventi successivi al 15 giugno 1776, quando il Congresso di Philadelphia esortò gli Stati americani a darsi proprie Costituzioni⁽¹⁹⁾. In questo momento inizia il processo di formazione delle prime Costituzioni scritte. È questa una fase di grande interesse per la storia del potere costituente, come potere che è esercitato dal popolo, inteso come autorità superiore a quella dei legislatori, che sottrae ad essi ogni pretesa di sovranità piena, subordinando le loro leggi alla Costituzione. In questa concezione, gli americani sono indubbiamente condizionati dalla tradizione britannica medievale dello *higher law*, in base alla quale il potere costituente si collega strettamente all'idea della "legge fondamentale", del diritto storico indisponibile. Si può dire, anzi, che in questo caso il potere costituente si associa più all'aspetto della stabilità, della rigidità, della inviolabilità, che non all'aspetto volontaristico della "creazione" di un nuovo ordine politico. A conferma di tale teoria del potere costituente, accettata da Amar, va sottolineato il fatto che nel Preambolo alla Dichiarazione d'Indipendenza delle tredici colonie americane, vi è l'esaltazione del potere del popolo di abolire il potere tiranico e di istituire un nuovo ordine. I due aspetti sono inseparabili: la forza del potere costituente distrugge il vecchio ordine, ma perché è consapevole di essere diretta a generare il nuovo. Il potere costituito, peraltro, tende a svilupparsi e ad esprimersi con l'emanazione di atti che costituiscono la sua manifestazione al grado più elevato: gli emendamenti costituzionali. Si ricordi, infatti, che, inizialmente, la Costituzione americana non conteneva il *Bill of Rights*, introdotto solo due anni dopo attraverso 10 emendamenti, in cui venivano tutelati e garantiti i diritti fondamentali degli individui⁽²⁰⁾. Attraverso tale potere è possibile pervenire ad una concezione della Costituzione vivente, che si adatta ai mutamenti delle condizioni storiche⁽²¹⁾. Amar sostiene che la teoria maggioritaria circa la modifica del dettato costituzionale, e che consiste in un'interpretazione evolutiva della Costituzione posta dalla Corte Suprema⁽²²⁾, non rappresenta una vera espressione del potere

(19) Cfr. L. HENKIN, *A New Birth of Constitutionalism: Genetic Influences and Genetic Defects*, in "Cadorzo Law Review", 14, 1993, pp. 536-537.

(20) L'ultimo emendamento alla Costituzione americana è stato emanato nel 1992.

(21) V.S. LEVINSON, *How Many Times Has the United States Constitution Been Amended?* In ID., *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton University Press, Princeton, 1995.

(22) V. P.W. KAHN, *Legitimacy and History: Self-Government in American Constitutional Theory*, Yale University Press, New Haven, 1992, pp. 68-72. Sulle opinioni di Sedgwick, v. T. SEDGWICK, *A Treatise on the Rules which Govern the Interpretation and Application of Statutory and Constitutional Law*, J.S. Voorhies, New York, 1857, p. 21. La concezione della Corte come custode della revisione costituzionale è intrinsecamente implausibile. Infatti, questa concezione può avere validità solo se la Corte è il più potente tra i poteri dello Stato. La Corte dovrebbe avere il diritto di approvare qualsiasi modificazione nei poteri dello Stato che si presuma essere costituzional-

costituito, e quindi, per auspicare ad una maggiore democraticità, la Costituzione americana dovrebbe essere emendata attraverso due procedure tra loro alternative: a) quella prevista dall'articolo V⁽²³⁾, in base al quale gli emendamenti sono posti cronologicamente dopo la Costituzione americana⁽²⁴⁾, e una loro corretta interpretazione deve tener conto della lettura del documento fondamentale⁽²⁵⁾; b) quella attuata nel 1787, alla Convenzione di Philadelphia, a seguito di una lettura intratestualista del Preambolo⁽²⁶⁾ alla Costituzione e dell'articolo VII⁽²⁷⁾. Infatti, mentre nel Preambolo si afferma che: *“Noi, popolo degli Stati Uniti [...] decretiamo e stabiliamo questa Costituzione degli Stati Uniti d'America”*, l'articolo VII specifica in che modo questo è possibile, e cioè attraverso la ratifica. Quest'ultima procedura permetterebbe una legittima modifica del dettato costituzionale, da parte dello stesso potere

mente rilevante. Altrimenti, essa perderebbe il controllo sul flusso delle modificazioni costituzionali. Naturalmente, la Corte non ha mai disposto di un potere di tal genere. P.W. KAHN, *Legitimacy and History: Self-Government in American Constitutional Theory*, cit., p. 71.

⁽²³⁾ Gli emendamenti alla Costituzione americana devono essere approvati con una specifica procedura costituzionale, contenuta nell'articolo V, in cui si afferma che: *“Il Congresso, ogniquale volta i due terzi delle Camere lo riterranno necessario, proporrà emendamenti alla presente Costituzione, oppure, su richiesta dei due terzi delle Legislature dei vari Stati, convocherà una Convenzione per proporre gli emendamenti. In entrambi i casi, gli emendamenti saranno validi a ogni effetto, come parte di questa Costituzione, allorché saranno stati ratificati dalle Legislature di tre quarti degli Stati, o dai tre quarti delle Convenzioni riunite a tale scopo in ciascuno degli Stati, a seconda che l'uno o l'altro modo di ratifica sia stato prescritto dal Congresso; tuttavia resta stabilito che nessun emendamento, prima dell'anno 1808, potrà modificare in alcun modo i capoversi primo e quarto della Sezione 9 dell'Articolo I, e che nessuno Stato, senza il suo proprio consenso, potrà essere privato della parità di rappresentanza nel Senato”*. Va rilevato che non si è mai avuta la convocazione di una convenzione ai sensi dell'articolo V, e pertanto, tutti e ventisei emendamenti alla Costituzione sono stati adottati secondo il primo procedimento previsto dal suddetto articolo.

⁽²⁴⁾ È importante notare che gli emendamenti sono stati posti alla fine della Carta fondamentale e non hanno sostituito le vecchie disposizioni costituzionali. Anche da questo fatto deriverebbe, secondo Amar, la necessità di un'interpretazione sistematico-olistica del documento fondamentale. A.R. AMAR, *The Document and the Doctrine*, in *“Harvard Law Review”*, 114, 2000, p. 30.

⁽²⁵⁾ A.R. AMAR, *Architexture*, cit., p. 685 ss.

⁽²⁶⁾ Nel Preambolo alla Costituzione americana si sostiene che: *“Noi, popolo degli Stati Uniti, allo scopo di perfezionare ulteriormente la nostra Unione, di garantire la giustizia, di assicurare la tranquillità all'interno, di provvedere alla comune difesa, di promuovere il benessere generale e di salvaguardare per noi stessi e per i nostri posteri il dono della libertà, decretiamo e stabiliamo questa Costituzione degli Stati Uniti d'America”*.

⁽²⁷⁾ A.R. AMAR, *The Document and the Doctrine*, cit., p. 38 nota n. 36; p. 40. Nell'articolo VII della Costituzione americana si dispone: *“La ratifica da parte delle Assemblee di nove Stati sarà sufficiente a far entrare in vigore la presente Costituzione negli Stati che l'abbiano in tal modo ratificata”*.

costituente che lo ha emanato: il popolo⁽²⁸⁾. Secondo Amar, pertanto, la Carta fondamentale prevede un sistema strutturato in modo tale che il popolo assuma un ruolo fondamentale, accanto ai poteri legislativo, esecutivo e giudiziario, costituendo parte integrante di “[...] un’estesa conversazione costituzionale, che ha il compito di interpretare e completare il documento costituzionale”⁽²⁹⁾.

2.2. *Le tecniche di interpretazione della Costituzione americana*

Intanto, va preliminarmente rilevato che in America vi è una concezione pluralistica dell’interpretazione costituzionale⁽³⁰⁾. La nascita della teoria costituzionale contemporanea americana ha carattere episodico, e si sviluppa attraverso le reazioni argomentative dei giuristi alle più dibattute decisioni della Corte Suprema, tra le quali ebbe un esito decisivo la sentenza *Roe v. Wade*⁽³¹⁾, in cui si rese evidente la contrapposizione, a livello di teoria costituzionale americana, tra la dottrina del giusto procedimento sostanziale (o attivismo giudiziale), che ha avuto origine dalla decisione *Marbury v. Madison* del 1803⁽³²⁾, e la teoria dell’autolimitazione nel diritto costituzio-

⁽²⁸⁾ A.R. AMAR, *Becoming Lawyers in the Shadow of Brown*, in “Washburn Law Journal”, 40, 2000, p. 3. J. RUBENFELD, *Reading the Constitution as Spoken*, in “Yale Law Journal”, 104, 1995, p. 1143.

⁽²⁹⁾ Sul punto cfr. J. RUBENFELD, *Reading the Constitution as Spoken*, in “Yale Law Journal”, 104, 1995, p. 1143 ss.

⁽³⁰⁾ In America non esistono introduzioni generali al diritto costituzionale, salvo qualche utile raccolta di articoli. Si veda, a titolo meramente esemplificativo: J. GARVEY & T.A. ALEINIKOFF, *Modern Constitutional Theory: A Reader*, S. Paul, Mn, West, 1989; M.J. GERHARDT & T.D. ROWE, Jr., *Constitutional Theory: Arguments and Perspectives*, Charlottesville, Va, Michie, 1993. Esiste un’introduzione all’interpretazione della Costituzione, proposta nella tradizionale forma di raccolta di casi giuridici: W.F. MURPHY, J.E. FLEMING, W.F. HARRIS II, *American Constitutional Interpretation*, Mineola, Foundation Press, New York, 1986. Anche se non esiste una teoria generale dell’interpretazione della Costituzione americana, alcuni autori hanno elaborato alcune teorie che potrebbero essere concepite come teorie generali dell’interpretazione costituzionale. V. S.A. BARBER, *On What The Constitution Means*, The John Hopkins University Press, Baltimore, 1984; W.F. HARRIS II, *The Interpretable Constitution*, The John Hopkins University Press, Baltimore, 1993; W.F. MURPHY, *Who Shall Interpret? The Quest for Ultimate Constitutional Interpretation*, in “Review of Politics”, 48, 1986, p. 401.

⁽³¹⁾ 419 U.S. 113, 1973. Il diritto alla riservatezza era stato precedentemente affermato nella causa *Grinswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 1965. Tale sentenza, però, venne interpretata come un’anomalia, come la dichiarazione di incostituzionalità di una legge non più attuale e non applicata. Così, ad esempio, C. FRIED, *Order and Law*, Simon & Schuster, New York, 1991, p. 79.

⁽³²⁾ 5 U.S. 137, 1803. In tale occasione, la Suprema Corte ha rivendicato, per la prima volta, i suoi poteri di *judicial review*, e quindi si è attribuita il potere di sottoporre

nale⁽³³⁾. In un noto commento di John Hart Ely, si sostenne che le classiche critiche rivolte all'operato della Corte erano troppo superficiali e che pertanto, i giuristi dovessero elaborare teorie che analizzassero le decisioni in modo più razionale⁽³⁴⁾. Tuttavia, tali iniziative dottrinali non giunsero all'elaborazione di una teoria universalmente accettata⁽³⁵⁾. Il pluralismo dei metodi dell'interpretazione costituzionale contemporanea, che può applicarsi tanto alla giurisprudenza della Corte Suprema, quanto alle teorie dottrinali⁽³⁶⁾, discende dall'assimilazione della Costituzione alla legge e dalla

a revisione giudiziale gli atti dell'Esecutivo e del Legislativo approvati dal Congresso, non in armonia con la Costituzione. 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. Va notato che, con la sentenza della Corte Warren, *Brown v. Board of Education* (387 U.S. 483, 1954), si ebbe un ritorno all'attivismo giudiziale, venuto meno nel periodo del conflitto che aveva contrapposto il presidente Roosevelt alla Corte (*Lochner era*). Sul punto v. R.A. BURT, *The Constitution in Conflict*, Harvard University Press, Cambridge, 1992, p. 11. Riguardo le critiche rivolte da Hand e Wechsler alla sentenza Brown, si veda: L. HAND, *The Bill of Rights*, Harvard University Press, Cambridge, 1958; H. WECHSLER, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, in "Harvard Law Review", 73, 1959, p. 19; G. GUNTHER, *Learned Hand: The Man and the Judge*, Alfred A. Knopf, New York, 1994, pp. 652-672; M.J. HORWITZ, *The Transformation of American Law 1870-1960*, Oxford University Press, New York, 1992, pp. 258-268. Anche se le critiche alla sentenza Brown, da parte di Hand e Wechsler rappresentano una posizione minoritaria, tuttavia esse costituiscono una provocazione alla quale i teorici dell'epoca si sentirono obbligati a rispondere. A titolo esemplificativo v. A.M. NICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Bobbs-Merril, Indianapolis, 1962.

⁽³³⁾ Cfr. J.C. JEFFRIES Jr., *Justice Lewis F. Powell, Jr.: A Biography*, Charles Scribner's Sons, New York, 1994, pp. 359-364.

⁽³⁴⁾ J.H. ELY, *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, in "Yale Law Journal", 82, 1973, pp. 943-949. Sul punto, si veda anche T.C. GREY, *Do we have an Unwritten Constitution?* In "Stanford Law Review", 27, 1975, p. 705.

⁽³⁵⁾ L'inesistenza di un'unica teoria costituzionale è dovuta al fatto che, nell'interpretare la Costituzione americana, i giuristi la assimilano alla legge, utilizzando criteri interpretativi desunti dalle varie fonti del diritto americano, quali: 1) la *common law*; 2) il diritto internazionale; 3) la *civil law*; 4) l'equità. Queste fonti del diritto costituiscono lo sfondo sul quale i giudici elaborarono una serie di metodi distinti di interpretazione costituzionale. V. G.E. WHITE, *The Marshall Court and Cultural Change, 1815-1835*, Macmillan, New York, 1988, p. 112.

⁽³⁶⁾ CA, p. 256. Sono teorie pluralistiche dell'interpretazione costituzionale americana quelle di Philip Bobbit, Richard Fallon, Robert Post. Le loro teorie convergono sulla configurazione dei seguenti metodi interpretativi: l'esame del testo della Costituzione, l'intenzione dei costituenti, il precedente, l'interpretazione sistematica desunta dalla struttura della Costituzione, la morale e le tradizioni nazionali. A questi metodi, Bobbit ritiene di aggiungere l'argomentazione prudenziale, un procedimento che viene esemplificato al meglio dall'approccio proposto dal giudice Felix Frankfurter e dal costituzionalista Alexander Nickel. P. BOBBIT, *Constitutional Fate*, Oxford University Press, New York, 1982; R.H. FALLON, *A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation* e R. POST, *Theories of Constitutional Interpretation*, entrambi in "Representations", 30, 1990, p. 13 ss.

molteplicità delle fonti del diritto⁽³⁷⁾. Sia i giudici che i teorici della Costituzione sono influenzati da concezioni del diritto. Alcuni giuristi sono influenzati dal modello di decisione giudiziaria rappresentato dalla *common law* e concepiscono le decisioni della Corte come legittime applicazioni dei criteri di ragionamento propri della *common law* alle disposizioni costituzionali⁽³⁸⁾. Altri autori, come John Hart Ely, e lo stesso Amar, negano recisamente che sussista un'analogia tra diritto costituzionale e *common law*, con ciò prolungando un dibattito iniziato nel diciannovesimo secolo⁽³⁹⁾. Ciascuna teoria propone un determinato approccio ermeneutico al diritto costituzionale, in cui l'interpretivismo⁽⁴⁰⁾, il non-interpretivismo⁽⁴¹⁾, la dottrina dei diritti fondamentali⁽⁴²⁾ e altre teorie si affrontano al fine di guadagnarsi il titolo di teoria dotata di maggiore fondamento. La distinzione

⁽³⁷⁾ H.J. POWELL, *The Principles of '98: An Essay in Historical Retrieval*, in "Virginia Law Review", 1994, pp. 689 ss.

⁽³⁸⁾ L.H. TRIBE & M.C. DORF, *On Reading the Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 1991, pp. 114-117; H.H. WELLINGTON, *Interpreting the Constitution*, Yale University Press, New Haven, 1990, pp., 77-88; P. BREST, *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, in "Boston University Law Review", 60, 1980, pp. 228-229.

⁽³⁹⁾ J.H. ELY, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, 1980, pp. 67-68.

⁽⁴⁰⁾ I termini "originalismo" e "interpretivismo" sono generalmente considerati come sinonimi in America. Questa teoria costituzionale si è sviluppata negli anni ottanta, con la critica alla Corte Warren e l'auspicio dell'affermazione di una giurisprudenza che operasse in base al principio dell'intenzione originaria, cioè si ispirasse alle intenzioni dei *framers* e di chi ha ratificato una clausola costituzionale. V.E. MEESE III, *Interpreting the Constitution*, in J.N. RAKOVE, *Interpreting the Constitution: The Debate over Original Intent*, Northeastern University Press, Boston, 1990, p. 13.

⁽⁴¹⁾ I caratteri essenziali del non-originalismo sono i seguenti: 1) I *framers*, nella 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 nei riguardi di 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 agli "alberi". Il maggiore proposito della Costituzione è infatti rappresentato dalla protezione della libertà, e una corretta interpretazione costituzionale deve focalizzarsi su questo obiettivo.

⁽⁴²⁾ Come rappresentante della teoria dei diritti fondamentali, è possibile citare R. DWORKIN, *L'impero del diritto*, Il Saggiatore, Milano, 1989.

tra concezione interpretativa e non interpretativa della Costituzione ha avuto un ruolo importante nel dibattito dottrinale degli ultimi decenni del ventesimo secolo. All'interno della teoria interpretivista si inserisce il testualismo olistico di Amar⁽⁴³⁾. Tale tecnica interpretativa, nel fornire alcune linee guida per l'esegesi della Costituzione degli Stati Uniti, permette un'analisi della stessa in modo coerente con la sua struttura e con la storia costituzionale⁽⁴⁴⁾. Tale approccio interpretativo attribuisce un'importanza centrale al testo⁽⁴⁵⁾ che, operando selettivamente nell'ambito delle varie possibilità interpretative astrattamente possibili, rappresenta il perimetro e il fattore di resistenza con il quale, le non illimitate potenzialità linguistiche tollerate dalle proposizioni che lo compongono e dischiuse dal processo di semantizzazione, si debbono misurare⁽⁴⁶⁾. Il testo costituzionale delimita quindi il campo, e fornisce uno schema-quadro entro il quale l'interprete è chiamato a concretizzare l'intenzione normativa "desumendola" dai testi. La Costituzione deve quindi necessariamente essere interpretata in modo olistico⁽⁴⁷⁾, assumendo il

(43) Aderiscono a questo approccio ermeneutico Hugo Black, John Hart Ely, Steven Calabresi, Douglas Laycock. Sull'argomento: H.L. BLACK, *Perspective in Constitutional Law*, Englewood Cliff, Prentice Hall, 1963; ID., *The Bill of Rights*, in "New York University Law Review", 35, 1960, p. 865 ss.; J.H. ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, 1980; S.G. CALABRESI & K.H. RHODES, *The Structural Constitution: Unitary Executive, Plural Judiciary*, in "Harvard Law Review", 105, 1992, p. 1153 ss.; S.G. CALABRESI, "A Government of Limited and Enumerated Powers": In Defense of *United States v. Lopez*, in "Michigan Law Review", 94, 1995, p. 752 ss.; D. LAYCOCK, *Taking Constitutions Seriously: A Theory of Judicial Review*, in "Texas Law Review", 59, 1981, p. 343 ss.; ID., *Equal Citizens of Equal and Territorial States: The Constitutional Foundations of Choice of Law*, in "Columbia Law Review", 92, 1992, p. 249 ss. Sono contrari al testualismo olistico: il giudice Harlan, Kathleen Sullivan, Richard Fallon e David Strauss. Sull'argomento: B. ACKERMAN, *The Common Law Constitution of John Marshall Harlan*, in "New York Law Review", 36, 1991, p. 5 ss. K.M. SULLIVAN, *Unconstitutional Conditions*, in "Harvard Law Review", 102, 1989, p. 1413 ss.; ID., *The Justices of Rules and Standards*, in "Harvard Law Review", 106, 1992, p. 22 ss. R.H. FALLON, JR., *Implementing the Constitution*, in "Harvard Law Review", 111, 1997, p. 54 ss.; D.A. STRAUSS, *Common Law Constitutional Interpretation*, in "University of Chicago Law Review", 63, 1996, p. 877 ss.

(44) La storia costituzionale consiste nel significato "pubblico" attribuito al documento costituzionale dal popolo, e non dall'intenzione "segreta e privata" dei framers. Si veda R.M. COVER, *Nomos and Narrative*, in "Harvard Law Review", 97, 1983, p. 4 ss.; B. ACKERMAN, *We the People: Foundations*, Belknap Press, Cambridge, 1991, parla di momenti costituzionali nella storia Americana.

(45) Il testo di riferimento è rappresentato dal documento approvato e ratificato dal popolo americano e successivamente emendato con la procedura prevista dall'articolo V della Costituzione.

(46) Sull'argomento, si veda LI, p. 28 ss.

(47) Black, Ely, ed Ackerman sono tutti forti sostenitori dell'olismo, anche se con toni diversi. Si veda C.L. BLACK, JR., ult. op. cit., p. 7, in cui il giurista propone di esaminare la Costituzione in tutte le sue parti; Ely, invece, rigetta l'interpretazione

vocabolario della stessa, il catalogo di valore in essa contenuto e la disciplina delle funzioni pubbliche da essa data, come fondamentale punto di riferimento pratico per risolvere le questioni giuridiche che possono presentarsi, come luogo di esercizio della moralità popolare⁽⁴⁸⁾.

2.3. *Il codice e il lessico linguistico della Costituzione*

Le Costituzioni non presentano tutte lo stesso contenuto normativo: alcune, ad esempio, contengono esclusivamente norme sull'organizzazione dei pubblici poteri, che, in caso di loro violazione, porta al fenomeno dei conflitti di potere, giustiziabili a mezzo di un organo istituzionale *ad hoc*⁽⁴⁹⁾. In particolare, com'è noto, la Costituzione americana include, accanto alle norme sull'organizzazione dei poteri, anche una dichiarazione dei diritti e norme di principio, costituita dal *Bill of Rights*, emanati successivamente alla ratifica della Costituzione. Se si analizzano i *Records* del dibattito costituzionale all'interno della Convenzione per l'adozione della Costituzione americana⁽⁵⁰⁾, è possibile accertare che lo scopo primario della stessa, prima ancora di essere quello di tutelare i diritti individuali degli americani, era quello di garantire il bilanciamento dei poteri tra gli Stati e il governo centrale. In particolare, nel *Federalist*, Madison e Hamilton sembrano giustificare la *judicial review* quale presidio delle norme costituzionali sulla competenza, considerando la *supremacy clause* come una diretta conseguenza dell'istituzione di un governo federale. Nella *Convention* costituzionale americana, le vie prospettate per risolvere il problema del bilanciamento dei poteri fra Stati e governo centrale furono tre: 1) il potere federale di veto nell'approvazione delle leggi statali; 2) il potere di rinvio; 3) l'annullamento giudiziale. L'ultima soluzione fu considerata mediana sia dai "federalisti" che dai sostenitori dei diritti degli Stati, in quanto si prestava a una duplice lettura a seconda dei punti di vista⁽⁵¹⁾. È noto che la *judicial review* non trova un esplicito fondamento nella

testuale in favore di un metodo che analizzi le tematiche generali dell'intero documento costituzionale. J.H. ELY, ult. op.cit., p. 12; B. ACKERMAN, ult. op.cit., pp. 86-99, propone una sintesi intergenerazionale dei testi costituzionali adottati nei secoli.

⁽⁴⁸⁾ LI, p. 32.

⁽⁴⁹⁾ In Italia i conflitti di potere sono suscettibili di soluzione giurisdizionale da parte del giudice costituzionale.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. A. REPOSO, "The Federalist", *Judicial Review e Stato federale*, in G. NEGRI (a cura di), *Il Federalista: 200 anni dopo*, Il Mulino, Bologna, 1988.

⁽⁵¹⁾ Cfr. J.R. SCHMIDHAUSER, *State Rights and the Origin of the Supreme Court's Power as Arbiter in Federal-State Relations*, in K.L. HALL (a cura di), *A Nation of State. Federalism at the Bar of the Supreme Court*, Garland Publishing Inc., New York-London, 2000.

Costituzione americana, salvo il parziale riferimento al dovere dei giudici di applicare la Costituzione, contenuto nell'art. III⁽⁵²⁾. La dottrina della *judicial review* va invece ricercata nel *Federalist*⁽⁵³⁾ dove la previsione di una Corte Suprema e di un sistema giudiziario federale è sempre legata alla necessità di garantire la neonata struttura federale dello Stato. Nel saggio n. 22 si sottolinea che un sistema giudiziario unitario è tanto più necessario ove le leggi statali potrebbero violare quelle federali e risultare così ad esse anteposte. Nel n. 39, Madison affronta il tema della natura della futura Unione, definendola come mista, nazionale e federale al contempo. In particolare, egli individua nella enumerazione delle competenze della Federazione una delle principali garanzie per la sovranità dei singoli Stati. Contro tale assunto non può avere rilievo il fatto che è un organo federale, la Corte Suprema, a decidere le controversie relative ai confini di competenza. Infatti, in un sistema di tipo federale non può esistere una soluzione diversa, che è indispensabile per impedire la dissoluzione del patto, mentre

(52) Nell'art. III della Costituzione americana si afferma infatti che: "Sezione 1. - Il potere giudiziario degli Stati Uniti sarà affidato ad una Corte Suprema e a quelle Corti di grado inferiore che il Congresso potrà di volta in volta creare e costituire. I giudici della Corte Suprema e quelli delle Corti di grado inferiore conserveranno il loro ufficio finché non se ne renderanno indegni con la loro condotta (*during good behavior*), e ad epoche fisse riceveranno per i loro servizi un'indennità che non potrà essere diminuita finché essi rimarranno in carica. Sezione 2. - Il potere giudiziario si estenderà a tutti i casi, di diritto e di equità, che si presenteranno nell'ambito della presente Costituzione, delle leggi degli Stati Uniti e dei trattati stipulati o da stipulare, sotto la loro autorità; a tutti i casi concernenti gli ambasciatori, gli altri rappresentanti diplomatici ed i consoli; a tutti i casi che riguardino l'ammiragliato e la giurisdizione marittima; alle controversie tra due o più Stati, tra uno Stato e i cittadini di un altro Stato, tra cittadini di Stati diversi, tra cittadini di uno stesso Stato che reclamino terre in base a concessioni di altri Stati, e tra uno Stato o i suoi cittadini e Stati, cittadini o sudditi stranieri. In tutti i casi che riguardino ambasciatori, altri rappresentanti diplomatici, o consoli e in quelli in cui uno Stato sia parte in causa, la Corte Suprema avrà giurisdizione esclusiva. In tutti gli altri casi sopra menzionati la Corte Suprema avrà giurisdizione d'appello, sia in diritto che in fatto, con le eccezioni e norme che verranno fissate dal Congresso. Il giudizio per tutti i crimini, salvo nei casi di accusa mossa dalla Camera dei Rappresentanti, dovrà avvenire mediante giuria; e tale giudizio sarà tenuto nello Stato dove detti crimini siano stati commessi; quando il crimine non sia stato commesso in alcuno degli Stati, il giudizio si terrà nel luogo o nei luoghi che saranno stati designati per legge dal Congresso. Sezione 3. - Sarà considerato tradimento contro gli Stati Uniti soltanto l'aver impugnato le armi contro di essi, o l'aver fatto causa comune con nemici degli Stati Uniti, fornendo loro aiuto e soccorsi. Nessuno sarà dichiarato colpevole di alto tradimento, se non su testimonianza di due persone che siano state presenti a uno stesso atto flagrante, ovvero quando egli confessi la sua colpa in pubblico processo. Il potere di emettere una condanna per alto tradimento spetta al Congresso; ma nessuna sentenza di tradimento potrà comportare perdita di diritti per i discendenti, o confisca di beni se non durante la vita del colpevole".

(53) Tutti i riferimenti ai saggi del *Federalista* sono tratti da G. SACERDOTI MARIANI (a cura di), *Il Federalista*, Giappichelli, Torino, 1997.

la garanzia di imparzialità delle decisioni di tale organo discende dalla circostanza che la pronuncia è sempre applicazione della Costituzione, legge fondamentale dell'Unione e degli Stati. Il medesimo concetto viene ripreso nel saggio n. 80, dove si afferma che "le controversie tra una nazione e i suoi Stati membri o i suoi cittadini non possono che essere ricondotte ai tribunali nazionali" (54). Il sistema giudiziario federale viene individuato quindi come arbitro necessario nelle controversie fra Stati e Federazione, senza che possa essere altrimenti, in presenza di una Costituzione che ripartisce i poteri fra gli uni e l'altra. Nella concezione del *Federalista*, pertanto, il codice lessicale della Costituzione è innanzitutto funzionale a "limitare il potere dell'autorità politica", che si esprime attraverso il duplice sistema della ripartizione orizzontale e verticale dei poteri, e dalla cui garanzia deriva la tutela dei diritti degli individui. Lo stesso Hamilton, nel saggio n. 81, riconosce che non esiste una sola sillaba in Costituzione che autorizzi direttamente le corti nazionali a interpretare le leggi in conformità dello spirito costituzionale, ma tale teoria deriva necessariamente dal concetto di "Costituzione che pone limiti", come sopra precisato.

Ad una tutela dell'identità costituzionale attraverso le pronunce della Corte Suprema, Amar propone un metodo interpretativo che pone una particolare attenzione al testo della Costituzione americana (55). Secondo la teoria generale dell'interpretazione, che storicamente si sviluppa nei suoi tratti essenziali in funzione della legge, quale fonte del diritto per eccellenza (56), le parole, singolarmente considerate, non costituiscono oggetto di interpretazione, in quanto il loro significato è ricavato dagli enunciati in cui esse ricorrono, conformemente alla classica procedura compilativa utilizzata per la redazione dei dizionari (57). L'interpretazione intratestualista proposta da Amar ha, invece ad oggetto, oltre alle proposizioni e agli enunciati linguistici, anche le parole del dettato costituzionale e consiste in una loro attenta analisi utilizzando la Costituzione alla stregua di un dizionario, in cui

(54) *Ibidem*, p. 400.

(55) H.J. POWELL, *The Political Grammar of Early Constitutional Law*, in "North Carolina Law Review", 71, 1993, pp. 952-964.

(56) La teoria generale dell'interpretazione si è sviluppata, rimanendo segnata nei suoi lineamenti essenziali, in funzione della legge, che rappresenta la fonte del diritto per eccellenza, espressione della volontà generale. È importante rilevare che negli ultimi trent'anni si è acceso un vastissimo e importante dibattito attorno al problema dell'interpretazione nei vari ambiti del sapere, tra i quali anche nel campo del diritto, in cui la questione dell'interpretazione, anche a seguito del ridestarsi della coscienza ermeneutica dei giuristi, dopo che per tutto l'Ottocento e per buona parte del Novecento il modello del buon legislatore aveva nettamente prevalso su quello del buon interprete, è divenuta il punto cardinale dell'evoluzione giuridica. Sul punto si veda LI, p. 17.

(57) A. ROSS, *Diritto e giustizia*, Giappichelli, Torino, 1965, p. 108 ss.

ognuna di esse assume un determinato e preciso significato, conferitogli dai soggetti che l'hanno approvata, ratificata e successivamente emendata, cioè dal popolo⁽⁵⁸⁾.

3. *Il testualismo olistico di Amar*

L'intratestualismo concentra la sua attenzione sulle singole parole⁽⁵⁹⁾ del dettato costituzionale, e per questo motivo esso presenta alcuni caratteri comuni con il testualismo, anche se non si identifica in esso, in quanto è dotato di un diverso e autonomo *pedegree* giuridico⁽⁶⁰⁾, caratterizzandosi, appunto, come testualismo olistico⁽⁶¹⁾. Tale teoria costituzionale ha carattere pluralistico, in quanto si compone di almeno tre metodi interpretativi: 1) quello testuale; 2) quello storico-filologico; 3) quello sistematico⁽⁶²⁾. Vediamo in dettaglio questi tre metodi interpretativi:

(58) IT, p. 791. In riferimento all'approccio intratestualista va sottolineato che, secondo Amar, la Costituzione-dizionario è formata, oltre che dalla Carta Fondamentale, anche dagli Emendamenti successivamente emanati. L'importanza, nella teoria di Amar, del ruolo del testo come "punto di partenza" nel processo interpretativo, distingue questo approccio da altre dottrine interpretative, quali il decostruttivismo (il cui maggiore esponente è Stalney Fish), che considera invece, il testo come punto di arrivo, come l'esito di un processo interpretativo, che è di volta in volta il frutto di una specifica strategia interpretativa. Il testo non è più, quindi, come per Amar, un parametro di controllo della correttezza dell'interpretazione costituzionale: parlare di una sua oggettività non può che costituire, per il convenzionalismo di Fish, una pura e semplice illusione. Sull'argomento: S. FISH, *There's no such Thing as Free Speech*, Oxford U.P., New York, 1994.

(59) Oltre che agli enunciati e alle disposizioni.

(60) IT, p. 749. Amar sostiene che l'intratestualismo presenta connessioni molto forti con la teoria costituzionalista proposta da John Hart Ely, in quanto entrambi questi approcci ermeneutici invitano i seguaci della teoria testualista ad interpretare le disposizioni costituzionali "olisticamente", invece che isolate tra loro. Ely è del parere che la Costituzione presenta delle strutture implicite nell'insieme, e che un'attenta analisi di tutto il testo rappresenta il punto di partenza per una sua corretta lettura. IT. P. 779. Vedi anche J.H. ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, cit., pp. 11-41, 87-101.

(61) IT, pp. 788-789. A tal proposito Giuseppe Zaccaria considera l'intratestualismo "[...] un nuovo e ambizioso approccio all'interpretazione costituzionale, che costituisce uno sviluppo e al tempo stesso un superamento del composito movimento dottrinale del testualismo". G. ZACCARIA, *Limiti e libertà dell'interpretazione*, cit., p. 34. Lo stesso Amar nel suo saggio sostiene che l'intratestualismo cerca di "fare giustizia" tra la scrittura del dettato costituzionale e la sua totalità-coerenza. IT, p. 796.

(62) Un metodo interpretativo consiste in un insieme di operazioni intellettuali tipiche compiute allo scopo di pervenire ad un risultato interpretativo. Un tradizionale elenco dei metodi dell'interpretazione distingue il metodo letterale, il metodo sistematico, il metodo storico, il metodo teleologico. Questa distinzione, che potrebbe ricondursi a Savigny (F.K. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*,

1) *il metodo testuale*, in virtù del quale al testo costituzionale va attribuito un significato sulla base degli argomenti interpretativi⁽⁶³⁾ della 1) costanza terminologica e 2) dell'argomento topologico. Alla base di questo metodo⁽⁶⁴⁾ sta l'idea che gli enunciati costituzionali siano parte di un testo dotato di coerenza globale⁽⁶⁵⁾, e che quindi il significato di ciascuno di questi sia condizionato dal significato degli altri⁽⁶⁶⁾. Questo primo approccio di

Vol.1, trad. it. di V. Scialoja, Utet, Torino, 1886, pp. 221-222) si trova in diversi autori, tra cui N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 1961, pp. 253-254; K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, trad.it. di A. BARATTA e F. Giuffrida Repaci, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 109-117; R. ALEXYS, *Interpretazione giuridica*, in "Enciclopedia delle scienze sociali", Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1996, p. 68; N. MACCORMICK & R.S. SUMMERS, *Interpretation and Justification*, in Id., (a cura di), *Interpreting Statutes*, Dartmouth, Aldershot, 1991, pp. 512-514. Sul metodo giuridico in generale, si veda: U. SCARPELLI, *Il metodo giuridico*, in Id., *L'etica senza verità*, il Mulino, Bologna, 1982, pp. 179-180; R. ALEXYS, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, trad.it. di M. La Torre, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 185-193; J. WROBLEWSKI, *The Judicial Application of Law*, a cura di Z. Bankowski e N. MacCormick, Kluwer, Dordrecht, 1992, pp. 96-113;

⁽⁶³⁾ Un argomento dell'interpretazione consiste in un insieme di considerazioni rilevanti addotte in una giustificazione a sostegno di una tesi interpretativa. Cfr. N. BOBBIO, *Metodo*, in Id., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, Giappichelli, 1994, pp. 165. Una certa fortuna ha avuto la distinzione di Wroblewski, degli argomenti dell'interpretazione (o meglio, delle direttive dell'interpretazione) in a) linguistiche (o semantiche), b) sistemiche (o sistematiche) e c) funzionali. La classificazione di Wroblewski è stata infatti ripresa da vari autori, tra cui Bankowski, MacCormick, Summers. C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 110-111; F. OST & M. KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit*, Bruylant, Bruxelles, 1989, pp. 49-67.

⁽⁶⁴⁾ Il concetto di metodo testuale si sovrappone parzialmente a quello di interpretazione testuale utilizzato da F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, vol.1, La litotipo Editrice Universitaria, Padova, 1926, pp. 247-253. Carnelutti usa infatti "interpretazione testuale" come sinonimo di "interpretazione letterale", chiarendo però che un'interpretazione di questo tipo consiste nell'attribuire ad un insieme di parole il significato che esse assumono nella loro reciproca connessione nell'ambito non di un singolo articolo di legge, ma di un insieme e di articoli contigui: l'interpretazione testuale di Carnelutti è dunque simile all'interpretazione compiuta unendo al metodo letterale il metodo testuale. Quest'ultimo tipo di interpretazione presenta qualche somiglianza anche con quella che Giannini (M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 58) caratterizza come una ricerca del significato compiuta tramite mezzi interpretativi intrinseci (in contrapposizione all'interpretazione condotta con mezzi interpretativi estrinseci al testo) e con quella che Lazzaro (G. LAZZARO, *L'interpretazione sistematica della legge*, Giappichelli, Torino, 1965, pp. 133-138) chiama interpretazione testuale (in contrapposizione all'interpretazione extratestuale).

⁽⁶⁵⁾ La coerenza globale che intende Amar è molto simile all'idea di sistema interno o intrinseco ripresa da Velluzzi nell'analisi dell'interpretazione sistematica. Vedi a riguardo V. VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 22 ss.

⁽⁶⁶⁾ Si tratta dell'idea che vi sia una coerenza, o coesione testuale, tra questi enunciati.

Amar non fa che trasporre sul piano dell'interpretazione costituzionale un criterio antico e un canone valido per ogni interpretazione, quello per cui la singola parola o proposizione può essere intesa solo nel contesto in cui viene inserita⁽⁶⁷⁾. Ogni singola proposizione appartiene quindi ad un'unità di senso che conferisce al tutto la sua autentica caratterizzazione. In fondo, si capisce soltanto quando si comprende il tutto⁽⁶⁸⁾. Gli argomenti utilizzati dal metodo testuale sono:

a) *l'argomento topografico o della sedes materiae*: con tale argomento si attribuisce un significato ad un enunciato legislativo, o a un termine in esso contenuto, tenendo conto della posizione che questo assume nel testo normativo⁽⁶⁹⁾;

b) *l'argomento della costanza terminologica*: le operazioni interpretative cui questo argomento rimanda, sono basate sul presupposto che gli stessi termini usati nello stesso testo normativo, assumano lo stesso significato⁽⁷⁰⁾. L'idea che sta alla base di questo argomento è che i singoli enunciati normativi siano componenti in sé compiuti di un testo più ampio dotato di un'uniformità di linguaggio.

2) **Il metodo storico-filologico**: in base a questo peculiare argomento interpretativo, la Costituzione viene utilizzata alla stregua di un dizionario, in cui è possibile rinvenire il significato delle parole in essa contenute per mezzo del loro utilizzo nel documento costituzionale. Secondo Amar, la Costituzione può essere intesa come un dizionario redatto a più mani, in quanto il significato dei singoli enunciati in esso contenuti dipende da quello attribuitogli: dai *framers*, dal popolo che l'ha ratificata, ed infine dai giudici che devono applicarla correttamente ai casi concreti⁽⁷¹⁾.

⁽⁶⁷⁾ Sul punto v. G. CARCATERA, *Del metodo della interpretazione giuridica*, in F. MODUGNO, (a cura di), *Esperienze giuridiche del '900*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 64.

⁽⁶⁸⁾ LI, p. 35.

⁽⁶⁹⁾ R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano, p. 379; G. LAZZARO, *L'interpretazione sistematica della legge*, Giappichelli, Torino, 1965, pp. 113-124; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 376-377.

⁽⁷⁰⁾ Peczenik colloca l'argomento della costanza terminologica tra gli argomenti del metodo letterale, sostenendo che questo argomento, così come altri simili ad esso, si basa su un presupposto relativo ad un particolare carattere dei documenti normativi ben formati, che potrebbe essere tradotto in un carattere del legislatore razionale. Vedi A. PECZENIK, *On Law and Reason*, Dordrecht, Kluwer, 1989, p. 382. Su questo argomento vedi R. GUASTINI, *le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., pp. 379-380; TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 99.

⁽⁷¹⁾ Sul punto vedi IT, p. 791. Compito dell'interprete intratestualista è di "leggere una pergamena" in 3 dimensioni, ripiegandola su se stessa in modo da giustapporre le parole o frasi (simili o uguali) sparse qua e là nel documento costituzionale. IT, p. 788.

3) **Il metodo sistematico**: il “sistema” che viene considerato, inteso come “[...] sistema non vuoto di elementi fra i quali sussistono varie relazioni”⁽⁷²⁾, non è l’insieme dei materiali giuridici, ma si identifica con il documento costituzionale. In questo senso la tesi di Amar costituisce una variante del metodo testuale, combinato in coppia con il metodo sistematico, assumendo la Costituzione come un sistema testuale coerente e congruente, la cui osservanza consente di conseguire alcuni obiettivi politico-giuridici di natura primaria. A tale metodo fanno riferimento: a) l’argomento della conformità ai principi di diritto; b) l’argomento sistematico-concettuale, entrambi basati, per molti versi, sul presupposto che il testo normativo abbia una coerenza interna⁽⁷³⁾.

Il concetto di coerenza che viene in evidenza trattando degli argomenti testuali è diverso dal concetto di coerenza che viene in evidenza trattando degli argomenti sistematici. Infatti, l’uso degli argomenti testuali si basa sul presupposto che i documenti giuridici contengano insieme coerenti di enunciati, tale da costituire un “testo”⁽⁷⁴⁾. L’uso degli argomenti sistematici si basa invece sul presupposto che le norme espresse dagli enunciati contenuti nei documenti normativi siano congruenti, cioè che, oltre a non essere incompatibili, siano armonicamente orientate al conseguimento di valori rilevanti indicati dai principi del diritto⁽⁷⁵⁾. Quindi, mentre gli argomenti testuali mettono in evidenza i caratteri di un testo, cioè un insieme coerente di enunciati, gli argomenti sistematici mettono in luce i caratteri di un sistema di norme, considerato come un insieme coerente di prescrizioni⁽⁷⁶⁾. Inoltre, l’uso degli argomenti sistematici, diversamente dall’uso degli

⁽⁷²⁾ M.G. LOSANO, *Sistema e struttura del diritto*, Giappichelli, Torino, 1968, p. XII. Una presentazione dell’approccio sistematico in America è quella proposta da C.L. BLACK JR., *Structure and Relationship in Constitutional Law*, cit.

⁽⁷³⁾ IL, p. 336. IT, p. 795.

⁽⁷⁴⁾ Per il concetto di coerenza testuale e per le condizioni di questa coerenza, vedi I. BELLERT, *Una condizione della coerenza dei testi*, trad.it. di A. Pessina, in M.E. CONTE, (a cura di), *La linguistica testuale*, Milano, Feltrinelli, 1977, pp. 148-180.

⁽⁷⁵⁾ “Coerenza” e “congruenza” sono qui traduzioni dei termini inglesi “consistency” e “coherence”, presi nel significato che assumono in una parte consistente della letteratura contemporanea sul ragionamento giuridico. Mentre la coerenza (consistency) consiste nell’assenza di contraddizioni, ovvero sia di antinomie normative, la congruenza consiste nella caratterizzazione di MacCormick, nella conformità di un insieme di norme ai valori, o ai principi giuridici pertinenti. N. MACCORMICK, *La congruenza nella giustificazione giuridica*, in N. MACCORMICK & O. WEINBERGER, *Il diritto come istituzione*, trad.it. di M. La Torre, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 337-338.

⁽⁷⁶⁾ La distinzione tra gli argomenti testuali e gli argomenti sistematici (tra il metodo testuale e il metodo sistematico) può essere fatta richiamando, oltre che diversi significati di “coerenza”, diversi significati di “sistema”. Il termine “sistema giuridico”, infatti, può essere usato nel significato di sistema estrinseco o nel significato di sistema intrinseco. Il sistema estrinseco può identificarsi sia nell’ordine

argomenti testuali, presuppone la validità dei principi generali del diritto che non sono espressi dai testi normativi.

Considerando l'approccio di Amar, da quanto detto emerge che un aspetto rilevante nell'intratestualismo è caratterizzato dalla totale assenza del riferimento contestuale nell'atto interpretativo⁽⁷⁷⁾. L'unico contesto riferibile è il dettato costituzionale. Questo approccio ermeneutico è quindi una strategia interpretativa con cui si rivendica la simmetria e l'armonia del testo costituzionale, agendo come elemento di armonizzazione contestuale dell'insieme delle disposizioni⁽⁷⁸⁾.

in cui viene presentata la materia giuridica da parte dei giuristi, sia nell'ordine con cui la materia giuridica viene presentata dal legislatore; il sistema intrinseco è invece costituito dall'intima connessione logica o organica del diritto. Vedi M.G. LOSANO, *Sistema e struttura del diritto*, cit., pp. XXIII-XXVI.

⁽⁷⁷⁾ A riprova di ciò, Amar sostiene che l'intratestualismo si distingue dall'argomento storico e dall'intenzione originaria. IT, p. 789. Sul riferimento al contesto nelle teorie semantiche del diritto, vedi M. DASCAL-J. WROBLEWSKI, *Transparency and Doubt: Understanding and Interpretation in Pragmatic and in Law*, in "Law and Philosophy", 7, 1988, pp. 203-224, che cercano di allargare le definizioni di segno e le rappresentazioni del significato ad un costante riferimento all'interprete. Sul punto si veda: S.C. LEVINSON, *Pragmatics*, Cambridge U.P., Cambridge, 1983, trad.it. di M. Bertuccelli Papi, il Mulino, Bologna, 1985. Le due posizioni che si contendono il campo, e che cercano di enfatizzare una dimensione del significato, quella contestuale o quella convenzionale, sono: 1) il contestualismo o particolarismo e 2) il convenzionalismo. Secondo il primo approccio, l'interprete, nel formare il significato delle norme, è limitato dai contesti in cui è utilizzato il linguaggio. Sulla priorità del significato contestuale, emblematicamente, S. FISH, *Doing What Comes Naturally. Change, Rhetoric and the Practice of the Theory in Literary and Legal Studies*, Clarendon Press, Oxford, 1989, pp. 4, 8. Qui la contestualizzazione agisce come dilatazione potenzialmente infinita dei significati stessi, dato che i contesti sono infiniti. Un'interpretazione non sorretta dal testo sconfinava in libero uso del testo. Il significato è di volta in volta conferito alle parole da ciascun singolo interprete in ciascun caso specifico. Tale concezione ignora che l'uso dei parlanti è retto da convenzioni linguistiche (comunità linguistica, la tradizione consolidatasi nel tempo che fissano i significati) dotate di normatività che rappresenta un vincolo per l'interprete. Cfr. J. SEARLE, *Atti linguistici. Saggio di filosofia del linguaggio*, trad.it. di G.R. Cardona, Bollati Boringhieri, Torino, 1976, p. 68; Per il convenzionalismo, l'interprete, nel formare il significato delle norme, è limitato dalle intenzioni dei parlanti e dalle convenzioni d'uso nei processi di comunicazione linguistica. Sulla priorità del significato convenzionale, cfr. H. PLATTS, *Ways of Meaning. An Introduction of Philosophy of Language*, Routledge and Kegan, London, 1979, pp. 90 ss., 199; S. BLACKBURN, *Spreading the Word. Groundings in the Philosophy of Language*, Oxford U. P., Oxford, 1984, pp. 110 ss. Sul ruolo del contesto nel processo interpretativo, si veda: 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. 22 ss.

⁽⁷⁸⁾ Una strategia interpretativa consiste in un particolare insieme di operazioni e/o di ragionamenti compiuti per pervenire ad un risultato interpretativo "corretto", "buono", "giusto", o "apprezzabile". Una particolare strategia interpretativa è dunque

3.1. *L'intratestualismo: un'applicazione pratica*

Amar, nell'esplicazione della sua teoria costituzionale, analizza il significato che viene attribuito alle disposizioni costituzionali nel corso del tempo, e non in un preciso momento storico⁽⁷⁹⁾. Pertanto, come precedentemente analizzato nel §.3, il giurista americano difende un approccio intratestualista che si esplica nel rivolgere una particolare attenzione al documento costituzionale, in cui assume un ruolo particolarmente importante la storia costituzionale⁽⁸⁰⁾ che ha dato origine alla Costituzione e alla struttura della stessa⁽⁸¹⁾. Attraverso questa tecnica interpretativa, è possibile comprendere le successive modifiche del dettato costituzionale nel corso del tempo, analizzandone il testo nella sua evoluzione storico-costituzionale⁽⁸²⁾. Pertanto, l'interpretazione della Costituzione proposta da Amar si sviluppa in tre passaggi: 1) è testuale, perché fa riferimento al linguaggio costituzionale; 2) è strutturale, perché considera le disposizioni costituzionali in connessione tra loro; 3) è storica, perché fa riferimento alla comprensione del documento da

basata su una particolare dottrina dell'interpretazione ed è prescritta da un particolare principio metodologico dell'interpretazione. Si veda E. DICHIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 339.

⁽⁷⁹⁾ A.R. AMAR, *Foreword: the Document and the Doctrine*, in "Harvard Law Review", 114, 2000, p. 31, d'ora in avanti citato con DD.

⁽⁸⁰⁾ Tale storia costituzionale vede come movimenti essenziali: la rivoluzione americana, la guerra civile, il movimento per il suffragio femminile, i movimenti per i diritti di voto e delle minoranze. Secondo Amar, il documento costituzionale perde parte della sua "saggezza" se non viene analizzato prendendo in considerazione la narrativa storica che gli ha dato un significato. Cfr. R.M. COVER, *The Supreme Court: Nomos and Narrative*, in "Harvard Law Review", 97, 1983, p. 4. Dello stesso parere è anche Ackerman, che parla di "momenti costituzionali" nella storia americana, (B. ACKERMAN, *We the People: Foundations, Vol. I*, Harvard University Press, Cambridge, 1991). Tushnet, allo stesso modo, parla di una narrativa costituzionale unitaria, M. TUSHNET, *The Supreme Court: The New Constitutional Order and the Chastening of Constitutional Aspiration*, in "Harvard Law Review", 29, 1999, p. 113.

⁽⁸¹⁾ DD, p. 29. Amar insiste per un argomento sistematico nella sua teoria interpretativa, perché afferma che il popolo americano non ha ratificato la Costituzione di Philadelphia disposizione per disposizione, ma come un singolo documento. I successivi emendamenti aggiunti non restano isolati giuridicamente tra loro, ma sono strettamente collegati alla Costituzione e agli altri emendamenti emanati. Ma dato che il popolo americano ha scelto di porre gli emendamenti alla fine del documento costituzionale, piuttosto che riscrivere le vecchie disposizioni costituzionali, il lettore deve interpretare le disposizioni costituzionali verificando che gli emendamenti non le abbiano modificate in modo implicito o esplicito. Pertanto è necessaria una lettura olistica del documento costituzionale. DD, p. 30.

⁽⁸²⁾ Strauss, ritiene plausibili, anche se anacronistiche, delle letture della Costituzione attraverso un'analisi del linguaggio ordinario del testo. Amar non è d'accordo con questi, sottolineando il fatto che il testo costituzionale non ha solo funzione linguistica. David A. Strauss, *Common Law Constitutional Interpretation*, in "University of Chicago Law Review", 63, 1996, p. 877 ss.

parte del potere costituente che lo ha ratificato e dal potere costituito che successivamente lo ha emendato.

Al fine di poter comprendere l'esatta applicazione del testualismo olistico alle disposizioni costituzionali, si propone qui di seguito, in breve sintesi, l'analisi intratestuale del caso *McCulloch v. Maryland* ⁽⁸³⁾. La domanda che viene sottoposta alla Corte Suprema è: il Congresso ha il potere di creare una Banca federale, nonostante questa facoltà non sia ricompresa tra quelle enucleate nell'articolo I sezione 8° della Costituzione? Se si analizza l'articolo I, sezione 8° si evince che il Congresso ha la facoltà: "di fare tutte le leggi necessarie ed adatte per l'esercizio dei poteri di cui sopra, e di tutti gli altri poteri di cui la presente Costituzione investe il governo degli Stati Uniti, o i suoi dicasteri ed uffici". La questione è: il Congresso, all'interno della facoltà di fare tutte le leggi necessarie e adatte per l'esercizio dei poteri statali, ha anche il potere di creare una Banca federale? Secondo la sentenza *McCulloch v. Maryland*, sì ⁽⁸⁴⁾. Come è possibile giustificare tale decisione, utilizzando la tecnica intratestualista? Se si analizza la parola *necessaria* in riferimento all'articolo I, 10°, in cui si recita che: "[...] Nessuno Stato potrà, senza il consenso del Congresso, stabilire imposte o diritti di qualsiasi genere sulle importazioni e sulle esportazioni, ad eccezione di quanto sia assolutamente necessario per dare esecuzione alle proprie leggi di ispezione", si nota che la parola *necessario* può supportare un avverbio che può modificare la sua ristrettezza, cioè l'avverbio "assolutamente". Senza un avverbio come *absolutely*, la parola *necessario* potrebbe essere letta in modo flessibile e non ristretto. Pertanto, il Congresso ha il potere di creare la Banca federale, nonostante questa funzione non sia espressamente stabilita nel dettato costituzionale. Ecco un tipico esempio di intratestualismo: stabilire il significato di una parola in una disposizione costituzionale, analizzando il suo uso in un'altra disposizione costituzionale ⁽⁸⁵⁾.

3.2. Conclusioni

Amar, nel suo saggio, *intratextualism*, ha proposto una innovativa tecnica interpretativa della Costituzione americana ⁽⁸⁶⁾, che assume un rilievo centrale all'interno del dibattito riguardante le modalità con cui una Costituzione formale e rigida può mutare nel corso del tempo. Così, egli ha rinvenuto nella prassi tre possibili metodi di revisione della Costituzione: quello che si verifica per mezzo dell'attività della Corte Suprema, attraverso la procedura

⁽⁸³⁾ 17 U.S. 316, 1819.

⁽⁸⁴⁾ *Ibidem*, 407-08.

⁽⁸⁵⁾ IT, p. 757.

⁽⁸⁶⁾ Si veda il §. 3.

di *judicial review*; quello formale previsto dalla Costituzione americana all'articolo V; quello da lui proposto, che si fonda sulla sovranità popolare⁽⁸⁷⁾. Per quanto concerne il primo metodo di revisione, in cui la Costituzione viene assimilata alla legge, a seguito dell'attivismo giudiziale delle Corti Warren e Burger, si ritiene che esso abbia portato a una maggiore politicizzazione della sfera giurisdizionale. Così, invece di produrre nuovi consensi, l'attivismo giudiziale ha introdotto gravi conflitti politici nell'arena costituzionale. Le aspre contrapposizioni sulle nomine dei giudici della Corte e l'incapacità della Corte di rispettare criteri minimi di coerenza e logicità costituiscono la prova evidente di questa politicizzazione⁽⁸⁸⁾. Benché i costituzionalisti continueranno a concentrare la loro attenzione sulla Corte Suprema, le reali sfide che il costituzionalismo americano deve affrontare si annidano altrove. È sbagliato ritenere, come fa Amar, che il governo federale non è più in sintonia con il popolo. Certo, un'importante causa di tensioni del sistema rappresentativo americano è data dal costante bombardamento di istanze e domande di gruppi di interesse che si avvalgono di una pluralità di mezzi di comunicazione per dare vita a un loro personale modello di democrazia diretta. Questa "iperdemocrazia", infatti, non rappresenta, in realtà, gli interessi di tutti i cittadini, e rivendica una legittimazione che si pone in seria competizione con le istanze del Congresso, legittimate dagli elettori⁽⁸⁹⁾. A livello statale, questa pulsione verso la democrazia diretta ha dato vita ad un ricorso crescente della legislazione per via referendaria. Non è chiaro, peraltro, se queste iniziative hanno introdotto una maggiore fiducia nei confronti dei governi degli stati. La dislocazione dell'autorità politica costituisce un'altra difficoltà del sistema rappresentativo. Il frequente ricorso alle agenzie indipendenti e ai tribunali ai fini delle assunzioni delle decisioni politiche di rilievo diminuisce l'importanza delle elezioni nel processo decisionale politico e può accrescere nei cittadini la sensazione di non potere controllare le iniziative del governo. Al di là dell'inquadramento di queste tendenze del costituzionalismo americano, è importante rendersi conto che l'ordinamento costituzionale può conoscere significative modificazioni anche in assenza di emendamenti formali o di decisioni giudiziali. Si dovrebbe contrastare quella prospettiva, favorita dal concetto di assimilazione della Costituzione alla legge, secondo la quale sarebbe pericoloso tentare di cambiare la Costituzione per gli effetti che deriverebbero all'immutabilità del testo ed alla stabilità delle istituzioni dallo stesso disciplinate. Infatti, l'ordinamento costituzionale subisce mutamenti senza ricorrere ad emendamenti o a decisioni giudiziali, e ciò continuerà ad accadere. È possibile, forse,

⁽⁸⁷⁾ Sull'argomento, si veda il §. 2.1.

⁽⁸⁸⁾ CA, p. 359 ss.

⁽⁸⁹⁾ Si veda R. TONER, *The Art of Reprocessing the Democratic Process*, in "New York Times", 4.09.1994, sec. 4, p. 1.

proporre una distinzione tra due concetti: il concetto di revisione e quello di trasformazione. Mentre per revisione si intende una modifica formale della Costituzione effettuata secondo quanto previsto dalle disposizioni previste dalle stesse Costituzioni⁽⁹⁰⁾, una sua trasformazione si verifica quando la Costituzione muta rispetto alla sua presumibile portata originaria senza che intervenga una revisione formale⁽⁹¹⁾. Nell'analizzare la realtà costituzionale americana, è necessario porre, in posizione centrale, il ruolo degli operatori del diritto, tra i quali, in primo luogo è possibile annoverare i giuristi e la giurisprudenza. Se alla lettura della Costituzione partecipano anche gli altri poteri dello Stato (il potere legislativo, ad esempio), il punto di vista da adottare rimane comunque quello dell'operatore giuridico, e anzi il diritto giurisprudenziale costituzionale è da considerare come il principale specchio delle trasformazioni. Quando la Costituzione si trasforma, possiamo parlare di Costituzione vivente, o Costituzione vigente, da intendere come la Costituzione che viene effettivamente applicata. Queste trasformazioni possono avere:

- 1) un carattere minimo, e pertanto, comportano un impercettibile mutamento delle Costituzioni, potendo riguardare aspetti specifici e/o particolari;
- 2) un carattere ampio, e possono, quindi, anche mutare il volto della forma di Stato.

In queste trasformazioni gioca un ruolo fondamentale la "formula politica", cioè l'insieme di valori relativi alla forma di Stato ed alla forma di governo vissuti in maniera relativamente stabile dalle classi dirigenti, in generale, e da quelle politiche, in particolare. Questo concetto di "formula politica"⁽⁹²⁾ è in concorrenza con il concetto di "Costituzione materiale" nel senso che è preferibile riferirsi alla prima formulazione in quanto la seconda viene spesso scambiata con il concetto di Costituzione vigente. Alcune Costituzioni formali mutano principalmente attraverso revisioni, dettate dalla "formula politica" che spinge e conduce ad una modifica in quella direzione; altre Costituzioni, invece, mutano principalmente per trasformazione. A tal proposito, ritengo decisivo il grado di praticabilità del procedimento di revisione. Se tale procedimento è facilmente attivabile, è probabile che le modifiche passino attraverso la revisione; se sono difficili o addirittura

⁽⁹⁰⁾ E quindi, attraverso la procedura formale dell'articolo V o quella proposta da Amar, che utilizza il combinato disposto del Preambolo della Costituzione con l'articolo VII.

⁽⁹¹⁾ Un esempio tipico di trasformazione della Costituzione americana senza alcuna modifica del suo testo originario, è data dall'azione del *judicial review* della Corte Suprema.

⁽⁹²⁾ La "formula politica" è il modo di sentire prevalente nella comunità, ma non l'unico e nel corso degli anni si possono dare conflitti molto grossi che rendono manifesta, in fondo, la debolezza della "formula politica" stessa.

quasi impossibile da attuare (ciò che accade nella Costituzione americana) è probabile, allora, che le Costituzioni si trasformino per mezzo di nuove letture, anche profonde e radicali, del testo costituzionale. In America, la Costituzione prevede difficili possibilità di revisione, vista la difficile attuazione della procedura regolata dall'articolo V, e quindi la Carta fondamentale rischia di passare, da strumento di disciplina dell'attività politica, a ostaggio di quest'ultima⁽⁹³⁾. Per contro, l'eccessiva difficoltà di modificazione della Costituzione potrebbe causare instabilità politica, potrebbe far sì che la Costituzione venga ignorata, e quindi può comportare modificazioni che non hanno luogo secondo il procedimento di emendamento⁽⁹⁴⁾. Pertanto, la Costituzione americana vivente non è più la Costituzione dei *Framers*, e neanche di quella, in qualche modo, corretta con la formale revisione del V emendamento. La ricostruzione degli storici ci dice che il concetto di eguaglianza era di tipo liberale, restrittivo, basato sulla garanzia dei diritti fondamentali. Comunque sia, sicuramente oggi la Costituzione americana non è più quella voluta e pensata secondo un'ottica completamente liberale dai padri fondatori. Dal punto di vista storico, questa profonda evoluzione per cui il testo è rimasto identico ma nella sostanza è cambiato, non presenta problemi. Invece, dal punto di vista del giurista, ciò crea problemi, in quanto ci si preoccupa di analizzare la legittimità delle trasformazioni nel frattempo intervenute. Di questo problema si è occupato Amar, ma già altri prima di lui avevano sostenuto non legittime tali trasformazioni⁽⁹⁵⁾, in quanto l'unico modo legittimo per modificare la Costituzione rimarrebbe il ricorso alle

⁽⁹³⁾ Analizzando in particolare il caso americano, va sottolineato come le revisioni costituzionali importanti nella storia del costituzionalismo siano state relativamente poche. Tralascio di considerare la stessa adozione della Costituzione americana. Rilevante è certamente il *Bill of Rights* ossia i primi 10 emendamenti (lasciando da parte l'XI emendamento) relativi ai diritti della persona da garantirsi a livello di Stato federale. Particolarmente importanti sono stati i tre emendamenti adottati a seguito della guerra civile, in particolar modo il XIV, in quanto ha esteso il principio del *due process of law* anche a livello degli stati membri. In seguito ai tre emendamenti della guerra civile si procede con alcuni altri emendamenti, il XVI e XVII, anch'essi importanti in quanto toccano il modello della Costituzione liberale, strenuamente difeso dalla Corte Suprema. Ci si riferisce al XVI emendamento che stabilisce una imposta sui redditi centrale graduata e che inaugura il modello di Stato interventista sociale; al XVII emendamento di modifica dell'elezione del Senato che diventa diretta espressione del popolo; al XIX emendamento relativo al diritto di voto femminile; al XXII emendamento che vieta il 3° mandato consecutivo alla carica presidenziale. Va rilevato che gli emendamenti XIV e XV sono stati adottati in maniera irregolare perché il consenso degli Stati del Sud è stato letteralmente estorto anche con l'insediamento di governi fasulli. Sul punto si veda S.M. GRIFFIN, ult.op. cit., p. 164 ss.

⁽⁹⁴⁾ Si veda S. HOLMES & C.R. SUNSTEIN, *The Politics of Constitutional Revision in Eastern Europe*, in LEVINSON, *Responding to Imperfection*, cit., p. 275.

⁽⁹⁵⁾ Si veda B. ACKERMAN, *We the People: Foundations*, cit.; S. LEVINSON, *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, cit.; J.R. VILE, *Constitutional Change in the United States*, Praeger, Westport, 1994; M.J. HORWITZ,

procedure di revisione di cui all'art. 5, o a quella da Amar stesso prospettata nel suo saggio, *Intratetualism* ⁽⁹⁶⁾. Venendo alla tesi di Amar, essa può essere considerata la tipica reazione di un giurista che si interroga sulla legittimazione di questo nuovo modo di leggere la Costituzione. Neanche la lettura dei giudici può essere considerata quella giusta, in quanto essi non sono democraticamente legittimati. Punto cruciale della tesi di Amar è la formula del Preambolo, la famosa "We the people". Il popolo sovrano si riserverebbe di seguire modi di trasformazione diversi dalla revisione prevista dall'art. 5. Sono quei procedimenti che passano attraverso una fase di crisi (pensiamo alla crisi del '29) in cui le elezioni diventano il momento decisivo. In questo modo, anche gli avversari devono accettare la nuova lettura della Costituzione ⁽⁹⁷⁾. Nei confronti di questa tesi, accettata anche da Amar, esprimo una serie di dubbi. Innanzitutto, è assolutamente dubbio che la formula *We the people* volesse alludere all'idea del popolo americano inteso come unità. La maggioranza del tempo pensava alla Costituzione semplicemente come ad un patto tra Stati. Inoltre, non credo che coloro che hanno formulato e ratificato la Costituzione, abbiano pensato alle possibilità di macrotrasformazioni. La seconda obiezione è che, se è vero che le trasformazioni sono avvenute in momenti di "fase alta" (il *New Deal*, ad esempio) è anche vero che, spesso, esse avvengono in maniera strisciante. Ci sono microtrasformazioni che accumulandosi ed incrementandosi reciprocamente determinano cambiamenti consistenti. Concludendo, è pertanto, possibile attribuire due obiettivi alla generazione dei costituenti: essi volevano che l'attività dello Stato fosse disciplinata e guidata dal diritto scritto, e volevano preservare la caratteristica della Costituzione come quadro generale, destinato a perdurare nel tempo. Il problema è che questi due obiettivi sono inconciliabili quando si prende in considerazione la necessità di adattare la Costituzione alle mutevoli circostanze. L'esperienza del costituzionalismo americano dimostra che si può conservare il carattere scritto della Costituzione solo a spese dell'abbandono della caratteristica di quadro generale di questo documento, e si può mantenere tale caratteristica solo abbandonando la concezione secondo la quale tutte le modificazioni costituzionali più importanti debbono seguire il procedimento di revisione ⁽⁹⁸⁾.

Foreword. *The Constitution of Change: Legal Fundamentalism Without Fundamentalism*, in "Harvard Law Review", 107, 1993, pp. 32 ss.; L. LESSIG, *Understanding Changed Readings: Fidelity and Theory*, in "Stanford Law Review", 47, 1995, pp. 395 ss.

⁽⁹⁶⁾ Sul punto, si veda il § 2.1.

⁽⁹⁷⁾ Sul punto, si veda il §. 2.1.

⁽⁹⁸⁾ Per una visione generale della problematica, si veda CA, pp. 61-113; J. ARTHUR, *The Unfinished Constitution: Philosophy and Constitutional Practice*, Wadsworth, Belmont, 1989; ID., *Words, That Bond: Judicial Review and the Grounds of Modern Constitutional Theory*, Westview, Boulder, 1995.

ABSTRACT

This essay discusses about an important conception of the American constitutional interpretation, proposed by Akhil Reed Amar. Particularly, after exposing an introduction about agents, kind of constitutional interpretation, and the text of Constitution, it describes olistic textualism. It is an important form of constitutional argument bearing a distinguished legal pedigree. After examining the use of the technique in landmark judicial opinions and scholarly works, this essay will analyzes some of its distinctive features and how powerful this kind of constitutional interpretation can be in the contemporary constitutional discussion.

In questo saggio, si analizza un'importante concezione dell'interpretazione della Costituzione americana, proposta da Akhil Reed Amar, denominata intratestualismo. In particolare, dopo aver proposto un'introduzione circa gli agenti, i tipi di interpretazione costituzionale e la peculiarità di tale testo normativo, vengono analizzate le caratteristiche essenziali del testualismo olistico. Esso rappresenta un peculiare approccio interpretativo che si distingue per un determinato *pedegree* giuridico che lo definisce. Dopo aver esaminato l'utilizzo di tale tecnica interpretativa nella teoria e nella prassi giurisprudenziale, si verifica la potenzialità interpretativa insita in tale modello teorico, e come quest'ultimo possa rappresentare un innovativo approccio ermeneutico all'interno della contemporanea discussione sull'interpretazione della Costituzione americana.

GIOVANNI TUZET

NORME E NOVITÀ II

*Wherever the Roman speech was, there was Rome,
Wherever the speech crept, there was mastery
Spoke with the law's voice while your Greek logicians...*
(Ezra Pound)

Uno scritto comparso nel precedente volume di questa collana porta il titolo "Norme e novità". Alla luce di ulteriori implicazioni concettuali abbiamo deciso di considerare il presente scritto come seconda parte di una più complessa ricerca sulla relazione fra norme e novità⁽¹⁾. Ricordiamo che tale ricerca si giustifica nei termini di una concezione evuzionista e pragmatista delle norme, secondo cui la normatività si determina in una dimensione storica e finale.

In quella che ora è divenuta la prima parte della ricerca⁽²⁾, si è considerata più che altro la relazione fra *novità* ed *entità normative*, vale a dire le entità oggetto di normazione e di cui si occupano le scienze normative, ossia l'estetica, l'etica e la logica. Le conclusioni principali cui siamo pervenuti sono le seguenti: la novità è una condizione necessaria affinché un oggetto sia estetico; non è una condizione necessaria affinché un atto sia etico; è una condizione necessaria affinché un pensiero sia logico ed informativo.

In questa seconda parte, ci occupiamo più direttamente della relazione fra *norme* e *novità*. Vale a dire: una norma, per essere tale, deve essere nuova? Più specificamente: una norma estetica, per essere tale, deve essere nuova? una norma etica, per essere tale, deve essere nuova? una norma logica, per essere

(¹) Ringraziamo il prof. Mauro Barberis per lo spunto da cui si è sviluppato il presente scritto: valutare la concezione secondo cui la norma giuridica è in quanto tale essenzialmente *nuova*.

(²) G. TUZET, *Norme e novità*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, sez. V, vol. XVI, 2002, pp. 243-252.

tale, deve essere nuova? La questione è: se le norme non sono inferibili, ogni norma è nuova. Ma questo sembra troppo netto. Sosterremo che le norme *non inferibili* sono nuove in un senso forte e che le norme *inferibili* sono nuove in un senso debole.

1. – Una maniera più precisa di formulare le domande poste è la seguente. Se il fine dell'*estetica* è il bello e se una norma estetica è una norma da seguire per realizzare o apprezzare degli oggetti belli, una norma estetica deve essere nuova? Se il fine dell'*etica* è il bene e se una norma etica è una norma da seguire per compiere degli atti buoni, una norma etica deve essere nuova? Se il fine della *logica* è la verità e se una norma logica è una norma da seguire per inferire dei pensieri veri, una norma logica deve essere nuova?

Una risposta generale dipende dal problema dell'*inferibilità delle norme*. Il problema è se si diano relazioni inferenziali fra norme. Se non si danno, ogni norma è nuova in quanto non derivabile da un'altra norma. Se si danno, le norme inferibili non sono nuove. Ma se si danno, non si potrebbe aggiungere che, in certo senso più debole, anche una norma inferibile è nuova nel momento in cui viene inferita? Quando una norma individuale (Basilio deve fare *q*) è inferita da una norma generale (Tutti i membri della famiglia di Basilio devono fare *q*), non viene inferita una norma nuova? In questo senso ci sarebbero delle differenze fra i tipi di norme e la loro novità a seconda della loro inferibilità? Prendendo ad esempio le norme giuridiche (che in una classificazione delle scienze normative si possono considerare come una variante delle norme etiche), vi è da ricordare una nota posizione kelseniana: applicando una norma generale il giudice crea al contempo una norma individuale; la posizione contraria è altrettanto nota: il giudice non crea affatto una norma individuale, ma la inferisce deduttivamente da una norma generale e al limite, in presenza di una lacuna, crea una norma generale⁽³⁾. Ora, a prescindere dal merito, che differenza ci sarebbe fra la novità di una norma *inferita* e la novità di una norma *creata*? Non sembra sufficiente dire che la prima è una novità in senso debole e la seconda in senso forte, se non si specificano tali connotazioni. Prima di vedere di quali forme di novità si tratterebbe e quali conseguenze comporterebbero, è però da chiarire il problema in questione, ossia il *problema deontico*.

2. – Il problema deontico può essere riassunto come segue, prendendo ad esempio il ragionamento giudiziale. Secondo le concezioni deduttiviste, il ragionamento giudiziale inferisce deduttivamente una norma individuale da una norma generale (premessa maggiore) e da un fatto (premessa minore). Si tratterebbe dunque di un ragionamento che implica delle relazioni inferen-

⁽³⁾ Vedi ad esempio E. BULYGIN, *Norme, validità, sistemi normativi*, Giappichelli, Torino, 1995, capitoli I e XIV.

ziali fra norme (una premessa normativa e una conclusione normativa). Ma le relazioni fra norme sono relazioni *logiche*? Da un punto di vista logico, la deduzione è l'inferenza le cui conclusioni sono necessariamente vere se le premesse sono vere. Se p e $se\ p\ allora\ q$ sono vere, è necessariamente vero che q . Ma cosa accade se q ha un carattere normativo, se cioè non segue aleticamente ma *normativamente* da p ? Nel ragionamento giudiziale deduttivo (come nell'analogo ragionamento morale) una delle premesse non è in senso stretto una premessa vera: la premessa costituita dalla norma generale è una premessa normativa. Ora, se crediamo che le norme non possano essere vere o false, la premessa normativa non può essere vera. Se la premessa normativa non può essere vera, come una conclusione logica può esserne derivata? Possiamo derivare una conclusione logica da enunciati che non sono né veri né falsi?

Si tratta di un problema ben noto in logica deontica. Si usa ricordare Jørgen Jørgensen, che nel 1938 espone la tesi che in seguito verrà chiamata dell'*inerzia logica* delle norme: dato che le norme non sono né vere né false e che i principi logici valgono per gli enunciati che sono veri o falsi, non vi sono relazioni logiche fra norme⁽⁴⁾. Di conseguenza, non possiamo inferire una norma da una norma; di conseguenza il ragionamento giudiziale, che trae una conseguenza normativa da una premessa normativa, non è un ragionamento *logico*.

L'argomento di Jørgensen prende avvio dalle considerazioni di Poincaré sull'impossibilità di derivare delle conclusioni normative da premesse non normative; a questa tesi si potrebbe obiettare che si possono derivare delle conclusioni normative se almeno una premessa è normativa; allora Jørgensen rinforza la tesi di Poincaré sostenendo che una norma non può fungere né da premessa né da conclusione poiché le relazioni di inferibilità valgono solo fra enunciati veri o falsi e poiché le norme non sono né vere né false⁽⁵⁾.

Jørgensen non si limita d'altro canto a queste considerazioni. Vi aggiunge la considerazione che le inferenze fra norme sono ordinariamente ammesse nella nostra pratica di ragionamento. Ad esempio, dalla premessa maggiore

(4) J. JØRGENSEN, *Imperatives and Logic*, in *Erkenntnis*, vol. 7, 1937-1938, pp. 288-296. Cfr. A.G. CONTE, *Filosofia del linguaggio normativo*, I, Giappichelli, Torino, 1989, p. 5; ID., *Filosofia del linguaggio normativo*, III, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 641-644, 832-833. La tesi di Carnap 'In logica non v'è morale' è riformulata da Conte per formulare quella di Jørgensen: 'In morale non v'è logica'. Per la precisione, si consideri che Jørgensen formula la propria tesi a riguardo degli *imperativi*; che *ipso facto* valga anche per le norme non è scontato.

(5) "Imperative sentences are not only unable to be conclusions in inferences with indicative premisses, but they are unable too of being premisses in inferences and so seem to be unable to function as part of any logical argument at all" (J. JØRGENSEN, *op. cit.*, p. 289).

che le promesse devono essere mantenute e dalla premessa minore che P è una promessa, si trae la conclusione che P deve essere mantenuta. Da questo insieme di considerazioni si origina il cosiddetto *dilemma* di Jørgensen, che possiamo formulare nelle tre proposizioni seguenti ⁽⁶⁾.

- (1) Le relazioni di inferibilità valgono solo fra enunciati veri o falsi
- (2) Gli enunciati normativi non sono né veri né falsi
- (3) Vi sono inferenze fra enunciati normativi.

Le tre proposizioni non possono essere congiuntamente vere. Come è possibile che (3) sia vera se lo sono anche (1) e (2)? Quale abbandonare o modificare?

Diverse soluzioni sono state avanzate. La più comune è quella di abbandonare (1): in una concezione meno stretta della logica sussistono relazioni di inferibilità anche fra enunciati normativi, il che rende conto di (3) e non è incompatibile con (2).

Una soluzione più radicale è quella di non accettare (2) e sostenere che anche gli enunciati normativi sono veri o falsi. Diversi tentativi sono stati fatti per dimostrarlo ⁽⁷⁾. Senza particolari presupposti metafisici lo si può sostenere in termini pragmatisti dicendo che gran parte delle norme esprimono delle relazioni fra mezzi e fini suscettibili di essere vere o false.

La terza soluzione è quella di non accettare (3), ovvero di precisare l'idea che esistano inferenze fra enunciati normativi. Questa è la nota soluzione di Georg H. von Wright nel 1963, secondo cui non sussistono relazioni logiche fra le norme stesse (o enunciati normativi) ma sussistono fra le *proposizioni normative*, cioè le proposizioni espresse dagli enunciati (non normativi) che asseriscono l'esistenza di norme ⁽⁸⁾. Pur in termini diversi (norme e asserti metalinguistici su norme) la soluzione è stata proposta anche da Norberto Bobbio e comunque è già prospettata da Jørgensen nel momento in cui

⁽⁶⁾ Questa è la formulazione che ne dà Jørgensen nello scritto considerato: "According to a generally accepted definition of logical inference only sentences which are capable of being true or false can function as premisses or conclusions in an inference; nevertheless it seems evident that a conclusion in the imperative mood may be drawn from two premisses one of which or both of which are in the imperative mood" (J. JØRGENSEN, *op. cit.*, p. 290).

⁽⁷⁾ Vedi in particolare G. KALINOWSKI, *Le problème de la vérité en morale et en droit*, Emmanuel Vitte, Lyon, 1967; *contra* vedi A. PINTORE, *Il diritto senza verità*, Giappichelli, Torino, 1996; cfr. R. WALTER, *Jørgensen's Dilemma and How to Face it*, in *Ratio Juris*, vol. 9, 1996, pp. 168-171.

⁽⁸⁾ G.H. VON WRIGHT, *Norma e azione* (1963), trad. di A. Emiliani, Il Mulino, Bologna, 1989. Peraltro, non è la sola soluzione proposta da von Wright nel corso della sua complessa e ricca riflessione; cfr. ad esempio *Id.*, *Deontic Logic*, in *Mind*, vol. LX, 1951, pp. 1-15; *Id.*, *Is there a Logic of Norms?*, in *Ratio Juris*, vol. 4, 1991, pp. 1-15; per un quadro cfr. P. DI LUCIA, *Deontica in von Wright*, Giuffrè, Milano, 1992.

delinea la possibilità di ‘trasformare’ gli enunciati normativi in enunciati che descrivono ciò che è normativo⁽⁹⁾.

3. – Prima di tornare alla questione della novità approfondiamo le tre soluzioni al dilemma di Jørgensen. La terza soluzione è parsa a molti logici la più soddisfacente. Eugenio Bulygin, ad esempio, ne ha specificati i termini in questo modo: la norma non è il *contenuto* di un enunciato ma il *risultato* di un certo uso (prescrittivo) del linguaggio; in questo senso, le norme non sono entità simili alle proposizioni e fra esse non può sussistere una specifica logica; relazioni logiche possono sussistere fra le *proposizioni normative* ma non fra le *norme* (10). L’argomento è acuto, ma la tesi per cui la normatività riguarda il risultato di un atto illocutorio e non il contenuto di un enunciato è una tesi discutibile. Bulygin ha distinto a questo riguardo una concezione *espressiva* e una concezione *hiletica* delle norme. Per la prima, la normatività sta in un determinato *uso* degli enunciati. Per la seconda, sta in un determinato *significato* degli enunciati (11). Per la concezione hiletica, le norme così come le proposizioni sono indipendenti dagli atti linguistici che le enunciano ma a differenza delle proposizioni (che sono vere o false) le norme non sono né vere né false. Non sono né vere né false dal momento che hanno un significato non descrittivo ma prescrittivo. Secondo tale concezione, quindi, se è vero che relazioni logiche sussistono fra enunciati dotati di significato, fra le norme sussistono relazioni logiche, giacché le norme sono enunciati dotati di significato, benché consista in un tipo particolare di significato, cioè in un significato prescrittivo (12). Ma ci si può chiedere se

(9) J. JØRGENSEN, *op. cit.*, pp. 292-293; N. BOBBIO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Torino, 1994, cap. VII (cfr. anche cap. VI).

(10) Cfr. E. BULYGIN, *op. cit.*, pp. 94-95. Cfr. già J. JØRGENSEN, *op. cit.*, p. 291 che sulla base di un’idea di W. Dubislav prospetta la seguente soluzione: in ogni enunciato imperativo vi è un fattore imperativo e vi è un fattore indicativo (in altri termini, frastico e neustico); il primo indica *che* qualcosa è comandato e il secondo descrive *che cosa* è comandato. La distinzione è intuitiva e può corrispondere a quella fra atto illocutorio e contenuto; il punto è che, per risolvere il dilemma, Jørgensen prospetta su questa base una ‘derivabilità’ degli enunciati indicativi da quelli imperativi, ma a nostro avviso non chiarisce a sufficienza le modalità di tale ‘derivazione’.

(11) E. BULYGIN, *op. cit.*, pp. 151-153, 161-163. “Per la concezione espressiva, il quid specificamente normativo ha natura pragmatica: non sta dunque nel significato dell’enunciato, ma nel suo uso” (*ibid.*, p. 151). “Per la concezione hiletica, al contrario, le norme sono enunciati con un significato specifico, normativo o prescrittivo” (*ibid.*, p. 152).

(12) “Le norme, al pari delle proposizioni, sono entità ideali indipendenti da qualunque atto linguistico. Ma una norma si differenzia da una proposizione precisamente nel suo significato, che è non descrittivo, ma prescrittivo. E, naturalmente, tra enunciati dotati di significato possono darsi relazioni logiche. Pertanto, non occorre postulare che le norme abbiano valori di verità: la differenza tra il

occorra davvero accogliere una concezione *hiletica* (con tutte le perplessità metafisiche e semantiche che la accompagnano) per ammettere la sussistenza di relazioni logiche fra norme, e se non basti dire – nello stile della prima soluzione al dilemma – che le relazioni logiche valgono *sic et simpliciter* fra i contenuti degli enunciati, normativi o non normativi che siano. Con ciò il dilemma di Jørgensen si scioglierebbe in una concezione ampia delle relazioni logiche. Inoltre, un problema serio di cui la terza soluzione deve comunque rendere conto è quello del presunto isomorfismo fra le proprietà delle norme e le proprietà logiche degli enunciati sulle norme; la tesi dell'isomorfismo, avanzata da von Wright, è tanto suggestiva quanto oscura⁽¹³⁾.

Questo per quanto riguarda la terza soluzione. Sulla seconda e in particolare sulla sua versione pragmatista si deve ammettere che è difficile ridurre tutte le norme a norme vere o false in quanto determinate da relazioni fra mezzi e fini; le norme morali cosiddette categoriche non vi sembrano riducibili. Ma si potrebbe invocare un altro argomento a favore della seconda soluzione: l'applicabilità dello schema tarskiano – o di schemi analoghi – alle norme. Ad esempio, si potrebbe dire che la norma 'È vietato uccidere' è vera se e solo se è vietato uccidere. In questo senso minimale, ha sostenuto Bulygin⁽¹⁴⁾, si potrebbe predicare la verità o la falsità delle norme, ma se lo schema di Tarski viene inteso in senso corrispondentista, ha aggiunto, occorre mostrare quali siano i *fatti* che *rendono vere le norme*. Si potrebbe obiettare che lo schema di Tarski va inteso in una diversa chiave, non corrispondentista⁽¹⁵⁾. Ma a tal punto, obietteremmo come ha obiettato Pascal Engel a simili argomenti, la parificazione sintattica della verità di enunciati normativi come 'È vietato uccidere' e di enunciati descrittivi come 'Roma è a sud di Berlino' non renderebbe un buon servizio né agli uni né agli altri, giacché ne farebbe perdere le specificità⁽¹⁶⁾. Una concezione in cui la

significato (descrittivo) degli enunciati proposizionali e il significato prescrittivo degli enunciati normativi si fonda precisamente sul fatto che questi ultimi non sono né veri né falsi" (E. BULYGIN, *op. cit.*, pp. 152-153).

⁽¹³⁾ Cfr. DI LUCIA, *op. cit.*, p. 90.

⁽¹⁴⁾ Cfr. E. BULYGIN, *op. cit.*, pp. 93, 102.

⁽¹⁵⁾ Cfr. in particolare G. VOLPE, *A Minimalist Solution to Jørgensen's Dilemma*, in *Ratio Juris*, vol. 12, 1999, pp. 59-79; ID., *Minimalism and Normative Reasoning: A Reply to Sean Coyle*, in *Ratio Juris*, vol. 15, 2002, pp. 319-327; nonché S. COYLE, *The Possibility of Deontic Logic*, in *Ratio Juris*, vol. 15, 2002, pp. 294-318.

⁽¹⁶⁾ È importante notare, rileva Engel, che se la suscettibilità di verità (*truth-aptness*) si riduce ad una proprietà sintattica delle frasi allora non hanno più pregnanza le distinzioni fra cognitivismo e non-cognitivismo, espressivismo, emotivismo ecc. "Expressivism in ethics says that ordinary moral judgements such as «torture is wrong» are *not* truth-apt: they are neither true nor false, but are expressions of feeling or emotions. But, on the minimalist picture, if truth-aptness amounts just to «syntactic discipline», the expressivist view is automatically ruled

verità è un predicato sintattico perde certe distinzioni semantiche come quella fra enunciati descrittivi ed enunciati prescrittivi.

La soluzione che sembra più agevole e intuitiva è la prima. Dal canto nostro, in questo senso, riteniamo che sia decisamente implausibile restringere i principi logici e il loro utilizzo al punto di negare che il ragionamento normativo sia logico⁽¹⁷⁾. Se non vogliamo difendere una visione impoverita della logica e del ragionamento, dobbiamo rendere conto del fatto che i nostri principi di inferenza valgono intuitivamente per entrambi i tipi di enunciati, normativi e non normativi. La nostra attività ordinaria di ragionamento ha a che fare con questioni pratiche che implicano premesse normative e conclusioni normative. Piuttosto che trattarle come non-logiche, sembra preferibile adottare una più larga concezione della logica. Vale a dire, una concezione in armonia con la conoscenza pratica e il ragionamento pratico⁽¹⁸⁾.

A ciò si può aggiungere un argomento *abduittivo* a favore dell'inferenza fra norme. O meglio, un'inferenza alla migliore spiegazione del fatto che ordinariamente ragioniamo con premesse e conclusioni normative⁽¹⁹⁾. L'argomento è il seguente.

Prima premessa: è vero che ragioniamo ordinariamente con premesse e conclusioni normative.

Seconda premessa: se fosse vero che i principi di inferenza valgono sia per gli enunciati normativi che per gli enunciati non normativi, sarebbe normale ragionare con premesse e conclusioni normative.

out. This can be seen easily if truth-aptness is just a matter of satisfaction of the disquotational schema" (P. ENGEL, *Truth*, Acumen, Bucks, 2002, p. 82). C'è una tensione fra espressivismo e minimalismo: se l'espressivista nega la *truth-aptness* per gli enunciati morali deve ammetterla per gli enunciati non morali, altrimenti cade la premessa stessa dell'espressivismo (*ibid.*, p. 109).

⁽¹⁷⁾ Per Kalinowski, in modo ancora più netto, il dilemma di Jørgensen è semplicemente artificiale. "On ne sort pas de l'étonnement (auquel se mêle un sentiment d'inquiétude) dont on est saisi à la vue des syllogismes les plus bizarres artificiellement et arbitrairement construits par ces auteurs pour rendre compte de certaines «quasi-inférences» normatives ou impératives. Plutôt inventer des détours invraisemblables que de reconnaître des raisonnements normatifs ou impératifs! Ils ne veulent pas s'incliner devant le fait que nous raisonnons en utilisant des normes ou des impératifs comme conclusions et prémisses" (G. KALINOWSKI, *Études de logique déontique, I (1953-1969)*, LGDJ, Paris, 1972, p. 63).

⁽¹⁸⁾ Si noti però una conseguenza di questo argomento: la possibilità di rendere conto della logica a prescindere dalla nozione di verità, il che costituisce un problema per chi, come chi scrive, tenderebbe a difendere una concezione semantica – e non sintattica – della logica (cfr. C.E. ALCHOURRÓN, A.A. MARTINO, *Logic Without Truth*, in *Ratio Juris*, vol. 3, 1990, pp. 46-67).

⁽¹⁹⁾ Sull'abduzione come inferenza alla migliore spiegazione cfr. J.R. JOSEPHSON, S.G. JOSEPHSON (eds.), *Abductive Inference*, Cambridge University Press, 1994.

Conclusione: è plausibile credere che i principi di inferenza valgano sia per gli enunciati normativi che per gli enunciati non normativi.

Non è un argomento probante in senso pieno – come nessuna abduzione lo è – ma è un argomento non trascurabile.

Per la prima e la seconda soluzione, tracciando ora un bilancio, la risposta al problema deontico è affermativa: se le norme sono vere o false (seconda soluzione), le conclusioni normative sono conclusioni logiche; se non lo sono, una concezione della logica sufficientemente larga (prima soluzione) garantisce comunque le relazioni di inferibilità fra norme. Con la terza soluzione, invece, la risposta è negativa (non vi è inferibilità fra norme), ma vi è inferibilità fra proposizioni normative.

4. – Da quanto detto traiamo ora delle conseguenze circa la relazione fra norme e novità. Se le norme non sono inferibili, come si è anticipato, ogni norma è nuova⁽²⁰⁾. Se sono inferibili, non sono nuove (almeno in un senso forte). Ovvero, ammettendo che vi possano essere sia norme inferibili che non inferibili, non sono nuove le norme inferibili ma lo sono quelle non inferibili. Ma non c'è un senso in cui novità e inferibilità non si escludono? Una norma individuale dedotta da una norma generale non è (almeno in un senso debole) nuova? Per rispondere c'è bisogno di specificare la nozione di novità.

Della novità sono possibili diverse connotazioni. Sono da distinguere almeno: (a) i *gradi di novità* e (b) i *tipi di novità*.

Secondo i *gradi di novità* si possono distinguere novità relative e assolute. Riprendendo una distinzione di Charles S. Peirce, quella fra *token* (istanza) e *type* (tipo), la novità *assoluta* denota un nuovo *token* di un nuovo *type*, mentre la novità *relativa* denota un nuovo *token* di un *type* non nuovo⁽²¹⁾. Facciamo degli esempi. L'arrivo odierno di una nave nel porto di Trieste costituisce una novità relativa (non è certo la prima nave a raggiungere il porto di Trieste). Mentre l'arrivo di un'astronave sul pianeta Urano, se e quando si verificherà, costituirà una novità assoluta (sarà la prima astronave a raggiungere il pianeta).

Secondo i *tipi di novità* si possono invece distinguere novità ontologiche, epistemiche, concettuali. Con la nozione di novità *ontologica* si designa ciò

⁽²⁰⁾ Ma sarebbe nuova anche ogni proposizione normativa? In che senso le proposizioni normative sarebbero nuove e inferibili e le norme sarebbero nuove e non inferibili?

⁽²¹⁾ Cfr. C.S. PEIRCE, *Opere*, a cura di M.A. Bonfantini, Bompiani, Milano, 2003. Si noti che Peirce fa anche una distinzione fra *token* e *replica*: il primo è dotato di una singolarità che manca alla seconda; così, due norme individuali dedotte dalla stessa norma generale sono due istanze della norma generale ma non due repliche, mentre due lettere 'a' sono due repliche della lettera in questione.

che viene ad esistere (indipendentemente dal fatto che venga conosciuto). Con la nozione di novità *epistemica* ciò che viene conosciuto. Una creatura venuta alla luce è una novità ontologica e per chi ne ha conoscenza è anche una novità epistemica. Una novità epistemica non è necessariamente una novità ontologica, mentre una novità ontologica è sempre una (potenziale) novità epistemica. Inoltre, con la nozione di novità *concettuale* si designa ciò che viene intellettualmente elaborato: una nuova idea, una nuova ipotesi sono novità concettuali⁽²²⁾.

Fra gradi e tipi ci sono delle ovvie connessioni: per ogni tipo, ci sono diversi gradi di novità. In questo senso la distinzione fra nuovo assoluto e nuovo relativo vale per tutti i tipi di novità. Ad esempio, una nuova creatura di specie già esistente è una novità ontologica relativa (un nuovo *token* di un *type* non nuovo), una nuova creatura di una nuova specie è una novità ontologica assoluta (un nuovo *token* di un nuovo *type*). (Possono immaginarsi non difficilmente altri esempi con il nuovo epistemico e il nuovo concettuale).

Queste distinzioni non hanno la pretesa di essere formulate qui per la prima volta. Per prendere un esempio dalla filosofia della scienza del 900, la distinzione fra nuovo assoluto e relativo si trova esposta, criticamente, in un articolo di Walter T. Stace del 1939, ma non vi è articolata a quella fra nuovo ontologico, epistemico e concettuale⁽²³⁾. Stace non la articola a quella fra i tipi di novità e sembra limitarla al solo nuovo ontologico⁽²⁴⁾. Infatti contesta l'equivalenza fra *new* e *unexpected*; il che è giusto in senso stretto, ma dovrebbe suggerire la distinzione fra nuovo ontologico e nuovo epistemico (che invece Stace non fa). Per inciso, l'idea di Stace è che la nozione di novità sia compatibile con qualsiasi tipo di mondo – meccanico o vivente, determinista o indeterminista – con la conseguenza che la nozione perde di importanza filosofica: non è qualcosa che possa rilevare nel preferire una concezione del mondo ad un'altra. Ma il problema, si può ribattere, è prima di tutto un problema *esplicativo*. Che nel mondo si realizzino delle novità

⁽²²⁾ La novità concettuale è in certo senso una nozione ibrida: ciò che viene elaborato intellettualmente viene in qualche modo ad esistere nella sfera mentale (novità ontologica) e certe forme di elaborazione intellettuale costituiscono delle conoscenze (novità epistemica).

⁽²³⁾ W.T. STACE, *Novelty, Indeterminism, and Emergence*, in *The Philosophical Review*, vol. 48 (3), 1939, pp. 296-310. Cfr. una diversa distinzione in C.G. HEMPEL, *Aspects of Scientific Explanation. And Other Essays in the Philosophy of Science*, The Free Press, New York, 1965, p. 259: vi è nuovo (*novel*) in senso psicologico – ciò che è inaspettato (*unexpected*) – e nuovo in senso teoretico – ciò che è inesplicabile (*unexplainable*) alla luce delle conoscenze attuali.

⁽²⁴⁾ "If what is red turns green, then the green is something new. It is a novelty. But this kind of novelty is merely relative. The new elements of such a situation are new in that situation and relatively to that situation. [...] I would only call anything an absolute novelty if it were a phenomenon the like of which had never appeared before in the whole history of the universe" (W.T. STACE, *op. cit.*, p. 300).

(biologiche, concettuali, sociali, tecnologiche) è fuori di dubbio; il punto è trovare la *migliore spiegazione* di come esse si realizzano. Non ogni concezione del mondo è in questo senso equivalente. Ad esempio, una concezione determinista spiega altrettanto bene di una concezione indeterminista l'esistenza di novità? Qui non possiamo approfondire questi problemi, che ci limitiamo ad evocare. Il nostro intento è quello di misurare la rilevanza delle distinzioni fra gradi e tipi di novità rispetto alla relazione fra norme e novità.

5. – Viste tali connotazioni della novità, le domande sono: che novità sarebbe quella delle norme se non fossero inferibili (o quella delle norme non inferibili)? e se invece fossero inferibili, vi sarebbe un senso in cui potrebbero essere nuove?

Supponiamo, come è più intuitivo, che la distinzione rilevante sia quella fra gradi. La prima ipotesi che si potrebbe fare è che una norma *non inferibile* sia nuova *in senso assoluto* e una norma *inferibile* sia nuova *in senso relativo*. Così, una norma individuale dedotta da una norma generale sarebbe nuova in senso solamente relativo. Ma si dovrebbero fare delle ulteriori distinzioni a seconda dei tipi di inferenze. Posto che vi possano essere delle abduzioni di norme, essendo l'abduzione un'inferenza ampliativa sarebbe l'inferenza di una novità assoluta: da una norma derivata si inferisce per ipotesi la norma o il principio normativo da cui è supposta derivare. E anche le induzioni di norme, se intese come inferenze ampliative, inferirebbero delle novità assolute: generalizzando delle norme particolari se ne inferisce un principio normativo generale⁽²⁵⁾. Dunque, la novità delle norme *non inferibili* sarebbe sempre *assoluta* e quella delle norme *inferibili* sarebbe *assoluta* se si trattasse di *abduzioni* e *induzioni* mentre sarebbe *relativa* se si trattasse di *deduzioni* (intendendo le deduzioni come inferenze non ampliative).

Semberebbero buone risposte ma c'è un problema: seguendo il criterio proposto, una norma non inferibile e una norma abdotta o indotta sarebbero delle novità ugualmente assolute. Ma tale novità assoluta non deve in qualche modo essere differenziata? Infatti siamo portati a dire che una norma non inferibile ha un carattere di novità più marcato di una norma abdotta o indotta. Come dunque mantenere il criterio proposto ma rendere conto del fatto che una norma non inferibile, nel momento in cui viene posta, ha una novità più marcata di quella di una norma abdotta o indotta? Forse la risposta sta nell'incrocio fra i criteri del grado e del tipo di novità.

Supponiamo allora che anche la distinzione fra tipi di novità sia rilevante. Che tipo di novità viene realizzato da una norma nuova? Si direbbe innanzitutto che si tratti di una novità concettuale, che tuttavia (benché una norma

⁽²⁵⁾ Sul carattere ampliativo dell'abduzione e dell'induzione cfr. P.A. FLACH, A.C. KAKAS (eds.), *Abduction and Induction*, Kluwer Academic Publishers, 2000.

non sia un'entità fisica) non è disgiunta da una dimensione istituzionale ed ontologica quando la norma non si limita ad essere concepita ma viene posta da un'autorità normativa legittimata a farlo⁽²⁶⁾. Pertanto, sembra che il problema possa risolversi distinguendo fra novità assoluta e relativa da una parte e concettuale ed ontologica dall'altra. In questo senso una norma abdotta o indotta da un'autorità normativa è una novità concettuale assoluta (si tratta di inferenze ampliative) ma è una novità ontologica relativa (la norma abdotta o indotta si suppone già esistente – per quello che significa l'esistenza di una norma). Mentre una norma non inferibile e posta da un'autorità normativa (una norma creata) costituisce una forma di novità più forte, poiché si tratta di una novità assoluta sia dal punto di vista concettuale che ontologico. (Lo si potrebbe dire in questi termini: di una norma inferibile potrebbe essere predetta l'inferenza; di una norma non inferibile non è possibile la predizione).

Il precedente bilancio andrebbe allora rivisto: la novità delle norme *non inferibili* è assoluta sia in termini ontologici che concettuali; quella delle norme *inferibili* è relativa in termini ontologici ma assoluta in termini concettuali se si tratta di *abduzioni* o *induzioni* ed è relativa sia in termini ontologici che concettuali se si tratta di *deduzioni*.

6. – Ma cosa dire in particolare dei tipi di norme in cui si distinguono le scienze normative? Riprendendo la questione generale, si tratta sempre di norme assolutamente nuove sia in termini ontologici che concettuali se si tratta di norme non inferibili; se invece si tratta di norme inferibili, valgono le distinzioni appena fatte. Ma ricordiamo le domande più specifiche poste inizialmente: per essere estetica, una norma deve essere nuova? per essere etica, una norma deve essere nuova? per essere logica, una norma deve essere nuova? Vista la risposta generale, le risposte specifiche sono omogenee o vi sono differenze?

Le domande sono interessanti se la novità vi è intesa in senso forte, cioè in senso ontologicamente e concettualmente assoluto. Ammettiamo dunque che di questo si tratti.

In senso lato, per una concezione evoluzionista le norme sostituiscono norme precedenti e in questi termini sono inevitabilmente nuove. In senso altrettanto lato, per una concezione pragmatista consistono in relazioni fra mezzi e fini e sono inevitabilmente nuove nella misura in cui il mutare delle condizioni comporta delle modificazioni nelle relazioni fra mezzi e fini. Combinando le due concezioni, le norme sono inevitabilmente nuove nella misura in cui devono sostituire delle norme precedenti non più capaci di

⁽²⁶⁾ In questo discorso non entra invece la novità epistemica se non nella misura in cui le norme sono inferenzialmente conoscibili. Approfondire il punto ci porterebbe lontano.

soddisfare certe finalità. Ma in senso stretto, è essenziale che una norma sia nuova per essere tale? O meglio è essenziale ad alcuni tipi di norme ma non ad altri? Infatti, le tesi evoluzioniste e pragmatiste appena accennate sembrano valere in un'ottica diacronica senza toccare, per così dire, l'essenza delle norme. In un'ottica diacronica non sembra possibile disgiungere la normatività dalla novità, ma in senso stretto non si vede perché una norma estetica, ad esempio, dovrebbe essere essenzialmente nuova. Nell'arte bizantina nel periodo fra Giustiniano e l'Iconoclastia, per prendere un esempio, coesistono due correnti difficilmente compatibili, una corrente ellenistica e una corrente astratta⁽²⁷⁾. Le rispettive norme del bello sono differenti e in certa misura incompatibili: dove l'una ricerca delle rappresentazioni di gusto classico, dinamiche, tridimensionali, l'altra predilige delle raffigurazioni lineari, bidimensionali, smaterializzate. Le circostanze storiche hanno fatto prevalere nell'arte bizantina la seconda corrente, ma la normatività che la contraddistingue non ha nulla di intrinsecamente nuovo – per di più, nella fattispecie, si tratta di un'estetica in cui la nozione di novità ha un'importanza minimale.

Dunque la congiunzione delle tesi evoluzioniste e pragmatiste tocca la dinamica con cui le norme si sostituiscono le une alle altre ma non tocca lo statuto intrinseco delle norme? Se il fine dell'*estetica* è il bello e se una norma estetica è una norma da seguire per realizzare o apprezzare degli oggetti belli, non si vede in che senso una norma dovrebbe essere essenzialmente nuova per soddisfare tale fine. Se il fine dell'*etica* è il bene e se una norma etica è una norma da seguire per compiere degli atti buoni, non si vede in che senso una norma dovrebbe essere essenzialmente nuova per soddisfare tale fine. Se il fine della *logica* è la verità e se una norma logica è una norma da seguire per inferire dei pensieri veri, non si vede in che senso una norma logica dovrebbe essere essenzialmente nuova per soddisfare tale fine. Per tutti i tipi di norme – estetiche, etiche, logiche – non si vede in che senso le norme dovrebbero essere essenzialmente nuove per essere tali, *a meno che non si tratti di norme non inferibili*, che in quanto tali hanno un'intrinseca novità ontologica e concettuale.

Pertanto, nella misura in cui le norme estetiche, etiche e logiche sono inferibili non sono nuove in senso forte. In questo senso le risposte alle domande specifiche sembrano essere tutte negative: per essere estetica una norma non deve essere nuova; per essere etica, una norma non deve essere nuova; per essere logica, una norma non deve essere nuova. Ma almeno le norme etiche presentano una particolarità interessante: se è vero che una variante delle norme etiche sono le *norme giuridiche*, si deve ammettere che tale variante costituisce un'eccezione se è vero che certe norme giuridiche

(27) Vedi E. KITZINGER, *Il culto delle immagini. L'arte bizantina dal cristianesimo delle origini all'Iconoclastia*, La Nuova Italia, Scandicci (Firenze), 1992, p. 117 ss.

sono costitutivamente non inferibili mentre le norme morali (o etiche) sono inferibili.

7. – A questo punto si impongono alcune osservazioni sulle norme giuridiche in confronto alle norme morali (o etiche), di cui in una classificazione delle scienze normative costituiscono una variante.

L'alternativa fra inferibilità e non inferibilità delle norme non è secca. Nel senso che, se guardiamo ai tipi di norme, vi sono norme inferibili e norme non inferibili. Certo ciò presuppone che si sia risposto positivamente al problema deontico: il punto è che una risposta positiva non obbliga a dire che *tutte* le norme sono inferibili.

Nella prima parte di questa ricerca le norme giuridiche sono state avvicinate a quelle morali sotto l'aspetto della loro finalità (le seconde mirano al bene *tout court*, le prime al bene sociale)⁽²⁸⁾. Ora la questione è un'altra: ammesso che vi siano relazioni inferenziali fra norme, le norme morali e quelle giuridiche si distinguono in virtù del fatto che una norma morale è sempre inferibile da altre norme morali mentre una norma giuridica non lo è?

Come è noto, Hans Kelsen ha proposto la fortunata distinzione fra ordinamenti (o sistemi) normativi *statici* e *dinamici*. Entrambi hanno alla base una *norma fondamentale*, ma differiscono nel modo in cui le altre norme dipendono dalla norma fondamentale. Nei primi sono essenziali le relazioni di contenuto fra le norme.

In un ordinamento del primo tipo le norme sono "valide", cioè noi assumiamo che gli individui, la cui condotta è regolata dalle norme, "devono" comportarsi come prescrivono le norme, in virtù del loro contenuto. [...] Le norme hanno questa qualità perché sono deducibili da una norma fondamentale specifica, come il particolare è deducibile dal generale⁽²⁹⁾.

Invece nei secondi sono essenziali le modalità con cui le norme sono poste, indipendentemente dal loro contenuto.

Le norme di un sistema dinamico debbono venir create mediante atti di volontà, da parte di quegli individui i quali sono stati autorizzati a creare delle norme da una qualche norma più elevata⁽³⁰⁾.

Secondo Kelsen i sistemi giuridici sono dinamici e i sistemi morali sono statici. Altri autori hanno preferito distinguere fra sistema giuridico e ordi-

⁽²⁸⁾ G. TUZET, *op. cit.*, pp. 250-251.

⁽²⁹⁾ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato* (1945), Etas, Milano, 2000, p. 113. Cfr. ID., *La dottrina pura del diritto*, seconda edizione (1960), ed. italiana a cura di M.G. Losano, Einaudi, Torino, 1990, p. 219 ss.

⁽³⁰⁾ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato*, cit., p. 114.

namento giuridico: Bulygin, ad esempio, con il primo intende un insieme di norme valide in un momento determinato (secondo un qualche criterio di appartenenza) e con il secondo una sequenza di sistemi giuridici⁽³¹⁾. In questo senso, la nozione di ordinamento giuridico è più ampia di quella di sistema giuridico ed è, a differenza di questa, diacronica. Così Bobbio ricostruisce ad ogni modo la distinzione di Kelsen:

un insieme di norme può costituirsi in sistema propriamente detto, cioè in un insieme unitario di norme, in due modi diversi: *a*) in quanto le varie norme che lo compongono sono tutte quante deducibili da una norma fondamentale che contiene un postulato etico avente la stessa funzione di un postulato in un sistema di proposizioni teoriche; *b*) in quanto le norme dell'insieme derivano le une dalle altre attraverso successive deleghe di potere, in modo che risalendo dalla norma emanata dall'autorità inferiore a quella emanata dall'autorità immediatamente superiore si arriva a una norma fondamentale che è il fondamento di validità di tutte le norme del sistema e non è a sua volta fondata da nessun'altra. Kelsen chiama il primo tipo di sistema statico, il secondo dinamico⁽³²⁾.

L'idea che i sistemi giuridici siano esclusivamente dinamici è passibile di serie critiche, una delle quali è che non rende conto dei sistemi giuridici contemporanei retti da costituzioni rigide⁽³³⁾. Il punto che ci interessa qui è però un altro: *nella misura in cui* un sistema giuridico è dinamico, è un sistema che si distingue da un sistema morale per il fatto di poter produrre norme non inferibili da norme precedentemente poste?

In effetti la non inferibilità sembra a molti autori un connotato delle norme giuridiche (soprattutto delle norme legislative), il che si spiega con il fatto che le norme giuridiche, a differenza delle norme morali, hanno una marcata dimensione *autoritativa*. L'importanza della dimensione autoritativa è già stata riscontrata nell'analisi del tipo di novità esemplificato dalle norme: a parte i profili di novità concettuale, le norme costituiscono una novità ontologica ed istituzionale nel momento in cui vengono poste da un'autorità normativa legittimata a farlo; nel caso delle norme giuridiche legislative, costituiscono una novità ontologica quando vengono promulgate⁽³⁴⁾. Con ciò non si vuole dire che sia chiaro quale sia lo statuto ontologico delle norme, ma che in ogni caso *qualcosa di ontologicamente nuovo* viene ad esistere nel momento in cui una norma è

⁽³¹⁾ E. BULYGIN, *op. cit.*, cap. V.

⁽³²⁾ N. BOBBIO, *op. cit.*, pp. 206-207.

⁽³³⁾ Cfr. N. BOBBIO, *op. cit.*, pp. 208-210 e in breve R. GUASTINI, *Presentazione* a N. BOBBIO, *op. cit.*, p. xxiii.

⁽³⁴⁾ Sulla promulgazione come creazione normativa cfr. E. BULYGIN, *op. cit.*, p. 238 (si noti inoltre che anche l'abrogazione ha effetti di novità normativa).

promulgata⁽³⁵⁾. Così Bulygin ha caratterizzato la *creazione* di una norma giuridica: “affinché una norma formulata da un’autorità normativa sia considerata *creata* da essa, il contenuto di questa norma non deve essere identico a quello di alcuna altra norma appartenente allo stesso ordinamento giuridico, né deve essere conseguenza logica (deducibile) di altre norme”⁽³⁶⁾. Ciò vale evidentemente per la legislazione e secondo alcuni autori, Kelsen ad esempio, anche per la giurisdizione, se è vero che applicando una norma generale il giudice crea al contempo una norma individuale⁽³⁷⁾. Se invece, quanto al ragionamento giudiziale, hanno ragione i deduttivisti (come ci sembra più plausibile), le norme giuridiche individuali sono nuove in senso debole (in senso ontologicamente e concettualmente relativo) mentre le norme legislative non inferibili sono nuove in senso forte (in senso ontologicamente e concettualmente assoluto). E quanto alle norme morali inferibili in un sistema statico, sono nuove in senso debole (in senso ontologicamente e concettualmente relativo se sono dedotte e in senso ontologicamente relativo ma concettualmente assoluto se sono abdotte o indotte).

Pertanto, vi è una importante differenza fra norme giuridiche e norme morali, ma l’inferibilità e la novità in senso debole delle norme morali non è contraddetta dalla non inferibilità e dalla novità in senso forte di certe norme giuridiche, poiché si tratta di sistemi normativi diversi: le norme giuridiche non inferibili appartengono a un sistema normativo dinamico e le norme morali a un sistema normativo statico⁽³⁸⁾.

8. — Richiamiamo le principali tesi di questo scritto. Le norme *non inferibili* sono assolutamente nuove sia in termini ontologici che concettuali. Le norme *inferibili* sono relativamente nuove in termini ontologici mentre in termini concettuali sono assolutamente nuove in caso di abduzione o induzione e relativamente nuove in caso di deduzione. Quanto alle norme giuridiche in particolare, vi sono due aspetti di novità normativa: la novità delle norme *generali* (legislative) e la novità delle norme *individuali* (giudiziali). La tesi che troviamo più plausibile è che la prima sia una forma di novità assoluta (sia in termini ontologici che concettuali) e

⁽³⁵⁾ Ancora più problematico è lo statuto ontologico delle norme inferibili: esistono come entità intenzionali? esistono in quanto esistono degli stati di cose normativi? sussistono in quanto sussistono delle relazioni fra mezzi e fini? esistono idealmente in virtù di relazioni logiche? Ad ogni modo, hanno uno statuto che non dipende da uno specifico atto autoritativo.

⁽³⁶⁾ E. BULYGIN, *op. cit.*, pp. 6-7.

⁽³⁷⁾ Sull’ultimo Kelsen in particolare cfr. L. GIANFORMAGGIO, *In difesa del sillogismo pratico. Ovvero alcuni argomenti kelseniani alla prova*, Giuffrè, Milano, 1987.

⁽³⁸⁾ Ma c’è da chiedersi fino a che punto si possa parlare di un’unica scienza normativa, l’etica, come *genus* delle norme morali e giuridiche.

che la seconda sia una forma di novità relativa (sia in termini ontologici che concettuali).

Ora, per concludere, quali *conseguenze* hanno le distinzioni effettuate? Le conseguenze sono varie, ma quelle su cui vorremmo chiamare l'attenzione sono in termini di *responsabilità*. Si prenda, ancora, l'esempio della decisione giudiziale: che una norma sia inferibile o meno, comporta delle distinte responsabilità in capo al giudice che la ponga o la utilizzi per giustificare una decisione. Nel caso non sia inferibile, le responsabilità che si assume la scelta giudiziale sono più forti. Analogamente, possono immaginarsi delle situazioni in cui diverse responsabilità corrispondono al fatto che una norma sia deducibile o meno, che sia concettualmente nuova o meno, che sia assolutamente o relativamente nuova e così via. Questo richiederebbe naturalmente di specificare i gradi e i tipi della responsabilità – il che eccede gli scopi di questo scritto. Ma un punto comune è questo: la diversa novità delle norme ha per conseguenza una diversa responsabilità delle autorità normative e di chi utilizza una norma per giustificare una scelta e una condotta. Contrariamente a quanto una concezione volontarista delle norme farebbe pensare, la responsabilità dell'autorità normativa dipende dalla novità delle norme e non viceversa.

ABSTRACT

This is the second part of a more complex research on norms and novelty. In the first part we focused on the relation between norms and normative entities (those entities the normative ends are predicated of). In this part we focus on the proper relation between norms and novelty. The question is: if norms are not inferable, any norm is novel.

Jørgensen's dilemma on normative inference is considered and different solutions are exposed. Moreover different connotations of novelty are distinguished. Then the following claims are made. Not-inferable norms are absolutely novel in both ontological and conceptual terms. Inferable norms are relatively novel in ontological terms but in conceptual terms they are absolutely novel in case of abduction or induction and relatively novel in case of deduction.

We conclude by considering some differences between legal and moral norms in this respect. Taking into account the legal norms in particular, there are two aspects of normative novelty: the novelty of general (legislative) norms and the novelty of individual (judicial) norms. We thesis we find more plausible is this: the novelty of general norms is a form of absolute novelty (both in ontological and conceptual terms), while the novelty of individual norms is a form of relative novelty (both in ontological and conceptual terms).

Questa è la seconda parte di una più complessa ricerca su norme e novità. Nella prima parte si è considerata la relazione fra norme ed entità normative (le entità di cui si predicano le finalità normative). In questa parte si considera propriamente la relazione fra norme e novità. La questione è: se le norme non sono inferibili, ogni norma è nuova.

Viene ricordato il dilemma di Jørgensen sull'inferenza normativa e vengono espone diverse soluzioni al dilemma. Inoltre vengono distinte diverse connotazioni della novità. Quindi vengono sostenute le seguenti tesi. Le norme non inferibili sono assolutamente nuove sia in termini ontologici che concettuali. Le norme inferibili sono relativamente nuove in termini ontologici mentre in termini concettuali sono assolutamente nuove in caso di abduzione o induzione e relativamente nuove in caso di deduzione.

Infine sono considerate in questo senso alcune differenze fra norme giuridiche e morali. Per quanto riguarda le norme giuridiche in particolare vi sono due aspetti di novità normativa: la novità delle norme generali (legislative) e la novità delle norme individuali (giudiziali). La tesi che troviamo più plausibile è che la prima sia una forma di novità assoluta (sia in termini ontologici che concettuali) e che la seconda sia una forma di novità relativa (sia in termini ontologici che concettuali).

MASSIMO DURANTE (*)

VIOLENZA E DIRITTO NELLA FILOSOFIA DI EMMANUEL LÉVINAS. RIFLESSIONI SUL POST-TOTALITARISMO (**)

Abbiamo perso la casa, che rappresenta l'intimità della vita quotidiana. Abbiamo perso il lavoro, che rappresenta la fiducia di essere di qualche utilità in questo mondo. Abbiamo perso la nostra lingua, che rappresenta la spontaneità delle reazioni, la semplicità dei gesti, l'espressione sincera e naturale dei sentimenti. Abbiamo lasciato i nostri parenti nei ghetti polacchi e i nostri migliori amici sono stati uccisi nei campi di concentramento, e questo significa che le nostre vite sono state spezzate.

(HANNAH ARENDT, *Ebraismo e modernità*, 2001, p. 36)

SOMMARIO: 1 L'Olocausto come orizzonte della riflessione. — 2. L'evento storico come farsi del problema etico: violenza e diritto. — 3. La costruzione della riflessione come risposta al problema etico. — 4. Alcune considerazioni per una provvisoria conclusione.

1. *L'Olocausto come orizzonte della riflessione*

È un dato testuale che Emmanuel Lévinas non tematizzi, nel corso delle sue opere, l'evento dell'Olocausto né vi si riferisca, se non raramente, in termini espliciti. L'ipotesi che il presente articolo intende argomentare è che tale evento costituisca, tuttavia, l'orizzonte della riflessione etica levinassia-

(*) Massimo DURANTE è ricercatore 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 amplia il testo del seminario "Violence and Law in the Philosophy of Emmanuel Lévinas" presentato nel corso della Summer School in Legal Phenomenology promossa dal prof. Patrick NERHOT presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Haifa, Israele, 2003. Al prof. Patrick Nerhot, che ha voluto accoglierci nel suo seminario, va pertanto il nostro sentito ringraziamento.

na. Fin dall'inizio dobbiamo precisare, però, che non si tratta dell'orizzonte *storico* del pensiero del filosofo francese, ma dell'orizzonte *fenomenologico* della sua riflessione. Non si tratta dell'orizzonte all'interno del quale si situa storicamente e matura la riflessione filosofica di Lévinas, come se essa, in altri termini, detenesse un punto di partenza, un presupposto storico o politico, già fissati nella concretezza dell'esperienza personale ⁽¹⁾. Se tale esperienza, certamente, provoca il pensiero e lo convoca ad una responsabilità inevitabile, tuttavia tale pensiero non è la trascrizione in termini filosofici del significato, già acquisito sul piano storico, dell'evento dell'Olocausto e della sua rappresentazione ⁽²⁾. Al contrario, è soltanto tramite l'identificazione di tale evento, la costruzione del suo significato storico-filosofico, che l'evento può allora essere assunto come l'orizzonte entro cui il pensiero filosofico *appare* nella sua problematicità, *mostra* la sua natura di problema aperto. Fenomenologicamente, l'orizzonte non appartiene se non al limite alla scena che identifica e alla rappresentazione che rende possibile né l'orizzonte stesso costituisce un dato a priori, con il quale non giunge mai a confondersi, ma è a sua volta l'espressione concreta della riduzione fenomenologica ⁽³⁾. Ciò significa che, seppure la nozione di riduzione ⁽⁴⁾ si caratterizza per un'aspirazione irrinunciabile all'universalità, essa pone la questione della *storicità* della propria operazione. Ciò che in definitiva intendiamo

⁽¹⁾ Precise indicazioni bibliografiche sull'autore sono in, M.-A. LESCOURRET, *Emmanuel Lévinas*, Paris, Flammarion, 1994. Più recentemente, S. MALKA, *Emmanuel Lévinas. La vie et la trace*, Paris, Editions Jean-Claude Lattès, 2002.

⁽²⁾ Sulla difficoltà del tema della rappresentazione storica dell'Olocausto vedi, S. FRIEDLANDER, (dir.), *Probing the Limits of Representations*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1992.

⁽³⁾ Vedi a tal proposito E. LÉVINAS, *Altérité et transcendance*, Fata Morgana, Montpellier, 1995, (con una prefazione di P. Hayat, «La philosophie entre totalité et transcendance», pp. 9-23), sezione «Entretiens: Violence du visage» (prima pubblicazione, *Hermeneutica*, 1985), pp. 172-183, in particolare pp. 176-177: «Je pense que ce que la phénoménologie a apporté de plus fécond, c'est l'insistance sur le fait que le regard absorbé par le donné a déjà *oublié* de le rapporter à l'ensemble de la démarche spirituelle, qui conditionne le surgissement du donné et, ainsi, à sa signification concrète. Le donné — séparé de tout ce qui a été oublié — n'est qu'une *abstraction* dont la phénoménalité reconstitue la 'mise en scène'. Husserl parle toujours des 'œillères' qui déforment la vision naïve. Il ne s'agit pas seulement de l'étroitesse de son champ objectif, mais de l'obnubilation des ses horizons psychiques; comme si l'objet naïvement donné voilait déjà les yeux qui le saisissent. Voir philosophiquement, c'est-à-dire sans aveuglement naïf, c'est reconstituer au regard naïf (qui est encore celui de la science positive) la situation concrète de l'apparaître, c'est faire de la phénoménologie, remonter à la concretude négligée de sa 'mise en scène' qui livre le *sens* du donné, et, derrière sa *quiddité*, son mode d'être».

⁽⁴⁾ P. GUENANCIA, «L'immédiat et son reste», in *Un siècle de philosophie. 1900-2000*, Gallimard/Centre Pompidou, Paris, 2000, pp. 277-331, in particolare p. 288: «[...] la réduction, que l'on peut à bon droit tenir pour l'opération à la fois la plus originariaire et la plus profonde de la méthode phénoménologique».

mostrare nel corso di questo articolo sta proprio nel fatto che la natura problematica del pensiero levinassiano, il suo articolarsi in problemi filosofici, corrisponde a una certa identificazione dell'evento dell'Olocausto, a una ricostruzione del senso di tale evento in termini tali da configurarne la storicità non come la trascrizione di un risultato ⁽⁵⁾, ma come la proiezione di un orizzonte entro il quale soltanto si rende visibile e pertanto comprensibile il tenore dei problemi filosofici cui l'etica di Emmanuel Lévinas cerca di offrire un principio di risposta.

Non l'evento dunque, ma lo sguardo porta su di sé i caratteri della storicità dell'evento: sarà perciò proprio a partire dallo sguardo filosofico che l'identifica e l'interroga che potremo ricostruire il senso di quell'evento, l'Olocausto, che costituisce l'orizzonte della riflessione etica levinassiana; di quell'evento che, come dice Hannah Arendt nella citazione posta in esergo, *spezza le nostre vite*, vale a dire produce nel tempo una frattura, che qualifica il tempo stesso, lo rende riconoscibile, gli accorda il suo statuto storico, fa di esso un'epoca che identifica come *post-totalitaria*. Se operiamo tale considerazione, che resta tuttavia incidentale sul piano del nostro studio, è per sottolineare con forza che l'opera e il pensiero di Emmanuel Lévinas non possono essere ricondotti al riferimento abusato alla filosofia *post-moderna* ⁽⁶⁾, non solo per alcune prese di posizione teoriche di fondo rintracciabili nella filosofia levinassiana che contrastano con gli assunti propri del *post-moderno* ⁽⁷⁾, ma anche e soprattutto per una ragione più essenziale cui

⁽⁵⁾ Le considerazioni che nel presente testo affrontano, seppure in modo frammentario, il tema della storia e della storicità sono interamente riconducibili alle riflessioni di Patrick Nerhot su tale importante questione e da loro sono ispirate e suggerite. In particolare, deve sottolinearsi che l'interesse della sua riflessione sul tema consiste nel fatto che l'autore mostra come la storia non sia trascrizione di un risultato acquisito, ma testimonianza su un presente che sfugge e che si formula solo come apertura di un problema, il quale non s'iscrive in termini contingenti ma necessari in seno al processo di ricostruzione storica. Vedi al riguardo P. NERHOT, *Diritto-Storia*, Padova, Cedam, 1994. Dello stesso autore vedi più ampiamente, «La vérité en histoire et le métier d'historien», in *Quaderni Fiorentini. Per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXIV, Milano, Giuffrè, 1995, pp. 11-138.

⁽⁶⁾ Cfr. per esempio, L. LIPPOLIS, *Dai diritti dell'uomo ai diritti dell'umanità*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 90. Vale la pena di sottolineare che se il riferimento al post-moderno gode di fortuna e risonanza in filosofia da circa trent'anni, e più precisamente dagli anni settanta, gli anni dell'affermazione del post-moderno (vedi il testo di riferimento di J.-F. LYOTARD, *La condition post-moderne*, Les Éditions de Minuit, Paris, 1979), la riflessione di Lévinas inizia negli anni trenta e precede il *post-moderno* di circa quarant'anni.

⁽⁷⁾ Non possiamo in questo contesto che limitarci ad un solo esempio, seppure particolarmente indicativo, che è offerto dall'interpretazione di Stéphane Moses della filosofia levinassiana, alla quale sottoscriviamo integralmente, in particolare per ciò che attiene *Totalité et Infini*, che sarebbe centrato sulla problematica del *giudizio*, che si scrive in un netto rapporto di contraddizione con il rifiuto sistematico della

accennavamo poco sopra. Il tenore filosofico dell'epoca entro cui si elabora la riflessione levinassiana (potremmo estendere tale considerazione a larga parte della filosofia contemporanea) non è qualificato dall'interpretazione della modernità con cui la filosofia post-moderna pretende scriversi in rottura, individuando in tal modo una decisiva frattura del tempo e della storia, un'epoca del pensiero. Solo l'Olocausto e più ampiamente l'avvento dei totalitarismi possono essere assunti, per noi e nei limiti che investono la meditazione di Lévinas, come quella costellazione di eventi che qualificano storicamente un'epoca e che determinano l'andamento del pensiero in quanto lo convocano alla responsabilità d'una riflessione e spiegazione, che hanno per tema centrale quell'essere *senza perché* (*ohne Warum*) dell'Olocausto, su cui con forza ha insistito George Steiner ⁽⁸⁾. Tale evento conferisce alla storia il suo tenore, fa della nostra storia ancora una volta una storia scespirianamente ⁽⁹⁾ di guerra e di sangue, fa di Lévinas un filosofo *post-totalitario*, come si vuole mostrare, e non *post-moderno*.

L'Olocausto non rappresenta in tal senso un evento storico in sé concluso ⁽¹⁰⁾, circoscritto sul piano temporale, ma l'apertura di un problema che riecheggia nel *senza perché* di tale domanda, che deve essere incessante-

filosofia post-moderna di riconoscere l'autorità di qualsivoglia giudizio. Ulteriori indicazioni in tal senso potranno emergere nel corso del nostro articolo. Per le osservazioni di S. MOSES cfr. «L'idée de l'infini en nous», in J. GREISCH - J. ROLLAND (dir.), *Emmanuel Lévinas. L'éthique comme philosophie première*, Editions Le Cerf, Paris, 1993, pp. 79-101.

⁽⁸⁾ Vedi a tale riguardo le penetranti osservazioni di A. PHILONENKO, «Steneir et la philosophie», in P.-E. DAUZAT (dir.), *Steneir. Cahier de l'Herne*, Paris, Edition de l'Herne, pp. 27-58, in particolare p. 31: «Dans une conférence à la Faculté des lettres de Lille ou à la Sorbonne Steneir reconstruisit l'anecdote suivante: Un groupe de Juifs s'agglutinait contre un mur, assoiffés, cherchant quelque fraîcheur contre ces pierres. Un officier SS passa suivi de porteurs d'eaux et les juifs tendirent leurs gamelles. Mais l'officier, méthodique, renversa à coup de bottes tous les seaux — Un Juif osa prendre la parole: *Warum?* (Pourquoi) et l'officier diabolisant Angélus Silenius répondit: *Hier giebt es keine Warum*. Le KZ (camp de concentration) était le pays où le Pourquoi n'existait pas, où sans *pourquoi* la philosophie n'avait ni sens ni amour du sens».

⁽⁹⁾ È il filosofo francese ad affermare che: «(...) il me semble parfois que toute philosophie n'est qu'une méditation de Shakespeare. Le héros de la tragédie n'assume-t-il pas la mort?». Cfr. E. LÉVINAS, *Le temps et l'autre*, Quadrige Puf, Paris, 1998, p. 60. Questa considerazione è stata recentemente sottolineata da D. FRANCK, *Dramatiques des phénomènes*, Puf, Paris, 2001, p. 159.

⁽¹⁰⁾ Cfr. E. LÉVINAS, *Altérité et transcendance*, op. cit., sezione «Entretiens: Le philosophe et la mort» (prima pubblicazione, Fayard, 1982), pp. 159-171, in particolare p. 166, dove il filosofo sottolinea in una delle rare occorrenze del riferimento diretto all'Olocausto che: «Pour moi, par exemple, et cela ne vous étonnera pas, l'Holocauste est un événement de signification encore inépuisable. Mais dans toute mort à laquelle on assiste, et je dirais même dans toute approche de mortels, s'entendent les résonances de cet inconnu extraordinaire. Nous l'appréhendons irrésistiblement dans la rencontre de la mort, dans l'autre homme. Événement dont la signification est infinie, dont l'émotion est, de bout en bout, éthique».

mente interrogato e identificato, affinché l'esperienza di cui è portatore possa parlare, possa elevarsi al livello di una considerazione morale che conferisce al tempo quella qualità di esperienza umana, quello *spessore della storia*, in cui è messa in gioco la comprensione stessa dell'umano: comprensione dell'umano che identifica un'epoca e che dunque scrive la storia a partire dall'impossibilità di restare *indifferenti* davanti a quell'evento che tocca in profondità l'umano e ne mette a rischio la possibilità; che obbliga nello sforzo sempre rinnovato di ripensarne lo statuto, la condizione, i limiti. In questo preciso significato, nel quale si esprime l'intera essenza del pensiero di Emmanuel Lévinas, l'evento dell'Olocausto è, come l'evento della Croce, l'evento stesso della *non-indifferenza*, l'evento che qualifica il tempo in quanto pone al principio della possibilità di comprenderlo e identificarlo una differenza, una frattura, cui non è più possibile essere indifferenti. Che tale frattura — che si presenta concretamente nei termini aperti di una domanda (“*Warum?*”) — non possa essere identificata che successivamente, non solo non ricostituisce la storia in una *series successionis* ⁽¹¹⁾, cioè in una successione di eventi che troverebbe *après coup* ⁽¹²⁾ la propria giustificazione, ma al contrario essa costituisce l'apertura di quella domanda che suscita ed esige il pensiero, entro la quale l'evento storico può farsi identificazione di un problema etico e filosofico.

Non possiamo assumere come data una qualche definizione dell'Olocausto, non possiamo in altri termini fare di esso un tema per la discussione. Una discussione che risulterebbe allora abusata: ciò significherebbe precisamente ritrovare l'oggetto e perdere di vista il problema. Ciò che conta è interrogare la domanda che da esso proviene, il suo mistero, ciò che importa è la *non-indifferenza* nei confronti del suo interrogativo. In tal senso non vi è tanto discussione *sull'Olocausto* quanto *tramite* l'Olocausto: esso non è solo riferimento alla determinazione di eventi reali, ma l'evento stesso della *non-indifferenza* nei confronti di quella domanda entro la quale una tale determinazione può acquistare il carattere d'*idea* ⁽¹³⁾, vale a dire un senso per

⁽¹¹⁾ In tale prospettiva, punto di riferimento della riflessione di H. Arendt e di E. Lévinas è la meditazione critica sulla storia e l'idea di progresso di Walter Benjamin. Vedi dunque, W. BENJAMIN, *Angelus Novus. Saggi e frammenti*, Einaudi, Torino, 2001, intr. e tr. it. a cura di R. Solmi (con un saggio di F. Desideri, “Apocalissi profana: figure della verità in Walter Benjamin”, pp. 307-339), ed in particolare le *Tesi di filosofia della storia*, pp. 75-86. Cfr. per un apparato critico delle *Tesi*, W. BENJAMIN, *Sul concetto di storia*, Einaudi, Torino, 1997, intr. e tr. it. a cura di G. Bonola e M. Ranchetti.

⁽¹²⁾ Per una critica della logica dell'*après coup*, vedi in particolare P. NERHOT, *Questioni fenomenologiche seguite da letture freudiane*, Cedam, Padova, 2002, tr. it. di D. Pozzi, p. 70-82 e pp. 137-155.

⁽¹³⁾ Vedi, in tal senso, quanto osserva Hermann COHEN in *La fede d'Israele è la speranza. Interventi sulle questioni ebraiche (1880-1916)*, a cura di P. Fiorato, Giuntina, Firenze, 2000, in particolare “L'idea di messia”, pp. 61-84 (che costituisce

l'umano, l'apparire della coscienza morale dell'evento storico. L'idea è ricercata, al di là della determinazione d'eventi reali, non come un'essenza intemporale o come un principio metafisico di spiegazione, ma come un orientamento concreto per la riflessione. Non si tratta di attribuire retrospettivamente ⁽¹⁴⁾ un senso all'Olocausto, quanto di dare un senso all'umano *dopo l'evento* dell'Olocausto, a partire dall'identificazione problematica di tal *evento*. Identificazione che viene condotta da Lévinas tramite una concezione dello sguardo storico inteso come una *non-indifferenza* morale che pone il problema della coscienza del tempo vissuto (di qui la polemica, non solo di metodo, con gli assunti della fenomenologia husserliana, e post-husserliana, della coscienza intima del tempo ⁽¹⁵⁾) e una costruzione del problema etico che pone al centro delle proprie preoccupazioni e meditazioni la questione della violenza e la possibilità di concepire un limite alla sua radicalità.

2. *L'evento storico come farsi del problema etico: violenza e diritto.*

È possibile decodificare l'identificazione dell'evento dell'Olocausto all'interno del pensiero di Lévinas attraverso la posizione di tre problemi filosofici, che nutrono la riflessione del filosofo per oltre quaranta anni ed attorno ai quali si annodano i temi principali dell'etica levinassiana. È infatti possibile dire che tre problemi in particolare presiedono alla comprensione dell'evento dell'Olocausto: a) un problema di carattere *giuridico-politico*; b) un problema di carattere *morale*; infine c) un problema di carattere *ontologico*. Cercheremo di mostrare nel corso di questo paragrafo come la posizione di questi tre problemi, che costituiscono dei nodi filosofici centrali del pensiero di Lévinas, procedono dall'identificazione di alcuni tratti che caratterizzano l'evento dell'Olocausto e ne permettono una comprensione che mette in gioco

il punto di riferimento privilegiato per l'elaborazione del messianismo morale di Lévinas per ciò che attiene più specificamente alla concezione del Messia come umanità), per esempio, p. 64: "Chiamiamo tale *idea* un'*idea* storica, poiché essa, della storia, diviene il concetto guida, e non certo soltanto nel senso della storia nazionale"; e p. 74: "Finè (*acharith*) acquista il significato di speranza e ricompensa. La 'fine dei giorni', il futuro dell'umanità: è questa l'età del messia. La fine non è né prossima né infinitamente lontana: essa è la meta della storia universale. Essa è l'*idea* della storia ossia l'*idea* dell'ordinamento morale del mondo" (siamo noi a sottolineare la ricorrenza della parola *idea*).

⁽¹⁴⁾ Per una critica della struttura retrodittiva del ragionamento, vedi in particolare P. NERHOT, *Questioni fenomenologiche seguite da letture freudiane*, op. cit., pp. 56-61.

⁽¹⁵⁾ Vedi recentemente su tale punto i contributi di E. BOVO, « Le temps, cette altérité intime. La critique de la temporalité husserlienne par Lévinas » e R. LEGROS, « L'expérience originaire du temps. Lévinas et Husserl », in *Cahiers d'Etudes Lévinassiennes*, n. 1, 2002, rispettivamente pp. 7-20 e pp. 77-98.

rispettivamente: a) la questione della *ragione*; b) la questione della *soggettività* dell'uomo; e c) la questione della *storia*.

Se in termini riassuntivi ci siamo riferiti, nel titolo di questo contributo, alla relazione tra violenza e diritto è perché tale espressione intende sottolineare il cuore della problematica levinassiana ed il punto di partenza della sua riflessione, vale a dire l'*idea* che l'uomo, portatore di una specificità che lo rende altro, non costituisca più un limite alla possibilità della violenza. Secondo le regole della filosofia trascendentale l'essenza dell'evento dell'Olocausto deve essere ricercata nella sua condizione di possibilità, la quale consiste per Lévinas nell'elevare la relazione tra l'assenza di un limite e l'affermazione di una violenza radicale ad una problematica che non si situa soltanto a livello empirico, ma investe la struttura stessa del pensiero⁽¹⁶⁾. L'*idea* dell'Olocausto interroga, dunque, in tal senso la ragione nell'atto di pensare l'ipotesi di un limite (la legge) alla violenza (della storia). Tale ipotesi, come vedremo, è messa radicalmente in discussione. Infatti se essa è elaborata, nella modernità giuridico-politica, tanto all'interno del giusnaturalismo classico quanto durante l'illuminismo, con riferimento all'*idea* di una *forza* da limitare, in vista di un equilibrio da raggiungere, e quindi ancora con riferimento all'*idea* di *rapporto*, più precisamente di un rapporto di forze, tale ipotesi è confrontata nell'Olocausto alla realtà della violenza radicale, che è *totale assenza di rapporto*.

La forza è in effetti, come ha posto bene in evidenza Gilles Deleuze, un concetto *duale*, vale a dire un concetto che non può essere pensato se non con riferimento all'*idea* di una resistenza che si oppone alla forza, cioè al di fuori di un vero e proprio rapporto di forze, di un'opposizione dialettica tra le forze in gioco, allorché la violenza prescinde da tale opposizione, è violenza precisamente nella misura in cui essa è assenza di ogni rapporto. Se nella modernità il diritto è stato essenzialmente concepito come la *forma* dell'opposizione dialettica delle forze in gioco, come un *limite* alla forza, ossia come una *misura* del rapporto di forze, esso deve essere ripensato nell'epoca post-totalitaria a partire dall'ipotesi della violenza, vale a dire a partire dalla possibilità dell'assenza di rapporto tra le forze in gioco, dell'assenza di un limite che si traduca in un'opposizione di forze. Questa considerazione, che costituisce secondo noi una premessa unitaria per lo studio dei tre problemi filosofici menzionati, ci introduce al meglio all'analisi del primo, quello *giuridico-politico*, dove tale considerazione riveste un ruolo decisivo⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁶⁾ Cfr. in tale prospettiva, E. WEIL, *Logica della filosofia*, Il Mulino, Bologna, 1997, ediz. e tr. it. a cura di L. Sichirollo.

⁽¹⁷⁾ Sulla relazione tra violenza e diritto cfr. S. COTTA, *Perché la violenza? Una interpretazione filosofica*, L'Aquila, Japadre Editore, 1978, in particolare, per ciò attiene alla distinzione di carattere strutturale tra forza e diritto, il cap. III: *L'atto violento e la sua fenomenologia*, pp. 57-74. Su tale relazione cfr. più recentemente, E. RESTA, *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza*, Roma-Bari, Laterza, 1992.

a) *Il problema giuridico-politico*

L'evento dell'Olocausto, come il termine ebraico di *Shoah* segnala, testimonia di una distruzione annichilente, di un rifiuto ed una negazione ⁽¹⁸⁾ dell'altro, che si vogliono radicali, assoluti. La radicalità e l'assolutezza di tale atto di distruzione e negazione non prescindono da una certa esperienza della politica e del diritto, ma trovano precisamente in essa una loro paradossale e pur tuttavia non meno intrinseca condizione di possibilità: possibilità, o *potere*, che, seppure appartiene alla logica stessa della politica e del diritto, giunge a radicalizzare tale logica al punto da renderla una logica *autodistruttiva* ⁽¹⁹⁾, in cui la politica e il diritto cessano di avere senso e presa sul reale. La volontà politica esprime, tramite lo strumento giuridico della legge positiva, il proprio potere di disporre dell'*altro*, vale a dire di determinare il reale, entro una forma e secondo una misura entro cui si manifesta un certo rapporto con l'altro. Ora, l'evento dell'Olocausto attesta per il filosofo francese il *potere* dell'uomo, sostenuto politicamente e giuridicamente, di disporre dell'altro fino alla sua più radicale negazione, al di fuori di ogni ipotesi di rapporto.

Tale potere — che trova proprio nell'esperienza politico-giuridica e burocratico-amministrativa la sua condizione di possibilità — di negazione radicale dell'altro mostra l'essenza stessa della violenza e concepisce lo strumento della legge positiva non più soltanto come forma e limite della

Punto di riferimento privilegiato, seppure in una prospettiva che il nostro studio non adotta, resta il saggio "Per la critica della violenza" di W. BENJAMIN, *Angelus Novus. Saggi e frammenti*, op. cit., pp. 5-30. Questo saggio costituisce, inoltre, il punto di partenza delle riflessioni su violenza, forza e diritto di Jacques DERRIDA, contenute in *Force de la loi*, Galilée, Paris, 1994. La posizione di Benjamin è discussa e criticata da Cotta, nel saggio citato, in particolare nel cap. V: *Perché la violenza? Un diritto senza fondamento*, p. 105 e ss. Le tesi di Benjamin costituiscono ugualmente elementi importanti di riflessione per Resta, nel testo cui abbiamo fatto riferimento, in particolare p. 4 e ss. Sul tema della violenza in seno all'esperienza politica, vedi H. ARENDT, *Sulla violenza*, Guanda, Parma, 2001, tr. it. di S. D'amico.

⁽¹⁸⁾ Cfr. su tale tema, M. DURANTE, "Ragionamento e tempo. Note per una critica al nichilismo", in *Ann. Univ. Ferrara*, Nuova serie, Vol. XV, 2001, pp. 127-148.

⁽¹⁹⁾ Sul problema della relazione tra violenza e morale nell'ambito dell'esperienza giuridica, cfr. anche R.L. HOLMES, *On War and Morality*, Princeton University Press, Princeton, 1989, cap. I: *Violence and the Perspective of Morality*, pp. 19-49, in particolare, per ciò che attiene la logica *autodistruttiva* del rapporto tra violenza e diritto, vedi p. 24: "This gives the barest rudiments of a moral position. But it suffices to establish the importance of violence to the moral assessment of human affairs. For violence is the paradigmatic way of mistreating persons. It involves harming or killing them and destroying things they value. As H.L.A. Hart has said, it is rules that 'restrict the use of violence in killing or inflicting bodily harm' that are most important. 'If there were not these rules', he asks, 'what point could there be for beings such as ourselves in having rules of any other kind?'" La citazione di HART è in *The concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1963, p. 190.

forza, ma come espressione della violenza, secondo la duplice valenza, soggettiva ed oggettiva, del genitivo. È infatti proprio dall'analitica di tale potere — che è heideggerianamente un'analitica dell'esistenza, vale a dire una comprensione dell'essere umano attraverso l'analisi delle sue possibilità più essenziali ⁽²⁰⁾ — che Lévinas fa discendere la sua concezione della violenza:

Est violente toute action où l'on agit comme si on était seul à agir : comme si le reste de l'univers n'était là que pour recevoir l'action ; est violente par conséquent toute action que nous subissons sans en être en tous points collaborateurs. ⁽²¹⁾

La violenza è, dunque, concepita come una radicale indifferenza nei confronti dell'altro: l'altro non fa più differenza, non è portatore d'alcuna differenza significativa, cessa cioè di essere un soggetto della storia, che subisce senza alcuna possibilità di giudicarla. In tal senso, la violenza ha un'essenziale connotazione morale, in quanto essa ha di mira la libertà umana, che consiste, per Lévinas, proprio nella capacità di giudicare la storia ⁽²²⁾. Nell'orizzonte totalitario della violenza, la legge positiva, che in quanto tale è prodotto storico, ha per conseguenza di produrre un'idea di uomo che è espulso dalla storia, che subisce il giudizio della storia, senza poterlo a sua volta sottoporre a giudizio.

b) *Il problema morale*

Il problema morale investe, come accennato, la questione della soggettività, intesa sia come umanità dell'uomo sia come capacità di forma. Da un lato l'evento dei totalitarismi e delle guerre mette in crisi la possibilità di fondare l'idea della coesistenza umana e civile sul riferimento a un umanesimo edificante (l'evento dell'Olocausto in tal senso mostra che il male

⁽²⁰⁾ Come il filosofo francese riconosce e pone bene in evidenza: «Pour traduire l'intimité de ce rapport entre le *Dasein* et ses possibilités, nous pouvons dire qu'il se caractérise, non pas par le fait d'avoir des possibilités, mais d'être ses possibilités ; structure qui dans le monde des choses serait inconcevable et qui détermine positivement l'existence du *Dasein*. *Être-dans-le-monde*, c'est être ses possibilités». Cfr. E. LÉVINAS, *En découvrant l'existence avec Husserl et Heidegger*, Paris, Vrin, 1967, p. 67.

⁽²¹⁾ Cfr. E. LÉVINAS, *Difficile liberté*, Albin Michel, Paris, 1995, IV^{ed.}, p. 20.

⁽²²⁾ Vedi dunque E. LÉVINAS, «Le Moi et la Totalité», in *Entre nous. Essai sur le penser-à-l'autre*, Le Livre de Poche, Paris, 1998, pp. 23-48, in particolare p. 41: « La justice ne résulte pas du jeu normal de l'injustice. Elle vient du dehors, 'par la porte' d'au-dessus de la mêlée, elle apparaît comme un principe extérieur à l'histoire. (...) 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».

radicale è una possibilità intrinseca dell'umano che prescinde dall'idea di cultura ⁽²³⁾), dall'altro revoca in dubbio l'immagine di un soggetto capace di dare forma alla storia secondo i dettami della ragione. In entrambi i casi il tenore morale della costruzione della soggettività del soggetto è messa in discussione, ma la crisi della soggettività che ne discende e che attraversa in profondità tutta la riflessione del secolo scorso si radica, nel prisma dell'evento dell'Olocausto, ad un livello ancor più profondo. La soggettività, come abbiamo avuto modo di osservare nel precedente paragrafo seppure su un altro registro, non è più soltanto espressione della *forza*, capacità di porre se stessa tramite la relazione d'opposizione con un *non-io*, con cui resta in rapporto dialettico, ma diviene espressione della violenza, vale a dire l'espressione di una negazione radicale dell'altro, in cui l'altro non è più il polo di una tensione costitutiva, un *alter ego* che può opporsi all'io, in forza della sua propria capacità di resistenza.

Confrontato all'affermazione della violenza totalitaria, l'essere umano non è più pensato come colui che può opporsi alla violenza attraverso la sua capacità di resistenza, non è più concepito sul piano del divenire come una forza che può tramutare il suo non-essere in essere. L'Olocausto consegna l'uomo ad una possibilità del male di fronte alla quale la capacità di resistere non è più pensata come una componente della soggettività, ma come l'evidenza della denucleazione dell'io. L'altro non si oppone più al soggetto in forza di un potere più grande e durevole, ma mette in discussione il potere stesso di potere del soggetto: la sua particolare forma di resistenza — che è dunque sottrazione, *trascendenza fino all'assenza*, per riprendere le parole del filosofo — è innanzi tutto una scrittura della soggettività non più pensata a partire dal paradigma del potere, a partire dall'idea della soggettività come espressione di un potere. La resistenza che l'uomo può opporre al male e alla violenza non è più una resistenza fisica ed in un certo senso ontologica, ma *etica*:

[...] la relation se maintient sans violence — dans la paix avec cette altérité absolue. La « résistance » de l'Autre ne me fait pas violence, n'agit pas négativement; elle a une structure positive: éthique. La première révélation de l'autre, supposée dans toutes les autres relations avec lui, ne consiste pas à le saisir dans sa résistance négative [...]. ⁽²⁴⁾

⁽²³⁾ Cfr. in tal senso la tesi di G. STEINER, *Dans le château de Barbe-Bleue. Notes pour une redéfinition de la culture*, Gallimard, Paris, 2000, ed in particolare p. 67: «En quête d'un enfer, nous avons appris à l'édifier et à le faire fonctionner sur terre. A quelques kilomètres de la Weimar de Goethe ou sur les îles grecques. Il n'est pas de talent plus chargé de menaces. C'est parce que nous le possédons et l'utilisons contre nous-mêmes que nous vivons dans une *après-culture*. En installant l'enfer au-dessus du sol, nous avons renoncé à l'ordonnance générale et aux symétries de la civilisation occidentale».

⁽²⁴⁾ E. LÉVINAS, *Totalité et Infini. Essai sur l'extériorité*, [1961] Le Livre de Poche, Paris, 1994, p. 215.

E ancora:

Le visage se refuse à la possession, à mes pouvoirs. Dans son épiphanie, dans l'expression, le sensible, encore saisissable se mue en résistance totale à la prise. Cette mutation ne se peut que par l'ouverture d'une dimension nouvelle. En effet, la résistance à la prise ne se produit pas comme une résistance d'une insurmontable dureté du rocher [...]. L'expression que le visage introduit dans le monde ne défie pas la faiblesse de mes pouvoirs, mais mon pouvoir de pouvoir. ⁽²⁵⁾

Infine:

L'infini paralyse le pouvoir par sa résistance infinie au meurtre, qui dure et insurmontable, luit dans le visage d'autrui, dans la nudité totale des yeux, sans défense, dans la nudité de l'ouverture absolue du Transcendant. Il y a là une relation non pas avec une résistance très grande, mais avec quelque chose d'absolument *Autre* : la résistance de ce qui n'a pas de résistance — la résistance éthique. ⁽²⁶⁾

L'essere umano non viene più concepito dal filosofo francese sul piano del confronto tra forze, sul piano di una soggettività che si pone opponendosi, come sarà ancora il caso di Sartre. Il nucleo dell'umano non è più ricercato nella capacità *tetica* di porre se stesso, vincendo una resistenza che proviene dall'esterno allo scopo di affermare o riaffermare un equilibrio, ma nella capacità di deporre se stesso, vale a dire d'incontrare l'altro entro un rapporto che non si traduca sempre già in un rapporto d'opposizione di forze. Per il filosofo francese — questo è il punto cruciale su cui insisteremo nel prossimo paragrafo — il soggetto non incontra più l'altro sul piano del divenire e dunque si rende necessario concepire una costituzione della soggettività che non si determini più su tale piano, vale a dire secondo un regime ontologico.

Una costituzione della soggettività è per il filosofo francese ancora possibile, ma secondo un regime che non trova più nell'essere il suo punto d'ancoraggio. La filosofia di Lévinas è un'ampia e profonda meditazione che investiga la possibilità di concepire una strutturazione della soggettività in chiave morale, senza che una tale strutturazione possa tradursi in una comprensione dell'umano, sul piano del divenire, nei termini della relazione dialettica tra l'essere e il non-essere, dell'opposizione delle forze in gioco. La soggettività non si costituisce più in forza di una contrapposizione, al cui interno i poli della tensione costitutiva operano sul medesimo regime: la contrapposizione è *forma* del rapporto di forze proprio perché al suo interno gli elementi del rapporto sono ricondotti ad unità tramite l'appartenenza al

⁽²⁵⁾ Cfr. E. LÉVINAS, *op. ult. cit.*, p. 215.

⁽²⁶⁾ Cfr. E. LÉVINAS, *op. ult. cit.*, p. 217.

medesimo regime ontologico. La violenza spezza tale rapporto di comunanza: davanti al potere totalitario non resta che una resistenza morale. La violenza è irriducibilmente asimmetria: perciò è proprio sul terreno di un rapporto asimmetrico all'altro che la questione della violenza ⁽²⁷⁾ può trovare una forma di risposta. L'altro si sottrae al rapporto di forze in ragione di un'asimmetria, cioè di un'alterità radicale, che significa appunto che il regime, cui si tengono gli elementi della relazione, è differente ed irriducibile ad una forma comune a priori.

L'Olocausto mostra dunque, se pensato radicalmente, che gli esseri umani non possiedono un medesimo radicamento nel mondo. Il regime al quale ubbidisce il modo dell'uno non è il regime al quale ubbidisce il modo dell'altro. Vi è un modo — un regime o una regola — che proviene dall'altro e che non è riducibile al modo — al regime o alla regola — dell'uno. Non vi è in tal senso una regola che il soggetto può produrre, in forza della sua autonomia, che è sempre già forma della comprensione del rapporto all'altro: l'eteronomia dell'altro non può essere ricondotta all'autonomia del medesimo, dall'altro proviene una regola, un modo, che partecipa della costruzione stessa della soggettività. È l'esistenza di un'asimmetria, cioè di un diverso regime ontologico e morale, che fa sì che l'essere altro non sia una semplice modificazione dell'essere proprio, il farsi modo di tale proprietà: l'altro non è un modo, vale a dire una modificazione, dell'uno, un *uno* appreso su di un *altro* modo. Se così fosse l'uno e l'altro non avrebbero una consistenza reale, che spetterebbe soltanto al divenire, cioè alla modificazione dell'uno nell'altro.

La fondazione di una soggettività in chiave morale risponde dunque all'esigenza di restituire all'esistenza concreta un primato sul divenire: la soggettività, l'essere centro di un'esperienza umana, può essere tale solo laddove essa non sia più compresa a partire dal regime d'identità fondato sul divenire, cioè sul passaggio dall'essere al *non-essere*. In forza di tale passaggio *ciò che è* viene equiparato a *ciò che non è*, l'affermazione è già sempre la negazione, il non-io un modo dell'io: questa simmetria deve essere rotta a favore di una relazione in cui l'affermazione dell'io non sia più l'espressione speculare della negazione del non-io. Questa relazione, in cui opera un regime diverso, può essere guadagnata solo sul terreno di una concezione del rapporto all'altro, per la quale in seno alla negazione vi è ancora qualcosa d'affermativo che trascende l'atto della negazione. Soltanto se la negatività del divenire è trascesa in una direzione altra rispetto a quella dell'identità ontologica tra ciò che nega e ciò che è negato, tra essere e non essere, allora la soggettività non è più compresa come ciò che ponendo nega da sé e negando pone con sé, ma come ciò che, pure là dove la negazione è

⁽²⁷⁾ Su tale tema cfr. recentemente, F. SALVAREZZA, *Emmanuel Lévinas*, Milano, Bruno Mondadori, 2003, p. 191 e ss.

posta e rilevata, afferma qualcosa che resta, nella reciprocità dell'affermazione, altro da sé ⁽²⁸⁾.

Questa considerazione proviene anch'essa da quella decodificazione dell'evento dell'Olocausto da cui muove la nostra analisi del pensiero levinassiano. Tale evento è l'evento della più radicale forma di negazione dell'altro, nondimeno esso non giunge a negare tutto, resta di esso una traccia ⁽²⁹⁾, la quale ha la forma di un interrogativo aperto ("Warum?") da cui nasce lo sguardo morale ed il giudizio della storia. La sua negatività, senza resti sul piano ontologico, solleva tuttavia degli interrogativi sul piano etico che determinano quell'affermazione dell'altro da sé, che può fondare la soggettività morale. Va da sé che la soggettività morale non ha atteso l'evento totalitario per essere fondata, ma certamente a partire da tale evento essa deve essere rifondata, perché il contenuto umano di tale idea è stato messo là radicalmente in discussione. Ciò significa che per il filosofo francese la costituzione della soggettività, in senso morale, investe la relazione al mistero, all'apertura di un interrogativo da cui deriva la responsabilità di una risposta, che ogni morte, se pensata dalla prospettiva dell'altro, porta con sé ⁽³⁰⁾. Dietro ogni morte si cela la possibilità della violenza, dell'indifferenza nei confronti della morte dell'altro, la possibilità che la morte dell'altro non faccia più differenza.

c) *Il problema ontologico*

Se il problema posto al primo punto coinvolge una ridefinizione dei limiti in cui la legge può concretamente tradurre la ragione nell'atto di porre un limite alla violenza, quella legge positiva che lungi dal prevenire il massacro può

⁽²⁸⁾ Cfr. E. LÉVINAS, «Le Moi et la Totalité», *op. cit.*, p. 45: «Le face à face est ainsi une impossibilité de nier, une négation de la négation. La double articulation de cette formule signifie concrètement: le 'tu ne commettras pas de meurtre' s'inscrit sur le visage et constitue son altérité même. La parole est donc une relation entre libertés qui ne se limitent pas ni ne se nient, mais s'affirment réciproquement».

⁽²⁹⁾ Su tale tema ci permettiamo di rinviare a M. DURANTE, *Comunità e alterità nell'opera d'Emmanuel Lévinas. Il terzo, la legge, la giustizia*, Vol. I: *Ermeneutica e trascendenza*, Torino, Thélème Editrice, 2001, p. 70 e ss.

⁽³⁰⁾ Cfr. E. LÉVINAS, *Dieu, la Mort et le Temps*, Le Livre de Poche, Paris, 1997, in particolare p. 23: «La mort est départ, décès, négativité dont la destination est inconnue. Ne doit-on pas alors penser la mort comme question d'une indétermination telle qu'on ne peut pas dire qu'elle se pose comme problème à partir de ses données? Mort comme départ sans retour, question sans donnée, pur point d'interrogation». Ed ancora p.46: «Il y a là une fin qui a toujours l'ambiguïté d'un départ sans retour, d'un décès, mais aussi d'un scandale ('est-il possible qu'il soit mort?') de non-réponse et de ma responsabilité. Départ sans que je puisse lui conférer un quelconque lieu d'accueil. Comme une exclusion autre que la négation — celle-là même qui exclut la contradiction être-néant — en guise de tiers-exclu (en rien un monde à viser): le soulèvement même de la question, laquelle ne se déduit en aucune façon de modalités de l'être et qui est par excellence question sans réponse et question à laquelle toute question emprunte sa modalité d'interrogation».

altresì renderlo possibile, se al secondo punto abbiamo inteso sottolineare che la crisi della soggettività morale richiede una concezione rinnovata dell'umanità dell'umano, che non sia più compresa come l'espressione di un potere, questo terzo punto investe una questione centrale della riflessione di Emmanuel Lévinas: la possibilità di giudicare la storia. Abbiamo già avuto modo di farvi riferimento, in quanto essa investe la dimensione morale del soggetto, vale a dire la sua libertà di fronte alla storia. Dobbiamo in questo contesto affrontare tale problematica sul piano ontologico, interrogandoci sulla questione della giustificazione di ciò che esiste, dell'esistente stesso: ciò che viene ad esistere, ciò che si afferma sul piano storico ed ha la forza di imporsi come tale, trova perciò stesso, in tale posizione, la sua stessa giustificazione?

Dobbiamo chiederci in altri termini se ciò che esiste, ciò che definisce la totalità stessa degli enti intramondani, trova una spiegazione in generale ed una giustificazione che riposa sulla stessa logica e sulle stesse forze che hanno prodotto e posto la totalità degli enti. Non si tratta, in altri termini, di chiedersi se la giustificazione dell'esistente possa essere dedotta dall'esistente — ciò sarebbe evidentemente in contraddizione con la legge di Hume che nega la deducibilità del normativo dall'ontologico — ma è necessario domandarsi se ciò che pone gli enti intramondani giunge a porre anche i criteri sulla cui base tali enti possono essere valutati e giustificati — interrogazione con cui Heidegger pone in termini peculiari il problema del nichilismo tramite una lettura della volontà di potenza nietzschiano⁽³¹⁾. Se l'esistenza è posizione di enti intramondani, occorre allora chiedersi se sia configurabile un'istanza — un principio⁽³²⁾ — che trascendendo il piano

(³¹) Cfr. M. HEIDEGGER, *Il nichilismo europeo*, [1961] Milano, Adelphi, 2003, introduz. e traduz. it. a cura di F. Volpi, per esempio p. 33: «Ma se questa interpretazione dell'ente nel suo insieme non deve avvenire partendo da un soprassensibile posto prima 'sopra' di esso, allora i nuovi valori e la loro misura possono essere attinti soltanto dall'ente stesso. L'ente stesso ha perciò bisogno di una nuova interpretazione mediante la quale il suo carattere fondamentale sia determinato in modo da essere reso atto a servire come 'principio' per scrivere una nuova tavola di valori e come misura per una corrispondente gerarchia. (...) Quale carattere fondamentale dell'ente nel suo insieme Nietzsche riconosce e pone ciò che egli chiama 'volontà di potenza'».

(³²) È per tale motivo che Lévinas distingue in un testo risalente (*De l'Existence à l'existent*, Vrin, Paris, 1947) della sua produzione tra l'esistente e l'esistenza, che non è più pensata come un principio generale di spiegazione dell'esistente, ma come un principio che non è più riducibile alla logica dell'esistente, ad un'esistenza anonima. Lévinas svilupperà questa intuizione, nel corso della sua riflessione, in direzione dell'affermazione di un'alterità radicale che trascende il piano degli enti intramondani. Sull'esigenza di un principio di giudizio v. S. COTTA, *Perché la violenza? Un'interpretazione filosofica*, op. cit., p. 13: «Da un lato la violenza non è semplicemente un destino ingiudicabile, e quindi soltanto da sopportare, bensì, pur nella sua costante possibilità d'insorgenza, un tipo di azione da valutare e respingere in base a un principio superiore. Dall'altro lato è assurdo pensare a un'umanità tutta violenta e poi tutta pacificata».

dell'esistente lo renda valutabile e giudicabile in forza dell'esteriorità o trascendenza, di cui è portatrice. Per precisare meglio i termini della questione, si tratta ancora una volta di chiedersi se l'esistenza, in quanto posizione degli enti intramondani, è un atto di pura posizione, un atto cioè che nel porre se stesso prescinde dal rapporto con qualsivoglia altra posizione o che presuppone una relazione implicita e preventiva ad un'alterità non eliminabile, un'orientazione verso l'altro.

Alla luce di tali considerazioni si scrive per il filosofo francese il problema della valutazione morale dell'evento dell'Olocausto. È tale evento — come ogni altro evento storico — giustificato o condannato sulla base della logica dell'esistente, vale a dire sulla base delle forze che lo hanno posto e ne hanno così determinato la dinamica storica, o in forza di una posizione altra, che trascende il piano dell'esistente e che proprio in forza di tale trascendenza pretende di giudicare dell'evento? È nello spazio di tale domanda, in seno a tale alternativa, che l'evento dell'Olocausto è identificato da Lévinas come ciò che non può essere valutato e criticato sul solo piano dell'esistente: la sua condanna non deriva dall'evoluzione del divenire storico, da ciò che Benjamin chiama la *catena degli eventi*, filosofia progressista della storia che costituisce soltanto la logica dei vincitori⁽³³⁾, la morale intesa come la scrittura della storia operata dai più forti. Tale evento, proprio in quanto si traduce in una pretesa di negazione assoluta e radicale dell'altro, deve poter essere giudicato a partire dalla posizione assoluta dell'altro, a partire da quella posizione cioè che non ha più un carattere intramondano e di cui pertanto il filosofo francese deve chiarire il tenore filosofico, che si rende tracciabile, come è noto, solo sul piano morale. Se il tenore filosofico del concetto di alterità, in cui si esprime il primato levinassiano dell'etica sull'ontologia, si rende tracciabile sul piano morale è proprio perché è morale la prospettiva entro cui si rende attuale l'esigenza di giudicare il piano dell'esistente. Il giudizio sulla storia è perciò un giudizio di carattere morale, la cui moralità non trova la sua norma sul piano ontologico né consiste nella traduzione di una dinamica storica, di una filosofia della storia.

Ritroviamo qui il problema della relazione tra violenza e diritto. Se l'esistente è, infatti, inteso come principio di giudizio e di enunciazione del reale, come norma sulla cui base il reale è giudicato, allora ciò che viene all'esistenza trova perciò stesso nella forza di tale atto di autoposizione un suo principio di giustificazione. Se, in altri termini, niente trascende la positività dell'ente, allora tale ente è pensato come autoreferenziale, esso si riferisce soltanto a se stesso e fonda da se solo i criteri della propria valutazione. Ciò significa che non vi è più differenza tracciabile tra ciò che afferma l'ente, ciò che lo pone, e ciò che lo nega: positività e negatività si equivalgono sul piano del divenire. La negazione radicale dell'altro è filosoficamente possibile solo

(33) Cfr. W. BENJAMIN, *Angelus Novus. Saggi e frammenti*, op. cit., p. 78 e ss.

laddove l'altro sia pensato sul piano dell'esistente come un ente la cui positività riveste un carattere intramondano. Ciò vuol dire che soltanto se la positività intramondana dell'ente è trascesa, in forza di un diverso modo della positività, vi può essere allora qualcosa che ecceda la negazione (della positività) dell'ente ⁽³⁴⁾. La filosofia d'Emmanuel Lévinas è in tal senso la ricerca di tale diverso modo della positività, in forza del quale mettere in discussione l'assunto di fondo su cui riposa il nichilismo, vale a dire l'equiparazione tra il positivo e il negativo, tra ciò che è e ciò che non è. Questo è per noi il principio intorno a cui si costruisce la ricerca etica e filosofica levinassiana, la possibilità che in seno al processo di negazione sia riscontrabile un'affermazione dell'altro che preceda ed ecceda il regime ontologico di tale atto di negazione.

3. *La costruzione della riflessione come risposta al problema etico*

Se nel precedente paragrafo abbiamo posto in evidenza una serie di problemi, tramite i quali Lévinas identifica e decodifica l'evento dell'Olocausto e intorno ai quali si costruiscono i nodi teoretici della sua speculazione filosofica, dobbiamo ora cercare di mostrare in termini più specifici secondo quali linee tale speculazione si costruisce in risposta al problema etico da cui essa prende le mosse. Prima di fare ciò e a riprova del procedere per problemi della riflessione levinassiana dobbiamo sottolineare, seppure in modo incidentale, che i tre problemi, che abbiamo segnalato nel precedente paragrafo, coincidono sostanzialmente con le critiche più rilevanti che sono state indirizzate alla filosofia levinassiana. Non possiamo soffermarci in questo contesto su tali critiche, ma vale la pena ricordare che esse sono state mosse, rispettivamente da Jacques Derrida ⁽³⁵⁾, proprio al riguardo della questione della violenza, da Paul Ricœur ⁽³⁶⁾, al riguardo della nozione di soggettività, e infine da Jean-Luc Marion ⁽³⁷⁾, per ciò che concerne la questione della trascendibilità dell'essere. Tuttavia, senza fare espresso riferimento a tali critiche, una loro traccia è presente nelle analisi con cui presentiamo gli aspetti problematici della riflessione levinassiana.

⁽³⁴⁾ In tal senso v. G. NICOLACCI, "Soggettività e finitezza dell'essere fra Heidegger e Hegel", in *Giornale di Metafisica*, Nuova Serie n. XXV, 2003, pp. 331-352.

⁽³⁵⁾ Cfr. J. DERRIDA, «Violence et métaphysique. Essai sur la pensée d'Emmanuel Lévinas», in *Revue de Métaphysique et de Morale*, LXIX, 1964, nn. 3-4, ora contenuto in *L'Écriture et la différence*, Le Seuil, Paris, 1967.

⁽³⁶⁾ Cfr. P. RICŒUR, *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, 1996, pp. 383-392.

⁽³⁷⁾ Cfr. J.-L. MARION, *L'idole et la distance*, Grasset, Paris, 1977. Ed ancora dello stesso autore, "Note sur l'indifférence ontologique", in *Emmanuel Lévinas. L'éthique comme philosophie première*, (J. GREISCH e J. ROLLAND dir.) Paris, Le Cerf, 1993, pp. 47-62.

Come abbiamo osservato, il problema giuridico-politico si formula attraverso la messa in discussione della fiducia nella legge, che non è più considerata né strumento della ragione né forma di un consenso sociale avente per fine un equo contemperamento delle forze in gioco. La legge è espressione di una volontà che può volere senza entrare in rapporto con l'altro, che può fare cioè del proprio volere l'espressione della violenza. Non vi è più a fondamento dell'esperienza giuridica e politica il rapporto con l'altro o per meglio dire l'esperienza giuridica e politica, in quanto espressione della razionalità, non è più la traduzione, l'articolazione possibile e mai definitiva, di tale rapporto, ma al contrario assume tale rapporto come già dato e lo deduce dall'ordine dell'esistente come se in esso vi fosse sempre già iscritto al pari di ogni altra determinazione storica. L'altro viene concepito come un ente intramondano di cui la volontà può disporre e il cui senso è sempre già assegnato sulla base dell'appartenenza a un sistema dato.

In tale prospettiva, la legge trova la sua giustificazione nell'essere la trascrizione di un orizzonte storico-culturale sempre già dato, di un ordine del reale già affermato, la ragione stessa è concepita come la scrittura di un'interiorità che designa il punto di vista interno di un ordine che si è concretamente imposto sul piano della storia. Concepita in questi termini, la ragione è per il filosofo francese espressione teorica di una volontà di dominio e d'appropriazione dell'altro. La riflessione filosofica levinassiana pertanto non si costruisce come una condanna cieca della ragione, ma come il tentativo di ripensarne la possibilità a partire dall'ipotesi di una modalità della ragione che non si traduca più in una forma di dominio dell'altro, ma in un'apertura nei confronti dell'altro, vale a dire in una relazione con l'altro, non più concepito come un ente intramondano, disponibile ad essere appropriato.

L'indisponibilità che l'altro oppone al potere dello stato e con cui intende porre un limite alla volontà della legge non è però, come abbiamo sottolineato, una resistenza ontologica, una contrapposizione di forze, ma al contrario una sottrazione, un'assenza, un modo di trascendere il piano del divenire storico e culturale, che non si può tuttavia tradurre in una pura trascendenza senza rapporto. Affinché vi sia un tale rapporto, senza del quale la convivenza nella pace non è possibile, è tuttavia necessario che l'altro entri nel rapporto, che traduca la sua trascendenza in una forma d'eteronomia che investa il soggetto, prima che l'autonomia del soggetto investa l'alterità dell'altro. L'altro entra nel rapporto, non tramite una decisione soggettiva, ma in forza di quell'irruzione del volto, che mette in discussione il potere del soggetto e che richiede dunque di ripensare lo statuto stesso della soggettività. Al fondamento dell'esperienza giuridica e politica, non vi è più pertanto l'idea di una soggettività che si costituisce come tale in forza del suo potere di decidere dell'altro. La soggettività non è più pensata quale espressione di un potere, ma come un'interrogazione critica portata sui limiti e sullo statuto del potere. Tale considerazione ci convoca nel cuore del secondo problema

evocato, quel problema morale che pone al centro delle proprie meditazioni una ridefinizione della soggettività in chiave morale.

La soggettività, come abbiamo posto in evidenza, si presenta alla riflessione del filosofo francese come una nozione fondata sull'idea di potere. La soggettività è dunque espressione di un potere, che caratterizza l'esistenza stessa del soggetto e che per tale motivo deve essere rinvenuto tramite un'analisi dell'esistenza. Il soggetto si riconosce, cioè, come portatore di poteri specifici, che caratterizzano la sua esistenza nel senso di definire delle possibilità essenziali, un poter essere, che secondo la lettura heideggeriana richiedono, per essere precisate, una vera e propria analitica dell'esistenza. È pertanto questa l'ottica con la quale Lévinas affronta il tema della soggettività, ma vale la pena rilevare, incidentalmente, che questa sarà anche l'ottica con cui Paul Ricœur elaborerà una concezione della soggettività in chiave giuridica⁽³⁸⁾. Entrambi i filosofi sono debitori nei confronti di Heidegger della costruzione di una soggettività intesa come la riscrittura della problematica morale della libertà condotta tramite un'analisi dell'esistenza. Nel cuore della riflessione heideggeriana è, infatti, posto il problema morale, a cui ci siamo precedentemente riferiti e a cui Lévinas guarda in termini peculiari a partire dall'evento dell'Olocausto, il problema della libertà del soggetto di fronte alla storia.

Per il filosofo tedesco il soggetto è libero nella misura in cui sia possibile porre in evidenza una dimensione esistenziale rispetto alla quale il soggetto appare come non sostituibile. La soggettività si caratterizza, dunque, per questa capacità essenziale, per la quale il soggetto detiene un potere specifico, vale a dire il potere di comprendersi come un essere singolare e unico, la cui proprietà consiste nel suo essere non sostituibile: tale insostituibilità è ricercata da Heidegger nella relazione che il soggetto intrattiene con la possibilità della propria morte. La libertà del soggetto di fronte alla storia è individuata dal filosofo tedesco in quella particolare forma della temporalità che è la capacità stessa del soggetto di assumere su di sé, al punto di farne la caratteristica della soggettività, la possibilità della morte: possibi-

⁽³⁸⁾ Cfr. P. RICŒUR, *Le juste 2*, Editions Esprit, Paris, 2001, per il quale, come per Lévinas ma in termini differenti, la soggettività è caratterizzata dalla responsabilità, che è, per Ricoeur, capacità di assumere su di sé i risultati delle proprie azioni, p. 8: «Le tenon consiste en cette capacité spécifique désignée par le terme imputabilité: à savoir l'aptitude à nous reconnaître comme comptables (racine *putare*) de nos propres actes à titre de leur auteur véritable. Je peux me tenir comptable, imputable, de la même façon que je peux parler, agir sur le cours des choses, raconter l'action par mise en intrigue des événements et des personnages. L'imputabilité est une capacité homogène à la série des pouvoirs et des non-pouvoirs qui définissent l'homme comme capable». Il tenore di tali espressioni («série des pouvoirs et des non-pouvoirs qui définissent l'homme comme capable») è certamente spiegabile con riferimento all'analisi dell'esistenza heideggeriana. Sul rapporto tra violenza e diritto vedi di P. RICŒUR, «Etat et violence», La troisième conférence annuelle du Foyer John Knox, 12 juin 1957, publiée par l'Association du Foyer John Knox, Genève, Suisse.

lità assunta a ogni momento che definisce l'anticipazione come la forma specifica della temporalità dell'*essere-per-la-morte*. Se l'uomo può fare ingresso nella storia solo a partire dal suo non essere più, cioè solo a partire dalla morte, il potere di assumere questa possibilità essenziale libera l'uomo di fronte alla necessità della storia.

Lévinas riprende tale struttura della soggettività ma ne declina l'articolazione a partire dall'esigenza di porre la relazione con altri come costitutiva della soggettività per le ragioni che abbiamo segnalato nel precedente paragrafo, vale a dire per costruire una concezione della soggettività che non sia più compresa come l'espressione di un potere, ma come un limite al potere, come un'interrogazione sulla *serie di poteri e di non-poteri che definiscono l'uomo come capace*, per riprendere la formulazione di Ricœur citata in nota. La soggettività è ricercata da Lévinas nell'insostituibilità del soggetto davanti alla morte, ma si tratta per il filosofo francese della morte di altri, nei confronti della quale il soggetto è convocato ad una responsabilità, rispetto alla quale egli non è più sostituibile. Questa convocazione, che ha la struttura dell'eteronomia, costituisce un limite di fronte al potere di sottrarsi, di essere indifferente, alla morte di altri. La possibilità della morte di altri, considerato nella sua fragilità di morente, fa virare la libertà in responsabilità: la libertà di fronte alla storia diventa una responsabilità di fronte alla storia. Ricordiamoci allora delle parole del filosofo che abbiamo citato in nota:

Pour moi, par exemple, et cela ne vous étonnera pas, l'Holocauste est un événement de signification encore inépuisable. Mais dans toute mort à laquelle on assiste, et je dirais même dans toute approche de mortels, s'entendent les résonances de cet inconnu extraordinaire. Nous l'appréhendons irrésistiblement dans la rencontre de la mort, dans l'autre homme. Événement dont la signification est infinie, dont l'émotion est, de bout en bout, éthique. ⁽³⁹⁾

La soggettività etica levinassiana è una costruzione della soggettività che non trova più fondamento sulla simmetria dei poteri, che caratterizza l'essere proprio degli individui, ma sull'asimmetria tra il potere dell'uno e il potere dell'altro: asimmetria che richiede, pertanto, d'interrogare il limite stesso del potere di potere, le condizioni alle quali tale potere di disporre dell'altro incontra nell'alterità dell'altro un limite, che non consiste più in una forma di resistenza dialettica, ma in una forma di trascendenza, che investe il piano ontologico del divenire.

È per tale ragione che la costruzione della riflessione etica levinassiana viene ad essere confrontata all'esigenza di dare contenuto ad un'idea della trascendenza che sia pensata come una trascendenza nell'umano ed una strutturazione della soggettività. Tale esigenza emerge dalla considerazione di quel terzo problema che, come abbiamo visto in precedenza, investe la

⁽³⁹⁾ Cfr. la nota n. 10.

possibilità di trascendere il piano dell'esistente, allo scopo di sottoporlo a giudizio. È precisamente in tale contesto che la strategia del ragionamento levinassiano diverge da quella di Heidegger. La trascendenza della positività dell'ente che il filosofo francese intende costruire non è ricercata nell'orizzonte della differenza ontologica, per la quale l'essere trascende la dimensione ontica dell'ente, ma ancora una volta in chiave etica, vale a dire secondo un regime diverso da quello che equipara, sul piano del divenire, l'essere al non essere. La trascendenza, intesa come dimensione che caratterizza l'umanità dell'uomo, è dunque per Lévinas strutturazione della soggettività, a condizione di non considerare più l'alterità dell'altro come una negatività da ridurre e di cui appropriarsi per costituire la soggettività dell'io. Solo se la positività del soggetto cessa di essere pensata come correlativa alla negatività dell'altro, vi può essere un modo della trascendenza che non è dispersione dell'io ⁽⁴⁰⁾: l'altro non è pensato come negazione dell'io, ma come un eccesso, un surplus, rispetto ad ogni forma di negazione.

La soggettività morale non si costituisce, per Lévinas, tramite l'appropriazione dell'alterità dell'altro pensata come non-io o negatività, ma nella relazione a un mistero, che è trascendenza dell'altro, concepita precisamente come un eccesso sulla negatività. In tal senso la soggettività non è più concepita come l'espressione di un potere, come la capacità di disporre dell'altro, dal momento che il soggetto non incontra più nell'altro una forma di negazione dell'io, una forza che resiste alla sua volontà di potere, ma una forma di trascendenza che limita il potere del soggetto non più dall'interno, ma per così dire dall'esterno, in quanto lo spinge a problematizzare il contenuto della propria libertà, che non è più confrontata a un'altra pari libertà ma, nell'asimmetria, al mistero dell'altro.

Il soggetto è colui che si apre al mistero dell'altro: la relazione con l'altro è relazione con un mistero, che non è pura negazione, ma al contrario è una relazione con l'infinito. L'umanità dell'umano non è definita sul solo piano dell'esistente, poiché non è pensata a partire dall'esclusivo riferimento alla finitezza ⁽⁴¹⁾, che la caratterizza essenzialmente. Essa è concepita a partire

⁽⁴⁰⁾ Vedi al riguardo D. FRANCK, *Dramatiques des phénomènes*, op. cit., p. 160: «Le problème est celui de la conservation du moi dans la transcendance, de la subjectivité du temps ou encore, cela revient ici au même, de la victoire sur la mort».

⁽⁴¹⁾ Cfr. E. LÉVINAS, *Transcendance et intelligibilité*, Labor et Fides, Genève, 1996, pp. 28-29: «Que l'idée de l'infini, dans sa passivité, puisse être entendue comme le domaine de l'incertitude d'une humanité préoccupée d'elle-même et incapable d'embrasser l'infini et où le fait d'être frappé par Dieu ne serait qu'un pis-aller de la finitude, c'est probablement la méconnaissance de l'originalité irréductible de l'altérité et de la transcendance et une interprétation purement négative de la proximité éthique et de l'amour, l'obstination de le dire en termes d'immanence, comme si la possession ou la fusion — idéal d'une conscience intentionnelle — épuisait l'énergie spirituelle».

dall'idea dell'infinito, la cui trascendenza non si traduce però in una forma di alienazione del soggetto ma si riveste dei termini concreti della socialità umana:

Idée de l'Infini — pensée dégagée de la conscience non pas selon le concept négatif de l'inconscient, mais selon la pensée, celle du dégagement à l'égard de l'être, celle du dés-inter-essement : relation sans emprise sur l'être et sans asservissement au *conatus essendi*, contrairement au savoir et à la perception. Ce qui ne devient pas *concrètement* une quelconque modification, en pure négation abstraite, de la vision, mais s'accomplit éthiquement comme relation à l'autre homme. ⁽⁴²⁾

E ancora:

Excellence de l'amour, de la socialité, de la « crainte pour les autres » et de la responsabilité pour les autres qui n'est pas mon angoisse pour ma mort, *mienne*. La transcendance ne serait plus une immanence manquée. Elle aurait dans la socialité — qui n'est plus une simple visée, mais responsabilité pour le prochain — l'excellence propre de l'esprit, précisément la perfection ou le Bien. Socialité qui, par opposition à tout savoir et à toute immanence — est relation avec l'autre comme tel et non pas avec l'autre, pure partie du monde. ⁽⁴³⁾

Infine:

Que la proximité de l'Infini et la socialité qu'elle instaure et commande, puissent être meilleures que la *coïncidence de l'unité*, que la socialité soit de par sa pluralité même, une excellence irréductible, même si on ne peut pas la dire en termes de richesse sans retomber dans l'énoncé de la misère ; que la relation ou la non-indifférence à l'autre ne consiste pas, pour l'Autre, à se convertir au Même, que la religion ne soit pas le moment de l'« économie » de l'être, que l'amour ne soit pas qu'un demi-dieu — c'est certainement cela aussi que signifie l'idée de l'infinito in nous ou l'humanité de l'homme comprise comme théologie ou l'intelligibilità du transcendant. ⁽⁴⁴⁾

La trascendenza dell'altro — quell'idea dell'infinito che trascende il piano dell'esistente e lo sottopone a giudizio — è nei passaggi citati delineata con riferimento a tre istanze, su cui non è possibile in questo contesto soffermarsi in termini analitici, che concorrono a definire il senso del mistero al quale la soggettività si trova confrontata in relazione alla trascendenza dell'altro. Queste tre istanze, *l'amore, la morte e Dio*, configurano le scene entro le quali

⁽⁴²⁾ Cfr. E. LÉVINAS, *Transcendance et intelligibilité*, op. cit., p. 24.

⁽⁴³⁾ E. LÉVINAS, *op. ult. cit.*, p. 27.

⁽⁴⁴⁾ E. LÉVINAS, *op. ult. cit.*, p. 29.

la trascendenza dell'altro riceve una sua concretezza fenomenologica ⁽⁴⁵⁾, in forza della quale l'idea di un surplus della negatività, l'idea di una positività che dura al di là del processo stesso della negazione, dà unitariamente contenuto ad una concezione morale della soggettività che sollecita il riferimento ad un'idea universale di umanità. Universalità concreta, che non è integrazione della negatività sul piano della positività, ma possibilità di una ragione attraversata dall'idea dell'infinito, aperta su quel mistero che non è la trascendenza ontologica dell'essere, ma la trascendenza etica dell'altro. Per concludere il presente paragrafo e per mettere ancora una volta in luce che il riferimento ultimo della costruzione del ragionamento levinassiano secondo una prospettiva morale è l'evento dell'Olocausto, vale la pena sottolineare che la trascendenza etica dell'altro è, dunque, il modo specifico per ripensare quel problema della libertà di fronte alla storia da cui viene a dipendere il tenore morale della costituzione della soggettività umana.

4. Alcune considerazioni per una provvisoria conclusione

La riflessione filosofica ed etica levinassiana è dunque risposta a un problema, si costruisce entro questa risposta che, pur nell'evidenza del dramma e della tragedia che l'evento dell'Olocausto comporta, non assume il problema come dato, ma procede dalla sua identificazione. Come abbiamo cercato di mostrare, la risposta etica della filosofia di Lévinas è innanzi tutto identificazione della domanda di senso, cui la riflessione cerca di offrire un principio di risposta. In tal senso e per questo preciso motivo non possiamo dire che il filosofo francese interroghi l'evento dell'Olocausto, ma che l'evento sia in se stesso un'interrogazione. Siamo qui, nel vivo della riflessione del filosofo, confrontati alla costruzione centrale per il progetto di scrittura levinassiana di una nozione d'evento che non è più compresa come il sopravvenire di un accadimento, ma come l'apertura di un'interrogazione. L'evento non è più pensato sul piano del divenire come un passaggio dall'essere al non essere o viceversa, né come la semplice sopravvenienza di uno stato di cose che muta l'ordine dato dell'esistente, ma come l'affermazione di un *quid novum* che

(45) Cfr. E. LÉVINAS, *op. ult. cit.*, p. 28: «Mais faire de la phénoménologie, ce n'est pas seulement, contre le subreption, le glissement et la subrogation de sens, garantir la signifiante du langage menacé, dans son abstraction ou dans son isolement; ce n'est pas seulement le contrôler en interrogeant les pensées qu'il offusque et fait oublier. C'est surtout rechercher et rappeler dans les horizons qui s'ouvrent autour des premières 'intentions' du donné abstrait, l'intrigue humaine — ou interhumaine — qui est la concrétude de son impensé (il n'est pas purement négatif) laquelle est la nécessaire 'mise en scène' dont les abstractions se sont détachées dans le *dit* des mots et des propositions. C'est rechercher l'intrigue humaine ou interhumaine comme le tissu de l'intelligibilité ultime».

interroga l'esistente in forza del mistero di cui è portatore. L'istante cessa di essere figura di un presente colto nella sua evanescenza, nella sua incapacità di restare un puro punto del tempo, sempre già in cerca di una sistemazione nel *continuum* della storia ⁽⁴⁶⁾, in quella catena di eventi che traduce un'idea di storia, alla quale il filosofo francese non può sottoscrivere per le ragioni che abbiamo visto nei precedenti paragrafi. L'istante è un punto del tempo che rompe con l'immagine di un tempo omogeneo e continuo ⁽⁴⁷⁾, che è evento precisamente in quanto introduce la possibilità di uno scarto, di una differenza, il cui senso è mistero e interrogazione, vale a dire impossibilità di una deduzione logica. L'evento è produzione di un'istanza, o domanda, che investe la coscienza prima che la coscienza abbia avuto il tempo di farne l'oggetto di un'intenzione e la cui formulazione non è semplicemente derivabile dall'ordine dell'esistente, ma richiede un'interrogazione e un'identificazione che mettono in questione l'ordine dato.

Tale configurazione dell'evento è, dunque, la scrittura di una coscienza morale che non è più concepita come presenza a sé, quale contemplazione riflessiva dell'ordine dell'esistente, né in quanto presa di coscienza del movimento dialettico della storia, ma al contrario come esigenza di giustizia, vale a dire come rivolta spirituale contro l'idea del successivo, contro l'idea cioè di un movimento necessario del tempo ⁽⁴⁸⁾ che revoca in dubbio la libertà dell'individuo e ne vanifica la volontà di responsabilità, e al contempo come esigenza di giustificare nei confronti di altri la libertà dell'individuo:

La liberté doit se justifier. Réduite à elle-même, elle s'accomplit, non pas dans la souveraineté, mais dans l'arbitraire. L'être qu'elle doit exprimer dans sa plénitude, apparaît précisément à travers elle — et non pas à cause de sa limitation — comme n'ayant pas sa raison en lui-même. La

⁽⁴⁶⁾ Cfr. ancora su tale punto le penetranti analisi di W. BENJAMIN, *Angelus Novus. Saggi e frammenti*, op. cit., p. 83 e ss.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. E. LÉVINAS, *Totalité et Infini*, op. cit., pp. 317-318: «Le temps est discontinu. Un instant ne sort pas de l'autre sans interruption, par une extase. (...) Le recommencement dans le temps discontinu apporte la jeunesse et l'infinition du temps. L'exister infini du temps assure la situation du jugement, condition de la vérité, derrière l'échec auquel se heurte la bonté d'aujourd'hui. Par la fécondité je détiens un temps infini nécessaire pour que la vérité se dise; pour que le particularisme de l'apologie se convertisse en bonté efficace qui maintient le moi de l'apologie dans sa particularité — sans que l'histoire brise et broie cet accord prétendument encore subjectif».

⁽⁴⁸⁾ Cfr. E. LÉVINAS, *Totalité et Infini*, op. cit., pp. 316-317: «Le temps est le non-définitif du définitif, altérité toujours recommençant de l'accompli — le 'toujours' de ce recommencement. L'œuvre du temps va au-delà de la suspension du définitif que rend possible la continuité de la durée. Il faut une rupture de la continuité et continuation à travers la rupture. L'essentiel du temps, consiste à être un drame, une multiplicité d'actes où l'acte suivant dénoue le premier. L'être ne se produit plus d'un seul coup, irrémisiblement présent. La réalité est ce qu'elle est, mais encore une fois, une autre fois librement reprise et pardonnée».

liberté ne se justifie pas par la liberté. Rendre raison de l'être ou être en vérité, ce n'est pas comprendre ni se saisir de..., mais au contraire rencontrer autrui sans allergie, c'est-à-dire dans la justice. ⁽⁴⁹⁾

Ed ancora:

Aborder Autrui, c'est mettre en question ma liberté, ma spontanéité de vivant, mon emprise sur les choses, cette liberté de la 'force qui va', cette impétuosité de courant et à laquelle tout est permis, même le meurtre. Le 'Tu ne commettras pas de meurtre' qui dessine le visage où Autrui se produit, soumet ma liberté au jugement. ⁽⁵⁰⁾

Infine:

Elle [la bonté] a un principe, une origine, sort d'un moi, est subjective. Elle ne se règle pas sur les principes inscrits dans la nature d'un être particulier qui la manifeste (...), ni dans les codes de l'Etat. Elle consiste à aller là où aucune pensée éclairante — c'est-à-dire panoramique — ne précède, à aller sans savoir où. Aventure absolue, dans une imprudence primordiale, la bonté est la transcendance même. La transcendance est transcendance d'un moi. Seul un moi peut répondre à l'injonction d'un visage. ⁽⁵¹⁾

La trascendenza del piano dell'esistente — la liberazione dall'incatenamento all'essere ⁽⁵²⁾ — che si realizza concretamente nella bontà richiede per tale realizzazione la presenza di un soggetto la cui soggettività si costituisca in termini morali come coscienza risvegliata dall'appello del volto, come libertà investita dalla responsabilità per altri. In definitiva, l'identificazione dell'evento dell'Olocausto come problema e domanda passa attraverso l'esigenza di definire una concezione rinnovata della soggettività, che non sia più intesa come l'espressione di un potere, ma come l'interrogazione portata sui limiti del potere e la cui costruzione si rende possibile nella tensione tra la questione morale della libertà di fronte alla storia e la questione giuridico-politica della giustificazione della libertà. Tale concezione è suscettibile di fondare una nozione di soggettività giuridica, che non è più pensata come potere di disporre dell'altro o come capacità d'imputazione ma nei termini di una capacità di rapporto e di comunicazione con l'altro, nel rispetto della sua dignità, vale a dire al di fuori d'ogni ipotesi di violenza.

Torino, 27 gennaio 2004

⁽⁴⁹⁾ E. LÉVINAS, *Totalité et Infini*, op. cit., p. 339.

⁽⁵⁰⁾ *Ibid.*

⁽⁵¹⁾ E. LÉVINAS, *Totalité et Infini*, op. cit., p. 341.

⁽⁵²⁾ Cfr. E. LÉVINAS, *Quelques réflexions sur la philosophie de l'hitlérisme*, Payot & Rivages, Paris, 1997, seguito da un saggio di M. Abensour, «Le mal élémental», pp. 27-103.

ABSTRACT

This article aims at showing how the construction of Emmanuel Lévinas' ethical reasoning proceed through the identification of the philosophical meaning of the event of the Holocaust. This identification poses three majors philosophical problems dealing with the relation between law and violence, the notion of subjectivity and the possibility of a transcendence of being. Emmanuel Lévinas' attempt to answer to these problems is based on the possibility to renew the notion of a moral subjectivity. The elaboration of this notion expresses the tension between the moral issue of an individual freedom before history and the juridical and political justification of such a freedom.

Questo articolo intende mostrare come la costruzione della riflessione etica di Emmanuel Lévinas proceda dall'identificazione del significato filosofico dell'evento dell'Olocausto. Tale identificazione pone tre problemi filosofici maggiori che attengono alla relazione tra violenza e diritto, alla nozione di soggettività e alla possibilità di una trascendenza dell'essere. Il tentativo di Emmanuel Lévinas di rispondere a tali problemi si fonda sulla possibilità di rinnovare la nozione di soggettività morale. L'elaborazione di tale nozione esprime la tensione che esiste tra la questione morale della libertà degli individui di fronte alla storia e la giustificazione giuridica e politica di siffatta libertà.

MASSIMO DURANTE (*)

VIOLENZA E DIRITTO NELLA FILOSOFIA DI EMMANUEL LÉVINAS. RIFLESSIONI SUL POST-TOTALITARISMO (**)

Abbiamo perso la casa, che rappresenta l'intimità della vita quotidiana. Abbiamo perso il lavoro, che rappresenta la fiducia di essere di qualche utilità in questo mondo. Abbiamo perso la nostra lingua, che rappresenta la spontaneità delle reazioni, la semplicità dei gesti, l'espressione sincera e naturale dei sentimenti. Abbiamo lasciato i nostri parenti nei ghetti polacchi e i nostri migliori amici sono stati uccisi nei campi di concentramento, e questo significa che le nostre vite sono state spezzate.

(HANNAH ARENDT, *Ebraismo e modernità*, 2001, p. 36)

SOMMARIO: 1 L'Olocausto come orizzonte della riflessione. — 2. L'evento storico come farsi del problema etico: violenza e diritto. — 3. La costruzione della riflessione come risposta al problema etico. — 4. Alcune considerazioni per una provvisoria conclusione.

1. *L'Olocausto come orizzonte della riflessione*

È un dato testuale che Emmanuel Lévinas non tematizzi, nel corso delle sue opere, l'evento dell'Olocausto né vi si riferisca, se non raramente, in termini espliciti. L'ipotesi che il presente articolo intende argomentare è che tale evento costituisca, tuttavia, l'orizzonte della riflessione etica levinassia-

(*) Massimo DURANTE è ricercatore 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 amplia il testo del seminario "Violence and Law in the Philosophy of Emmanuel Lévinas" presentato nel corso della Summer School in Legal Phenomenology promossa dal prof. Patrick NERHOT presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Haifa, Israele, 2003. Al prof. Patrick Nerhot, che ha voluto accoglierci nel suo seminario, va pertanto il nostro sentito ringraziamento.

na. Fin dall'inizio dobbiamo precisare, però, che non si tratta dell'orizzonte *storico* del pensiero del filosofo francese, ma dell'orizzonte *fenomenologico* della sua riflessione. Non si tratta dell'orizzonte all'interno del quale si situa storicamente e matura la riflessione filosofica di Lévinas, come se essa, in altri termini, detenesse un punto di partenza, un presupposto storico o politico, già fissati nella concretezza dell'esperienza personale ⁽¹⁾. Se tale esperienza, certamente, provoca il pensiero e lo convoca ad una responsabilità inevitabile, tuttavia tale pensiero non è la trascrizione in termini filosofici del significato, già acquisito sul piano storico, dell'evento dell'Olocausto e della sua rappresentazione ⁽²⁾. Al contrario, è soltanto tramite l'identificazione di tale evento, la costruzione del suo significato storico-filosofico, che l'evento può allora essere assunto come l'orizzonte entro cui il pensiero filosofico *appare* nella sua problematicità, *mostra* la sua natura di problema aperto. Fenomenologicamente, l'orizzonte non appartiene se non al limite alla scena che identifica e alla rappresentazione che rende possibile né l'orizzonte stesso costituisce un dato a priori, con il quale non giunge mai a confondersi, ma è a sua volta l'espressione concreta della riduzione fenomenologica ⁽³⁾. Ciò significa che, seppure la nozione di riduzione ⁽⁴⁾ si caratterizza per un'aspirazione irrinunciabile all'universalità, essa pone la questione della *storicità* della propria operazione. Ciò che in definitiva intendiamo

⁽¹⁾ Precise indicazioni bibliografiche sull'autore sono in, M.-A. LESCOURRET, *Emmanuel Lévinas*, Paris, Flammarion, 1994. Più recentemente, S. MALKA, *Emmanuel Lévinas. La vie et la trace*, Paris, Editions Jean-Claude Lattès, 2002.

⁽²⁾ Sulla difficoltà del tema della rappresentazione storica dell'Olocausto vedi, S. FRIEDLANDER, (dir.), *Probing the Limits of Representations*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1992.

⁽³⁾ Vedi a tal proposito E. LÉVINAS, *Altérité et transcendance*, Fata Morgana, Montpellier, 1995, (con una prefazione di P. Hayat, «La philosophie entre totalité et transcendance», pp. 9-23), sezione «Entretiens: Violence du visage» (prima pubblicazione, *Hermeneutica*, 1985), pp. 172-183, in particolare pp. 176-177: «Je pense que ce que la phénoménologie a apporté de plus fécond, c'est l'insistance sur le fait que le regard absorbé par le donné a déjà *oublié* de le rapporter à l'ensemble de la démarche spirituelle, qui conditionne le surgissement du donné et, ainsi, à sa signification concrète. Le donné — séparé de tout ce qui a été oublié — n'est qu'une *abstraction* dont la phénoménalité reconstitue la 'mise en scène'. Husserl parle toujours des 'œillères' qui déforment la vision naïve. Il ne s'agit pas seulement de l'étroitesse de son champ objectif, mais de l'obnubilation des ses horizons psychiques; comme si l'objet naïvement donné voilait déjà les yeux qui le saisissent. Voir philosophiquement, c'est-à-dire sans aveuglement naïf, c'est reconstituer au regard naïf (qui est encore celui de la science positive) la situation concrète de l'apparaître, c'est faire de la phénoménologie, remonter à la concretude négligée de sa 'mise en scène' qui livre le *sens* du donné, et, derrière sa *quiddité*, son mode d'être».

⁽⁴⁾ P. GUENANCIA, «L'immédiat et son reste», in *Un siècle de philosophie. 1900-2000*, Gallimard/Centre Pompidou, Paris, 2000, pp. 277-331, in particolare p. 288: «[...] la réduction, que l'on peut à bon droit tenir pour l'opération à la fois la plus originariaire et la plus profonde de la méthode phénoménologique».

mostrare nel corso di questo articolo sta proprio nel fatto che la natura problematica del pensiero levinassiano, il suo articolarsi in problemi filosofici, corrisponde a una certa identificazione dell'evento dell'Olocausto, a una ricostruzione del senso di tale evento in termini tali da configurarne la storicità non come la trascrizione di un risultato ⁽⁵⁾, ma come la proiezione di un orizzonte entro il quale soltanto si rende visibile e pertanto comprensibile il tenore dei problemi filosofici cui l'etica di Emmanuel Lévinas cerca di offrire un principio di risposta.

Non l'evento dunque, ma lo sguardo porta su di sé i caratteri della storicità dell'evento: sarà perciò proprio a partire dallo sguardo filosofico che l'identifica e l'interroga che potremo ricostruire il senso di quell'evento, l'Olocausto, che costituisce l'orizzonte della riflessione etica levinassiana; di quell'evento che, come dice Hannah Arendt nella citazione posta in esergo, *spezza le nostre vite*, vale a dire produce nel tempo una frattura, che qualifica il tempo stesso, lo rende riconoscibile, gli accorda il suo statuto storico, fa di esso un'epoca che identifica come *post-totalitaria*. Se operiamo tale considerazione, che resta tuttavia incidentale sul piano del nostro studio, è per sottolineare con forza che l'opera e il pensiero di Emmanuel Lévinas non possono essere ricondotti al riferimento abusato alla filosofia *post-moderna* ⁽⁶⁾, non solo per alcune prese di posizione teoriche di fondo rintracciabili nella filosofia levinassiana che contrastano con gli assunti propri del *post-moderno* ⁽⁷⁾, ma anche e soprattutto per una ragione più essenziale cui

⁽⁵⁾ Le considerazioni che nel presente testo affrontano, seppure in modo frammentario, il tema della storia e della storicità sono interamente riconducibili alle riflessioni di Patrick Nerhot su tale importante questione e da loro sono ispirate e suggerite. In particolare, deve sottolinearsi che l'interesse della sua riflessione sul tema consiste nel fatto che l'autore mostra come la storia non sia trascrizione di un risultato acquisito, ma testimonianza su un presente che sfugge e che si formula solo come apertura di un problema, il quale non s'iscrive in termini contingenti ma necessari in seno al processo di ricostruzione storica. Vedi al riguardo P. NERHOT, *Diritto-Storia*, Padova, Cedam, 1994. Dello stesso autore vedi più ampiamente, «La vérité en histoire et le métier d'historien», in *Quaderni Fiorentini. Per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXIV, Milano, Giuffrè, 1995, pp. 11-138.

⁽⁶⁾ Cfr. per esempio, L. LIPPOLIS, *Dai diritti dell'uomo ai diritti dell'umanità*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 90. Vale la pena di sottolineare che se il riferimento al post-moderno gode di fortuna e risonanza in filosofia da circa trent'anni, e più precisamente dagli anni settanta, gli anni dell'affermazione del post-moderno (vedi il testo di riferimento di J.-F. LYOTARD, *La condition post-moderne*, Les Éditions de Minuit, Paris, 1979), la riflessione di Lévinas inizia negli anni trenta e precede il *post-moderno* di circa quarant'anni.

⁽⁷⁾ Non possiamo in questo contesto che limitarci ad un solo esempio, seppure particolarmente indicativo, che è offerto dall'interpretazione di Stéphane Moses della filosofia levinassiana, alla quale sottoscriviamo integralmente, in particolare per ciò che attiene *Totalité et Infini*, che sarebbe centrato sulla problematica del *giudizio*, che si scrive in un netto rapporto di contraddizione con il rifiuto sistematico della

accennavamo poco sopra. Il tenore filosofico dell'epoca entro cui si elabora la riflessione levinassiana (potremmo estendere tale considerazione a larga parte della filosofia contemporanea) non è qualificato dall'interpretazione della modernità con cui la filosofia post-moderna pretende scriversi in rottura, individuando in tal modo una decisiva frattura del tempo e della storia, un'epoca del pensiero. Solo l'Olocausto e più ampiamente l'avvento dei totalitarismi possono essere assunti, per noi e nei limiti che investono la meditazione di Lévinas, come quella costellazione di eventi che qualificano storicamente un'epoca e che determinano l'andamento del pensiero in quanto lo convocano alla responsabilità d'una riflessione e spiegazione, che hanno per tema centrale quell'essere *senza perché* (*ohne Warum*) dell'Olocausto, su cui con forza ha insistito George Steiner⁽⁸⁾. Tale evento conferisce alla storia il suo tenore, fa della nostra storia ancora una volta una storia scespirianamente⁽⁹⁾ di guerra e di sangue, fa di Lévinas un filosofo *post-totalitario*, come si vuole mostrare, e non *post-moderno*.

L'Olocausto non rappresenta in tal senso un evento storico in sé concluso⁽¹⁰⁾, circoscritto sul piano temporale, ma l'apertura di un problema che riecheggia nel *senza perché* di tale domanda, che deve essere incessante-

filosofia post-moderna di riconoscere l'autorità di qualsivoglia giudizio. Ulteriori indicazioni in tal senso potranno emergere nel corso del nostro articolo. Per le osservazioni di S. MOSES cfr. «L'idée de l'infini en nous», in J. GREISCH - J. ROLLAND (dir.), *Emmanuel Lévinas. L'éthique comme philosophie première*, Editions Le Cerf, Paris, 1993, pp. 79-101.

⁽⁸⁾ Vedi a tale riguardo le penetranti osservazioni di A. PHILONENKO, «Steneir et la philosophie», in P.-E. DAUZAT (dir.), *Steneir. Cahier de l'Herne*, Paris, Edition de l'Herne, pp. 27-58, in particolare p. 31: «Dans une conférence à la Faculté des lettres de Lille ou à la Sorbonne Steneir reconstruisit l'anecdote suivante: Un groupe de Juifs s'agglutinait contre un mur, assoiffés, cherchant quelque fraîcheur contre ces pierres. Un officier SS passa suivi de porteurs d'eaux et les juifs tendirent leurs gamelles. Mais l'officier, méthodique, renversa à coup de bottes tous les seaux — Un Juif osa prendre la parole: *Warum?* (Pourquoi) et l'officier diabolisant Angélus Silenius répondit: *Hier giebt es keine Warum*. Le KZ (camp de concentration) était le pays où le Pourquoi n'existait pas, où sans *pourquoi* la philosophie n'avait ni sens ni amour du sens».

⁽⁹⁾ È il filosofo francese ad affermare che: «(...) il me semble parfois que toute philosophie n'est qu'une méditation de Shakespeare. Le héros de la tragédie n'assume-t-il pas la mort?». Cfr. E. LÉVINAS, *Le temps et l'autre*, Quadrige Puf, Paris, 1998, p. 60. Questa considerazione è stata recentemente sottolineata da D. FRANCK, *Dramatiques des phénomènes*, Puf, Paris, 2001, p. 159.

⁽¹⁰⁾ Cfr. E. LÉVINAS, *Altérité et transcendance*, op. cit., sezione «Entretiens: Le philosophe et la mort» (prima pubblicazione, Fayard, 1982), pp. 159-171, in particolare p. 166, dove il filosofo sottolinea in una delle rare occorrenze del riferimento diretto all'Olocausto che: «Pour moi, par exemple, et cela ne vous étonnera pas, l'Holocauste est un événement de signification encore inépuisable. Mais dans toute mort à laquelle on assiste, et je dirais même dans toute approche de mortels, s'entendent les résonances de cet inconnu extraordinaire. Nous l'appréhendons irrésistiblement dans la rencontre de la mort, dans l'autre homme. Événement dont la signification est infinie, dont l'émotion est, de bout en bout, éthique».

mente interrogato e identificato, affinché l'esperienza di cui è portatore possa parlare, possa elevarsi al livello di una considerazione morale che conferisce al tempo quella qualità di esperienza umana, quello *spessore della storia*, in cui è messa in gioco la comprensione stessa dell'umano: comprensione dell'umano che identifica un'epoca e che dunque scrive la storia a partire dall'impossibilità di restare *indifferenti* davanti a quell'evento che tocca in profondità l'umano e ne mette a rischio la possibilità; che obbliga nello sforzo sempre rinnovato di ripensarne lo statuto, la condizione, i limiti. In questo preciso significato, nel quale si esprime l'intera essenza del pensiero di Emmanuel Lévinas, l'evento dell'Olocausto è, come l'evento della Croce, l'evento stesso della *non-indifferenza*, l'evento che qualifica il tempo in quanto pone al principio della possibilità di comprenderlo e identificarlo una differenza, una frattura, cui non è più possibile essere indifferenti. Che tale frattura — che si presenta concretamente nei termini aperti di una domanda (“*Warum?*”) — non possa essere identificata che successivamente, non solo non ricostituisce la storia in una *series successionis* ⁽¹¹⁾, cioè in una successione di eventi che troverebbe *après coup* ⁽¹²⁾ la propria giustificazione, ma al contrario essa costituisce l'apertura di quella domanda che suscita ed esige il pensiero, entro la quale l'evento storico può farsi identificazione di un problema etico e filosofico.

Non possiamo assumere come data una qualche definizione dell'Olocausto, non possiamo in altri termini fare di esso un tema per la discussione. Una discussione che risulterebbe allora abusata: ciò significherebbe precisamente ritrovare l'oggetto e perdere di vista il problema. Ciò che conta è interrogare la domanda che da esso proviene, il suo mistero, ciò che importa è la *non-indifferenza* nei confronti del suo interrogativo. In tal senso non vi è tanto discussione *sull'Olocausto* quanto *tramite* l'Olocausto: esso non è solo riferimento alla determinazione di eventi reali, ma l'evento stesso della *non-indifferenza* nei confronti di quella domanda entro la quale una tale determinazione può acquistare il carattere d'*idea* ⁽¹³⁾, vale a dire un senso per

⁽¹¹⁾ In tale prospettiva, punto di riferimento della riflessione di H. Arendt e di E. Lévinas è la meditazione critica sulla storia e l'idea di progresso di Walter Benjamin. Vedi dunque, W. BENJAMIN, *Angelus Novus. Saggi e frammenti*, Einaudi, Torino, 2001, intr. e tr. it. a cura di R. Solmi (con un saggio di F. Desideri, “Apocalissi profana: figure della verità in Walter Benjamin”, pp. 307-339), ed in particolare le *Tesi di filosofia della storia*, pp. 75-86. Cfr. per un apparato critico delle *Tesi*, W. BENJAMIN, *Sul concetto di storia*, Einaudi, Torino, 1997, intr. e tr. it. a cura di G. Bonola e M. Ranchetti.

⁽¹²⁾ Per una critica della logica dell'*après coup*, vedi in particolare P. NERHOT, *Questioni fenomenologiche seguite da letture freudiane*, Cedam, Padova, 2002, tr. it. di D. Pozzi, p. 70-82 e pp. 137-155.

⁽¹³⁾ Vedi, in tal senso, quanto osserva Hermann COHEN in *La fede d'Israele è la speranza. Interventi sulle questioni ebraiche (1880-1916)*, a cura di P. Fiorato, Giuntina, Firenze, 2000, in particolare “L'idea di messia”, pp. 61-84 (che costituisce

l'umano, l'apparire della coscienza morale dell'evento storico. L'idea è ricercata, al di là della determinazione d'eventi reali, non come un'essenza intemporale o come un principio metafisico di spiegazione, ma come un orientamento concreto per la riflessione. Non si tratta di attribuire retrospettivamente ⁽¹⁴⁾ un senso all'Olocausto, quanto di dare un senso all'umano *dopo l'evento* dell'Olocausto, a partire dall'identificazione problematica di tal *evento*. Identificazione che viene condotta da Lévinas tramite una concezione dello sguardo storico inteso come una *non-indifferenza* morale che pone il problema della coscienza del tempo vissuto (di qui la polemica, non solo di metodo, con gli assunti della fenomenologia husserliana, e post-husserliana, della coscienza intima del tempo ⁽¹⁵⁾) e una costruzione del problema etico che pone al centro delle proprie preoccupazioni e meditazioni la questione della violenza e la possibilità di concepire un limite alla sua radicalità.

2. *L'evento storico come farsi del problema etico: violenza e diritto.*

È possibile decodificare l'identificazione dell'evento dell'Olocausto all'interno del pensiero di Lévinas attraverso la posizione di tre problemi filosofici, che nutrono la riflessione del filosofo per oltre quaranta anni ed attorno ai quali si annodano i temi principali dell'etica levinassiana. È infatti possibile dire che tre problemi in particolare presiedono alla comprensione dell'evento dell'Olocausto: a) un problema di carattere *giuridico-politico*; b) un problema di carattere *morale*; infine c) un problema di carattere *ontologico*. Cercheremo di mostrare nel corso di questo paragrafo come la posizione di questi tre problemi, che costituiscono dei nodi filosofici centrali del pensiero di Lévinas, procedono dall'identificazione di alcuni tratti che caratterizzano l'evento dell'Olocausto e ne permettono una comprensione che mette in gioco

il punto di riferimento privilegiato per l'elaborazione del messianismo morale di Lévinas per ciò che attiene più specificamente alla concezione del Messia come umanità), per esempio, p. 64: "Chiamiamo tale *idea* un'*idea* storica, poiché essa, della storia, diviene il concetto guida, e non certo soltanto nel senso della storia nazionale"; e p. 74: "Finè (*acharith*) acquista il significato di speranza e ricompensa. La 'fine dei giorni', il futuro dell'umanità: è questa l'età del messia. La fine non è né prossima né infinitamente lontana: essa è la meta della storia universale. Essa è l'*idea* della storia ossia l'*idea* dell'ordinamento morale del mondo" (siamo noi a sottolineare la ricorrenza della parola *idea*).

⁽¹⁴⁾ Per una critica della struttura retrodittiva del ragionamento, vedi in particolare P. NERHOT, *Questioni fenomenologiche seguite da letture freudiane*, op. cit., pp. 56-61.

⁽¹⁵⁾ Vedi recentemente su tale punto i contributi di E. BOVO, « Le temps, cette altérité intime. La critique de la temporalité husserlienne par Lévinas » e R. LEGROS, « L'expérience originaire du temps. Lévinas et Husserl », in *Cahiers d'Etudes Lévinassiennes*, n. 1, 2002, rispettivamente pp. 7-20 e pp. 77-98.

rispettivamente: a) la questione della *ragione*; b) la questione della *soggettività* dell'uomo; e c) la questione della *storia*.

Se in termini riassuntivi ci siamo riferiti, nel titolo di questo contributo, alla relazione tra violenza e diritto è perché tale espressione intende sottolineare il cuore della problematica levinassiana ed il punto di partenza della sua riflessione, vale a dire l'*idea* che l'uomo, portatore di una specificità che lo rende altro, non costituisca più un limite alla possibilità della violenza. Secondo le regole della filosofia trascendentale l'essenza dell'evento dell'Olocausto deve essere ricercata nella sua condizione di possibilità, la quale consiste per Lévinas nell'elevare la relazione tra l'assenza di un limite e l'affermazione di una violenza radicale ad una problematica che non si situa soltanto a livello empirico, ma investe la struttura stessa del pensiero⁽¹⁶⁾. L'*idea* dell'Olocausto interroga, dunque, in tal senso la ragione nell'atto di pensare l'ipotesi di un limite (la legge) alla violenza (della storia). Tale ipotesi, come vedremo, è messa radicalmente in discussione. Infatti se essa è elaborata, nella modernità giuridico-politica, tanto all'interno del giusnaturalismo classico quanto durante l'illuminismo, con riferimento all'*idea* di una *forza* da limitare, in vista di un equilibrio da raggiungere, e quindi ancora con riferimento all'*idea* di *rapporto*, più precisamente di un rapporto di forze, tale ipotesi è confrontata nell'Olocausto alla realtà della violenza radicale, che è *totale assenza di rapporto*.

La forza è in effetti, come ha posto bene in evidenza Gilles Deleuze, un concetto *duale*, vale a dire un concetto che non può essere pensato se non con riferimento all'*idea* di una resistenza che si oppone alla forza, cioè al di fuori di un vero e proprio rapporto di forze, di un'opposizione dialettica tra le forze in gioco, allorché la violenza prescinde da tale opposizione, è violenza precisamente nella misura in cui essa è assenza di ogni rapporto. Se nella modernità il diritto è stato essenzialmente concepito come la *forma* dell'opposizione dialettica delle forze in gioco, come un *limite* alla forza, ossia come una *misura* del rapporto di forze, esso deve essere ripensato nell'epoca post-totalitaria a partire dall'ipotesi della violenza, vale a dire a partire dalla possibilità dell'assenza di rapporto tra le forze in gioco, dell'assenza di un limite che si traduca in un'opposizione di forze. Questa considerazione, che costituisce secondo noi una premessa unitaria per lo studio dei tre problemi filosofici menzionati, ci introduce al meglio all'analisi del primo, quello *giuridico-politico*, dove tale considerazione riveste un ruolo decisivo⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁶⁾ Cfr. in tale prospettiva, E. WEIL, *Logica della filosofia*, Il Mulino, Bologna, 1997, ediz. e tr. it. a cura di L. Sichirollo.

⁽¹⁷⁾ Sulla relazione tra violenza e diritto cfr. S. COTTA, *Perché la violenza? Una interpretazione filosofica*, L'Aquila, Japadre Editore, 1978, in particolare, per ciò attiene alla distinzione di carattere strutturale tra forza e diritto, il cap. III: *L'atto violento e la sua fenomenologia*, pp. 57-74. Su tale relazione cfr. più recentemente, E. RESTA, *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza*, Roma-Bari, Laterza, 1992.

a) *Il problema giuridico-politico*

L'evento dell'Olocausto, come il termine ebraico di *Shoah* segnala, testimonia di una distruzione annichilente, di un rifiuto ed una negazione ⁽¹⁸⁾ dell'altro, che si vogliono radicali, assoluti. La radicalità e l'assolutezza di tale atto di distruzione e negazione non prescindono da una certa esperienza della politica e del diritto, ma trovano precisamente in essa una loro paradossale e pur tuttavia non meno intrinseca condizione di possibilità: possibilità, o *potere*, che, seppure appartiene alla logica stessa della politica e del diritto, giunge a radicalizzare tale logica al punto da renderla una logica *autodistruttiva* ⁽¹⁹⁾, in cui la politica e il diritto cessano di avere senso e presa sul reale. La volontà politica esprime, tramite lo strumento giuridico della legge positiva, il proprio potere di disporre dell'*altro*, vale a dire di determinare il reale, entro una forma e secondo una misura entro cui si manifesta un certo rapporto con l'altro. Ora, l'evento dell'Olocausto attesta per il filosofo francese il *potere* dell'uomo, sostenuto politicamente e giuridicamente, di disporre dell'altro fino alla sua più radicale negazione, al di fuori di ogni ipotesi di rapporto.

Tale potere — che trova proprio nell'esperienza politico-giuridica e burocratico-amministrativa la sua condizione di possibilità — di negazione radicale dell'altro mostra l'essenza stessa della violenza e concepisce lo strumento della legge positiva non più soltanto come forma e limite della

Punto di riferimento privilegiato, seppure in una prospettiva che il nostro studio non adotta, resta il saggio "Per la critica della violenza" di W. BENJAMIN, *Angelus Novus. Saggi e frammenti*, op. cit., pp. 5-30. Questo saggio costituisce, inoltre, il punto di partenza delle riflessioni su violenza, forza e diritto di Jacques DERRIDA, contenute in *Force de la loi*, Galilée, Paris, 1994. La posizione di Benjamin è discussa e criticata da Cotta, nel saggio citato, in particolare nel cap. V: *Perché la violenza? Un diritto senza fondamento*, p. 105 e ss. Le tesi di Benjamin costituiscono ugualmente elementi importanti di riflessione per Resta, nel testo cui abbiamo fatto riferimento, in particolare p. 4 e ss. Sul tema della violenza in seno all'esperienza politica, vedi H. ARENDT, *Sulla violenza*, Guanda, Parma, 2001, tr. it. di S. D'amico.

⁽¹⁸⁾ Cfr. su tale tema, M. DURANTE, "Ragionamento e tempo. Note per una critica al nichilismo", in *Ann. Univ. Ferrara*, Nuova serie, Vol. XV, 2001, pp. 127-148.

⁽¹⁹⁾ Sul problema della relazione tra violenza e morale nell'ambito dell'esperienza giuridica, cfr. anche R.L. HOLMES, *On War and Morality*, Princeton University Press, Princeton, 1989, cap. I: *Violence and the Perspective of Morality*, pp. 19-49, in particolare, per ciò che attiene la logica *autodistruttiva* del rapporto tra violenza e diritto, vedi p. 24: "This gives the barest rudiments of a moral position. But it suffices to establish the importance of violence to the moral assessment of human affairs. For violence is the paradigmatic way of mistreating persons. It involves harming or killing them and destroying things they value. As H.L.A. Hart has said, it is rules that 'restrict the use of violence in killing or inflicting bodily harm' that are most important. 'If there were not these rules', he asks, 'what point could there be for beings such as ourselves in having rules of any other kind?'" La citazione di HART è in *The concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1963, p. 190.

forza, ma come espressione della violenza, secondo la duplice valenza, soggettiva ed oggettiva, del genitivo. È infatti proprio dall'analitica di tale potere — che è heideggerianamente un'analitica dell'esistenza, vale a dire una comprensione dell'essere umano attraverso l'analisi delle sue possibilità più essenziali ⁽²⁰⁾ — che Lévinas fa discendere la sua concezione della violenza:

Est violente toute action où l'on agit comme si on était seul à agir : comme si le reste de l'univers n'était là que pour recevoir l'action ; est violente par conséquent toute action que nous subissons sans en être en tous points collaborateurs. ⁽²¹⁾

La violenza è, dunque, concepita come una radicale indifferenza nei confronti dell'altro: l'altro non fa più differenza, non è portatore d'alcuna differenza significativa, cessa cioè di essere un soggetto della storia, che subisce senza alcuna possibilità di giudicarla. In tal senso, la violenza ha un'essenziale connotazione morale, in quanto essa ha di mira la libertà umana, che consiste, per Lévinas, proprio nella capacità di giudicare la storia ⁽²²⁾. Nell'orizzonte totalitario della violenza, la legge positiva, che in quanto tale è prodotto storico, ha per conseguenza di produrre un'idea di uomo che è espulso dalla storia, che subisce il giudizio della storia, senza poterlo a sua volta sottoporre a giudizio.

b) *Il problema morale*

Il problema morale investe, come accennato, la questione della soggettività, intesa sia come umanità dell'uomo sia come capacità di forma. Da un lato l'evento dei totalitarismi e delle guerre mette in crisi la possibilità di fondare l'idea della coesistenza umana e civile sul riferimento a un umanesimo edificante (l'evento dell'Olocausto in tal senso mostra che il male

⁽²⁰⁾ Come il filosofo francese riconosce e pone bene in evidenza: «Pour traduire l'intimité de ce rapport entre le *Dasein* et ses possibilités, nous pouvons dire qu'il se caractérise, non pas par le fait d'avoir des possibilités, mais d'être ses possibilités ; structure qui dans le monde des choses serait inconcevable et qui détermine positivement l'existence du *Dasein*. *Être-dans-le-monde*, c'est être ses possibilités». Cfr. E. LÉVINAS, *En découvrant l'existence avec Husserl et Heidegger*, Paris, Vrin, 1967, p. 67.

⁽²¹⁾ Cfr. E. LÉVINAS, *Difficile liberté*, Albin Michel, Paris, 1995, IV^{ed.}, p. 20.

⁽²²⁾ Vedi dunque E. LÉVINAS, «Le Moi et la Totalité», in *Entre nous. Essai sur le penser-à-l'autre*, Le Livre de Poche, Paris, 1998, pp. 23-48, in particolare p. 41: « La justice ne résulte pas du jeu normal de l'injustice. Elle vient du dehors, 'par la porte' d'au-dessus de la mêlée, elle apparaît comme un principe extérieur à l'histoire. (...) 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».

radicale è una possibilità intrinseca dell'umano che prescinde dall'idea di cultura ⁽²³⁾), dall'altro revoca in dubbio l'immagine di un soggetto capace di dare forma alla storia secondo i dettami della ragione. In entrambi i casi il tenore morale della costruzione della soggettività del soggetto è messa in discussione, ma la crisi della soggettività che ne discende e che attraversa in profondità tutta la riflessione del secolo scorso si radica, nel prisma dell'evento dell'Olocausto, ad un livello ancor più profondo. La soggettività, come abbiamo avuto modo di osservare nel precedente paragrafo seppure su un altro registro, non è più soltanto espressione della *forza*, capacità di porre se stessa tramite la relazione d'opposizione con un *non-io*, con cui resta in rapporto dialettico, ma diviene espressione della violenza, vale a dire l'espressione di una negazione radicale dell'altro, in cui l'altro non è più il polo di una tensione costitutiva, un *alter ego* che può opporsi all'io, in forza della sua propria capacità di resistenza.

Confrontato all'affermazione della violenza totalitaria, l'essere umano non è più pensato come colui che può opporsi alla violenza attraverso la sua capacità di resistenza, non è più concepito sul piano del divenire come una forza che può tramutare il suo non-essere in essere. L'Olocausto consegna l'uomo ad una possibilità del male di fronte alla quale la capacità di resistere non è più pensata come una componente della soggettività, ma come l'evidenza della denucleazione dell'io. L'altro non si oppone più al soggetto in forza di un potere più grande e durevole, ma mette in discussione il potere stesso di potere del soggetto: la sua particolare forma di resistenza — che è dunque sottrazione, *trascendenza fino all'assenza*, per riprendere le parole del filosofo — è innanzi tutto una scrittura della soggettività non più pensata a partire dal paradigma del potere, a partire dall'idea della soggettività come espressione di un potere. La resistenza che l'uomo può opporre al male e alla violenza non è più una resistenza fisica ed in un certo senso ontologica, ma *etica*:

[...] la relation se maintient sans violence — dans la paix avec cette altérité absolue. La « résistance » de l'Autre ne me fait pas violence, n'agit pas négativement; elle a une structure positive: éthique. La première révélation de l'autre, supposée dans toutes les autres relations avec lui, ne consiste pas à le saisir dans sa résistance négative [...]. ⁽²⁴⁾

⁽²³⁾ Cfr. in tal senso la tesi di G. STEINER, *Dans le château de Barbe-Bleue. Notes pour une redéfinition de la culture*, Gallimard, Paris, 2000, ed in particolare p. 67: «En quête d'un enfer, nous avons appris à l'édifier et à le faire fonctionner sur terre. A quelques kilomètres de la Weimar de Goethe ou sur les îles grecques. Il n'est pas de talent plus chargé de menaces. C'est parce que nous le possédons et l'utilisons contre nous-mêmes que nous vivons dans une *après-culture*. En installant l'enfer au-dessus du sol, nous avons renoncé à l'ordonnance générale et aux symétries de la civilisation occidentale».

⁽²⁴⁾ E. LÉVINAS, *Totalité et Infini. Essai sur l'extériorité*, [1961] Le Livre de Poche, Paris, 1994, p. 215.

E ancora:

Le visage se refuse à la possession, à mes pouvoirs. Dans son épiphanie, dans l'expression, le sensible, encore saisissable se mue en résistance totale à la prise. Cette mutation ne se peut que par l'ouverture d'une dimension nouvelle. En effet, la résistance à la prise ne se produit pas comme une résistance d'une insurmontable dureté du rocher [...]. L'expression que le visage introduit dans le monde ne défie pas la faiblesse de mes pouvoirs, mais mon pouvoir de pouvoir. ⁽²⁵⁾

Infine:

L'infini paralyse le pouvoir par sa résistance infinie au meurtre, qui dure et insurmontable, luit dans le visage d'autrui, dans la nudité totale des yeux, sans défense, dans la nudité de l'ouverture absolue du Transcendant. Il y a là une relation non pas avec une résistance très grande, mais avec quelque chose d'absolument *Autre* : la résistance de ce qui n'a pas de résistance — la résistance éthique. ⁽²⁶⁾

L'essere umano non viene più concepito dal filosofo francese sul piano del confronto tra forze, sul piano di una soggettività che si pone opponendosi, come sarà ancora il caso di Sartre. Il nucleo dell'umano non è più ricercato nella capacità *tetica* di porre se stesso, vincendo una resistenza che proviene dall'esterno allo scopo di affermare o riaffermare un equilibrio, ma nella capacità di deporre se stesso, vale a dire d'incontrare l'altro entro un rapporto che non si traduca sempre già in un rapporto d'opposizione di forze. Per il filosofo francese — questo è il punto cruciale su cui insisteremo nel prossimo paragrafo — il soggetto non incontra più l'altro sul piano del divenire e dunque si rende necessario concepire una costituzione della soggettività che non si determini più su tale piano, vale a dire secondo un regime ontologico.

Una costituzione della soggettività è per il filosofo francese ancora possibile, ma secondo un regime che non trova più nell'essere il suo punto d'ancoraggio. La filosofia di Lévinas è un'ampia e profonda meditazione che investiga la possibilità di concepire una strutturazione della soggettività in chiave morale, senza che una tale strutturazione possa tradursi in una comprensione dell'umano, sul piano del divenire, nei termini della relazione dialettica tra l'essere e il non-essere, dell'opposizione delle forze in gioco. La soggettività non si costituisce più in forza di una contrapposizione, al cui interno i poli della tensione costitutiva operano sul medesimo regime: la contrapposizione è *forma* del rapporto di forze proprio perché al suo interno gli elementi del rapporto sono ricondotti ad unità tramite l'appartenenza al

⁽²⁵⁾ Cfr. E. LÉVINAS, *op. ult. cit.*, p. 215.

⁽²⁶⁾ Cfr. E. LÉVINAS, *op. ult. cit.*, p. 217.

medesimo regime ontologico. La violenza spezza tale rapporto di comunanza: davanti al potere totalitario non resta che una resistenza morale. La violenza è irriducibilmente asimmetria: perciò è proprio sul terreno di un rapporto asimmetrico all'altro che la questione della violenza ⁽²⁷⁾ può trovare una forma di risposta. L'altro si sottrae al rapporto di forze in ragione di un'asimmetria, cioè di un'alterità radicale, che significa appunto che il regime, cui si tengono gli elementi della relazione, è differente ed irriducibile ad una forma comune a priori.

L'Olocausto mostra dunque, se pensato radicalmente, che gli esseri umani non possiedono un medesimo radicamento nel mondo. Il regime al quale ubbidisce il modo dell'uno non è il regime al quale ubbidisce il modo dell'altro. Vi è un modo — un regime o una regola — che proviene dall'altro e che non è riducibile al modo — al regime o alla regola — dell'uno. Non vi è in tal senso una regola che il soggetto può produrre, in forza della sua autonomia, che è sempre già forma della comprensione del rapporto all'altro: l'eteronomia dell'altro non può essere ricondotta all'autonomia del medesimo, dall'altro proviene una regola, un modo, che partecipa della costruzione stessa della soggettività. È l'esistenza di un'asimmetria, cioè di un diverso regime ontologico e morale, che fa sì che l'essere altro non sia una semplice modificazione dell'essere proprio, il farsi modo di tale proprietà: l'altro non è un modo, vale a dire una modificazione, dell'uno, un *uno* appreso su di un *altro* modo. Se così fosse l'uno e l'altro non avrebbero una consistenza reale, che spetterebbe soltanto al divenire, cioè alla modificazione dell'uno nell'altro.

La fondazione di una soggettività in chiave morale risponde dunque all'esigenza di restituire all'esistenza concreta un primato sul divenire: la soggettività, l'essere centro di un'esperienza umana, può essere tale solo laddove essa non sia più compresa a partire dal regime d'identità fondato sul divenire, cioè sul passaggio dall'*essere* al *non-essere*. In forza di tale passaggio *ciò che è* viene equiparato a *ciò che non è*, l'affermazione è già sempre la negazione, il non-io un modo dell'io: questa simmetria deve essere rotta a favore di una relazione in cui l'affermazione dell'io non sia più l'espressione speculare della negazione del non-io. Questa relazione, in cui opera un regime diverso, può essere guadagnata solo sul terreno di una concezione del rapporto all'altro, per la quale in seno alla negazione vi è ancora qualcosa d'affermativo che trascende l'atto della negazione. Soltanto se la negatività del divenire è trascesa in una direzione altra rispetto a quella dell'identità ontologica tra ciò che nega e ciò che è negato, tra essere e non essere, allora la soggettività non è più compresa come ciò che ponendo nega da sé e negando pone con sé, ma come ciò che, pure là dove la negazione è

⁽²⁷⁾ Su tale tema cfr. recentemente, F. SALVAREZZA, *Emmanuel Lévinas*, Milano, Bruno Mondadori, 2003, p. 191 e ss.

posta e rilevata, afferma qualcosa che resta, nella reciprocità dell'affermazione, altro da sé ⁽²⁸⁾.

Questa considerazione proviene anch'essa da quella decodificazione dell'evento dell'Olocausto da cui muove la nostra analisi del pensiero levinassiano. Tale evento è l'evento della più radicale forma di negazione dell'altro, nondimeno esso non giunge a negare tutto, resta di esso una traccia ⁽²⁹⁾, la quale ha la forma di un interrogativo aperto ("Warum?") da cui nasce lo sguardo morale ed il giudizio della storia. La sua negatività, senza resti sul piano ontologico, solleva tuttavia degli interrogativi sul piano etico che determinano quell'affermazione dell'altro da sé, che può fondare la soggettività morale. Va da sé che la soggettività morale non ha atteso l'evento totalitario per essere fondata, ma certamente a partire da tale evento essa deve essere rifondata, perché il contenuto umano di tale idea è stato messo là radicalmente in discussione. Ciò significa che per il filosofo francese la costituzione della soggettività, in senso morale, investe la relazione al mistero, all'apertura di un interrogativo da cui deriva la responsabilità di una risposta, che ogni morte, se pensata dalla prospettiva dell'altro, porta con sé ⁽³⁰⁾. Dietro ogni morte si cela la possibilità della violenza, dell'indifferenza nei confronti della morte dell'altro, la possibilità che la morte dell'altro non faccia più differenza.

c) *Il problema ontologico*

Se il problema posto al primo punto coinvolge una ridefinizione dei limiti in cui la legge può concretamente tradurre la ragione nell'atto di porre un limite alla violenza, quella legge positiva che lungi dal prevenire il massacro può

⁽²⁸⁾ Cfr. E. LÉVINAS, «Le Moi et la Totalité», *op. cit.*, p. 45: «Le face à face est ainsi une impossibilité de nier, une négation de la négation. La double articulation de cette formule signifie concrètement: le 'tu ne commettras pas de meurtre' s'inscrit sur le visage et constitue son altérité même. La parole est donc une relation entre libertés qui ne se limitent pas ni ne se nient, mais s'affirment réciproquement».

⁽²⁹⁾ Su tale tema ci permettiamo di rinviare a M. DURANTE, *Comunità e alterità nell'opera d'Emmanuel Lévinas. Il terzo, la legge, la giustizia*, Vol. I: *Ermeneutica e trascendenza*, Torino, Thélème Editrice, 2001, p. 70 e ss.

⁽³⁰⁾ Cfr. E. LÉVINAS, *Dieu, la Mort et le Temps*, Le Livre de Poche, Paris, 1997, in particolare p. 23: «La mort est départ, décès, négativité dont la destination est inconnue. Ne doit-on pas alors penser la mort comme question d'une indétermination telle qu'on ne peut pas dire qu'elle se pose comme problème à partir de ses données? Mort comme départ sans retour, question sans donnée, pur point d'interrogation». Ed ancora p.46: «Il y a là une fin qui a toujours l'ambiguïté d'un départ sans retour, d'un décès, mais aussi d'un scandale ('est-il possible qu'il soit mort?') de non-réponse et de ma responsabilité. Départ sans que je puisse lui conférer un quelconque lieu d'accueil. Comme une exclusion autre que la négation — celle-là même qui exclut la contradiction être-néant — en guise de tiers-exclu (en rien un monde à viser): le soulèvement même de la question, laquelle ne se déduit en aucune façon de modalités de l'être et qui est par excellence question sans réponse et question à laquelle toute question emprunte sa modalité d'interrogation».

altresì renderlo possibile, se al secondo punto abbiamo inteso sottolineare che la crisi della soggettività morale richiede una concezione rinnovata dell'umanità dell'umano, che non sia più compresa come l'espressione di un potere, questo terzo punto investe una questione centrale della riflessione di Emmanuel Lévinas: la possibilità di giudicare la storia. Abbiamo già avuto modo di farvi riferimento, in quanto essa investe la dimensione morale del soggetto, vale a dire la sua libertà di fronte alla storia. Dobbiamo in questo contesto affrontare tale problematica sul piano ontologico, interrogandoci sulla questione della giustificazione di ciò che esiste, dell'esistente stesso: ciò che viene ad esistere, ciò che si afferma sul piano storico ed ha la forza di imporsi come tale, trova perciò stesso, in tale posizione, la sua stessa giustificazione?

Dobbiamo chiederci in altri termini se ciò che esiste, ciò che definisce la totalità stessa degli enti intramondani, trova una spiegazione in generale ed una giustificazione che riposa sulla stessa logica e sulle stesse forze che hanno prodotto e posto la totalità degli enti. Non si tratta, in altri termini, di chiedersi se la giustificazione dell'esistente possa essere dedotta dall'esistente — ciò sarebbe evidentemente in contraddizione con la legge di Hume che nega la deducibilità del normativo dall'ontologico — ma è necessario domandarsi se ciò che pone gli enti intramondani giunge a porre anche i criteri sulla cui base tali enti possono essere valutati e giustificati — interrogazione con cui Heidegger pone in termini peculiari il problema del nichilismo tramite una lettura della volontà di potenza nietzschiano⁽³¹⁾. Se l'esistenza è posizione di enti intramondani, occorre allora chiedersi se sia configurabile un'istanza — un principio⁽³²⁾ — che trascendendo il piano

⁽³¹⁾ Cfr. M. HEIDEGGER, *Il nichilismo europeo*, [1961] Milano, Adelphi, 2003, introduz. e traduz. it. a cura di F. Volpi, per esempio p. 33: «Ma se questa interpretazione dell'ente nel suo insieme non deve avvenire partendo da un soprainsensibile posto prima 'sopra' di esso, allora i nuovi valori e la loro misura possono essere attinti soltanto dall'ente stesso. L'ente stesso ha perciò bisogno di una nuova interpretazione mediante la quale il suo carattere fondamentale sia determinato in modo da essere reso atto a servire come 'principio' per scrivere una nuova tavola di valori e come misura per una corrispondente gerarchia. (...) Quale carattere fondamentale dell'ente nel suo insieme Nietzsche riconosce e pone ciò che egli chiama 'volontà di potenza'».

⁽³²⁾ È per tale motivo che Lévinas distingue in un testo risalente (*De l'Existence à l'existent*, Vrin, Paris, 1947) della sua produzione tra l'esistente e l'esistenza, che non è più pensata come un principio generale di spiegazione dell'esistente, ma come un principio che non è più riducibile alla logica dell'esistente, ad un'esistenza anonima. Lévinas svilupperà questa intuizione, nel corso della sua riflessione, in direzione dell'affermazione di un'alterità radicale che trascende il piano degli enti intramondani. Sull'esigenza di un principio di giudizio v. S. COTTA, *Perché la violenza? Un'interpretazione filosofica*, op. cit., p. 13: «Da un lato la violenza non è semplicemente un destino ingiudicabile, e quindi soltanto da sopportare, bensì, pur nella sua costante possibilità d'insorgenza, un tipo di azione da valutare e respingere in base a un principio superiore. Dall'altro lato è assurdo pensare a un'umanità tutta violenta e poi tutta pacificata».

dell'esistente lo renda valutabile e giudicabile in forza dell'esteriorità o trascendenza, di cui è portatrice. Per precisare meglio i termini della questione, si tratta ancora una volta di chiedersi se l'esistenza, in quanto posizione degli enti intramondani, è un atto di pura posizione, un atto cioè che nel porre se stesso prescinde dal rapporto con qualsivoglia altra posizione o che presuppone una relazione implicita e preventiva ad un'alterità non eliminabile, un'orientazione verso l'altro.

Alla luce di tali considerazioni si scrive per il filosofo francese il problema della valutazione morale dell'evento dell'Olocausto. È tale evento — come ogni altro evento storico — giustificato o condannato sulla base della logica dell'esistente, vale a dire sulla base delle forze che lo hanno posto e ne hanno così determinato la dinamica storica, o in forza di una posizione altra, che trascende il piano dell'esistente e che proprio in forza di tale trascendenza pretende di giudicare dell'evento? È nello spazio di tale domanda, in seno a tale alternativa, che l'evento dell'Olocausto è identificato da Lévinas come ciò che non può essere valutato e criticato sul solo piano dell'esistente: la sua condanna non deriva dall'evoluzione del divenire storico, da ciò che Benjamin chiama la *catena degli eventi*, filosofia progressista della storia che costituisce soltanto la logica dei vincitori⁽³³⁾, la morale intesa come la scrittura della storia operata dai più forti. Tale evento, proprio in quanto si traduce in una pretesa di negazione assoluta e radicale dell'altro, deve poter essere giudicato a partire dalla posizione assoluta dell'altro, a partire da quella posizione cioè che non ha più un carattere intramondano e di cui pertanto il filosofo francese deve chiarire il tenore filosofico, che si rende tracciabile, come è noto, solo sul piano morale. Se il tenore filosofico del concetto di alterità, in cui si esprime il primato levinassiano dell'etica sull'ontologia, si rende tracciabile sul piano morale è proprio perché è morale la prospettiva entro cui si rende attuale l'esigenza di giudicare il piano dell'esistente. Il giudizio sulla storia è perciò un giudizio di carattere morale, la cui moralità non trova la sua norma sul piano ontologico né consiste nella traduzione di una dinamica storica, di una filosofia della storia.

Ritroviamo qui il problema della relazione tra violenza e diritto. Se l'esistente è, infatti, inteso come principio di giudizio e di enunciazione del reale, come norma sulla cui base il reale è giudicato, allora ciò che viene all'esistenza trova perciò stesso nella forza di tale atto di autoposizione un suo principio di giustificazione. Se, in altri termini, niente trascende la positività dell'ente, allora tale ente è pensato come autoreferenziale, esso si riferisce soltanto a se stesso e fonda da se solo i criteri della propria valutazione. Ciò significa che non vi è più differenza tracciabile tra ciò che afferma l'ente, ciò che lo pone, e ciò che lo nega: positività e negatività si equivalgono sul piano del divenire. La negazione radicale dell'altro è filosoficamente possibile solo

(33) Cfr. W. BENJAMIN, *Angelus Novus. Saggi e frammenti*, op. cit., p. 78 e ss.

laddove l'altro sia pensato sul piano dell'esistente come un ente la cui positività riveste un carattere intramondano. Ciò vuol dire che soltanto se la positività intramondana dell'ente è trascesa, in forza di un diverso modo della positività, vi può essere allora qualcosa che ecceda la negazione (della positività) dell'ente ⁽³⁴⁾. La filosofia d'Emmanuel Lévinas è in tal senso la ricerca di tale diverso modo della positività, in forza del quale mettere in discussione l'assunto di fondo su cui riposa il nichilismo, vale a dire l'equiparazione tra il positivo e il negativo, tra ciò che è e ciò che non è. Questo è per noi il principio intorno a cui si costruisce la ricerca etica e filosofica levinassiana, la possibilità che in seno al processo di negazione sia riscontrabile un'affermazione dell'altro che preceda ed ecceda il regime ontologico di tale atto di negazione.

3. *La costruzione della riflessione come risposta al problema etico*

Se nel precedente paragrafo abbiamo posto in evidenza una serie di problemi, tramite i quali Lévinas identifica e decodifica l'evento dell'Olocausto e intorno ai quali si costruiscono i nodi teoretici della sua speculazione filosofica, dobbiamo ora cercare di mostrare in termini più specifici secondo quali linee tale speculazione si costruisce in risposta al problema etico da cui essa prende le mosse. Prima di fare ciò e a riprova del procedere per problemi della riflessione levinassiana dobbiamo sottolineare, seppure in modo incidentale, che i tre problemi, che abbiamo segnalato nel precedente paragrafo, coincidono sostanzialmente con le critiche più rilevanti che sono state indirizzate alla filosofia levinassiana. Non possiamo soffermarci in questo contesto su tali critiche, ma vale la pena ricordare che esse sono state mosse, rispettivamente da Jacques Derrida ⁽³⁵⁾, proprio al riguardo della questione della violenza, da Paul Ricœur ⁽³⁶⁾, al riguardo della nozione di soggettività, e infine da Jean-Luc Marion ⁽³⁷⁾, per ciò che concerne la questione della trascendibilità dell'essere. Tuttavia, senza fare espresso riferimento a tali critiche, una loro traccia è presente nelle analisi con cui presentiamo gli aspetti problematici della riflessione levinassiana.

⁽³⁴⁾ In tal senso v. G. NICOLACCI, "Soggettività e finitezza dell'essere fra Heidegger e Hegel", in *Giornale di Metafisica*, Nuova Serie n. XXV, 2003, pp. 331-352.

⁽³⁵⁾ Cfr. J. DERRIDA, «Violence et métaphysique. Essai sur la pensée d'Emmanuel Lévinas», in *Revue de Métaphysique et de Morale*, LXIX, 1964, nn. 3-4, ora contenuto in *L'Écriture et la différence*, Le Seuil, Paris, 1967.

⁽³⁶⁾ Cfr. P. RICŒUR, *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, 1996, pp. 383-392.

⁽³⁷⁾ Cfr. J.-L. MARION, *L'idole et la distance*, Grasset, Paris, 1977. Ed ancora dello stesso autore, "Note sur l'indifférence ontologique", in *Emmanuel Lévinas. L'éthique comme philosophie première*, (J. GREISCH e J. ROLLAND dir.) Paris, Le Cerf, 1993, pp. 47-62.

Come abbiamo osservato, il problema giuridico-politico si formula attraverso la messa in discussione della fiducia nella legge, che non è più considerata né strumento della ragione né forma di un consenso sociale avente per fine un equo contemperamento delle forze in gioco. La legge è espressione di una volontà che può volere senza entrare in rapporto con l'altro, che può fare cioè del proprio volere l'espressione della violenza. Non vi è più a fondamento dell'esperienza giuridica e politica il rapporto con l'altro o per meglio dire l'esperienza giuridica e politica, in quanto espressione della razionalità, non è più la traduzione, l'articolazione possibile e mai definitiva, di tale rapporto, ma al contrario assume tale rapporto come già dato e lo deduce dall'ordine dell'esistente come se in esso vi fosse sempre già iscritto al pari di ogni altra determinazione storica. L'altro viene concepito come un ente intramondano di cui la volontà può disporre e il cui senso è sempre già assegnato sulla base dell'appartenenza a un sistema dato.

In tale prospettiva, la legge trova la sua giustificazione nell'essere la trascrizione di un orizzonte storico-culturale sempre già dato, di un ordine del reale già affermato, la ragione stessa è concepita come la scrittura di un'interiorità che designa il punto di vista interno di un ordine che si è concretamente imposto sul piano della storia. Concepita in questi termini, la ragione è per il filosofo francese espressione teorica di una volontà di dominio e d'appropriazione dell'altro. La riflessione filosofica levinassiana pertanto non si costruisce come una condanna cieca della ragione, ma come il tentativo di ripensarne la possibilità a partire dall'ipotesi di una modalità della ragione che non si traduca più in una forma di dominio dell'altro, ma in un'apertura nei confronti dell'altro, vale a dire in una relazione con l'altro, non più concepito come un ente intramondano, disponibile ad essere appropriato.

L'indisponibilità che l'altro oppone al potere dello stato e con cui intende porre un limite alla volontà della legge non è però, come abbiamo sottolineato, una resistenza ontologica, una contrapposizione di forze, ma al contrario una sottrazione, un'assenza, un modo di trascendere il piano del divenire storico e culturale, che non si può tuttavia tradurre in una pura trascendenza senza rapporto. Affinché vi sia un tale rapporto, senza del quale la convivenza nella pace non è possibile, è tuttavia necessario che l'altro entri nel rapporto, che traduca la sua trascendenza in una forma d'eteronomia che investa il soggetto, prima che l'autonomia del soggetto investa l'alterità dell'altro. L'altro entra nel rapporto, non tramite una decisione soggettiva, ma in forza di quell'irruzione del volto, che mette in discussione il potere del soggetto e che richiede dunque di ripensare lo statuto stesso della soggettività. Al fondamento dell'esperienza giuridica e politica, non vi è più pertanto l'idea di una soggettività che si costituisce come tale in forza del suo potere di decidere dell'altro. La soggettività non è più pensata quale espressione di un potere, ma come un'interrogazione critica portata sui limiti e sullo statuto del potere. Tale considerazione ci convoca nel cuore del secondo problema

evocato, quel problema morale che pone al centro delle proprie meditazioni una ridefinizione della soggettività in chiave morale.

La soggettività, come abbiamo posto in evidenza, si presenta alla riflessione del filosofo francese come una nozione fondata sull'idea di potere. La soggettività è dunque espressione di un potere, che caratterizza l'esistenza stessa del soggetto e che per tale motivo deve essere rinvenuto tramite un'analisi dell'esistenza. Il soggetto si riconosce, cioè, come portatore di poteri specifici, che caratterizzano la sua esistenza nel senso di definire delle possibilità essenziali, un poter essere, che secondo la lettura heideggeriana richiedono, per essere precisate, una vera e propria analitica dell'esistenza. È pertanto questa l'ottica con la quale Lévinas affronta il tema della soggettività, ma vale la pena rilevare, incidentalmente, che questa sarà anche l'ottica con cui Paul Ricœur elaborerà una concezione della soggettività in chiave giuridica⁽³⁸⁾. Entrambi i filosofi sono debitori nei confronti di Heidegger della costruzione di una soggettività intesa come la riscrittura della problematica morale della libertà condotta tramite un'analisi dell'esistenza. Nel cuore della riflessione heideggeriana è, infatti, posto il problema morale, a cui ci siamo precedentemente riferiti e a cui Lévinas guarda in termini peculiari a partire dall'evento dell'Olocausto, il problema della libertà del soggetto di fronte alla storia.

Per il filosofo tedesco il soggetto è libero nella misura in cui sia possibile porre in evidenza una dimensione esistenziale rispetto alla quale il soggetto appare come non sostituibile. La soggettività si caratterizza, dunque, per questa capacità essenziale, per la quale il soggetto detiene un potere specifico, vale a dire il potere di comprendersi come un essere singolare e unico, la cui proprietà consiste nel suo essere non sostituibile: tale insostituibilità è ricercata da Heidegger nella relazione che il soggetto intrattiene con la possibilità della propria morte. La libertà del soggetto di fronte alla storia è individuata dal filosofo tedesco in quella particolare forma della temporalità che è la capacità stessa del soggetto di assumere su di sé, al punto di farne la caratteristica della soggettività, la possibilità della morte: possibi-

⁽³⁸⁾ Cfr. P. RICŒUR, *Le juste 2*, Editions Esprit, Paris, 2001, per il quale, come per Lévinas ma in termini differenti, la soggettività è caratterizzata dalla responsabilità, che è, per Ricoeur, capacità di assumere su di sé i risultati delle proprie azioni, p. 8: «Le tenon consiste en cette capacité spécifique désignée par le terme imputabilité: à savoir l'aptitude à nous reconnaître comme comptables (racine *putare*) de nos propres actes à titre de leur auteur véritable. Je peux me tenir comptable, imputable, de la même façon que je peux parler, agir sur le cours des choses, raconter l'action par mise en intrigue des événements et des personnages. L'imputabilité est une capacité homogène à la série des pouvoirs et des non-pouvoirs qui définissent l'homme comme capable». Il tenore di tali espressioni («série des pouvoirs et des non-pouvoirs qui définissent l'homme comme capable») è certamente spiegabile con riferimento all'analisi dell'esistenza heideggeriana. Sul rapporto tra violenza e diritto vedi di P. RICŒUR, «Etat et violence», La troisième conférence annuelle du Foyer John Knox, 12 juin 1957, publiée par l'Association du Foyer John Knox, Genève, Suisse.

lità assunta a ogni momento che definisce l'anticipazione come la forma specifica della temporalità dell'*essere-per-la-morte*. Se l'uomo può fare ingresso nella storia solo a partire dal suo non essere più, cioè solo a partire dalla morte, il potere di assumere questa possibilità essenziale libera l'uomo di fronte alla necessità della storia.

Lévinas riprende tale struttura della soggettività ma ne declina l'articolazione a partire dall'esigenza di porre la relazione con altri come costitutiva della soggettività per le ragioni che abbiamo segnalato nel precedente paragrafo, vale a dire per costruire una concezione della soggettività che non sia più compresa come l'espressione di un potere, ma come un limite al potere, come un'interrogazione sulla *serie di poteri e di non-poteri che definiscono l'uomo come capace*, per riprendere la formulazione di Ricœur citata in nota. La soggettività è ricercata da Lévinas nell'insostituibilità del soggetto davanti alla morte, ma si tratta per il filosofo francese della morte di altri, nei confronti della quale il soggetto è convocato ad una responsabilità, rispetto alla quale egli non è più sostituibile. Questa convocazione, che ha la struttura dell'eteronomia, costituisce un limite di fronte al potere di sottrarsi, di essere indifferente, alla morte di altri. La possibilità della morte di altri, considerato nella sua fragilità di morente, fa virare la libertà in responsabilità: la libertà di fronte alla storia diventa una responsabilità di fronte alla storia. Ricordiamoci allora delle parole del filosofo che abbiamo citato in nota:

Pour moi, par exemple, et cela ne vous étonnera pas, l'Holocauste est un événement de signification encore inépuisable. Mais dans toute mort à laquelle on assiste, et je dirais même dans toute approche de mortels, s'entendent les résonances de cet inconnu extraordinaire. Nous l'appréhendons irrésistiblement dans la rencontre de la mort, dans l'autre homme. Événement dont la signification est infinie, dont l'émotion est, de bout en bout, éthique. ⁽³⁹⁾

La soggettività etica levinassiana è una costruzione della soggettività che non trova più fondamento sulla simmetria dei poteri, che caratterizza l'essere proprio degli individui, ma sull'asimmetria tra il potere dell'uno e il potere dell'altro: asimmetria che richiede, pertanto, d'interrogare il limite stesso del potere di potere, le condizioni alle quali tale potere di disporre dell'altro incontra nell'alterità dell'altro un limite, che non consiste più in una forma di resistenza dialettica, ma in una forma di trascendenza, che investe il piano ontologico del divenire.

È per tale ragione che la costruzione della riflessione etica levinassiana viene ad essere confrontata all'esigenza di dare contenuto ad un'idea della trascendenza che sia pensata come una trascendenza nell'umano ed una strutturazione della soggettività. Tale esigenza emerge dalla considerazione di quel terzo problema che, come abbiamo visto in precedenza, investe la

⁽³⁹⁾ Cfr. la nota n. 10.

possibilità di trascendere il piano dell'esistente, allo scopo di sottoporlo a giudizio. È precisamente in tale contesto che la strategia del ragionamento levinassiano diverge da quella di Heidegger. La trascendenza della positività dell'ente che il filosofo francese intende costruire non è ricercata nell'orizzonte della differenza ontologica, per la quale l'essere trascende la dimensione ontica dell'ente, ma ancora una volta in chiave etica, vale a dire secondo un regime diverso da quello che equipara, sul piano del divenire, l'essere al non essere. La trascendenza, intesa come dimensione che caratterizza l'umanità dell'uomo, è dunque per Lévinas strutturazione della soggettività, a condizione di non considerare più l'alterità dell'altro come una negatività da ridurre e di cui appropriarsi per costituire la soggettività dell'io. Solo se la positività del soggetto cessa di essere pensata come correlativa alla negatività dell'altro, vi può essere un modo della trascendenza che non è dispersione dell'io ⁽⁴⁰⁾: l'altro non è pensato come negazione dell'io, ma come un eccesso, un surplus, rispetto ad ogni forma di negazione.

La soggettività morale non si costituisce, per Lévinas, tramite l'appropriazione dell'alterità dell'altro pensata come non-io o negatività, ma nella relazione a un mistero, che è trascendenza dell'altro, concepita precisamente come un eccesso sulla negatività. In tal senso la soggettività non è più concepita come l'espressione di un potere, come la capacità di disporre dell'altro, dal momento che il soggetto non incontra più nell'altro una forma di negazione dell'io, una forza che resiste alla sua volontà di potere, ma una forma di trascendenza che limita il potere del soggetto non più dall'interno, ma per così dire dall'esterno, in quanto lo spinge a problematizzare il contenuto della propria libertà, che non è più confrontata a un'altra pari libertà ma, nell'asimmetria, al mistero dell'altro.

Il soggetto è colui che si apre al mistero dell'altro: la relazione con l'altro è relazione con un mistero, che non è pura negazione, ma al contrario è una relazione con l'infinito. L'umanità dell'umano non è definita sul solo piano dell'esistente, poiché non è pensata a partire dall'esclusivo riferimento alla finitezza ⁽⁴¹⁾, che la caratterizza essenzialmente. Essa è concepita a partire

⁽⁴⁰⁾ Vedi al riguardo D. FRANCK, *Dramatiques des phénomènes*, op. cit., p. 160: «Le problème est celui de la conservation du moi dans la transcendance, de la subjectivité du temps ou encore, cela revient ici au même, de la victoire sur la mort».

⁽⁴¹⁾ Cfr. E. LÉVINAS, *Transcendance et intelligibilité*, Labor et Fides, Genève, 1996, pp. 28-29: «Que l'idée de l'infini, dans sa passivité, puisse être entendue comme le domaine de l'incertitude d'une humanité préoccupée d'elle-même et incapable d'embrasser l'infini et où le fait d'être frappé par Dieu ne serait qu'un pis-aller de la finitude, c'est probablement la méconnaissance de l'originalité irréductible de l'altérité et de la transcendance et une interprétation purement négative de la proximité éthique et de l'amour, l'obstination de le dire en termes d'immanence, comme si la possession ou la fusion — idéal d'une conscience intentionnelle — épuisait l'énergie spirituelle».

dall'idea dell'infinito, la cui trascendenza non si traduce però in una forma di alienazione del soggetto ma si riveste dei termini concreti della socialità umana:

Idée de l'Infini — pensée dégagée de la conscience non pas selon le concept négatif de l'inconscient, mais selon la pensée, celle du dégagement à l'égard de l'être, celle du dés-inter-essement : relation sans emprise sur l'être et sans asservissement au *conatus essendi*, contrairement au savoir et à la perception. Ce qui ne devient pas *concrètement* une quelconque modification, en pure négation abstraite, de la vision, mais s'accomplit éthiquement comme relation à l'autre homme. ⁽⁴²⁾

E ancora:

Excellence de l'amour, de la socialité, de la « crainte pour les autres » et de la responsabilité pour les autres qui n'est pas mon angoisse pour ma mort, *mienne*. La transcendance ne serait plus une immanence manquée. Elle aurait dans la socialité — qui n'est plus une simple visée, mais responsabilité pour le prochain — l'excellence propre de l'esprit, précisément la perfection ou le Bien. Socialité qui, par opposition à tout savoir et à toute immanence — est relation avec l'autre comme tel et non pas avec l'autre, pure partie du monde. ⁽⁴³⁾

Infine:

Que la proximité de l'Infini et la socialité qu'elle instaure et commande, puissent être meilleures que la *coïncidence de l'unité*, que la socialité soit de par sa pluralité même, une excellence irréductible, même si on ne peut pas la dire en termes de richesse sans retomber dans l'énoncé de la misère ; que la relation ou la non-indifférence à l'autre ne consiste pas, pour l'Autre, à se convertir au Même, que la religion ne soit pas le moment de l'« économie » de l'être, que l'amour ne soit pas qu'un demi-dieu — c'est certainement cela aussi que signifie l'idée de l'infinito in nous ou l'humanité de l'homme comprise comme théologie ou l'intelligibilità du transcendant. ⁽⁴⁴⁾

La trascendenza dell'altro — quell'idea dell'infinito che trascende il piano dell'esistente e lo sottopone a giudizio — è nei passaggi citati delineata con riferimento a tre istanze, su cui non è possibile in questo contesto soffermarsi in termini analitici, che concorrono a definire il senso del mistero al quale la soggettività si trova confrontata in relazione alla trascendenza dell'altro. Queste tre istanze, *l'amore, la morte e Dio*, configurano le scene entro le quali

⁽⁴²⁾ Cfr. E. LÉVINAS, *Transcendance et intelligibilité*, op. cit., p. 24.

⁽⁴³⁾ E. LÉVINAS, *op. ult. cit.*, p. 27.

⁽⁴⁴⁾ E. LÉVINAS, *op. ult. cit.*, p. 29.

la trascendenza dell'altro riceve una sua concretezza fenomenologica ⁽⁴⁵⁾, in forza della quale l'idea di un surplus della negatività, l'idea di una positività che dura al di là del processo stesso della negazione, dà unitariamente contenuto ad una concezione morale della soggettività che sollecita il riferimento ad un'idea universale di umanità. Universalità concreta, che non è integrazione della negatività sul piano della positività, ma possibilità di una ragione attraversata dall'idea dell'infinito, aperta su quel mistero che non è la trascendenza ontologica dell'essere, ma la trascendenza etica dell'altro. Per concludere il presente paragrafo e per mettere ancora una volta in luce che il riferimento ultimo della costruzione del ragionamento levinassiano secondo una prospettiva morale è l'evento dell'Olocausto, vale la pena sottolineare che la trascendenza etica dell'altro è, dunque, il modo specifico per ripensare quel problema della libertà di fronte alla storia da cui viene a dipendere il tenore morale della costituzione della soggettività umana.

4. Alcune considerazioni per una provvisoria conclusione

La riflessione filosofica ed etica levinassiana è dunque risposta a un problema, si costruisce entro questa risposta che, pur nell'evidenza del dramma e della tragedia che l'evento dell'Olocausto comporta, non assume il problema come dato, ma procede dalla sua identificazione. Come abbiamo cercato di mostrare, la risposta etica della filosofia di Lévinas è innanzi tutto identificazione della domanda di senso, cui la riflessione cerca di offrire un principio di risposta. In tal senso e per questo preciso motivo non possiamo dire che il filosofo francese interroghi l'evento dell'Olocausto, ma che l'evento sia in se stesso un'interrogazione. Siamo qui, nel vivo della riflessione del filosofo, confrontati alla costruzione centrale per il progetto di scrittura levinassiana di una nozione d'evento che non è più compresa come il sopravvenire di un accadimento, ma come l'apertura di un'interrogazione. L'evento non è più pensato sul piano del divenire come un passaggio dall'essere al non essere o viceversa, né come la semplice sopravvenienza di uno stato di cose che muta l'ordine dato dell'esistente, ma come l'affermazione di un *quid novum* che

(45) Cfr. E. LÉVINAS, *op. ult. cit.*, p. 28: «Mais faire de la phénoménologie, ce n'est pas seulement, contre le subreption, le glissement et la subrogation de sens, garantir la signifiante du langage menacé, dans son abstraction ou dans son isolement; ce n'est pas seulement le contrôler en interrogeant les pensées qu'il offusque et fait oublier. C'est surtout rechercher et rappeler dans les horizons qui s'ouvrent autour des premières 'intentions' du donné abstrait, l'intrigue humaine — ou interhumaine — qui est la concrétude de son impensé (il n'est pas purement négatif) laquelle est la nécessaire 'mise en scène' dont les abstractions se sont détachées dans le *dit* des mots et des propositions. C'est rechercher l'intrigue humaine ou interhumaine comme le tissu de l'intelligibilité ultime».

interroga l'esistente in forza del mistero di cui è portatore. L'istante cessa di essere figura di un presente colto nella sua evanescenza, nella sua incapacità di restare un puro punto del tempo, sempre già in cerca di una sistemazione nel *continuum* della storia ⁽⁴⁶⁾, in quella catena di eventi che traduce un'idea di storia, alla quale il filosofo francese non può sottoscrivere per le ragioni che abbiamo visto nei precedenti paragrafi. L'istante è un punto del tempo che rompe con l'immagine di un tempo omogeneo e continuo ⁽⁴⁷⁾, che è evento precisamente in quanto introduce la possibilità di uno scarto, di una differenza, il cui senso è mistero e interrogazione, vale a dire impossibilità di una deduzione logica. L'evento è produzione di un'istanza, o domanda, che investe la coscienza prima che la coscienza abbia avuto il tempo di farne l'oggetto di un'intenzione e la cui formulazione non è semplicemente derivabile dall'ordine dell'esistente, ma richiede un'interrogazione e un'identificazione che mettono in questione l'ordine dato.

Tale configurazione dell'evento è, dunque, la scrittura di una coscienza morale che non è più concepita come presenza a sé, quale contemplazione riflessiva dell'ordine dell'esistente, né in quanto presa di coscienza del movimento dialettico della storia, ma al contrario come esigenza di giustizia, vale a dire come rivolta spirituale contro l'idea del successivo, contro l'idea cioè di un movimento necessario del tempo ⁽⁴⁸⁾ che revoca in dubbio la libertà dell'individuo e ne vanifica la volontà di responsabilità, e al contempo come esigenza di giustificare nei confronti di altri la libertà dell'individuo:

La liberté doit se justifier. Réduite à elle-même, elle s'accomplit, non pas dans la souveraineté, mais dans l'arbitraire. L'être qu'elle doit exprimer dans sa plénitude, apparaît précisément à travers elle — et non pas à cause de sa limitation — comme n'ayant pas sa raison en lui-même. La

⁽⁴⁶⁾ Cfr. ancora su tale punto le penetranti analisi di W. BENJAMIN, *Angelus Novus. Saggi e frammenti*, op. cit., p. 83 e ss.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. E. LÉVINAS, *Totalité et Infini*, op. cit., pp. 317-318: «Le temps est discontinu. Un instant ne sort pas de l'autre sans interruption, par une extase. (...) Le recommencement dans le temps discontinu apporte la jeunesse et l'infinition du temps. L'exister infini du temps assure la situation du jugement, condition de la vérité, derrière l'échec auquel se heurte la bonté d'aujourd'hui. Par la fécondité je détiens un temps infini nécessaire pour que la vérité se dise; pour que le particularisme de l'apologie se convertisse en bonté efficace qui maintient le moi de l'apologie dans sa particularité — sans que l'histoire brise et broie cet accord prétendument encore subjectif».

⁽⁴⁸⁾ Cfr. E. LÉVINAS, *Totalité et Infini*, op. cit., pp. 316-317: «Le temps est le non-définitif du définitif, altérité toujours recommençant de l'accompli — le 'toujours' de ce recommencement. L'œuvre du temps va au-delà de la suspension du définitif que rend possible la continuité de la durée. Il faut une rupture de la continuité et continuation à travers la rupture. L'essentiel du temps, consiste à être un drame, une multiplicité d'actes où l'acte suivant dénoue le premier. L'être ne se produit plus d'un seul coup, irrémisiblement présent. La réalité est ce qu'elle est, mais encore une fois, une autre fois librement reprise et pardonnée».

liberté ne se justifie pas par la liberté. Rendre raison de l'être ou être en vérité, ce n'est pas comprendre ni se saisir de..., mais au contraire rencontrer autrui sans allergie, c'est-à-dire dans la justice. ⁽⁴⁹⁾

Ed ancora:

Aborder Autrui, c'est mettre en question ma liberté, ma spontanéité de vivant, mon emprise sur les choses, cette liberté de la 'force qui va', cette impétuosité de courant et à laquelle tout est permis, même le meurtre. Le 'Tu ne commettras pas de meurtre' qui dessine le visage où Autrui se produit, soumet ma liberté au jugement. ⁽⁵⁰⁾

Infine:

Elle [la bonté] a un principe, une origine, sort d'un moi, est subjective. Elle ne se règle pas sur les principes inscrits dans la nature d'un être particulier qui la manifeste (...), ni dans les codes de l'Etat. Elle consiste à aller là où aucune pensée éclairante — c'est-à-dire panoramique — ne précède, à aller sans savoir où. Aventure absolue, dans une imprudence primordiale, la bonté est la transcendance même. La transcendance est transcendance d'un moi. Seul un moi peut répondre à l'injonction d'un visage. ⁽⁵¹⁾

La trascendenza del piano dell'esistente — la liberazione dall'incatenamento all'essere ⁽⁵²⁾ — che si realizza concretamente nella bontà richiede per tale realizzazione la presenza di un soggetto la cui soggettività si costituisca in termini morali come coscienza risvegliata dall'appello del volto, come libertà investita dalla responsabilità per altri. In definitiva, l'identificazione dell'evento dell'Olocausto come problema e domanda passa attraverso l'esigenza di definire una concezione rinnovata della soggettività, che non sia più intesa come l'espressione di un potere, ma come l'interrogazione portata sui limiti del potere e la cui costruzione si rende possibile nella tensione tra la questione morale della libertà di fronte alla storia e la questione giuridico-politica della giustificazione della libertà. Tale concezione è suscettibile di fondare una nozione di soggettività giuridica, che non è più pensata come potere di disporre dell'altro o come capacità d'imputazione ma nei termini di una capacità di rapporto e di comunicazione con l'altro, nel rispetto della sua dignità, vale a dire al di fuori d'ogni ipotesi di violenza.

Torino, 27 gennaio 2004

⁽⁴⁹⁾ E. LÉVINAS, *Totalité et Infini*, op. cit., p. 339.

⁽⁵⁰⁾ *Ibid.*

⁽⁵¹⁾ E. LÉVINAS, *Totalité et Infini*, op. cit., p. 341.

⁽⁵²⁾ Cfr. E. LÉVINAS, *Quelques réflexions sur la philosophie de l'hitlérisme*, Payot & Rivages, Paris, 1997, seguito da un saggio di M. Abensour, «Le mal élémental», pp. 27-103.

ABSTRACT

This article aims at showing how the construction of Emmanuel Lévinas' ethical reasoning proceed through the identification of the philosophical meaning of the event of the Holocaust. This identification poses three majors philosophical problems dealing with the relation between law and violence, the notion of subjectivity and the possibility of a transcendence of being. Emmanuel Lévinas' attempt to answer to these problems is based on the possibility to renew the notion of a moral subjectivity. The elaboration of this notion expresses the tension between the moral issue of an individual freedom before history and the juridical and political justification of such a freedom.

Questo articolo intende mostrare come la costruzione della riflessione etica di Emmanuel Lévinas proceda dall'identificazione del significato filosofico dell'evento dell'Olocausto. Tale identificazione pone tre problemi filosofici maggiori che attengono alla relazione tra violenza e diritto, alla nozione di soggettività e alla possibilità di una trascendenza dell'essere. Il tentativo di Emmanuel Lévinas di rispondere a tali problemi si fonda sulla possibilità di rinnovare la nozione di soggettività morale. L'elaborazione di tale nozione esprime la tensione che esiste tra la questione morale della libertà degli individui di fronte alla storia e la giustificazione giuridica e politica di siffatta libertà.

PAOLO VERONESI

PER UN'INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALE DEL CONCETTO DI "DOMICILIO"

1.1. *Le origini della libertà domiciliare.*

È dubbio se un primo abbozzo di libertà domiciliare trovi addirittura origine nel diritto delle antiche comunità germaniche, presso i romani o in Grecia ⁽¹⁾. In epoche più vicine a noi, è la necessità di proteggere la proprietà privata ad aver contribuito all'affermarsi dell'inviolabilità del domicilio. In Inghilterra la sua tutela assolve inoltre (e originariamente) alle funzioni di argine al potere monarchico — testimoniate, *in primis*, dal rifiuto, contenuto nella *Petition of rights* del 1628, dell'obbligo di ospitare gli eserciti —. Sarà questa la via mediante la quale il *right to be secure* inglese trasmigrerà nel congiunto riconoscimento dell'inviolabilità personale e domiciliare contenuto nel IV emendamento della Cost. U.S.A. (1791) ⁽²⁾. Analogo legame con la proprietà privata si rinviene Francia, ove la tutela del domicilio troverà coronamento nell'art. 3 della Cost. del 1848. Questa previsione, assieme all'art. 10 della Cost. belga del 1831, forgiò il modello che si tradusse nell'art. 27 dello Statuto albertino ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Cfr. FASO, *La libertà di domicilio*, Milano, 1968, 3 ss. V. anche DE MARCO, *Domicilio-residenza-dimora*, in *Amm. it.*, 1975, 536 ss.

⁽²⁾ Su questi profili storici cfr. CHIARELLI, *Domicilio. 1) Libertà di domicilio*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, 1 ss. Per una dettagliata storia della libertà di domicilio in Italia e in Francia dalla Rivoluzione al r.d.l. n. 45 del 20 gennaio 1944 v. MEUCCI, *La libertà domiciliare*, in AA.VV., *La pubblica sicurezza*, a cura di P. Barile, Vicenza, 1967, 181 ss.

⁽³⁾ Cfr. CHIARELLI, *Domicilio cit.*, 2.

1.2. *Lo Statuto albertino.*

L'art. 27 dello Statuto proclamava — secondo uno schema assai usato in quel testo — l'inviolabilità del domicilio, lasciando poi (genericamente) alla legge la determinazione dei limiti al diritto. Non era prevista alcuna riserva di giurisdizione. La dottrina interpretò l'art. 27 in senso estensivo; l'intento era di collegare il diritto non alla proprietà bensì alle «proiezioni spaziali» della persona (come suggeriva l'evoluzione del diritto anglosassone)⁽⁴⁾. La legislazione seguì peraltro ben diversi indirizzi, producendo un florilegio di provvedimenti restrittivi⁽⁵⁾. Il fascismo aggravò molte di tali disposizioni, recependole, ad esempio, nel c.p.p. del 1930 ovvero nel T.U.L.P.S del 1926, poi sostituito da quello del 1931.

1.3. *L'art. 14 della Costituzione repubblicana.*

All'art. 8 del progetto di Costituzione elaborato dalla prima Sottocommissione — costituita in seno alla c.d. Commissione dei 75 — erano congiuntamente disciplinate sia la libertà personale sia quella domiciliare. Solo in un secondo momento emerse l'esigenza di sdoppiare l'art. 8, offrendo una tutela autonoma al domicilio (art. 8-*bis*). Persisteva comunque l'idea dello stretto legame tra quest'ultimo e la libertà personale — come confermato, nella redazione definitiva della Carta, dalla loro contiguità spaziale —; l'opportunità di una disciplina separata venne anzi paradossalmente motivata proprio (e anche) in questa prospettiva⁽⁶⁾. Tre sono gli emendamenti che mirano allo scopo: uno è proposto dagli on. Bulloni, Avanzini, Bettiol, Benvenuti, Leone e altri⁽⁷⁾; un ulteriore da Lucifero e altri⁽⁸⁾; l'ultimo dagli on. Basso, Mortati e altri⁽⁹⁾. L'emendamento Basso è subito accettato dalla prima Sottocommissione e dal suo Presidente Tupini⁽¹⁰⁾. In tutte le proposte (testualmente) non si escludevano forme di intrusione al domicilio diverse da quelle poi specificamente previste in Costituzione (ispezioni, perquisizioni, sequestri), purché disciplinate dalla legge e disposte dall'autorità giudiziaria. Sin dall'emendamento Lucifero si affaccia inoltre, sia pur con significative varianti (mancanza della menzione

⁽⁴⁾ CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2002, 40.

⁽⁵⁾ Ricordati, in dettaglio, da CARETTI, *I diritti fondamentali* cit., 40 s.

⁽⁶⁾ Come affermò l'on. Lucifero, il domicilio è «cosa talmente sacra e così integrante della persona umana» da rendere opportuna un'autonoma previsione (A.C., vol. I, p. 770).

⁽⁷⁾ A.C., seduta del 10 aprile 1947, vol. I, p. 764.

⁽⁸⁾ A.C., seduta cit., vol. I, p. 769.

⁽⁹⁾ A.C., seduta cit., vol. I, p. 769.

⁽¹⁰⁾ A.C., seduta cit., vol. I, p. 769, 779.

delle leggi speciali; esclusione di accertamenti in materia economica e fiscale nell'abitazione), la struttura di quello che diventerà il 3° co. dell'art. 14; il comma 4 dell'emendamento Basso è poi praticamente identico all'art. 14, 3° co. definitivo. Come precisamente afferma Basso, la volontà di diversificare la disciplina di quelli che diventeranno il secondo e il terzo comma dell'art. 14 — e quindi di dosare le garanzie — discende dalle specifiche materie qui trattate: «per ragioni di polizia non si può entrare se non con l'ordine dell'autorità giudiziaria» (art. 14, 2° co.), ma per ragioni di sanità, di incolumità pubblica e di fisco (art. 14, 3° co.), «si deve poter entrare in tutte le case»⁽¹¹⁾.

La tesi che il domicilio non si risolva nella sola abitazione, bensì vada inteso in senso ampio, emerge in modo chiaro da numerosi interventi. Lucifero sostiene che gli uffici, studi professionali *et similia*, così come l'abitazione, sono certamente domicilio, ma i due ambiti spaziali meriterebbero diversa tutela (più intensa nel secondo caso, dovendo la casa rimanere impermeabile alle ispezioni fiscali)⁽¹²⁾. Si coglie qui, in embrione, la possibilità di enucleare, entro l'ampio *genus* di domicilio, *species* dotate di diversa tutela. La tesi è però grossolanamente formulata: sulla difficoltà di distinguere abitazione, aziende e studi professionali, nonché sulle conseguenze perverse che ciò avrebbe provocato agli effetti fiscali, si veda, ad esempio, l'intervento di Laconi⁽¹³⁾. L'on. Basso afferma poi che la protezione del domicilio non si esaurisce nella difesa dell'abitazione, bensì di tutti i luoghi che la persona occupa a titolo privato (e menziona le aziende, le sedi di partito o di associazioni).

La consapevolezza che la nozione di domicilio *in itinere* non equivalesse a quella menzionata nel codice civile emerge poi con chiarezza nelle parole di Codacci Pisanelli⁽¹⁴⁾.

Nel testo dell'art. 8-*bis*, approvato in via definitiva nella seduta del 10 aprile 1947, rimase la previsione — che scompare nel testo dell'art. 14 Cost. poi promulgato — che ammetteva la possibilità di introdursi al domicilio — ove previsto per legge e motivatamente ordinato dall'autorità giudiziaria — anche in casi diversi dalle ispezioni, perquisizioni e sequestri. Tuttavia, all'atto di ricordare la formulazione dell'art. 8-*bis*, come depurata dal Comitato di redazione, il Presidente Terracini recita una formula difforme da quella effettivamente approvata: all'idea che non ci si possa immettere al domicilio se non per legge e per ordine dell'autorità giudiziaria⁽¹⁵⁾, si sostituisce la (ben diversa) previsione per cui non ci si può introdurre al

⁽¹¹⁾ A.C., seduta cit., vol. I, p. 782 s.

⁽¹²⁾ A.C., seduta cit., vol. I, p. 770.

⁽¹³⁾ A.C., seduta cit., vol. I, p. 782.

⁽¹⁴⁾ A.C., seduta cit., vol. I, p. 782.

⁽¹⁵⁾ A.C., seduta cit., vol. I, p. 782.

domicilio, «eseguendo ispezioni, perquisizioni o sequestri, senza ordine motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi previsti dalla legge»⁽¹⁶⁾. La sfumatura è lieve ma cambiano radicalmente le suggestioni evocate; in pratica, *sembrano* ora permesse le sole forme di accesso espressamente menzionate nel testo⁽¹⁷⁾.

2.1. *Il «domicilio» nel sistema delle libertà fondamentali previste in Costituzione. La riserva di legge e la riserva di giurisdizione.*

Il bene protetto dall'art. 14 Cost. può precisamente individuarsi solo collocando tale disposizione nel contesto della Parte Prima della Carta. Innanzi tutto, va individuato il legame che intreccia la *ratio* dell'art. 13 con l'art. 14 Cost.: quest'ultimo configura infatti la situazione giuridica più immediatamente agganciata alla libertà personale, dal momento che la nozione di domicilio (come meglio si vedrà *infra*) rinvia ai luoghi destinati a condizionare e a ospitare (in un ambiente ritenuto, in vario modo, protetto) le prime manifestazioni della personalità dell'individuo⁽¹⁸⁾. Tale approdo si evidenzia altresì — come si vedrà in dettaglio *infra* — nella prospettiva della giurisprudenza CEDU e comunitaria, accolta altresì all'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali UE.

La compenetrazione tra le due libertà appena menzionate è inoltre sottolineata — come già si è detto — dall'esplicito rinvio all'art. 13 contenuto nel disposto dell'art. 14, nonché dalla circostanza per cui, attraverso tale richiamo, si è provveduto a corredare la libertà di domicilio di una novità assai pregnante — la garanzia della “riserva di giurisdizione” — sconosciuta alla previsione statutaria del 1848⁽¹⁹⁾. Com'è noto, sia la riserva di giurisdizione, sia la riserva di legge, costituiscono istituti di garanzia di tutti i diritti di libertà disciplinati in Costituzione. Con la prima si stabilisce che siano i giudici (in quanto poteri imparziali e indipendenti, separati dalla sfera della politica) ad applicare la legge che limita la libertà; solo un atto motivato dell'autorità giudiziaria (preventivo o successivo) può dunque consentire, in concreto, la limitazione del diritto. Essa inoltre rafforza spesso la riserva assoluta di legge, come avviene — appunto — nel caso dell'art. 14, 2° co. La seconda prescrive invece che la materia in cui essa

⁽¹⁶⁾ A.C., seduta cit., vol. I, p. 784.

⁽¹⁷⁾ Per una verifica delle diverse stesure predisposte dal Comitato di redazione di quello che sarebbe diventato l'art. 14 Cost., e cogliere così lo slittamento di senso riferito nel testo, si v. le tabelle di ATRIPALDI, *Il catalogo delle libertà civili nel dibattito in Assemblea Costituente*, Napoli, 1979, 298, 309

⁽¹⁸⁾ BARILE e CHELI, *Domicilio (libertà di)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 860.

⁽¹⁹⁾ CARETTI, *I diritti fondamentali cit.*, 39-40, 233. V. anche *supra* par. 1.3.

trova applicazione debba essere integralmente disciplinata dalla legge del Parlamento (riserva di organo), ovvero (secondo la tesi prevalente) anche da atti a questa equiparati (riserva di atto). Si impone cioè che la disciplina dei diritti di libertà coinvolga sempre l'organo rappresentativo del corpo elettorale, in cui alla maggioranza si contrappone il vigilante controllo di chi appartiene alla minoranza e — di conseguenza — della pubblica opinione. Al contempo, si sottrae in tal modo all'esecutivo (e ai regolamenti) la possibilità d'intervenire, posto che i diritti di libertà sono sorti e vivono proprio in contrapposizione al potere coercitivo dello Stato, detenuto — appunto — dall'esecutivo⁽²⁰⁾.

La Corte costituzionale ha avvalorato la tesi della relazione tra gli artt. 13 e 14 Cost. nella nota sentenza n. 88/1987; essa ha qui sancito che la tutela della libertà personale si estende ai «contenitori... che abitualmente sono portati sulla persona (come portafogli, portamonete ecc.) o ad immediato contatto di essa (come borse, borselli, borsette)», mentre le garanzie dell'art. 14 si indirizzano ad alcuni particolari mezzi di trasporto (come le autovetture, le roulotte ecc.), i quali costituiscono un'analogia (anche se più traslata) espansione del soggetto⁽²¹⁾. Ancor più nettamente, tale prospettiva si coglie nella recente sentenza n. 135/2002⁽²²⁾.

Può quindi dirsi che l'art. 14 costituisca, nella topografia della Costituzione, la prima tappa di un percorso che, a partire dal riconoscimento della libertà personale — la quale logicamente precede tutte le altre — via via estende la tutela della persona anche ad ambiti connessi alle attività e agli interessi dei singoli. Così è per l'art. 15 Cost., il quale protegge quell'addentellato della libertà personale che si esprime nella corrispondenza e nelle comunicazioni⁽²³⁾. E analoghi rilievi possono proporsi per gli artt. 2, 4, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 29 e segg., 33, 35 e segg., i quali contemplano diritti in diverso modo agganciati non solo alla libertà personale, ma anche e proprio alla libertà domiciliare⁽²⁴⁾. Il richiamo all'art. 2 Cost. — il quale si rivolge a tutti i diritti «inviolabili», e dunque anche alla situazione soggettiva disciplinata all'art. 14 — suggerisce poi una naturale espansione della libertà domiciliare alle «formazioni sociali» (enti con personalità giuridica ovvero associazioni non riconosciute) in cui i singoli realizzano la loro

(20) Altri riferimenti alla riserva di legge, con particolare riguardo all'art. 14 Cost., sono proposti *infra* par. 2.2.3, 2.2.5, 3.1.

(21) V. il punto 2 del *Considerato in diritto* e cfr. le osservazioni di R. BIN e PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2001, 497.

(22) V., in particolare, il punto 2.1 del *Considerato in diritto*. Su tale sentenza ci si soffermerà *infra*.

(23) V. ad esempio ABBAMONTE, *Disciplina vincolistica, sublocazioni parziali e libertà di domicilio*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, II, 673.

(24) Con riguardo alla "strumentalità" della libertà di domicilio v. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 154.

personalità⁽²⁵⁾. Si vedrà *infra* (par. 3.2) come tale approdo non abbia un univoco riconoscimento nei Paesi UE, e come ciò si rifletta nella giurisprudenza della Corte di giustizia; analogamente significativo è l'atteggiamento della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale può addirittura far perno su un'esplicita norma di riconoscimento del diritto contenuta nella Convenzione.

Per stabilire le esatte coordinate della libertà domiciliare nel diritto interno occorre comunque, in prima battuta, individuare la nozione di domicilio accolta nella Costituzione; in questa prospettiva, peraltro, i problemi non mancano, posto che nel nostro ordinamento vigono più concetti di domicilio (alcuni dei quali preesistenti alla stessa Costituzione).

2.1.1. La nozione di «domicilio»: il domicilio civilistico.

La nozione di domicilio accolta dall'art. 43, 1° co., c.c. svolge una funzione certamente diversa da quella cui assolve l'art. 14 Cost. L'identificazione del domicilio con il «luogo» in cui la persona «ha stabilito la sede principale dei suoi affari e interessi», assolve allo scopo essenziale di collocare il soggetto in uno spazio certo e determinato. Non si tratta cioè di tutelare nessuna proiezione esterna (v. *infra* par. 2.1.3) della libertà personale, bensì di posizionare il soggetto in un luogo ove possano spiegarsi taluni rilevanti effetti giuridici⁽²⁶⁾.

A tal proposito è assai significativo l'*incipit* della norma, che afferma l'identità sostanziale tra il «domicilio» e un «luogo» (contro la priorità che il combinato disposto degli artt. 13-14 Cost. sembra assegnare alla «persona»), nonché l'intento di dare rilievo alla sola «sede *principale*» degli affari e interessi dell'individuo, e non già (genericamente) a quelle «sedi» che, benché non «principali», possono comunque ospitare importanti realizzazioni della personalità del soggetto.

L'art. 43 c.c. presenta insomma una struttura ad imbuto: nella parte ampia accoglie il complesso delle relazioni che connettono una persona ai luoghi in cui essa si muove; il canale più stretto impone invece che solo uno di questi prevalga. A tale scopo, è peraltro complesso interpretare l'endiadi «affari e interessi». Alcuni autori limitano la portata del citato

⁽²⁵⁾ V. *infra* par. 2.1.9.

⁽²⁶⁾ L'art. 43 c.c. incorpora una norma che assolve a una funzione «strumentale», nel senso che il concetto da essa posto costituisce il presupposto dell'applicazione di altre disposizioni dei codici o di leggi speciali: v., ad esempio, gli artt. 48, 58, 343, 456, 1182 c.c. ovvero gli artt. 18, 22, 139 c.p.c. Per un rapido ed efficace *excursus* sul concetto civilistico di domicilio si rinvia a MIOZZO, *Brevi note sul domicilio e sulla nozione di «affari e interessi» di cui all'art. 43 c.c.*, in *Studium Iuris*, 2002, 1291 ss.

segmento testuale alla sola sfera patrimoniale del soggetto⁽²⁷⁾. Tale prospettiva non è però accolta dalla giurisprudenza e dalla dottrina prevalente, per le quali il domicilio va inteso in senso ampio, identificandosi non solo con il luogo in cui si sviluppano i rapporti patrimoniali della persona, bensì anche i legami familiari, morali, politici e sociali in genere di quest'ultima⁽²⁸⁾.

Analoghe considerazioni valgono per il concetto di «residenza» («luogo in cui la persona ha la dimora abituale») e, soprattutto, di «dimora» (art. 43, 2° co., c.c.). La prima è infatti identificata con la località di costante abitazione; la seconda, invece, rinvia ai luoghi in cui la persona permane in modo non abituale. Tutti questi spazi ricadrebbero sotto la protezione dell'art. 14 Cost. solo ritenendo — come peraltro è minoritario in dottrina — che essi (compreso il domicilio) identifichino non già circoscrizioni territoriali (in special modo del Comune) bensì anche individuati ambienti⁽²⁹⁾. Le norme codicistiche rinviano però, a ben vedere, non già a specifici "interni", destinati ad ospitare la "proiezione" del soggetto (come avviene all'art. 14 Cost.), bensì a località geografiche⁽³⁰⁾: l'asimmetria con i richiami dell'art. 14 Cost. appare pertanto palese⁽³¹⁾.

⁽²⁷⁾ V., ad esempio, MONTUSCHI, *Del domicilio e della residenza*, in *Commentario del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, sub artt. 43-47, Bologna-Roma, 1970, 6-7, 17 e COSTANZA, *Domicilio, residenza e dimora (diritto civile)*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, 2.

⁽²⁸⁾ Cfr., tra i tanti, CARNELUTTI, *Note critiche intorno ai concetti di domicilio, residenza e dimora nel diritto positivo italiano*, in *Studi di diritto civile*, Roma, 1916, 55; BIANCA, *La norma giuridica. I soggetti*, I, Milano, 1990, 238; BALDASSARRI, *Il domicilio, la residenza e la dimora*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza. Le persone*, I, a cura di Cendon, Torino 2000, 164 s. Tra le numerose pronunce giurisprudenziali in tal senso si v. Cass. 22-5-1963, n. 1342; Cass. 21-2-1970, n. 408; Cass. 5-5-1980, n. 2936; Cass. 20-7-1999, n. 7750.

⁽²⁹⁾ Si v. le posizioni dottrinali richiamate da RIZZIERI, *Sub art. 43*, in *Commentario breve al cod. civ.*, a cura di G. Cian, Padova, 2002, 250, 251. I casi in cui il legislatore civilistico (anche del codice) ha inteso usare concetti di domicilio più vicini a quelli ricavabili dalla Cost. o dal c.p. peraltro non mancano: si v., a solo titolo di esempio, la nozione di «casa del debitore» ex art. 513 c.p.c. (anche nella lettura della sentenza cost. n. 189/1994) o il tema del lavoro a domicilio.

⁽³⁰⁾ Tanto per fare un esempio, l'art. 48 c.c. afferma che «quando una persona non è più comparsa nel luogo del suo ultimo domicilio o dell'ultima residenza», il tribunale «dell'ultimo domicilio e dell'ultima residenza... può nominare un curatore». È chiaro che si fa qui riferimento a un luogo geografico e a non altro.

⁽³¹⁾ Non avrebbe quindi ragion d'essere il tentativo di agganciare la nozione di «privata dimora» ex art. 614, 1° co., c.p., alla definizione di domicilio ricavabile dal codice civile (come vorrebbe BARGI, *Sulla distinzione tra "registrazione" di un colloquio ad opera di uno dei partecipanti ed "intercettazione" di una conversazione da parte di estranei*, in *Cass. pen.*, 1982, 2028), né sembra corretto concepire il domicilio non civilistico «come un bene avente la funzione di determinare un recapito autoritativamente determinato dall'ordinamento per ogni soggetto» (TRAVERSO, *La nozione del concetto di domicilio nell'art. 14 della Costituzione*, in *AA.VV.*, *Studi in onore di Antonio Amorth*, II, *Scritti di diritto costituzionale e altri*, Milano, 1982, 595).

2.1.2. Segue: *il domicilio penale*.

È stato sostenuto che la nozione di domicilio ripresa dall'art. 14 Cost. deriverebbe dal diritto penale. Si è anzi detto che, in tal caso, opererebbe addirittura un rinvio recettizio, cristallizzandosi nella Costituzione la nozione di domicilio ricavabile dalla preesistente fattispecie normativa del c. p.⁽³²⁾.

Altri autori sostengono però che se all'Assemblea Costituente erano certo ben note le norme penali sul domicilio — nonché il diritto vivente che da esse si era sviluppato — tuttavia, i lavori preparatori rivelerebbero, «con sufficiente chiarezza», la volontà di tutelare la sfera spaziale della persona in termini decisamente più ampi⁽³³⁾.

L'apparente dissidio è forse frutto del diverso angolo visuale in cui si pongono gli interpreti. È evidente che — arrestandosi al dato letterale — l'art. 14 Cost. forza i termini dell'art. 614 c.p.; si può però riscontrare che, sin dalla vigenza del Codice Zanardelli (il quale, letteralmente, incardinava il domicilio nella sola abitazione), erano già praticati indirizzi dottrinali e giurisprudenziali miranti ad allargare i confini della tutela penalistica⁽³⁴⁾. La norma costituzionale ha quindi, da un lato, assorbito un'evoluzione già in pieno sviluppo (e raccolta anche dal c.p. del 1930, che introdusse la più comprensiva formula del «luogo di privata dimora»), e, dall'altro, posto le basi di ulteriori espansioni della tutela, non incompatibili con la sostanza della previsione penale⁽³⁵⁾. Del resto, l'idea dello stretto legame tra la libertà domiciliare e quella personale (accolta in Cost.) è suggerito anche nel c.p., il quale ubica l'art. 614 nel settore dei delitti contro la libertà individuale⁽³⁶⁾.

In tale quadro, può ben dirsi che è dal sistema normativo — e, *in primis*, dalla Costituzione, in quanto fonte gerarchicamente sovraordinata — che può

⁽³²⁾ BARILE e CHELI, *Domicilio (libertà di)* cit., 862.

⁽³³⁾ CARETTI, *I diritti fondamentali* cit., 234.

⁽³⁴⁾ Si v. CASTIGLIONE, *Su un caso particolare di violazione di domicilio: l'ingresso arbitrario in un salone da barbiere*, in *Temi*, 1973, 442 e nt. 9. L'a. richiama Cass. pen., 4-7-1924, in *Riv. pen.*, 1924, 441, in cui apertamente si sostiene che il concetto di «abitazione» possiede un significato tanto ampio da comprendere ogni luogo in cui il soggetto abbia consuetudine di vita domestica ovvero eserciti una professione o un'arte (nel caso si ritenne domicilio la bottega di un artigiano).

⁽³⁵⁾ In tale prospettiva possono superarsi le obiezioni di chi sostiene che per affermare la coincidenza tra la nozione costituzionale del domicilio e quella penalistica bisognerebbe interpretare il riferimento di quest'ultima alla «privata dimora» in termini correlati dall'intimità dell'abitazione, così forzando il dettato dell'art. 614 c.p. (AMATO, *Sub art. 14 Cost. — Rapporti civili. Artt. 13-20*, in *Commentario della Cost.*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1977, 57).

⁽³⁶⁾ SCELLA, *Dubbi di legittimità costituzionale e questioni applicative in tema di intercettazioni ambientali compiute in luogo di privata dimora*, in *Cass. pen.*, 1995, 992 s.

ricavarsi il concetto di domicilio applicabile anche in sede penale, posto che — a differenza di quanto si è detto a proposito del domicilio civilistico⁽³⁷⁾ — le *rationes* della norma penale e di quella costituzionale appaiono intrinsecamente simili⁽³⁸⁾.

2.1.3. *La tesi dell'autonomia della nozione costituzionale di domicilio.*

La tesi dell'autonomia della nozione costituzionale del domicilio è sostenuta da chi sottolinea come l'art. 14 Cost. tuteli interessi più ampi rispetto a quelli presumibilmente assunti dalla disciplina penale; oltre all'«abitazione» e ai «luoghi di privata dimora» — magari intesi come luoghi in cui si sviluppa la sola intimità domestica, e non, ad esempio, quella professionale, politica ecc.⁽³⁹⁾ — la norma costituzionale proteggerebbe insomma ogni spazio su cui si proietta la personalità del soggetto e ne è da questa caratterizzato⁽⁴⁰⁾. Nasce da qui la fortunata definizione del domicilio (costituzionale) inteso come «proiezione spaziale della persona»⁽⁴¹⁾. Secondo tale tesi⁽⁴²⁾, la Costituzione, tutelando il domicilio, avrebbe, in realtà, inteso proteggere l'individuo, «considerato in collegamento attuale con uno spazio delimitato adibito al centro della sua esistenza nelle sue varie possibili estrinsecazioni»⁽⁴³⁾.

Una simile ricostruzione dell'art. 14 Cost. è — come si è visto — fondata; i vizi della tesi autonomistica emergono però allorché questa pretende di staccare la norma costituzionale dal contesto penalistico, quasi creando due monadi distinte. Già si è detto della corrispondenza biunivoca instaurata tra la previsione costituzionale e l'art. 614 c.p.; l'intrinseca debolezza di una visione "separata" è inoltre da rintracciare nel fatto che, ove la nozione costituzionale non fosse riuscita a plasmare l'interpretazione dell'art. 614 c.p., alcune delle sfere protette dalla prima sarebbero rimaste sguarnite di tutela penale (e coperte dalla sola responsabilità civile extracontrattuale). Era perciò coes-

⁽³⁷⁾ V. *supra* par. 2.1.1.

⁽³⁸⁾ Così MOTZO, *Contenuto ed estensione della libertà domiciliare*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1954, II, 512. Nello stesso senso SINISCALCO, *Domicilio (violazione di)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 872 s. e CAPRIOLI, *Colloqui riservati e prova penale*, Torino, 2000, 56 s.

⁽³⁹⁾ V., per tutti, AMATO, *Sub art. 14 Cost. cit.*, 57.

⁽⁴⁰⁾ Sostiene la tesi dell'autonomia della nozione costituzionale del domicilio, tra gli altri, FASO, *La libertà di domicilio cit.*, 32 s.

⁽⁴¹⁾ Coniata — per la verità, piuttosto laconicamente — da AMORTH, *La Costituzione italiana. Commento sistematico*, Milano, 1948, 62.

⁽⁴²⁾ V. *supra* il par. 2.1.

⁽⁴³⁾ MOTZO, *Contenuto ed estensione della libertà domiciliare*, cit., 509 s. Non troppo dissimile sembra essere la tesi di TRAVERSO, *La nozione del concetto di domicilio cit.*, 606 s., per il quale il domicilio non è solo un ambito di spazio, bensì quest'ultimo assieme alla libertà concretamente manifestata dalla persona in quel luogo.

senziale alla *ratio* dell'art. 14 Cost. — nonché in perfetta sintonia con i principi che regolano il rapporto tra fonti gerarchicamente ordinate, e dunque disegnano i tracciati dell'interpretazione — che le potenzialità insite nella norma costituzionale s'incuneassero nel tessuto normativo del codice penale, dando un'ulteriore spinta a scivolamenti di senso peraltro già in atto⁽⁴⁴⁾.

2.1.4. Segue: la nozione di domicilio nella giurisprudenza. Casistica. Note sui mezzi di trasporto.

I fili che reggono i rapporti tra Costituzione e codice penale si ritrovano anche nella giurisprudenza; applicando l'art. 14 Cost., quest'ultima ha infatti progressivamente esteso la nozione di domicilio penalmente rilevante, così determinando la sovrapposizione dei due concetti. Se i giudici avessero infatti inteso restringere i riferimenti dell'art. 614 c.p., rifiutando l'interpretazione adeguatrice di quel disposto, non avrebbero — ad esempio — esteso la nozione di domicilio penalmente tutelato alla palestra di una scuola⁽⁴⁵⁾, a una trattoria — giudicando punibile per il reato di violazione di domicilio colui che qui si trattiene contro l'espressa volontà di chi ha il diritto di escluderlo⁽⁴⁶⁾ — ovvero alla sede di un partito politico⁽⁴⁷⁾, alle banche e alle aziende commerciali⁽⁴⁸⁾. La giurisprudenza, insomma, ricomprende nel concetto di «privata dimora» ex art. 614 c.p. qualsiasi luogo ove taluno si sofferma per compiere, anche in modo contingente o transitorio, atti della propria vita privata (studio e cultura, svago, lavoro professionale o artigianale, commercio, industria, attività politica e così via)⁽⁴⁹⁾.

Più in dettaglio, la S. C. ha precisato che il luogo di privata dimora è tendenzialmente costituito da cose immobili, a incominciare dall'alloggio (di proprietà, in locazione ecc.) nel quale si conduce la propria privata esistenza alla stanza d'albergo, dallo studio professionale alla bottega, dal negozio

(44) Sull'esigenza di offrire un'interpretazione adeguatrice al domicilio penalmente tutelato v. — oltre a MOTZO, *Contenuto ed estensione della libertà domiciliare* cit., 512 — FASO, *La libertà di domicilio* cit., 33.

(45) Cfr. Cass. pen., sez. VI, 18-1-1977, De Vitis. Nella specie l'imputazione era a carico di alcuni studenti che si erano introdotti nella palestra della scuola in ora riservata alle esercitazioni di una classe cui non appartenevano.

(46) V. Cass. pen., sez. I, 9-5-1979, Mastropiero.

(47) Cfr. Cass. pen., sez. V, 3-5-1979, Di Fazio, in cui la Cassazione precisa che nel concetto di privata dimora ex art. 614 c.p., si comprende ogni luogo, anche se diverso dall'abitazione, ove si svolga una qualsiasi attività al di fuori dell'altrui ingerenza. L'idea che la sede di partito possa configurare un domicilio è ora ammessa anche da Corte cost., sent. n. 58/2004.

(48) Cfr. Cass. pen., sez. I, 2-5-1978, Maida e Cass. pen., sez. I, 2-4-1979, Passalacqua.

(49) Cfr. Cass. pen., sez. VI, 5-10-2000, Alice e Cass. pen., sez. IV, 14-11 (c.c. 17-9) 2003, n. 1628, Sgaramea.

all'impianto industriale. Solo in casi particolari esso è costituito da un bene mobile, quale la tenda (allestita per motivi turistici, commerciali, politici, ecc.) o da mezzi di trasporto, purché sussista l'attualità dell'uso per finalità abitative. Così è nel caso della *roulotte* o del *camper* adibito (permanentemente) ad abitazione dal nomade o (precariamente) dallo sfollato o dal turista⁽⁵⁰⁾, la barca per il navigatore anche occasionale, la cabina del camion per l'autista che sosta a riposare, l'autovettura in cui lo sfrattato, il terremoto o il barbone trascorrono la notte. Si è perciò negato che l'automobile costituisca sempre e comunque un «luogo di privata dimora», ovvero che non lo sia mai⁽⁵¹⁾, in quanto il mezzo di trasporto non avrebbe — di per sé, e per la sua funzione tipica — le caratteristiche di tali spazi, assolvendo al diverso scopo di trasferire da un luogo ad un altro cose o persone⁽⁵²⁾. Tale approdo è stato da taluno giudicato non in linea né con l'interpretazione adeguatrice dell'art. 614 c.p. e nemmeno rispettoso della sentenza costituzionale n. 88/1987, in cui si riconosce che assurge a domicilio, tutelato dall'art. 14 Cost., un «qualsiasi spazio isolato dall'ambiente esterno di cui il privato disponga legittimamente», ivi compreso il bagagliaio dell'automobile⁽⁵³⁾. Del resto, altre decisioni della S. C. hanno battuto ben diverse strade: è il caso della

⁽⁵⁰⁾ Esclude che la *roulotte* o il *camper* siano luoghi di privata dimora Cass. pen., sez. I, 27-1-1987, Catanzaro. Si v. anche Cass. pen., sez. I, 1-6-1985, Haova, in cui si afferma che il concetto di abitazione, riferibile alle *roulotte*, non sarebbe estensibile ai *camper*, i quali costituiscono un tutto inscindibile tra mezzo di locomozione e di abitazione.

⁽⁵¹⁾ Come invece sembrava ricavarsi da una più risalente giurisprudenza: Cass. pen., sez. I, 2-1-1996, Porcaro.

⁽⁵²⁾ Per la menzione congiunta di tutte le ipotesi sin qui esaminate v. Cass. pen., sez. VI, 23-1-2001, n. 10095, D.P.L. e altri. *Contra* la configurabilità quale domicilio dell'abitacolo chiuso di un'autovettura v. anche Cass. pen., sez. VI, 19-2-1981, Semitaio; la parte motiva di tale sentenza è peraltro criticabile, in quanto il giudice aggancia la nozione penale di domicilio alla definizione civilistica di "dimora", sorvolando, invece, sull'art. 14 Cost. V. anche Cass. pen., sez. VI, 5-10-2000, Saggio; Cass. pen., sez. I, 11-7-2000, Nicchio; Cass. pen., sez. I, 18-10-2000, Galli (con nota critica sul punto di FANUELE, *Il concetto di "privata dimora" ai fini delle intercettazioni ambientali*, in *Cass. pen.*, 2001, 2748 ss.); Cass. pen., sez. I, 29-1-2001, Fazzuoli (v. nota di MARANDOLA, *Intercettazioni telefoniche*, in *Studium Iuris*, 2001, 458 s.); Cass. pen., sez. II, 2-5-2001, Berlinger; Cass. pen., sez. II, 9-5-2001, D'Agostino.

⁽⁵³⁾ Cfr. CARETTI, *I diritti fondamentali cit.*, 235. Critico nei confronti della sentenza cit. e a favore della tesi intermedia, poco sopra illustrata nel testo, è PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, II, *Parte speciale cit.*, 214 s. [del quale v. anche *Zone protette e onere dei visitatori (tra funghi e libertà)*, in *Le Regioni*, 1987, 1082 ss.]: l'a. afferma (p. 160) che la tutela dell'automobile si dovrebbe piuttosto ricondurre all'art. 13 Cost. (come per le valigie e le borse) in quanto la libertà personale va estesa ai comportamenti materiali aventi ad oggetto le cose che ci circondano. Così anche GUALTIERI, *Sulle perquisizioni dei mezzi di trasporto*, in *Giust. pen.*, 1979, 216 ss. Perplexità al proposito sono state manifestate anche da PAGANETTO, *Libertà domiciliare nelle autovetture e limiti alla tutela dell'ambiente*, in *Giur. cost.*, 1987, I, 1781 s.

sentenza in cui si ribadisce che, assorbendosi nel concetto di «privata dimora» tutti i luoghi che, oltre all'abitazione, assolvono allo scopo di proteggere la vita privata — e sono perciò destinati al riposo, all'alimentazione, alle occupazioni professionali e allo svago — tra questi va ricompreso l'abitacolo dell'autovettura, adibita, di regola, ai trasferimenti da e per il luogo di lavoro, di svago e così via⁽⁵⁴⁾.

2.1.5. Segue: *luoghi privati, pubblici o aperti al pubblico; luoghi coperti dalla tutela solo a "intermittenza"*.

Da quanto sin qui detto, risulta confermata la tendenza giurisprudenziale a identificare i concetti di domicilio penale e costituzionale; in altre parole, è ormai assodato l'orientamento di applicare l'art. 614 c.p. seguendo i canoni dell'interpretazione adeguatrice.

In coerenza con l'ampia tutela predisposta e suggerita dell'art. 14 Cost., i giudici hanno quindi esteso la casistica dei luoghi protetti, applicando l'idea che il domicilio consista appunto nell'esercizio "tridimensionale" della libertà di cui all'art. 13 Cost. È apparso quindi ininfluenza che i luoghi in questione si caratterizzassero per essere privati o aperti al pubblico⁽⁵⁵⁾. Più problematica è la possibilità — peraltro, come si dirà più sotto, non definibile una volta per tutte — d'identificare il domicilio in un luogo di proprietà pubblica⁽⁵⁶⁾. Ciò

⁽⁵⁴⁾ Cass. pen., sez. II, 10-6-1998 (c.c. 12-3-1998), n. 1831, Zagaria. Di recente, sembra propendere per l'interpretazione più garantistica, in base alla quale l'abitacolo dell'autovettura sarebbe privata dimora, Cass. pen., sez. un., 31-10-2001, n. 42792, Policastro (sullo specifico punto v. il commento di D'URSO, *Colpo di maglio sulle intercettazioni ambientali senza decreto motivato*, in *Dir. e giust.*, 2001, n. 45, 20). Per un *excursus* della giurisprudenza sul punto v. comunque PARODI, *Le intercettazioni. Profili operativi e giurisprudenziali*, Torino, 2002, 247 s.

⁽⁵⁵⁾ Si è pertanto riconosciuto che la casa da gioco (casinò) va considerata alla stregua di un locale aperto al pubblico per lo svolgimento di attività di natura privata (come bar, osterie, negozi, ristoranti, esercizi commerciali in genere ecc.) rispetto ai quali sussiste lo *ius excludendi* del titolare (Cass. pen., sez. V, 20-9-1994, Paleari; Cass. pen., sez. I, 23-5-1994, Morelli; Cass. pen., sez. I, 19-10-1992, Liggieri; Cass. pen., sez. II, 6-11-1984, Barbagallo; Cass. pen., sez. V, 26-10-1983, Lo Giudice). E tali locali vengono considerati «luoghi di privata dimora» non solo quando risultano aperti al pubblico, ma anche quando, cessato l'orario di apertura, il proprietario si trattiene all'interno per compiere determinate attività (di pulizia, sistemazione merce e tavoli *et similia*): v. Cass. pen., sez. V, 26-10-1983, cit. *Contra* peraltro v. Cass. pen., sez. I, 23-3-1994, Pulito, che esclude sia privata dimora un magazzino di carni durante l'orario di apertura al pubblico (mentre lo sarebbe dopo la chiusura). Analogamente v. Cass. pen., sez. I, 13-2-1992, n. 4962, D'Ancona e Cass. pen., sez. V, 14-5-1981, Giacomelli.

⁽⁵⁶⁾ Per l'espressa affermazione che nel concetto di «privata dimora» rientrano solo i «luoghi non pubblici», serventi alla vita professionale, culturale, politica (e, ovviamente, familiare), v. Cass. pen., sez. V, 19-3-1985, Bassi. Sulla stessa falsariga si

che comunque sembra rilevare, per la prevalente giurisprudenza, è se, *nelle fattispecie concrete di volta in volta esaminate*, lo spazio in questione diventi un effettivo prolungamento della libertà personale e del diritto alla riservatezza. Può così addirittura ritenersi domicilio anche solo una parte di un luogo diversamente caratterizzato nel suo complesso⁽⁵⁷⁾, come, ad esempio, la *toilette* di un pubblico esercizio; la S.C. ha infatti affermato — significativamente interpretando il combinato disposto degli artt. 614 c.p. e 14 Cost. — che chi si reca in un tale spazio «(ma lo stesso potrebbe affermarsi per lo spogliatoio di una fabbrica o di una palestra, per una cabina di uno stabilimento balneare, per un vagone letto ecc.) non solo non rinuncia alla propria intimità e alla propria riservatezza ma presuppone che gli vengano garantite e, sia pur temporaneamente, gli è consentito opporsi all'ingresso di altre persone»⁽⁵⁸⁾. Quindi, non si richiede che la natura di «luogo di privata dimora» persista sempre e comunque, potendosi anzi offrire il caso in cui uno stesso ambiente è domicilio in un certo scenario mentre non lo è se viene meno la sua (anche solo transitoria) natura di luogo in cui si esplica la vita privata di un soggetto⁽⁵⁹⁾. Non è pertanto aprioristicamente da escludere che

è escluso che il centro clinico di un carcere possa qualificarsi domicilio: vi osterebbero la demanialità del luogo, l'assenza di uno *ius excludendi* in capo al detenuto, la sua soggezione a forme di controllo incompatibili con la *privacy* ecc. (Ass. Torino, 12-11-1987, Miano. V. anche T. Torino, 11-4-1986, Cianci; A. Torino, 15-5-1987, Cianci; T. Torino, 6 luglio 1987, Calabrò; A. Torino, 23-11-1987, Belfiore). Analogamente, si è escluso che la cella possa configurare un domicilio (Cass. pen., sez. II, 20-11-1997, Marras e altro), così come la sala colloqui del penitenziario (Cass. pen., sez. VI, 2-12-1999, Bembì) o la camera d'ospedale (Cass. pen., sez. I, 22-1-1996, Campeggio). Sul tema v. CASSIBBA, *Prove. Regime di utilizzabilità di intercettazioni ambientali a carico di detenuto*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1220 ss.

⁽⁵⁷⁾ Così, si è ritenuto costituire domicilio la porzione del salone di una banca delimitata dal bancone di lavoro e dagli sportelli, in quanto spazio destinato allo svolgimento di un'attività privata, dalla quale si possono escludere altri soggetti (Cass. pen., sez. II, 28-6-1982, Ariddu). In Cass. pen., sez. I, 17-4-1978, Maida e altro, si identifica invece la banca *tout court* (nonché gli stabilimenti industriali e le aziende commerciali) come luogo assimilabile alla privata dimora. Lo stesso dicasi per i locali posti nella disponibilità delle r.s.a. ex art. 27 dello Statuto dei lavoratori; il relativo diritto si configurerebbe infatti come una detenzione, assimilabile, quanto al contenuto, a quella del conduttore e del comodatario, in forza di un rapporto obbligatorio costituito *ex lege*. Ne deriva che, con riferimento a tali ambienti, spetta alle r.s.a. l'esclusiva titolarità dello *ius excludendi alios* (P. Milano, 11-7-1978, Celadin e altro).

⁽⁵⁸⁾ Cass. pen., sez. IV, 15-6-(ud. 16-3) 2000, Viskovic e altro, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 90. A commento della pronuncia, è favorevole all'estensione della tutela domiciliare a situazioni finora neglette FILIPPI, *L'home watching: documento, prova tipica o incostituzionale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 92. In senso critico v. però BORRELLI, *Riprese filmate nel bagno di un pubblico esercizio e garanzie costituzionali*, in *Cass. pen.*, 2001, 2439 ss. La sentenza Viskovic è ora stata ribaltata da Cass. pen., 23-1(c.c. 10-1) 2003, n. 60, Mostra.

⁽⁵⁹⁾ Già si è citato l'esempio dell'automobile (che — a detta della S.C. — è da ritenersi domicilio almeno in certi casi).

anche un luogo di proprietà pubblica possa, in specifiche circostanze — e a limitati fini — qualificarsi domicilio: si pensi all'ipotesi in cui si adibissero particolari spazi del carcere agli incontri amorosi dei detenuti, ovvero al Sindaco a cui — momentaneamente privo di abitazione — venga concesso di alloggiare nel suo ufficio⁽⁶⁰⁾.

2.1.6. *Il "titolo" di godimento del bene in cui si esplica la libertà.*

Neppure è rilevante il titolo in base al quale si ha la disponibilità del bene che costituisce domicilio *ex art. 14 Cost.*: lo *ius escludendi* del titolare del diritto di domicilio può quindi esercitarsi anche contro il proprietario, connettendosi alla libertà personale di cui all'*art. 13 Cost.* e non alle previsioni attinenti ai diritti reali⁽⁶¹⁾. Quanto appena affermato trova una conferma nel già citato caso della *toilette*, oppure con riguardo all'appartamento in cui la prostituta accoglie i suoi clienti; esso è certamente domicilio per quest'ultima ma è da considerare tale — almeno "a limitati fini" — anche per i primi, i quali hanno una naturale aspettativa di riservatezza, e quindi il diritto di escludere ingerenze di terzi non accetti⁽⁶²⁾. Ciò che — in estrema ipotesi — rileva, è «unicamente l'immediatezza del possesso del bene», così come di altre situazioni di fatto (ospitalità, convivenza ecc.), anche a prescindere dalla liceità delle stesse: dunque, se un soggetto spoglia violentemente un altro dal possesso di un alloggio, sarà il primo a potersi avvalere della tutela di cui alla libertà del domicilio, fintanto che non verrà eseguito dall'ufficiale giudiziario il provvedimento di reintegrazione del giudice; analogamente, l'*homeless* che erige una baracca in un luogo pub-

⁽⁶⁰⁾ Di norma, invece, come affermato da Cass. pen., sez. II, 10-10-1997, Viveri, l'ufficio del Sindaco non è luogo di privata dimora, collocandosi in una struttura pubblica in cui è ammesso l'accesso di estranei, non destinata, peraltro, allo svolgimento di atti della vita privata; in dottrina v. PARODI, *Le intercettazioni* cit., 248. Lo stesso potrebbe dirsi, ad esempio, per lo studio del Professore universitario collocato nella sede della Facoltà.

⁽⁶¹⁾ Si v. Cass. pen., sez. V, 14-2-1978, Napoli e Cass. pen., sez. V, 26-1-1979 Nucera; Cass. pen., sez. V, 10-6-1982, Frugis, in cui si afferma che commette violazione di domicilio il proprietario che, avendo ceduto ad altri il proprio alloggio, sia pure a titolo precario, vi si introduce poi contro la volontà del titolare dopo aver scardinato la porta. In questo senso cfr. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, II, Padova, 1992, 216 (che esplicitamente rivede le posizioni espresse in *Id.*, *Jus admittendi e jus prohibendi*, «contitolarità» e *titolarità derivata nella problematica della libertà domiciliare*, in *Giur. cost.*, 1972, 2802).

⁽⁶²⁾ Cfr. T. Roma 13-11-1985, Rotondo e altro. V., sul punto, DRAMMISSINO, *Osservazioni sul diritto all'intimità della vita privata*, in *Giur. merito*, 1987, II, 169 e D'ANDRIA, *Sul concetto di privata dimora*, in *Cass. pen.*, 1986, 1036 ss. Sul carattere di domicilio del luogo in cui una persona si prostituisce v. Cass. pen., sez. II, 28-10-1986, Gentile.

blico potrà godere della libertà domiciliare finché la Pubblica Amministrazione non decida di esercitare i suoi legittimi poteri e ripristinare lo *status quo ante* ⁽⁶³⁾.

2.1.7. I problemi che sorgono dai casi di "titolarità plurima" del domicilio.

Dal mero fatto dell'esistenza di una pluralità di persone, conviventi nello stesso ambiente, possono sorgere numerosi problemi circa il necessario contemperamento della libertà domiciliare loro riconosciuta. Intanto, nel caso in cui un provvedimento limitativo (e autoritativo) della libertà domiciliare sia indirizzato solo a uno o ad alcuni di tali conviventi, la pratica realizzazione dello stesso dovrà svolgersi in modo da evitare ripercussioni non necessarie nei confronti degli altri soggetti che insistono sul medesimo luogo ⁽⁶⁴⁾. Questo potrebbe peraltro risultare, in concreto, ben difficile.

Nel caso, poi, in cui la comunità risulti organizzata gerarchicamente (un convento, un carcere, una caserma, un ufficio ministeriale *et similia*), se è certo che lo *ius escludendi* verso l'esterno spetta, in via principale, al superiore in grado, ciò non esclude che lo stesso diritto possa venire applicato — in sua vece — dai sottoposti. Maggiori problemi possono insorgere con riguardo alla dinamica dei rapporti interni alla comunità, allorché ai singoli soggetti siano concessi spazi delimitati e, in vario modo, riservati. Utile sarà definire con precisione la realtà delle varie fattispecie, valutare il rapporto persona-ambiente che in esse si svolge, la particolare attività che si tiene negli spazi in oggetto, quale margine di autonoma determinazione sia lasciata al sottoposto, quale "quantità" di *ius escludendi* gli sia riconosciuto (ad esempio, nei confronti dei pari grado ma non in riferimento alle intrusioni dei superiori gerarchici): il carcerato non può evidentemente vantare una libertà domiciliare nei luoghi in cui è segregato, e neppure può dirsi che in essi si tengano manifestazioni della vita privata *tout court* della persona, tutelate da un diritto alla riservatezza (il carcerato vive infatti in uno stato di continua sorveglianza) ⁽⁶⁵⁾.

Ad ulteriori problemi dà origine la convivenza familiare. Si pensi al caso dei coniugi — i cui rapporti sono contrassegnati dalla reciproca uguaglianza morale e giuridica (art. 29, 2° co., Cost.) — che vengano in dissidio circa i

⁽⁶³⁾ Questi azzeccati esempi sono illustrati da PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, II, cit., 216 s.

⁽⁶⁴⁾ V., ad esempio, CARETTI, *I diritti fondamentali* cit., 236.

⁽⁶⁵⁾ Sulle diverse ricostruzioni relative all'ammissibilità (o meno) delle intercettazioni clandestine nelle strutture carcerarie (*apparentemente* vietate dall'art. 18, comma 2, ord. penit.), e sulle ricadute che (taluno) ha voluto trarre da tale norma per argomentare addirittura l'illegittimità costituzionale dell'art. 266 c.p.p. v. CAPRIOLI, *Colloqui riservati* cit., 182, nota 135.

soggetti nei confronti dei quali esercitare gli *iura excludendi e admittendi*, ovvero del figlio o della figlia che sul punto siano in disaccordo con i genitori.

Quanto alla prima ipotesi, la giurisprudenza⁽⁶⁶⁾ (anche costituzionale⁽⁶⁷⁾) ha talvolta privilegiato lo *ius prohibendi* rispetto allo *ius admittendi*. Tale assunto è stato accolto favorevolmente anche da una parte della dottrina: solo in tal modo — si è affermato — sarebbe possibile tutelare una facoltà compresa nella libertà domiciliare di tutti i conviventi, ossia il diritto ad essere lasciati soli⁽⁶⁸⁾.

Altri interpreti hanno però messo in luce che tale scelta mal si accorda con la reale portata dell'art. 14 Cost., in quanto riduce il contenuto della libertà al solo aspetto "negativo" della stessa, trascurando che nel domicilio il soggetto realizza anche il suo bisogno di coltivare interessi *latu sensu* sociali. Sarebbe perciò una mera «petizione di principio» dare priorità allo *ius prohibendi*; in tal modo si limita infatti (ingiustificatamente) il diritto di coloro che intendono esercitare lo *ius admittendi*⁽⁶⁹⁾. Conforme ai principi sarebbe invece, in tale prospettiva, ricostruire il domicilio secondo lo schema della volontà "complessa-uguale", nel senso di ritenere necessaria la congiunta presenza del consenso⁽⁷⁰⁾. Non sfugge però che, in tal modo, si fa prevalere, in ogni caso, la volontà di chi pone veti rispetto a quella di chi vorrebbe aprirsi all'esterno. Chi ha proposto tale soluzione giunge poi ad affermare che, in caso di dissenso, entrambe le volontà dovrebbero paralizzarsi reciprocamente (così però pur sempre privilegiando — in ultima analisi — una delle due)⁽⁷¹⁾.

In altra (e più condivisibile) prospettiva, il consenso di un coniuge — in assenza di una qualsiasi manifestazione di volontà del *partner* — vale, di per sé, ad escludere il reato di violazione di domicilio. I problemi si pongono invece ove vi sia il divieto manifesto dell'uno contro la volontà favorevole all'ingresso dell'altro. Anche qui, dunque, piuttosto che escogitare formule in grado di squadrare da ogni lato — e in via astratta — i possibili problemi emergenti dalla pratica, è utile puntualizzare come sia spesso la specifica fattispecie (e i suoi risvolti giuridici) a indicare la via di fuga⁽⁷²⁾. Ad esempio,

⁽⁶⁶⁾ V. Cass. pen., sez. V, 19-4-1982, Pace.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. C. Cost., sentenza n. 176 del 1970, in cui l'assunto è implicitamente affermato nel quadro di una decisione d'inammissibilità.

⁽⁶⁸⁾ PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, II, cit., 220 ss.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, II, cit., 225 s.

⁽⁷⁰⁾ V. A. Cagliari, 21-11-1990, Sanna; Cass. pen., sez. V, 30-6 (ud. 30-4) 1987, n. 7864, Santandrea: in entrambi i casi si riteneva costituire violazione di domicilio l'introduzione di un estraneo nella casa coniugale con il consenso di uno solo dei coniugi, al fine di avere rapporti sessuali con lo stesso.

⁽⁷¹⁾ MEZZANOTTE, *L'ospite semimportuno dinanzi alla Corte costituzionale: note in tema di rilevanza e di libertà di domicilio*, in *Giur. cost.*, 1970, cit., 2126 s.

⁽⁷²⁾ Cfr. VINCENZI - AMATO, *Violazione di domicilio o della libertà di domicilio?*, in *Dem. e dir.*, 1970, 571 ss.

il coniuge che abbia drasticamente ridotto la sua presenza presso l'abitazione della famiglia a causa di una relazione extraconiugale, non può lamentarsi che chi è rimasto accolga il proprio amante, ovvero che sia concesso ai figli di ospitare nell'abitazione persone a lui sgradite⁽⁷³⁾. La figlia o il figlio maggiorenne che (di notte e di nascosto) introducono in casa l'amante, danno prova di conoscere l'inequivocabile dissenso degli altri membri della comunità⁽⁷⁴⁾; diverso il caso in cui l'ingresso avvenga in modo non clandestino e il dissenso si manifesti solo successivamente (senza che, peraltro, l'ospite indesiderato si trattenga oltre).

Nelle ipotesi di convivenza diverse da quella familiare sono possibili altre tipologie di contemperamento: così, colui che lascia una camera dell'appartamento nella disponibilità della domestica può pretendere che non si ospitino estranei nella stessa (per tutelare la propria incolumità, i propri beni ecc.), ma non si può certo ammettere che questi, a suo piacimento, entri e rovisi tra gli effetti personali della donna⁽⁷⁵⁾. Simile è il caso dell'albergatore che esprime un analogo divieto nei confronti del cliente⁽⁷⁶⁾.

Un esempio particolare è rappresentato dallo stabilimento industriale: affermare, come pure è stato detto in giurisprudenza, che quest'ultimo costituisce privata dimora del proprietario — anche se con le limitazioni introdotte dallo Statuto dei lavoratori⁽⁷⁷⁾ — significa disconoscere che — nei sensi di cui all'art. 14 Cost. — ciò si dovrebbe ammettere anche in riferimento agli operai⁽⁷⁸⁾. E ciò vale, *a fortiori*, accogliendo l'idea, ormai consolidata, dell'ininfluenza del titolo di godimento del bene. Anche qui, dunque, è auspicabile un attento esame caso per caso della fisionomia delle singole fattispecie e dei luoghi coinvolti⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷³⁾ Similmente v. T. Pavia, 11-3-1981, Casella.

⁽⁷⁴⁾ Cass. pen., sez. V, 19-4-1982, Pace.

⁽⁷⁵⁾ V. P. Cagliari, 11-10-1971, Gessa e Pinna, in cui, al contrario, si ammette che, nel caso, il lavoratore possa introdurre in tale suo domicilio terze persone.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. PARODI, *Le intercettazioni*, cit., 222.

⁽⁷⁷⁾ Cass. pen., sez. V, 4-7-1985, Perini.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. AMATO, *La ponderazione degli interessi nella disciplina costituzionale del domicilio*, in AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati*, III, Milano, 1977, 7. In tal senso — sostanzialmente — P. Monza, 18-11-1978, Gasparini e P. Trento, 13-11-1980, Perini e altro, in cui si afferma che i locali di uno stabilimento industriale, aperti al libero accesso dei lavoratori, non costituiscono luogo di privata dimora del proprietario, sicché non integra il reato di violazione di domicilio la condotta del sindacalista che, contro la volontà dell'imprenditore, si sia introdotto e abbia partecipato a un'assemblea di protesta tenuta dai lavoratori nell'atrio antistante gli uffici della direzione.

⁽⁷⁹⁾ È ovvio che sarebbe violazione di domicilio l'ingresso e lo stazionamento nell'ufficio del proprietario, chiuso verso l'esterno e dotato, ad esempio, di opportuni *confort*. Si v., anche a questo proposito, la decisione di P. Trento citata *supra* alla nota 78 nonché T. Milano, 30-10-1973, Cerbari, in cui si afferma che l'art. 614 c.p. non può essere applicato all'intero stabilimento industriale ma solo a quelle singole parti nelle

2.1.8. Segue: verso una classificazione “in concreto” della libertà di domicilio.

La descrizione dei casi, e il richiamo alle soluzioni offerte dalla giurisprudenza, mette in luce quanto sia infondata — con riguardo ai diritti, e per la libertà di domicilio in particolare — ogni pretesa di procedere per classificazioni astratte. La fattispecie concreta non è una variabile innocua: le sue coordinate mettono anzi in risalto gli ambiti che abbisognano di tutela e consentono così di individuarli. Come è stato efficacemente detto, «la definizione del “diritto” non è come una pentola, rispetto alla quale un determinato fenomeno sta dentro o fuori»; la sua struttura ricorda piuttosto «un ombrello durante un forte acquazzone: vi è un punto in cui la protezione è massima, e poi, via via che ci si allontana da esso, la tenuta diviene sempre meno efficiente; è persino difficile dire in che punto si è totalmente fuori dall’ombrello, anche perché in buona parte dipende dal vento»⁽⁸⁰⁾.

Tale approccio trova una significativa conferma proprio nella disciplina della libertà di domicilio. Ciò non solo perché, vista la sua stretta parentela con la libertà personale, ad essa vanno applicate le risultanze della giurisprudenza che interessa quest’ultima — e nella quale ciò che si è appena formulato ha trovato assai significative conferme⁽⁸¹⁾ — bensì in quanto è nella stessa Costituzione che si allude a una possibile attenuazione del diritto. All’art. 14, 3° co., infatti, sono testualmente previsti affievolimenti della tutela della “libertà negativa” di domicilio per specifici fini (economici e fiscali) e con riguardo a puntuali (e meno invasive) forme di intrusione (accertamenti e ispezioni, con esclusione di perquisizioni e sequestri)⁽⁸²⁾. Lo stesso avviene nelle leggi fiscali, le quali introducono un’ulteriore (e costituzionalmente compatibile) rimodulazione della tutela anche in ragione del luogo in cui avviene la sua limitazione⁽⁸³⁾.

quali si concretizzi un rapporto diretto e personale con l’imprenditore o con i lavoratori, sia come singoli, sia come insieme organizzato. Con riguardo alla mensa, intesa come luogo di privata dimora dei lavoratori, v. Cass. pen. 9-7-1958. Su questi problemi cfr. VOLPI, *In tema di violazione di domicilio*, in *Giur. cost.*, 1975, 504 ss.

⁽⁸⁰⁾ R. BIN, *Diritti e fraintendimenti*, in *Ragion pratica*, 2000, fasc. 14, 17.

⁽⁸¹⁾ È un dato ormai assodato che l’art. 13 Cost. si applica a una grande varietà di fenomeni e non sempre impone la medesima protezione del diritto. La stessa Corte costituzionale si è rifatta al concetto di «degradazione e mortificazione della dignità della persona», e in ragione di ciò ha operato alcune distinzioni. Così, interventi fisici sulla persona (ad es.: assunzione di impronte digitali) sono stati ritenuti estranei alla tutela dell’*habeas corpus*, perché non degradanti; al contrario, un ammonimento indirizzato dall’autorità a un individuo può integrare una violazione. Cfr. R. BIN, *Diritti e fraintendimenti* cit., 17.

⁽⁸²⁾ Il punto verrà approfondito al par 2.5.

⁽⁸³⁾ Cfr. art. 52, d.p.r. n. 633/1972, che consente alla Guardia di finanza di eseguire i suoi accertamenti in forma più semplice se questi avvengono in un luogo in cui si svolgono attività economiche e in forma più solenne se invece si tratta di un’abitazione privata: R. BIN, *Diritti e fraintendimenti* cit., 18.

Anche per la libertà domiciliare — come è emerso dai numerosi casi giurisprudenziali citati *supra* — si incontrano quindi, ad ogni passo, problemi di ragionevolezza e di bilanciamento degli interessi di volta in volta coinvolti. Per essa — come per tutti gli altri diritti menzionati in Costituzione — non può esistere una garanzia, scolpita nella pietra, da far valere in ogni caso, né sussistono (in linea di massima) luoghi per cui non possa escludersi — fosse anche soltanto in un'ipotesi — che configurino un "domicilio". In funzione del particolare conflitto tra quella specifica manifestazione della libertà e gli altri interessi messi a nudo dalla singola fattispecie dovrà invece ricavarsi la regola idonea a superare ragionevolmente il contrasto⁽⁸⁴⁾. E ciò interessa il legislatore — all'atto di formare le disposizioni — ma anche il giudice, nel momento in cui deve calibrarle sui singoli avvenimenti soggetti al suo intervento, nonché la Corte costituzionale, chiamata dal secondo a valutare l'operato del primo⁽⁸⁵⁾.

2.1.9. Segue: riservatezza, privatezza, segretezza. Il "domicilio informatico".

Se non rileva il titolo che si detiene sul bene e neppure il carattere privato (aperto al pubblico nonché, in certa misura, pubblico) del luogo in considerazione⁽⁸⁶⁾, ovvero la durata del tempo trascorso in esso⁽⁸⁷⁾; se — come si è visto — ciò che importa è soprattutto la persona (i luoghi vengono in considerazione solo in quanto siano la proiezione della prima) nonché la possibilità di escludere gli indesiderati (*ius excludendi*) — volendosi proteggere l'intimità della vita privata⁽⁸⁸⁾ — ne deriva che la tutela predisposta dalle norme sopra citate ha ad oggetto la segretezza e la riservatezza dell'individuo, proiettata negli spazi in cui queste si esplicano⁽⁸⁹⁾. Tali profili consentono all'uomo di separarsi dal resto del

⁽⁸⁴⁾ Sulle dinamiche del giudizio di bilanciamento operato dalla Corte costituzionale nei giudizi riguardanti i diritti v. ROMBOLI, *Il significato essenziale della motivazione per le decisioni della Corte costituzionale in tema di diritti di libertà pronunciate a seguito di bilanciamento tra valori costituzionali*, in *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, a cura di V. Angiolini, Torino, 1992, 207 ss.

⁽⁸⁵⁾ Si rinvia alle osservazioni di R. BIN, *Bilanciamento degli interessi e teoria della Costituzione*, in *Libertà e giurisprudenza costituzionale cit.*, 46 s., ampiamente sviluppate in Id., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, *passim*.

⁽⁸⁶⁾ V. *supra* par. 2.1.5.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. DRAMMISSINO, *Osservazioni sul diritto all'intimità*, cit., 175, a commento di T. Roma, 13-11-1985, cit. V. anche Cass. pen., sez. V, 18-1-1980, Nardelli, in cui si ritiene esistente la violazione di domicilio anche se la casa sia abitata solo saltuariamente, purché vi sia l'attualità dell'uso.

⁽⁸⁸⁾ Come è stato efficacemente detto, diverso è il diritto personale di libertà domiciliare dal diritto reale sull'abitazione: oggetto del diritto reale è la cosa; oggetto del diritto personale è l'intimità privata del cittadino (P. VIRGA, «*Ius excludendi alios*» e libertà domiciliare, in *Dir. e giur.*, 1950, 222).

mondo non solo per essere lasciato solo, bensì anche — superando la prospettiva dello *ius prohibendi* — «per realizzare, insieme con altri, la propria vita affettiva e i propri interessi spirituali, per lavorare o, anche, puramente e semplicemente, per restare lontano, insieme con pochi eletti, dalla collettività indeterminata e generica»⁽⁹⁰⁾. Anche in questa prospettiva si coglie perciò quanto si è sottolineato sin dall'inizio: la stretta correlazione tra l'art. 14 e l'intera trama dei diritti di libertà disciplinati in Costituzione, essendo il tema della riservatezza incardinato in molti di essi, e principalmente negli artt. 13 e 15, i quali (significativamente) “accerchiano” la tutela costituzionale del domicilio⁽⁹¹⁾. A queste conclusioni è inoltre giunta la Corte costituzionale (sentenza n. 135/2002), la quale ha affermato che la libertà domiciliare e quella di comunicazione sono «le espressioni salienti di un più ampio diritto alla riservatezza della persona»⁽⁹²⁾.

Quanto appena detto vale altresì per le persone giuridiche e le altre formazioni sociali⁽⁹³⁾, essendo del tutto naturale che le loro attività necessitino di esplicarsi in spazi protetti, ove possa esercitarsi — in relazione agli scopi da queste perseguiti — sia lo *ius admittendi* sia lo *ius excludendi*⁽⁹⁴⁾. In

⁽⁸⁹⁾ Si pensi agli esempi (“estremi”) sopra citati dell'appartamento della prostituta (in cui l'art. 14 si applica anche al cliente) e alla protezione di chi si isola nel bagno di un bar. Correttamente, dunque, COCO, *Sede di partito politico e concetto di «privata dimora» in tema di violazione di domicilio*, in *Riv. Polizia*, 1981, 187 s., afferma che il bene protetto dall'art. 614 c.p., alla luce dell'art. 14 Cost., è ciò che gli anglosassoni definiscono *privacy*, per cui la tutela va estesa a tutti i luoghi in cui questa può esplicarsi. Si v. anche CAPRIOLI, *Colloqui riservati* cit., 57. Sul fenomeno dello «slittamento di senso» delle varie discipline sulle libertà verso la “casa comune” della *privacy*, nonché per i «*feedbacks*» che ciò avrebbe prodotto v. LONGO, *Le garanzie costituzionali delle intercettazioni visive: un'occasione mancata per la Corte*, in *Giur. cost.*, 2002, 2210 ss.

⁽⁹⁰⁾ Così, nitidamente, PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, II, cit., 212 s.

⁽⁹¹⁾ Non a caso, ad esempio, la prevalente dottrina penalistica ricava il diritto alla riservatezza dall'art. 2 Cost., il quale, appunto, rinvia all'intero sistema dei diritti inviolabili previsto in Costituzione: sul tema v. PALAZZO, *Considerazioni in tema di tutela della riservatezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 135 s. Sui rapporti tra art. 14 e art. 15 Cost. v. CAPRIOLI, *Colloqui riservati* cit., 58.

⁽⁹²⁾ Punto 2.1 del *Considerato in diritto*.

⁽⁹³⁾ V. anche *supra* par. 2.1.

⁽⁹⁴⁾ Costanti le conferme che provengono dalla giurisprudenza: si v. Cass. pen., sez. I, 17-4-1978, Maida e altro; Cass. pen., sez. I, 2-5-1978, Maida; Cass. pen., sez. I, 2-4-1979, Passalacqua; Cass. pen., sez. V, 3-5-1979, Di Fazio (per le associazioni non riconosciute); Cass. pen., sez. II, 6-5-1983, Saraceno; Cass. pen., sez. II, 28-10-1986, Gentile. Nel senso però che la libertà di domicilio va tutelata solo nei confronti di formazioni sociali che acquistino la soggettività v. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, I, *Parte generale*, Padova, 1990, 17 s. e BATTAGLINI, *L'oggetto della tutela penale nella violazione di domicilio*, in *Giust. pen.*, 1953, II, 879; a favore invece di un allargamento della protezione agli enti di fatto cfr. CARETTI, *I diritti fondamentali* cit., 236; BARILE e CHELI, *Domicilio (libertà di)* cit., 844; CHIARELLI, *Domicilio* cit., 3; MOTZO, *Contenuto ed estensione della libertà domiciliare*, cit., 512.

una prospettiva sostanzialmente simile si colloca, come vedremo — e come abbiamo già evocato — l'ordinamento comunitario⁽⁹⁵⁾.

L'aggancio della tutela domiciliare al tema della riservatezza spiega il motivo per cui il primo ha costituito il modello sul quale si è coniata la figura del reato di accesso abusivo al sistema informatico, così che si discute oggi addirittura di «domicilii informatici» (art. 615-ter c.p.)⁽⁹⁶⁾. Tali sistemi — definibili "luoghi" solo ragionando in termini virtuali — sono infatti concepiti quali proiezioni della persona, salvaguardati da qualsiasi tipo d'intrusione, indipendentemente dallo scopo che si propone l'autore dell'abuso⁽⁹⁷⁾. Questa visione è stata peraltro criticata da chi ritiene che sarebbe preferibile collocare la disciplina di tali violazioni non già nell'ambito dei reati offensivi della riservatezza, bensì in quello dei reati incidenti sull'integrità patrimoniale altrui, venendo di fatto lesa l'esclusività del godimento di un bene da parte del suo titolare⁽⁹⁸⁾. Si ripropongono qui vecchie dispute circa il bene protetto sotto la dizione di domicilio; una volta affermato però che essa comprende le più varie "proiezioni" spaziali del soggetto — e non già la sola proprietà tangibile — l'allargamento della tutela anche agli "spazi virtuali" appare un percorso coerente ovvero, quanto meno, praticabile.

2.2. Ispezioni, perquisizioni e sequestri domiciliari.

Dopo la proclamazione dell'«inviolabilità» del domicilio, l'art. 14 Cost. afferma che in quest'ultimo non «si possono eseguire ispezioni o perquisizioni o sequestri se non nei casi e modi stabiliti dalla legge secondo le garanzie prescritte per la tutela della libertà personale». Si ha qui il già ricordato rinvio all'art. 13 Cost., che *in toto* immette nell'art. 14 quanto già specificamente previsto per la libertà personale.

Le ispezioni sono disciplinate agli artt. 244 e 246 c.p.p.; esse avvengono — per i profili che interessano l'art. 14 Cost. — sui «luoghi» e sulle «cose», al fine di ricercare «le tracce e gli altri effetti materiali del reato». Si tratta di un atto palese, essendo prescritta la consegna, all'interessato-presente, di una copia del decreto che dispone l'accertamento (art. 246, 1° co., c.p.p.). Analoga pre-

⁽⁹⁵⁾ V. *infra* par. 3.2.

⁽⁹⁶⁾ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 4-10-1999, n. 3065, D. V., Cass. pen., sez. VI, 4-10-1999, n. 3067, P.N. e Cass. pen., sez. V, 7-11-2000, n. 12732, Z.A. e altri.

⁽⁹⁷⁾ Così, quasi alla lettera, Cass. pen., sez. VI, 4-10-1999, n. 3067, cit. Sul tema si v. ATERNO, *Sull'accesso abusivo a un sistema informatico o telematico*, in *Cass. pen.*, 2000, 2994 ss. e FANELLI, *Telefonate abusive e frode informatica*, in *Foro it.*, 2000, II, 133 ss.

⁽⁹⁸⁾ NUNZIATA, *La prima applicazione giurisprudenziale del delitto di "accesso abusivo ad un sistema informatico" ex art. 615-ter c.p.*, in *Giur. merito*, 1998, II, 715, 718.

visione è contenuta nella disciplina delle perquisizioni (art. 249 c.p.p.), le quali sono finalizzate a ricercare il corpo del reato o cose pertinenti al reato, ovvero all'arresto dell'imputato o dell'evaso (art. 247 c.p.p.). Atto palese è pure il sequestro, con il quale si apprendono il corpo del reato e le altre cose pertinenti al reato (art. 253 c.p.p.). Per tutti questi atti è contestualmente disciplinata, nel c.p.p., la loro versione "personale", così introducendosi ulteriori motivi di richiamo tra le libertà di cui agli artt. 13 e 14 Cost.

2.2.1. Serie chiusa o serie aperta dei limiti alla libertà di domicilio.

La formulazione dell'art. 14, 2° co., suscita dubbi. Mentre infatti (testualmente) gli atti limitativi della libertà personale (art. 13) e della libertà di comunicazione (art. 15) sembrano poter assumere il più vario dei contenuti, purché previsto per legge (riserva di legge assoluta) e attuato mediante un atto motivato dell'autorità giudiziaria (riserva di giurisdizione), taluno ritiene invece che la formulazione dell'art. 14 ammetta i soli provvedimenti qui menzionati in via tassativa⁽⁹⁹⁾; le ispezioni, le perquisizioni e i sequestri enucleerebbero insomma le uniche forme di intrusione possibile al domicilio⁽¹⁰⁰⁾.

Allo stesso approdo giunge chi — più in generale — sostiene che ai diritti di fondamento costituzionale possono opporsi i soli limiti che la stessa Costituzione esplicitamente prevede; essi non ammetterebbero quindi di essere compressi adducendo pretesi limiti impliciti (ad es. quello della pacifica convivenza) oppure un'artificiale gerarchia di valori costituzionali⁽¹⁰¹⁾. Similmente si esprime chi esclude ogni interpretazione analogica dei limiti previsti all'art. 14, 2° co., così come viene auspicato per ogni norma costituzionale tesa a limitare i diritti fondamentali; ciò finirebbe infatti per comprimere il nucleo protetto delle libertà⁽¹⁰²⁾. L'analogia sarebbe del resto impedita dal carattere eccezionale dell'art. 14, 2° co., essendo la "regola" rappresentata dalla dichiarazione d'inviolabilità del domicilio (art. 14 disp. prel. c.c.)⁽¹⁰³⁾.

Del tutto opposto è l'approccio di chi sottolinea come nessun diritto

⁽⁹⁹⁾ Cfr., tra gli altri, GIOCOLI NACCI, *Libertà di domicilio* cit., 79; SCELLA, *Dubbi di legittimità costituzionale* cit., 997; FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano, 1997, 55 s. e DI MARTINO e PROCACCANTI, *Le intercettazioni telefoniche*, Padova, 2001, 70 ss.

⁽¹⁰⁰⁾ In altre parole, si è detto che l'art. 14 stabilisce «la prevalenza degli interessi del domicilio su qualunque interferenza (pubblica) diversa da quelle ammesse»: AMATO, *Sub art. 14 Cost.*, cit., 62 s. V. anche A. NAPPI, *Commento all'art. 266 c.p.p.*, in *C.p.p. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina, Libri II e III*, a cura di Lattanzi e Lupo, Milano, 1997, 802; RAMAJOLI, *Le intercettazioni ambientali: la legge delega, la segretezza delle comunicazioni, l'invioabilità del domicilio*, in *Giust. pen.*, 1992, III, 143 s.

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. PACE, *Problematica delle libertà costituzionale*, I, cit., 148 s.

⁽¹⁰²⁾ MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, 1038 s.

⁽¹⁰³⁾ SCELLA, *Dubbi di legittimità costituzionale e questioni applicative* cit., 997.

previsto in Costituzione prevalga sempre e comunque su qualsiasi interesse confliggente; infinite (e non predeterminabili) sarebbero invece le «rotte di collisione» tra il godimento di uno specifico diritto e il soddisfacimento di altri interessi. Non esisterebbero perciò gerarchie predeterminate tra i diversi interessi concorrenti; ciò legittima gli interventi del legislatore — tesi a ricercare un loro ragionevole bilanciamento — nonché quelli dei giudici — chiamati a stillare, dalle disposizioni scritte, la norma da applicare allo specifico conflitto in corso —. È poi sempre agevole ricondurre anche il più marginale degli interessi a un principio scolpito in Costituzione, benché non sempre la Corte si spinga fino a questo punto. L'importante è che la decisione costituzionale sia, in tali casi, fondata razionalmente e sorretta da una motivazione compiuta⁽¹⁰⁴⁾. Potranno quindi darsi — oltre alle ispezioni, alle perquisizioni e ai sequestri — altri limiti alla libertà di domicilio, prodotti da interessi con essa confliggenti e da ritenersi prevalenti (nei casi previsti dal legislatore e/o sottoposti al giudizio della Corte costituzionale) in ragione della fisionomia della fattispecie disciplinata o da decidere⁽¹⁰⁵⁾.

2.2.2. Segue: intercettazione di conversazioni e di immagini al domicilio.

Accogliere l'una o l'altra delle impostazioni appena illustrate conduce a risposte completamente diverse in ordine a scottanti problemi pratici.

Chi ritiene che il punto di equilibrio tra il bene protetto dall'art. 14 Cost. e l'esigenza — ugualmente tutelata in Costituzione — di prevenire e reprimere i reati sia compiutamente identificato dalle possibilità di accesso al domicilio previste nel 2° co., è naturalmente indotto a ritenere che l'art. 266, 2° co., c.p.p. (il quale consente le intercettazioni al domicilio nonché — implicitamente — le intrusioni strumentali a tale scopo⁽¹⁰⁶⁾) sia incostituzionale. In pratica, l'art. 14, 2° co., non conterrebbe una semplice riserva di legge, sia pur assoluta, bensì una riserva di legge rinforzata, restringendo le interferenze al domicilio al solo compimento degli specifici atti qui previsti⁽¹⁰⁷⁾.

Diverso è l'avviso di chi auspica un esame in filigrana degli interessi coinvolti dalle singole, pretese violazioni della libertà ulteriormente previste dal legislatore. Sarebbe quindi possibile salvare il disposto dell'art. 266, 2° co., c.p.p., bilanciando la tutela della «proiezione spaziale della persona» con le

⁽¹⁰⁴⁾ R. BIN, *Bilanciamento degli interessi e teoria della Costituzione*, cit., 46 s., 48 s.; ID., *Diritti e argomenti*, cit., *passim*.

⁽¹⁰⁵⁾ Tale aspetto è bene messo in luce in Cass. pen., sez. VI, 7-1-1997, n. 7, P. B. P. e in Cass. pen., sez. V, 11-5-1999, n. 2257, P.L.

⁽¹⁰⁶⁾ In questo senso v. Cass. pen., sez. II, 10-11-2000, n. 13151, Gianfreda.

⁽¹⁰⁷⁾ PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, II, cit., 223. In questo senso si è espressa anche un'isolata pronuncia di Cass. pen., sez. VI, 10-11-1997, n. 4397, in *Cass. pen.*, 1999, 1188.

superiori esigenze di giustizia (la necessità di perseguire i reati ed esercitare l'azione penale) tutelate dalla Cost. e dalla previsione codicistica.

Condivisa dalla maggioranza degli interpreti è comunque l'impossibilità di interpretare analogicamente l'art. 14, 2° co., sino a ricomprendere nelle ispezioni ecc. anche le operazioni d'intercettazione o la captazione d'immagini; lo impediscono le strutturali divergenze tra queste ultime attività e quelle menzionate dalla disposizione costituzionale — nonché disciplinate nel c.p.p. — (*in primis*, la clandestinità delle prime e la loro peculiare efficacia)⁽¹⁰⁸⁾.

Quanto appena detto diviene stringente nel caso delle videoregistrazioni eseguite al domicilio, visto il carattere altamente invasivo di queste intrusioni, destinate a cogliere il complesso dei comportamenti (anche molto intimi) adottati dall'indagato. Tali preoccupazioni hanno indotto ad approvare l'art. 615-*bis* c.p., il quale punisce coloro che si procurano indebitamente — e cioè in assenza delle scriminanti previste dagli artt. 50 ss. c.p. (le quali valgono, ad es., per colui che videoregistra nel domicilio altrui previo assenso del titolare o per l'agente di polizia giudiziaria che opera in adempimento di un dovere) — notizie o immagini attinenti alla vita privata svolgentesi nei luoghi di cui all'art. 614. In assenza di una specifica previsione che disciplini le captazioni d'immagini al domicilio per fini d'indagine, si pone perciò il problema di catalogare il regime giuridico e gli esiti di simili attività. A parte chi le ritiene *in toto* inammissibili (per i motivi già illustrati *supra*), taluno ha invece ipotizzato di qualificarle come intercettazioni di comunicazioni *inter praesentes* nel dato acustico e come mezzo atipico di ricerca della prova per il dato visivo⁽¹⁰⁹⁾; altri ha invece ritenuto comunque utilizzabili, in sede processuale, le immagini così raccolte (pur con tutti i problemi derivanti dall'ammettere una prova innominata e gravante su un diritto costituzionalmente protetto)⁽¹¹⁰⁾. È praticato nella giurisprudenza anche l'indirizzo (mediante) di reputarle intercettazioni ambientali limitatamente alle condotte comunicative (orali o gestuali) *consapevolmente* indirizzate allo scambio di messaggi, rimanendo inutilizzabili per il rimanente (che assurgerebbe così al rango di una prova incostituzionale)⁽¹¹¹⁾.

⁽¹⁰⁸⁾ Tra i tanti si v. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni* cit., 58; IACOVIELLO, *Intercettazioni ambientali: l'audace intrusione di una norma tra garanzie costituzionali ed esigenze dell'etica sociale*, in *Cass. pen.*, 1992, 1567; BRUNO, *Intercettazione di comunicazioni o conversazioni*, in *Digesto/pen.*, Torino, 1993, 177.

⁽¹⁰⁹⁾ V. ad es. MARINELLI, *Le "intercettazioni di immagini" tra questioni interpretative e limiti costituzionali*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 1271.

⁽¹¹⁰⁾ CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2001, 792.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. *Cass. pen.*, sez. VI, 21-1-1998 (c.c. 10-11-1997), Greco, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 1265 ss. e le critiche di A. CAMON, *Le riprese visive come mezzo d'indagine: spunti per una riflessione sulle prove «incostituzionali»*, in *Cass. pen.*, 1999, 1192 ss. V. anche T. Torino, 31-7-1999, Di Sarno. Su questa specifica posizione e le sue implicazioni cfr. CAPRIOLI, *Riprese visive nel domicilio e intercettazione «per immagini»*, in *Giur. cost.*, 2002, spec. 2198 ss.

2.2.3. Segue: violazioni della riserva di legge e della riserva di giurisdizione.

Parte consistente della dottrina ritiene comunque che l'art. 266, 2° co., c.p.p. presenti altri profili d'incostituzionalità, connessi al mancato rispetto della "riserva di legge" e della "riserva di giurisdizione", richiamate, per rinvio, all'art. 14. Benché quest'ultimo prescriva infatti che la legge limitatrice della libertà debba precisare i «casi» e i «modi» dell'intrusione, il c.p.p. non disciplina nessuna modalità di svolgimento delle intercettazioni ambientali, le quali possono eseguirsi in varie forme, anche molto discutibili⁽¹¹²⁾. Quanto ai «casi», l'art. 266 enuclea una serie di procedimenti (1° co.) in cui sono ammesse intercettazioni di conversazioni (anche al domicilio), specificando che, in tale ultima ipotesi, occorre un requisito ulteriore, ossia un «fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa»⁽¹¹³⁾. Sono precluse pertanto le intercettazioni svolte per svelare reati già compiuti, per bloccare la progettazione o la preparazione materiale del reato (che non raggiunga ancora il grado del tentativo) o per colpire reati che si svolgono altrove. La formula «fondato motivo», essendo relativa all'atto che autorizza il controllo, rende poi (di fatto) bastevoli gli elementi indiziati posti a base del decreto, anche nel caso in cui risultasse *ex post* che la flagranza mancava o che il reato si stava realizzando altrove⁽¹¹⁴⁾.

Quanto ai «modi», invece, la discrezionalità lasciata al magistrato sarebbe, nel silenzio del codice, praticamente assoluta⁽¹¹⁵⁾. In pratica, poi, il p.m. non fornisce affatto alla polizia giudiziaria le istruzioni sulle modalità con cui eseguire le intercettazioni (come vuole l'art. 267, 3° co., c.p.p.), limitandosi a frasi di stile; la giustificazione addotta per questa prassi risiede nell'opportunità di lasciare agli agenti la scelta circa il momento e gli strumenti più consoni alle circostanze e alla configurazione dei luoghi in cui si devono svolgere le operazioni⁽¹¹⁶⁾. In questo modo vengono però concessi alla polizia giudiziaria notevoli margini di movimento⁽¹¹⁷⁾, rendendosi inoperante anche

⁽¹¹²⁾ E configurabili odiose forme di reato, come, per esempio, il furto delle chiavi per introdursi nell'appartamento, la simulazione di una rapina e così via.

⁽¹¹³⁾ Unica eccezione è quella prevista per i reati di «criminalità organizzata», in cui è possibile effettuare intercettazioni in luoghi di privata dimora anche nei casi in cui non si stia svolgendo un'attività criminosa (art. 13, l. 12 luglio 1991, n. 203). Sui problemi definitori della nozione di criminalità organizzata v., per tutti, PARODI, *Le intercettazioni*, cit., 234 s.

⁽¹¹⁴⁾ CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996, 181 ss.

⁽¹¹⁵⁾ CAMON, *Le intercettazioni* cit., 189; SCCELLA, *Dubbi di legittimità costituzionale* cit., 998

⁽¹¹⁶⁾ Sulla motivazione dei provvedimenti che autorizzano le intercettazioni ambientali v. Cass. pen., sez. un., 21-6-2000, n. 17, P. S. e altri, in cui si fa effettivamente il punto della situazione.

⁽¹¹⁷⁾ CAMON, *Le intercettazioni* cit., 191. I tentativi di portare davanti alla Corte costituzionale tali vizi sono stati, fino ai tempi recenti, bloccati dai giudici *a quibus*, i

la stessa “riserva di giurisdizione”, non essendo possibile contestare (parametro alla mano) la scelta dei magistrati (ammesso che esista)⁽¹¹⁸⁾. Qualcuno di tali dubbi può fuggirsi aderendo a un’accezione “stretta” della riserva, e cioè sostenendo che negli artt. 13 ss. Cost. vengano anche configurati oggetti assegnati alla discrezionalità dei giudici nei confronti del legislatore, preservandosi così uno spazio destinato alle autonome valutazioni dell’autorità giudiziaria, al fine di una «(più) piena realizzazione in positivo degli scopi costituzionalmente assegnati al provvedere sulle libertà»⁽¹¹⁹⁾. Ma — appunto — la decisione deve spettare all’Autorità giudiziaria.

Di contrario avviso è chi ritiene insensato interrogarsi sulla mancata previsione nella Carta di simili modi d’intrusione al domicilio, non essendo questi neppure ipotizzabili al tempo della sua elaborazione. Il legislatore, poi, pur nel silenzio delle norme, ha, secondo logica, di certo ammesso che gli investigatori possano introdursi clandestinamente al domicilio altrui⁽¹²⁰⁾. Le limitazioni al domicilio conseguenti all’apposizione delle microspie o microcamere sarebbero poi meno intense di quanto non accade per le altre misure espressamente previste in Costituzione; l’operatore non avrà infatti altro potere che quello di collocare gli strumenti, non provocherà danni né potrà ricercare, ispezionare o prelevare nulla. Quanto ai modi, si ritiene che il legislatore li abbia previsti con sufficiente precisione: alle intercettazioni domiciliari si dovranno applicare — in quanto compatibili — tutte le formalità/modalità previste per gli altri tipi di intercettazioni ammesse. Il potere residuale del p.m., ex art. 267, 3° co., c.p.p., si risolverebbe perciò in quelle disposizioni di mero dettaglio, compatibili anche con la riserva assoluta di legge⁽¹²¹⁾.

quali hanno ritenuto che l’intercettazione al domicilio non sia illegittima perché giustificata da «superiori esigenze di giustizia» e garantita dalla «motivazione del provvedimento»(Cass. pen., sez. IV, 20-2-1991, Morabito; Cass. pen., sez. IV, 8-5-1992, Corvasce e altro; Cass. pen., sez. I, 4-6-1992, Filannino; Cass. pen., sez. I, 19-10-1992, Liggieri).

⁽¹¹⁸⁾ SCELLA, *Dubbi di legittimità costituzionale* cit., 998. Un ulteriore e grave problema è dato dai “tempi” delle intercettazioni. L’interpretazione consolidata dell’art. 267, 3° co., c.p.p. prevede che il termine previsto per la durata delle intercettazioni (quindici giorni) decorra dalla data d’inizio delle operazioni e non già da quella del provvedimento che le autorizza. La giurisprudenza ha inoltre stabilito che il p.m., dopo aver indicato modalità e tempi delle captazioni, possa, in presenza di determinate esigenze, procrastinare, per un «tempo ragionevole», le operazioni stesse. Nella pratica, si assiste a intercettazioni che iniziano anche a distanza di alcuni mesi dal decreto. Paradossalmente, le intercettazioni si possono così praticare quando sono mutati i presupposti di fatto e di diritto in base ai quali il giudice aveva inizialmente deciso.

⁽¹¹⁹⁾ ANGIOLINI, *Riserva di giurisdizione e libertà costituzionali*, Padova, 1992, 24 s.

⁽¹²⁰⁾ In questo senso v. anche Cass. pen., sez. VI, 10-11-1997, n. 4397, G.M.

⁽¹²¹⁾ Cfr. POTETTI, *Intercettazioni ambientali e tutela del domicilio*, in *Riv. Guardia finanza*, 1993 682 ss.

La Corte costituzionale ha affrontato la questione nella sentenza n. 135/2002. Si è qui affermato che le ispezioni, perquisizioni e sequestri di cui all'art. 14, 2° co., Cost., non intendono tipizzare le sole limitazioni ammesse. Intanto, perché non si può imputare al Costituente di non avere ammesso forme d'intrusione elaborate solo a seguito di progressi tecnici successivi; inoltre, la Costituzione, nel prevedere violazioni di domicilio per finalità di giustizia, «non prende, in realtà, affatto posizione sul carattere — palese od occulto — delle intrusioni stesse: la configurazione di queste ultime, e delle ispezioni in particolare, come atto palese emerge, difatti, esclusivamente a livello di legislazione ordinaria», e potrebbe quindi anche essere disattesa⁽¹²²⁾. A ciò va aggiunto che se si attribuisse all'elenco di cui all'art. 14, 2° co., un carattere chiuso, si riconoscerebbe al domicilio una tutela superiore a quella introdotta per la libertà personale e di comunicazione (per le quali la legge può prevedere qualunque limite). Senza contare che è nello stesso 3° co. dell'art. 14 che si tratteggiano forme di tutela del domicilio più deboli rispetto a quella degli altri diritti di libertà appena citati⁽¹²³⁾.

Numerose sono state peraltro le critiche mosse alle argomentazioni della Corte.

Si è così affermata l'incongruità della tesi secondo la quale, a causa dell'evoluzione tecnologica, l'elencazione dell'art. 14, 2° co., tradizionalmente ritenuta tassativa (dalla dottrina ma non, come si è visto, dalla giurisprudenza) sarebbe divenuta meramente esemplificativa. Tale ordine di ragionamenti non è infatti equiparabile a un'interpretazione estensiva derivata dal trascorrere del tempo⁽¹²⁴⁾.

Si è poi messo in luce che il collegamento tra la libertà domiciliare e personale è previsto all'art. 14 solo per le *garanzie* e non per i *limiti* dei diritti; l'art. 13 ammette quindi qualsiasi restrizione della libertà personale, mentre l'art. 15 non specifica affatto i tipi di limitazione alla libertà di comunicazione. Va da sé che, in questo quadro, ben diversa appare la scelta adottata all'art. 14⁽¹²⁵⁾.

Altra autorevole dottrina ha invece sottolineato che «la struttura delle tutele rispettivamente apprestate dall'art. 13 e dall'art. 14 Cost. è diversa per ragioni obbiettive»: si è voluto includere nelle garanzie dell'art. 13 ogni immaginabile forma di coercizione fisica, a prescindere dal fine perseguito; nell'art. 14 si è invece specificata e differenziata la disciplina delle interferenze pubbliche coercitive (2° co.) da quelle non coercitive (3° co.), per le quali non opera la riserva di giurisdizione⁽¹²⁶⁾.

⁽¹²²⁾ Punto 2.1 del *Considerato in diritto*.

⁽¹²³⁾ Punto 2.1 del *Considerato in diritto*.

⁽¹²⁴⁾ Cfr. MARINI, *La costituzionalità delle riprese visive nel domicilio: ispezione o libertà «sotto-ordinata»?*, in *Giur. cost.*, 2002, 1078.

⁽¹²⁵⁾ MARINI, *La costituzionalità delle riprese visive nel domicilio*, cit., 1079.

⁽¹²⁶⁾ PACE, *Le videoregistrazioni «ambientali» tra gli artt. 14 e 15 Cost.*, in *Giur. cost.*, 2002, 1073 s.

2.2.4. Segue: *intercettazioni al domicilio senza ingresso invito domino*.

Resta da stabilire se presenti una diversa fisionomia il caso dell'intercettazione al domicilio realizzata senza intrusione clandestina, come permesso da particolari strumenti tecnici.

Alcuni interpreti ritengono che, in tal caso, non si possa lamentare una violazione dell'art. 14 Cost⁽¹²⁷⁾. La stessa giurisprudenza costituzionale ha lasciato intravedere questa possibilità in un (peraltro troppo "veloce") *obiter dictum*⁽¹²⁸⁾.

È stato invece diversamente sostenuto che la violazione di domicilio deve ritenersi perfezionata non solo dal comportamento di chi si introduce in esso al fine di collocare la microspia o la videocamera, bensì — considerando il domicilio, come si è detto, la «proiezione spaziale della persona» — anche da qualsivoglia captazione dei colloqui o delle immagini di attività che qui si svolgono, benché prodotta senza una materiale invasione dello spazio protetto⁽¹²⁹⁾.

È poi tutto da verificare se possano trasmigrare nella giurisprudenza sul domicilio alcune delle conclusioni a cui la Corte costituzionale è giunta in materia di libertà personale. Rifacendosi al concetto di «degradazione e mortificazione della dignità e del prestigio della persona», la Corte ha qui progressivamente operato delle distinzioni tra ciò che è da ritenersi effettivamente protetto dall'art. 13 ed azioni della pubblica autorità (anche fisiche) sulla persona che non intaccano la sostanza del diritto⁽¹³⁰⁾.

2.2.5. *Il 3° co. dell'art. 14 Cost. Le ragioni della deroga al 2° co.*

L'art. 14, 3° co., stabilisce — come già si è detto — una deroga alla disciplina contenuta nel 2° co. dello stesso articolo; esso prevede la possibilità di un'azione amministrativa (di vigilanza e di controllo) svincolata dalle forme della riserva di giurisdizione (non si richiede né il previo atto motivato dell'autorità giudiziaria, né la successiva convalida)⁽¹³¹⁾. È invece sempre

⁽¹²⁷⁾ A. NAPPI, *Commento all'art. 266 c.p.p.* cit., 802; SCELLA, *Dubbi di legittimità costituzionale e questioni applicative* cit., 997.

⁽¹²⁸⁾ Cfr. l'ord. n. 304/2000, in cui la Corte — a fronte dell'impugnazione dell'art. 266 c.p.p., con riguardo alla mancata disciplina legislativa dei «modi» dell'intercettazione domiciliare — afferma che tali «modalità, peraltro,... non richiedono necessariamente un'intrusione arbitraria nel domicilio».

⁽¹²⁹⁾ V. ad es. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni* cit., 55.

⁽¹³⁰⁾ Su questo filone della giurisprudenza costituzionale v. R. BIN, *Diritti e fraintendimenti* cit., 17. Qualcosa del genere indicato nel testo sembra essere avvenuto nella giurisprudenza della Corte Suprema U.S.A: v. *infra* par. 3.4.

⁽¹³¹⁾ Per una perfetta sintesi di questi aspetti si v. , tra le altre, la sentenza cost. n. 10/1971.

prescritta la riserva assoluta di legge, che qui appare certamente rinforzata per contenuto.

Si realizza in tale disposto un'evidente attenuazione della tutela domiciliare predisposta al 2° co.; essa sarebbe giustificata in ragione dell'ontologica diversità degli interessi protetti nel 2° e 3° co. dell'art. 14. Nel 2° co., all'azione diretta alla prevenzione/repressione dei reati si contrappongono fondamentali interessi della persona, cui viene riconosciuto il massimo di tutela previsto in Costituzione. Nel 3° co. vengono invece presi in considerazione interessi di natura essenzialmente economica del soggetto coinvolto⁽¹³²⁾, ovvero priorità di tale evidenza (incolumità pubblica) da giustificare, di per sé, l'eccezione⁽¹³³⁾.

Altri interpreti hanno peraltro sostenuto che la diversa disciplina dei due commi in considerazione andrebbe spiegata non già in ragione degli interessi in gioco bensì dell'intrinseca natura dei provvedimenti limitativi della libertà qui previsti. Gli atti menzionati al 2° co., in quanto misure di carattere coercitivo, necessitano dell'intervento preventivo o successivo dell'autorità giudiziaria (come nella logica dell'art. 13); i provvedimenti del 3° co., rinviando a misure meramente obbligatorie, per le quali si richiede comunque la collaborazione dell'interessato — e, nel caso in cui questa mancasse, diverrebbe inevitabile l'adozione di una misura coercitiva *ex* 2° co. — necessiterebbero di minori garanzie⁽¹³⁴⁾.

Non manca chi ha peraltro messo in evidenza quanto tali posizioni siano vicine piuttosto che in antitesi, descrivendo esse lo stesso "fenomeno", pur se osservato da un diverso angolo di visuale⁽¹³⁵⁾.

Le previsioni derogatorie dell'art. 14, 3° co., si rivolgono — come si è già anticipato — solo a specifici atti di controllo amministrativo (accertamento e ispezione). Dovrebbe quindi essere escluso l'esercizio di poteri di perquisizione; la Corte costituzionale ha però, in taluni casi, sostanzialmente ammesso perquisizioni domiciliari (ma non personali) fondate su questo stesso comma⁽¹³⁶⁾. Tali atti dovrebbero essere «regolati da leggi speciali»,

⁽¹³²⁾ AMATO, *Sub art. 14 Cost.* cit., 59 ss., 71 ss.

⁽¹³³⁾ La Corte costituzionale ha, a più riprese, confermato la "razionalità" delle previsioni (a garanzia attenuata) dell'art. 14, 3° co.: v. le sentt. n. 10/1971; n. 56/1973; n. 173/1974; n. 106/1975; n. 110/1976.

⁽¹³⁴⁾ PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, II, cit., 227.

⁽¹³⁵⁾ CARETTI, *I diritti fondamentali*, cit., 238.

⁽¹³⁶⁾ Cfr. la sent. n. 173/1974, in cui la Corte — richiamando anche e proprio l'art. 14, 3° co. — giustifica perquisizioni *ex abrupto* al domicilio, da parte di agenti e ufficiali di polizia giudiziaria, nel caso in cui vi sia anche solo l'indizio che in qualsiasi locale siano conservate munizioni, materie esplodenti non denunciate ecc. (art. 41 t.u.l.p.s.). Stesse considerazioni suggerisce l'art. 16 del t.u. con riguardo ai locali destinati allo esercizio di attività soggette ad autorizzazioni di polizia. Si v. inoltre, e ad esempio, l'art. 64, d.p.r. n. 303/1965, l'art. 52, d.p.r. n. 633/1972.

ossia contenuti in apposite leggi e non disciplinati episodicamente⁽¹³⁷⁾. La Corte ha però assunto, al proposito, una posizione più sfumata, affermando che rileva soltanto il contenuto della norma puntualmente denunciata e non già, ad esempio, il titolo dell'atto in cui è inserita⁽¹³⁸⁾.

Quanto ai fini e ai motivi che soli possono giustificare l'applicazione delle misure previste al 3° co., è stato da più parti sottolineato la genericità delle espressioni che li designano, con tutti i rischi che ciò comporta. La Corte ha peraltro esaminato — caso per caso e rigorosamente — l'effettiva riconducibilità alle ipotesi qui previste dei diversi interessi perseguiti dalle norme impugnate⁽¹³⁹⁾.

3.1. *Il domicilio e la privacy nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.*

Il legame tra il riconoscimento della libertà di domicilio, la libertà personale, i diritti di riservatezza e *privacy* dell'individuo, ben emerge all'art. 8 CEDU. Si ha qui la trattazione congiunta del diritto della persona al rispetto della propria vita privata o familiare, del domicilio e della corrispondenza. Rapportando tale disciplina alle previsioni costituzionali italiane, è come se il "*big bang*" tradottosi negli artt. 13 ss. Cost. si annullasse nelle proprie origini, rivelando apertamente la sua essenza. Analoghi rilievi valgono ora per il corrispondente art. 7 della Carta dei diritti fondamentali UE (ove si afferma che «ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni»⁽¹⁴⁰⁾). Tutto ciò si è tradotto, si traduce e si rifletterà nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: al centro delle preoccupazioni della Corte e dei suoi ragionamenti si coglie infatti la presenza del singolo individuo e non dei diversi locali in cui questi si muove⁽¹⁴¹⁾. In estrema sintesi, laddove la Corte ha affrontato questioni relative al domicilio, essa non si è limitata a preservare la sola abitazione tradizionale, ammettendo

⁽¹³⁷⁾ V., tra i tanti, CARETTI, *I diritti fondamentali* cit., 239.

⁽¹³⁸⁾ V. la sent. n. 10/1971, punto 2 del *Considerato in diritto*.

⁽¹³⁹⁾ Per un chiaro esempio, riguardante la pretesa (e respinta) comprensione dell'interesse ecologico nelle fattispecie contemplate all'art. 14, 3° co., v. la sent. n. 88/1987, punto 3 del *Considerato in diritto*.

⁽¹⁴⁰⁾ Sui rapporti tra l'art. 7 della Carta dei diritti e la CEDU v. GROPPI, Sub art. 7, in BIFULCO, CARTABIA, CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, 72 ss.

⁽¹⁴¹⁾ V. le puntuali osservazioni di PALLARO, *Inviolabilità del domicilio e corrispondenza e rispetto della vita privata nell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: accessorietà o autonomia?*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1998, 705 ss. e giurisprudenza ivi citata.

invece che l'art. 8 protegge il *caravan* nel quale è ospitata la famiglia di zingari⁽¹⁴²⁾, l'ufficio professionale, lo studio legale e così via⁽¹⁴³⁾. Con ciò, la Corte di Strasburgo ha evidenziato — come meglio si vedrà al par. successivo — un atteggiamento assai più aperto rispetto a quello adottato dalla Corte di giustizia; essa ha anzi implicitamente (ma chiaramente) affermato che, al fine di stabilire se un luogo sia domicilio, è necessario attenersi al caso concreto, ammettendo, quindi, una sempre possibile espansione della casistica. La Corte ha inoltre precisato che il diritto in questione non possiede solo aspetti connessi alla sua tendenziale struttura di libertà "negativa", bensì anche assai perspicui risvolti "positivi"⁽¹⁴⁴⁾.

La possibilità di "attenuare" la libertà domiciliare (ad esempio con intercettazioni) nonché gli altri diritti previsti all'art. 8, par. 1, CEDU, è ammessa al par. 2 dello stesso articolo; a tal fine è richiesto che una legge persegua uno degli scopi indicati nella stessa disposizione. La Corte ha peraltro precisato che non è sufficiente la mera esistenza di un provvedimento legislativo interno che disciplini le intrusioni al domicilio e nella *privacy*, occorrendo invece saggiare la «qualità della legge»; è necessario insomma che questa descriva in modo sufficientemente chiaro i casi e le condizioni in cui le pubbliche autorità hanno titolo per intervenire sul diritto⁽¹⁴⁵⁾. Essa ha inoltre meglio precisato la portata dell'art. 8, par. 2, in base al quale sono ammesse le sole ingerenze (previste dalla legge) che appaiano necessarie, in una società democratica, «alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui». Secondo la costante giurisprudenza della Corte, il requisito della «necessità in una società democratica» implica un'ingerenza fondata su un prevalente bisogno sociale, nonché proporzionata allo scopo legittimo perseguito⁽¹⁴⁶⁾. Nel sostenere questo la Corte riafferma insomma l'esigenza di praticare, caso per caso, accorti bilanciamenti nonché il c.d. "principio di proporzionalità", richiedendo che la legislazione e le prassi interne offrano sufficienti garanzie ai soggetti. Anche per svolgere tali opportune verifiche, la Corte esamina «le circostanze particolari di ciascun caso per stabilire se, in concreto, l'ingerenza in contestazione sia proporzionata allo scopo ricercato»⁽¹⁴⁷⁾.

⁽¹⁴²⁾ Si tratta di casi assai famosi: v., tra le tante, la sent. 25 settembre 1996, Buckley.

⁽¹⁴³⁾ V. ad es. la sent. 25 giugno 1997, Halford.

⁽¹⁴⁴⁾ Sent. 16 dicembre 1992, Niemetz.

⁽¹⁴⁵⁾ Tra le tante v. la sent. 12 maggio 2000, Khan.

⁽¹⁴⁶⁾ V., *ex plurimis*, la sent. 16 dicembre 1997, Camezind.

⁽¹⁴⁷⁾ Sent. 16 dicembre 1997, Camezind.

3.2. *L'inviolabilità del domicilio nell'ordinamento comunitario.*

Se gli originari obiettivi delle Comunità europee non potevano comprendere apposite previsioni in materia di tutela dei diritti fondamentali, tuttavia la Corte di giustizia ha progressivamente attratto nella propria orbita anche l'attività di controllo sul grado di protezione degli stessi, rifacendosi alle tradizioni costituzionali degli Stati membri nonché ai Trattati internazionali già sottoscritti (e soprattutto alla CEDU). Solo in seconda battuta, con la Dichiarazione comune del 5 aprile 1977, il Parlamento, il Consiglio e la Commissione si sono impegnate a rispettare, nell'esercizio dei loro poteri, i diritti fondamentali così enucleabili. Ulteriori ed espliciti progressi sono stati poi realizzati dall'Atto Unico europeo (1986) e dal Trattato di Amsterdam⁽¹⁴⁸⁾. È ora affermazione frequente, nelle pronunce della Corte, che «i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto di cui il giudice comunitario garantisce il rispetto. A tal fine il giudice comunitario si ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri nonché alle indicazioni fornite dai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo cui gli Stati membri hanno cooperato e aderito, *in primis* la Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁽¹⁴⁹⁾».

Nell'ordinamento comunitario, l'inviolabilità del domicilio è così — e più rigidamente — ritenuto principio comune ai diritti degli Stati membri solo in riferimento alle persone fisiche e non per le imprese, presentando i sistemi giuridici degli Stati «differenze non trascurabili quanto alla natura ed alla misura della tutela dei locali commerciali di fronte agli interventi delle autorità pubbliche». Anche ragionando sull'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la Corte di giustizia non ha comunque ritenuto di poter giungere a una conclusione diversa, in quanto tale articolo tutelerebbe «la sfera di esplicazione della libertà personale dell'uomo e non può quindi essere esteso ai locali commerciali». Proprio con riguardo a questo profilo si coglie un sempre possibile contrasto tra la posizione della Corte di giustizia (che, magari, interpreta la CEDU) e la giurisprudenza della stessa Corte europea dei diritti (che abbiamo visto essere assai più flessibile). Nel quadro della libertà domiciliare, l'art. 8 della Convenzione viene così interpretato dalla CGCE (nel citato caso Hoechst) nel senso che dal diritto al rispetto del domicilio vanno esclusi i locali commerciali. La Corte di Strasburgo, invece [ad esempio, nel caso Chappel c. Regno Unito

⁽¹⁴⁸⁾ Su questa evoluzione v. TESCAROLI, *Diritto delle Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2000, 358 ss. e TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2001, 89 ss.

⁽¹⁴⁹⁾ V., ad es., C. Giust. CE, sent. 20-4-1999, cause riunite T-304/94 ecc., *Limburgse Vinyl Maatschappij e a. c. Commissione*. Sull'apparire e sull'evoluzione giurisprudenziale dell'idea che sussistano «tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri» v. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, 19 ss.

(1989) e nella già richiamata sentenza Niemetz c. Germania], estende la tutela offerta dalla Convenzione anche alle attività professionali e commerciali, comprendendo nella nozione di "domicilio" i locali nei quali tali attività vengono esercitate, e così contrapponendosi alle decisioni della Corte del Lussemburgo⁽¹⁵⁰⁾.

Ferme rimangono, com'è ovvio, le (spesso sottolineate) esigenze di protezione dagli interventi dei pubblici poteri «nella sfera di attività privata di ogni persona, sia fisica sia giuridica», le quali trovano disciplina nella legge e ammettono i soli motivi di compressione contemplati in quest'ultima⁽¹⁵¹⁾. Tutti i sistemi prevedono insomma, seppure con modalità diverse, una protezione avverso interventi arbitrari o sproporzionati, e anche questa esigenza di protezione costituisce perciò, per la Corte, un «principio generale del diritto comunitario»⁽¹⁵²⁾. Spetta così a un giudice competente in forza del diritto interno autorizzare le ispezioni e i sequestri da svolgersi all'interno dei locali di imprese sospettate di infrazioni alle norme sulla concorrenza, e di verificare se i provvedimenti coercitivi richiesti a seguito della domanda di assistenza formulata dalla Commissione non siano arbitrari o sproporzionati rispetto all'oggetto dell'accertamento⁽¹⁵³⁾.

3.3. *La Corte costituzionale richiama le norme "europee" sul domicilio.*

La più volte richiamata sentenza n. 135/2002, esprimendosi sulla compatibilità dell'art. 266 c.p.p. con l'art. 14 Cost., afferma altresì che la richiesta del rimettente di limitare le forme di intrusione della pubblica autorità nel domicilio «non troverebbe riscontro né nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (art. 8), né nel Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 17); né, infine, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, proclamata a Nizza nel dicembre

⁽¹⁵⁰⁾ Su questo specifico profilo (nonché con riguardo ad altre situazioni di contrasto tra le due Corti, già emerse nella prassi) si rinvia G. DEMURO, *I rapporti fra Corte di giustizia delle comunità europee e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in AA.VV. *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, a cura di P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura, Torino, 2203 49 ss.

⁽¹⁵¹⁾ Per una esemplificazione dei rapporti intercorrenti tra la giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo sul tema in discussione si v. C. Giust. CE, sent. 15-10-2002, causa C-2244/99, DSM e DSM Kunststoffen c. Commissione (Conclusioni del 25-10-2001).

⁽¹⁵²⁾ Per una rassegna delle pronunce che contengono le affermazioni sin qui sintetizzate cfr. C. Giust. CE, sent. 21-9-1989, cause riunite 46/87 e 227/88, Hoechst Ag. c. Commissione; sent. 17-10-1989, causa 85/87, Dow Benelux Nv. e altro c. Commissione; sent. 17-10-1989, cause riunite 97/87, 98/87 e 99/87, Dow Chemical Iberica Sa. e altri c. Commissione.

⁽¹⁵³⁾ Così, pressoché testualmente, C. Giust. CE, sent. 22-10-2002, causa C-94/00, Moquette Frères SA.

2000 (artt. 7 e 52), qui richiamata ancorché priva di efficacia giuridica per il suo carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei».

Tale affermazione può essere interpretata in vario modo.

Un primo approccio (minimalista) potrebbe sostenere che il passaggio citato costituisce una mera aggiunta *ad abundantiam* — e senza ricadute giuridiche — alle argomentazioni riportate nel testo della sentenza.

L'espresso riferimento al fatto che (solo) la Carta di Nizza non avrebbe effetti giuridici, sembra però suggerire un ben diverso intento. La Corte pare infatti affermare che «la libertà domiciliare è limitabile anche con misure non rientranti nella tipologia costituzionale perché ciò è consentito in sede internazionale e comunitaria»⁽¹⁵⁴⁾. Questo è peraltro criticabile, posto che le Convenzioni europee sopra citate «sono tutte meno garantiste della nostra Costituzione, almeno con riferimento alle libertà civili (con l'eccezione del diritto al rispetto della vita privata e familiare: art. 8 CEDU)», e, come tali, sono state spesso richiamate proprio per finalità niente affatto di garanzia. A tale scopo si sono infatti utilizzate interpretazioni lasse dei (già peraltro vaghi) limiti ai diritti in esse previsti⁽¹⁵⁵⁾.

3.4. Privacy e «aree costituzionali protette» in U.S.A.

Anche il IV Emendamento della Cost. U.S.A. crea uno stretto legame tra libertà personale, *privacy* e libertà domiciliare, disegnato — soprattutto nella costante giurisprudenza della Corte Suprema⁽¹⁵⁶⁾ — secondo la fondamentale prospettiva per cui tale emendamento «protegge le persone e non i luoghi»⁽¹⁵⁷⁾: si ha quindi una forte somiglianza con la disciplina posta dall'art. 8 CEDU sopra menzionato. Anche per il IV em., perciò, le proiezioni spaziali della persona vanno stemperate tra la “casa” (nel senso ristretto di “abitazione”) e tutti gli altri luoghi in cui si esplica la *privacy*; esso tutela pertanto (e cumulativamente) sia la casa familiare — di qualsiasi tipo, anche le c.d. *trailer homes*⁽¹⁵⁸⁾ — sia gli altri spazi in cui si svolge la personalità del singolo, non già in virtù di uno specifico diritto domiciliare bensì nel quadro di un più ampio e complessivo progetto di tutela della riservatezza, realizzata mediante la disciplina di una puntigliosa riserva di giurisdizione⁽¹⁵⁹⁾. Si è

⁽¹⁵⁴⁾ PACE, *Le videoregistrazioni ambientali*, cit., 1075.

⁽¹⁵⁵⁾ PACE, *Le videoregistrazioni ambientali*, cit., 1075.

⁽¹⁵⁶⁾ V. in particolare (e testualmente) *Katz v. United States*, 389 U.S.347 (1967).

⁽¹⁵⁷⁾ L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, Mineola, New York, 1988, 1390.

⁽¹⁵⁸⁾ *Soldal v. Cook County, Ill.*, 506 U.S. 56 (1992).

⁽¹⁵⁹⁾ «Nessun mandato giudiziario potrà essere emesso, se non in base a fondati motivi, corroborati da un giuramento o da una dichiarazione sull'onore e con la descrizione specifica del luogo da perquisire e delle persone da arrestare o delle cose da sequestrare».

così potuto affermare che l'essenza delle violazioni al IV em. non si perfeziona tanto con lo sfondamento di una porta, bensì mediante l'invasione dell'indefettibile diritto dei singoli alla sicurezza, alla libertà personale e alla proprietà privata⁽¹⁶⁰⁾. Ciò che rileva è insomma il bisogno d'individuare «aree costituzionalmente protette», ove si riversa il diritto alla *privacy* dei singoli. La Corte ha così precisato che risulta protetto dal IV em. anche lo studio legale, l'appartamento di un amico, un *taxicab*, una cabina telefonica a vetro. Ciò che l'interessato vuole ad esempio escludere, in quest'ultimo caso, non sono tanto gli "occhi" quanto le "orecchie" altrui; ne deriva che la protezione del IV em. si estende anche alle intercettazioni realizzate senza intrusione fisica⁽¹⁶¹⁾. Non esiste invece un diritto alla *privacy* in particolari contesti e ambienti: il carcerato, ad esempio, non può rivendicarla⁽¹⁶²⁾.

Le limitazioni alla *privacy* — e dunque anche al domicilio — vanno poi attentamente bilanciate con altre esigenze; il IV em. non protegge infatti in assoluto le aspettative di *privacy* del singolo, ma solo quelle attese che la società riconosce ragionevoli. Così, si può ammettere la limitata compressione della *privacy*, da parte della Polizia, per il breve tempo necessario all'ottenimento del mandato, quando ricorrano condizioni che rendano opportuna questa restrizione (ad esempio, il fondato motivo che nell'abitazione sia conservato il corpo del reato, il quale potrebbe essere facilmente distrutto nell'attesa del mandato stesso)⁽¹⁶³⁾. Notevoli le somiglianze tra queste asserzioni e quanto suggerito *supra* (par. 2.2.4 in fine) con riguardo al possibile utilizzo, nel quadro dell'art. 14 Cost., di alcune conclusioni cui la Corte costituzionale è giunta in materia di libertà personale, rifacendosi ad un concetto di «degradazione e mortificazione della dignità e del prestigio della persona», da soppesare fattispecie per fattispecie.

4. La disposizione dell'art. 14 Cost. tra crisi e riforma.

L'art. 14 Cost. non è stato (e non è) oggetto di proposte di revisione costituzionale. Parte della dottrina ha peraltro auspicato — sulla falsariga di quanto accaduto con l'art. 13 Cost. Germania — una modifica costituzionale

⁽¹⁶⁰⁾ California v. Ciralo, 106 S. Ct 1809 (1986) (Justice Powell, dissenting).

⁽¹⁶¹⁾ Per tutti questi casi v. ancora Katz v. United States, cit. Per una ricostruzione complessiva della giurisprudenza della Corte Suprema in materia di intercettazioni, dalla fase in cui quest'ultima non riteneva che ricadesse sotto il 4° em. la captazione realizzata senza intrusione fisica al successivo *revirement* v. Berger v. New York, 388 U.S. 41 (1967).

⁽¹⁶²⁾ Soldal v. Cook County, Ill., cit.

⁽¹⁶³⁾ L'apposizione di limiti agli eccessi della polizia è un filone classico della giurisprudenza della Corte Suprema: v. BALDASSARRE, *La Corte suprema contro le perquisizioni generali*, in *Dem. e dir.*, 1979, 718 s.

che espressamente sancisca e disciplini l'ingresso clandestino al domicilio a scopo di intercettazione di conversazioni o di captazione d'immagini⁽¹⁶⁴⁾. Tale dibattito è fatalmente (e purtroppo) destinato a perdere di rilievo dopo la sentenza costituzionale n. 135/2002 cit.⁽¹⁶⁵⁾.

ABSTRACT

The essay reconstructs the meaning that article 14 of the Italian Constitution attributes to the concept of "habitual residence". So that, it comes out the idea that the appraisal of the "habitual residence" has to be verified time for time, in relation to that, in concrete, constitutes "space projection" of the person. The essay, then, takes in consideration the effects of this reconstruction on the other present definitions of "habitual residence" in the legal order.

Il lavoro ricostruisce il ruolo che la disciplina costituzionale del domicilio assume nell'ordinamento italiano. Premessa una breve rassegna avente ad oggetto le diverse definizioni del domicilio presenti nel sistema, lo studio si interroga sulle ricadute interpretative che la nozione di domicilio accolta e definita all'art. 14 Costituzione — e ricostruibile nel senso della «proiezione spaziale» della persona — produce nei diversi casi concreti in cui può essere evocata (domicilio plurimo, intercettazioni e video-registrazioni al domicilio, domicilio informatico, luoghi di incerta collocazione *et similia*). Chiude il lavoro un breve *excursus* sulle realtà normative e giurisprudenziali comunitarie e internazionali.

⁽¹⁶⁴⁾ Tra i tanti v. GAITO, *In tema di intercettazioni delle conversazioni in abitazioni private*, in *Giur. it.*, 1991, II, 468 e MARINELLI, *Le "intercettazioni di immagini"* cit., 1271.

⁽¹⁶⁵⁾ Per una conferma di ciò si v. le realistiche considerazioni di PACE, *Problemmatica delle libertà costituzionali, Parte speciale, Appendice di aggiornamento* (settembre 2002), Padova, 2002, 9.

PETER LEYLAND

REFORMING JUVENILE JUSTICE UK STYLE (*)

Introduction

One of the most enduring images of early Victorian London was painted by Charles Dickens in *Oliver Twist*⁽¹⁾. As an innocent victim, Oliver experiences the poverty and humiliation of the workhouse as part of his early childhood, and later is abducted by Fagin's notorious gang of thieves where he is exposed to a sinister underworld. Fagin teaches him the craft of petty crime which is practised adeptly by older children, Charley Bates and the Artful Dodger. For Oliver relieving unsuspecting gentlemen of their silk handkerchiefs and other valuables is just a game to be learned on a path to more serious offending and to much more dangerous encounters with the violent murderer, Bill Sikes. This compelling story underlines a reality, namely, that in the early nineteenth century there was no humane system to cope with juvenile crime and that no clear distinction was drawn between young offenders and adult offenders⁽²⁾. It has been recognised by historians that there was a political response to the popular literature of Dickens, in particular, *Oliver Twist* and *Nicholas Nickleby* that were read by a mass audience. The evocative descriptions of injustice and poverty undoubtedly influenced reformers and policy makers. For example, the Youthful Offenders Act of 1854 introduced reformatories for the first time which were

(*) I would like to thank Prof. Guido Casaroli for inviting me to give this lecture at the University of Ferrara in the Spring of 2003.

(1) This novel was originally serialised and the first parts of the book appeared in 1837. See P. ACKROYD *Dickens*, Minerva Books, 1990.

(2) K. CHESNEY *The Victorian Underworld*, London, History Book Club, 1979 p. 145.

directed at children between the ages of seven and fourteen, who were convicted of vagrancy.

To briefly set the scene for the main focus of this paper, it is important to recognise an ever rising tide of public concern over the emergence of a new post second world war youth culture. A succession of “moral panics” have been a feature of the media response to the amount of offending by young people. The images of rebellious youth predisposed to crime have come in waves. The Teddy boys of the 1950’s were perhaps the first post war expression of adolescent youth. This was followed by a new fashion in the 1960’s in form of the “mods and rockers”. These gangs of youths travelled to seaside towns on bank holidays on motor scooters (mods) and motor bikes (rockers) to fight each other. While, the 1970’s came to be associated with the drug culture and violence of Sex Pistols and Punks. During the 1980’s the social and economic climate became harsher, with youth unemployment on the increase. This coincided with an upsurge in offending and there have been associations between youth crime and property offences. For example, theft and handling of stolen goods are the most common crimes committed by young people followed by burglary. Certain forms of juvenile crime have been given a very high profile in the media and are perceived as particular threat. For example, the theft of powerful cars and joy riding featured prominently a decade ago. At present the degree of violence and intimidation used to achieve the robbery of mobile phones has attracted special attention⁽³⁾. However, the majority of juvenile crime is relatively trivial, although it often has a disruptive effect on local communities. A high proportion of teenage crime has been recognised as class based⁽⁴⁾ and associated with the growing use of drugs and alcohol. In fact, many of the victims of persistent juvenile crime are found on working class council estates where drugs have become a way of dealing with the problems of social deprivation. In housing estates which may be terrorised by gangs of adolescent boys the victims are frightened to venture out of their houses or flats.

The incidence of juvenile offending in inner city areas with relatively large ethnic populations has given rise to additional problems. For example, this has been highlighted by tense relations between young blacks and asians and the police force. In part, this was caused by stop and search (sus laws) tactics which were perceived as targeting black males. In the early 1980’s this contributed to a breakdown of relations between the ethnic communities and the police force culminating in a series of serious riots. More recently, the failure to adequately

⁽³⁾ For example, in the case of *A-G’s Reference No. 4 of 2002 (Adrian Michael Lobban)*: *A-G’s Reference No. 7 of 2002 (Christopher Sawyers)* [2002] Crim LR 333 the Lord Chief Justice was concerned about the increase of the offence which was often directed at the very young or the very old

⁽⁴⁾ J. YOUNG ‘Crime and Social Exclusion’ in M. Maguire, R. Morgan and R. Reiner *The Oxford Handbook of Criminology*, 3rd ed, Oxford University Press, 2002 chapter 14.

respond with arrests to the brutal murder of Stephen Lawrence by a gang white racists led to renewed concerns over institutional racism⁽⁵⁾.

This paper will not discuss the sociology of youth crime, but it will seek to examine approaches to sentencing and penal policy of successive governments and focus on the developing responses to the perceived problem of youth offending. It will be suggested that the measures that have been adopted by successive governments can be seen in relation to contrasting models of crime and punishment. As we briefly refer historically to the strategies that have been developed, it is helpful to see the range of measures that are available to deal with young offenders in terms of two competing models. In essence, it is suggested that there is a tension between, on the one hand, a welfare model and, on the other, a justice model as the background for the discussion follows. The "positivistic" welfare model holds that young offenders need to be helped and treated to overcome their problems. The courts should have regard for the welfare of the child or the young person. There have been criminologists and practitioners in the field of youth justice who have suggested that re-habilitative measures, coupled with coherent policies in the social and criminal justice field, have a positive effect on the incidence of juvenile crime. The problem has been that the institutions, such as youth custody centres and detention centres, are too much like prisons and fail to introduce sufficient responsibility that is linked to rights. In contrast, the justice or punishment model places a much heavier emphasis on containment and punishment through the imposition of custodial sentences. This approach has been advocated by bodies representing the views of a substantial number of magistrates.

The Children and Young Persons Act 1933 can be regarded as a significant landmark in consolidating a welfare model. Under this act, rather than attempting to draw a distinction between neglected and delinquent children the role of the juvenile court was directed to looking after the welfare of children. The 1933 Act placed a strong emphasis on care rather than punishment and recognised that *approved schools* run by local authorities were to be the main method for custodial care. However, the Children and Young Persons Act also contains provisions to deal with the most seriously disturbed and dangerous young people⁽⁶⁾. The Children and Young Person's

(5) The Scarman Report 1981 and the Macpherson Report 1999 Cmnd. 4262 addressed many issues associated with race and policing and both made important recommendations some of which have been implemented. See e.g., Race Relations (Amendment) Act 2000.

(6) Under s. 53(1) for the custody of homicidal and dangerous children can be detained at HM pleasure. 24 orders of this kind were made in 1993. S. 53(2) allows a similar procedure for the disposal of young offenders who commit crimes with a maximum sentence of 14 years or more by sentencing up to the adult maximum (315 orders of this kind were made in 1993).

Act 1969 was also very much in a reforming mould. It has been observed that "Underpinning the Act was an ideological commitment to a medical model which saw delinquency as a manifestation of deprivation to be 'treated' by society" (7). Indeed, it was such a liberal measure that a number of its most important provisions were never implemented. This is because there was an ideological mis-match between those drafting the legislation, and those putting it into operation. For example, the Act defines children as under the age of 14 (8) and it provides that a child should not be convicted of any offence except homicide (9) (this part of the act was never put into force). Under the Act care proceedings are regarded as the primary response to juvenile delinquency. The effect of this measure was meant to shift the balance away from the courts and towards social workers. However, many of these measures were never put into effect and the courts increasingly resorted to custodial measures (10).

On the other hand, as we noted above, the justice model places a far greater emphasis on punishment. The proposition behind this approach is relatively straight forward. It is founded on deserts philosophy, which is applied to young offenders. This proposes that the punishment is made to fit the crime and consequently deserts looks back to the offence. Crimes are rated according to seriousness, and the court in sentencing an offender takes into account the aggravating and mitigating factors associated with the offence. If the sentencing process suggests that a custodial sentence is warranted according to the criteria set out, the outcome of a custodial sentence is justified, irrespective of the situation of the offender.

There are some studies which suggest that no punishment appears to directly alter the likelihood that a juvenile offender will re-offend on release (11). Against this background politicians have advocated incapacitation as a solution for juvenile offending. If nothing works (in the sense that all options lead to significant levels of re-offending) at least the community deserves to be protected from young criminals by keeping them in custody. From this standpoint, it can be argued that custody not only keeps the young tearaways off the streets, but perhaps teaches them a lesson at the same time. One problem with this approach, is that the courts end up sentencing to youth

(7) C. BALL 'Young Offenders and the Youth Court' (1992) *Crim LR* 277

(8) For the purposes of the Act s. 70 (1) (a) Child defined as a person under the age of 14; (b) Young persons are between the age of 14 and 17; (c) Young adult offender persons between the ages of 17 and 20.

(9) See Section 4

(10) M. CAVADINO and P. DIGNAN *The Penal System: An Introduction*, 3rd ed., London, Sage, 2002, p. 290.

(11) This has been cited as a general finding looking comparatively at criminal justice systems in the USA. See R. MARTINSON 'New Findings, New Views: A Note of Caution Regarding Sentencing Reform' *Hofstra Law Review*, 7, 243-258.

custody centres and secure training units individuals who are likely to be further damaged by the experience of being sent there⁽¹²⁾. Many of these youngsters often from deprived backgrounds are really in need of help, guidance and support rather than punishment.

An evolving political debate lies behind these changes to youth justice legislation. A new rhetoric of punishment has been discernible and this became increasingly strident as law and order issues were overtly politicised by both main political parties during the 1990s. It has been argued that the approach of the Thatcher/Major governments was a return to knee jerk responses to the problem of youth offending. This was in the sense that measures such as 'short, sharp, shock' were known by professionals in the probation and social work arena not to be effective, but in the public imagination the image of harsher punishment countered the view that the system was too soft. There were examples cited in the popular press of young offenders continuing to offend after they had been sent on adventure holidays at the expense of tax payers. The objective was to enunciate a different message and to restore the rule of law by imposing appropriate punishment. This was more than a change in tone. It was evident in the transformation of the regimes at young offender institutions. Borstal training for youths in their mid to later teens had been modelled on English public schools⁽¹³⁾. These were institutions which in their original guise attempted to promote an ethos of discipline, respect and loyalty and which had an important emphasis on education. Sentences were long enough to allow youngsters to continue with their education and a substantial number of staff were teachers. This emphasis on education was significant given the poor academic performance and high incidence of truancy among young people who were the persistent offenders. Against a statistical background which revealed that the record of borstals as rehabilitative institutions had declined dramatically, the Criminal Justice Act of 1982 renamed borstals youth custody centres. But this involved not simply a change of name. It resulted in moves to a prison style regime and an abandonment of the ideals of borstal training⁽¹⁴⁾. Staff were no longer to be regarded as house masters in casual dress but were trained as a prison officers. A substantial proportion of the prison officers who now staff these

⁽¹²⁾ There are now secure training units available for juveniles between the ages of 12 and 15. Offenders can be sentenced to up to two years. See the Criminal Justice and Public Order Act 1994. This is specifically geared to deal with very young offenders who repeatedly commit crimes. Secure Training Orders are *custodial sentences* available under ss. 1-4. This option is available after convictions for three or more imprisonable offences. Offenders must be in breach of a supervision/probation order.

⁽¹³⁾ For two vivid and contrasting cinematic representation of the borstal experience see the films *Loneliness of the Long Distance Runner* 1960 and *Scum* 1979.

⁽¹⁴⁾ J. PIRTS *The Politics of Juvenile Crime*, London, Sage 1988, p. 48.

institutions have a military background and the daily routine is regulated in military fashion with every aspect of the daily routine governed by rules and regulations.

There have always been numerous problems associated with sending young boys (and also girls) away from home to confront life in an alien environment. These problems have tended to become even more acute. The prospects for rehabilitation have become bleaker and the regimes have been made tougher. There have been numerous reports of bullying. Suicide attempts, sexual abuse, violent incidents of one sort or another are all part of the routine experience. Well over thirty teenagers have committed suicide within secure institutions since 1989. The reconviction rates from young offender institutions are between 70% to 80%. It should be noted that only 25% of those given custodial sentences had committed crimes of robbery or crimes of violence. Infringement of even the most trivial rule can result in punishment being imposed. It is worth noting that borstal sentences had been between 6 months and two years. Under the Criminal Justice Act 1991 the maximum term of youth custody was 12 months but the Criminal Justice and Public Order Act 1994 doubled sentences available for 15 and 16 year olds to a maximum of 24 months. However, the most prominent punitive sentence was to detention centres for a short period of training. This was an initiative modelled on the American boot camp idea. Short, sharp, shock was an experiment that instead of acting as a deterrent had the effect of hardening young people as offenders. These sentences led to very high re-conviction rates and the scheme was dropped until experimental "boot camp" based upon a military training regime were re-introduced in April 1996, but only for a short period⁽¹⁵⁾.

It is worth noting that the punishment philosophy has continued to play a significant part while at the same time a system's management approach of minimum intervention has gained support among professionals working in the field⁽¹⁶⁾. The first task from the system's management standpoint is to undertake system's analysis to assess the interaction between the various agencies. Policy makers then seek to use the full range of measures that are available to avoid custody. This path is pursued in the belief that the custodial option is counter productive. Thus the other agencies should be used to divert offenders away from incarceration. The ultimate question becomes which options most reduces the absolute amount of juvenile crime. The develop-

⁽¹⁵⁾ See e.g., T. NEWBURN 'Young People, Crime and Youth Justice' in M. Maguire, R. Morgan and R. Reiner (eds.) *The Oxford Handbook on Criminology*, (3rd. ed. Oxford: Oxford UP, 2002) and Muncie J *Youth and Crime: A Critical Introduction* (London: Sage, 1999)

⁽¹⁶⁾ M. CAVIDINO and J. DIGNAN *The Penal System: An Introduction*, London, Sage, 2002 at p. 292ff.

ment of a sentencing system under the Criminal Justice Acts 1982 and 1991 which opens up a new range of measures and makes the custodial option a last resort is consistent with the systems management approach. Moreover, by reprimanding and warning offenders, rather than referring cases for prosecution, the police as well as other agencies, perform a significant gatekeeping role. It has been argued that this leaves too much discretion in the hands of those managing the system rather than the courts. The informality of cautioning and a non-confrontational approach has been deemed inappropriate given the harm that young offenders can have on their local communities.

In fact, confirmation of the twin track approach of punishment and welfare was set in place by the Criminal Justice Act 1982. This act introduces criteria for restricting the imposition of custodial sentences and this approach was later re-enforced by the CJA 1991⁽¹⁷⁾. A seriousness threshold provision applies to young offenders, particularly in regard to the imposition of custodial sentences. The courts reasons have to be stated and recorded, and a custodial sentence is regarded as a measure of last resort. It is important to stress that the availability of community based schemes as “alternatives to custody” helped keep seriously offending juveniles from serving custodial sentences. By the later 1980’s, the majority of juvenile courts were demonstrating a new found commitment to welfare through the wider use of community based sentences. As a consequence, for a period there was a dramatic reduction in the use of custody⁽¹⁸⁾.

Youth Justice under Labour

Labour inherited a youth justice system which appeared to be failing. The New Labour government stated when it was returned to office in 1997 that reducing youth crime and reforming the youth justice system are a major part of its effort to build safer communities and tackle social exclusion⁽¹⁹⁾. Relatively low level crime committed by juveniles⁽²⁰⁾ often causes a great deal of distress in deprived working class areas. The most significant novelty is a strategy of intervention at an early stage to prevent a pattern of offending developing. The Crime and Disorder Act 1998 seeks to prevent offending and re-offending by children and young people. It does this by seeking to assist

⁽¹⁷⁾ Section 1(4)

⁽¹⁸⁾ C. Ball (1992) *Crim LR* 277.

⁽¹⁹⁾ J. FIONDA ‘New Labour, Old Hat: Youth Justice and the Crime and Disorder Act 1998’ [1999] *Crim LR* 36.

⁽²⁰⁾ The juvenile category refers to offenders between the ages of 10-18. They are normally tried in the Youth Court which is a special part of the magistrate’s court.

offenders, and their parents, to face up to their offending behaviour and take responsibility for it. The policy is marked by more effective intervention when young people first offend. At the same time, there are faster, more efficient procedures from arrest to sentence. The disposal involves a partnership between all relevant youth justice agencies. The Home Office have introduced an imaginative range of new measures introduced under the Crime and Disorder Act 1998 ⁽²¹⁾.

One obvious shortcoming of the system that was inherited from the Conservatives in 1997 was the delay between the offending behaviour and the hearing of cases in the courts. The Labour Government has made it a priority to speed up justice for all young people who offend or are alleged to have offended. The original target was to halve the average time from arrest to sentence for persistent young offenders. In 1996 the average was 142 days from arrest to sentence. It fell to 125 days on average in 1998, and to 106 days by December 1998. This has now resulted in fast track schemes operating in most youth court areas, covering 95% of persistent young offenders. Many of these schemes have delivered significant improvements. The Government's aim has been to ensure that every scheme succeeds in speeding up justice for persistent young offenders by ensuring that all local youth justice agencies are working together on joint improvement plans, and by ensuring that each scheme covers every stage of the process from arrest to sentence.

Another change concerns the way cautioning is used. This has been formalised to prevent abuse. Cautions have been extensively employed at a number of stages in dealing with young offenders. This can be an effective and inexpensive means of dealing with certain types of offender. Cautioning has now been turned into legislative form as either a reprimand or a warning ⁽²²⁾. Reprimands are less formal and are aimed at the first time offender. They must be given at a police station in the presence of parent or appropriate adult. There is a deliberate intention to discourage the use of repeated cautions which was seen as bringing the system into disrepute. This was because some offenders simply ignored the cautions and continued offending regardless. The Act provides that youngsters given a warning should be referred to the local youth offending team for assessment. Any offender convicted after a caution is not to be treated in the same way as before and given a conditional discharge by the court. Under the restorative

⁽²¹⁾ This includes quite a list of measures several of which are discussed below: final warnings, reparation orders, action plan orders, parenting orders, anti-social behaviour orders, powers for the police to remove truants to designated premises, court ordered secure remands (allows certain alleged offenders to be sent to local authority accommodation), detention and training orders (provides constructive and flexible custodial sentences). Child safety orders which allow targeted intervention for children under 10 who are at risk of getting into trouble.

⁽²²⁾ Crime and Disorder Act 1998 section 65 and section 66.

approach offending behaviour is 'unwrapped under judicial scrutiny' ⁽²³⁾. The use of restorative police cautioning (as opposed to the degrading 'telling off' cautioning) which involves the victim, is a significant development that has been tried in a number of schemes e.g. Thames Valley and is based on an approach of 'reintegrative shaming'. It involves a different approach by police officers which focuses on shaming in regard to the offence itself, rather than the offender. This approach to cautioning lasts much longer, seeks to draw out the offender, but still has a deterrent element by spelling out the consequences of the offender's actions. There is some evidence to suggest that it is regarded as a greater ordeal for the offender than other forms of punishment. Preliminary evidence suggests a lowering of re-offending rates. It is consistent with s.37 of the Crime and Disorder Act 1998 ⁽²⁴⁾.

Restorative Justice, YOPs and Referral Orders

Restorative justice is a central part of the new package of measures ⁽²⁵⁾. This introduces a special role in assessing offenders and finding a programme to prevent further offending at an early stage ⁽²⁶⁾. The youth offending team (YOT) involves police, probation service, parents and victims. At a national level the Youth Justice Board for England and Wales has been set up to oversee the operation of the YOTs and the youth justice system as a whole. Such schemes are intended to provide scope for victim mediation. The type of scheme that has been introduced indicates a clear influence from Australia and New Zealand. In New Zealand and six Australian states restorative justice has been established in place of the courts process and this involves establishing various types of family group conferences. The schemes are marked by conferring decision making away from the courts. The antipodean examples demonstrate a fundamental ideological commitment to welfare and community based policies ⁽²⁷⁾.

The Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999 introduces a radical

⁽²³⁾ C. POLLARD 'Victims and the Criminal Justice System: A New Vision' [2000] *Crim LR* 5.

⁽²⁴⁾ See R. YOUNG and B. GOLD 'Restorative Police Cautioning in Aylesbury - From Degrading to Reintegrative Shaming Ceremonies' [1999] *Crim LR* 126.

⁽²⁵⁾ See e.g., R. GRAEF *Why Restorative Justice? Repairing the harm caused by crime*, Calouste Gulbenkain Foundation, 2001; A Crawford and Newburn *Youth Offending and Restorative Justice: Implementing Reform in Youth Justice*, Cullompton, Devon: Willan, (2003).

⁽²⁶⁾ See J. DIGNAN 'The Crime and Disorder Act and the Prospects for Restorative Justice' [1999] *Crim LR* 48; A. MORRIS and L. GELSTHORPE 'Something Old, Something Borrowed, Something Blue, but Something New? A comment on the prospects for restorative justice under the Crime and Disorder Act 1998' [2000] *Crim LR* 18.

⁽²⁷⁾ J. MUNCIE 'Lessons from Europe' *Howard League Magazine*, November 2001.

approach to ensure effective intervention with first time offenders⁽²⁸⁾. The emphasis with this initiative is on personal responsibility, reparation and the role of the family, friends and other responsible adults in tackling offending behaviour. Under these measures, first time offenders who plead guilty and do not require a custodial sentence are channelled through a referral order to a panel drawn from the community and facilitated by the youth offending team⁽²⁹⁾. Youth offending teams bring together the staff and wider resources of the police, social services, the probation service, education and health, in the delivery of youth justice services, with the scope to involve others, including the voluntary sector. Youth offender panels are made up of one member of the local youth offending team, with at least two members recruited by the youth offending teams from the local community. Recruitment is governed by national standards to ensure that panels are as representative as possible of the local community. This is intended to provide a constructive forum for the young offender to confront the consequences of the crime and agree a programme of meaningful activity to prevent any further offending. The panel look at the causes of the offending behaviour and draw up a contract with the young offender and their parents to tackle these problems. This can include requirements to partake in particular activities and to refrain from other activities which are seen as leading to trouble. The programme always includes an element of reparation and may also involve: participation in activities to tackle the causes of offending, such as family counselling or drug rehabilitation; unpaid work in the community; attendance at school or college; keeping away from specific places; or particular activities.

Offenders appearing for the first time in the youth court are now referred automatically to a youth offender panel (YOP), unless the crime is so serious that it warrants custody, or the court orders an absolute discharge. The court also has discretion to make a referral order where a young offender has pleaded not guilty, but guilty to an associated offence. In common with other youth justice measures introduced under the Crime and Disorder Act - this new disposal tackles youth offending through positive interventions, delivered as we have noted, in accordance with the principles of restorative justice. It seeks to make restoration to the victim, encourages the young person to take responsibility for the consequences of the offending behaviour and achieves reintegration into the law abiding community. To this end, reparation orders are now also available⁽³⁰⁾ to require young offenders to make

⁽²⁸⁾ The nearest Italian equivalent is perhaps 'liberta controllata'. See the Aylesbury Thames Valley pilots which tried out restorative cautioning

⁽²⁹⁾ The referral order is introduced under Part 1 of the Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999.

⁽³⁰⁾ Crime and Disorder Act 1998 section 67 and section 68.

reparation to an individual or the community. These orders apply to offenders from 10 years old upwards and the imposition of such an order will require that some gesture of reparation is made to the victim, or to the community at large. This could range from: writing a letter of apology, direct apology, cleaning graffiti, repairing damage caused, or helping the victim by doing unpaid work.

The legislation recognises the involvement of victims as an important element of YOPs⁽³¹⁾. This offers an opportunity for victims to explain the effect that the crime has had on them. Victims can also help the panel in determining an appropriate form of reparation for the young offender which can then be incorporated as part of the programme of activity. In practice, it is not easy to get victims widely involved in the process⁽³²⁾. The referral orders are available in the youth court (and adult magistrates' court) and last from 3 to 12 months, depending on the seriousness of the crime. Referral orders have become the norm for first time offenders pleading guilty and this is an opportunity to intervene before a pattern of offending is fully established. The youth offending panel will monitor the young offender's compliance with the programme. If, at the end of the referral order period, the programme has been completed successfully, the conviction will be considered spent.

It has been generally accepted that the incidence of juvenile crime can frequently be linked to the way parents have brought up their children. With this in mind the new regime recognises that the parents of offenders have a crucial role to play. They should be helping the young offender to prevent any re-occurrence of the offending behaviour and parents are expected to attend panel meetings of offenders below the age of 16. Instead of the formal atmosphere of the courtroom with legal representatives and strict procedures, these meetings are meant to be more relaxed, with other influential but familiar adults such as parents, school teachers, social workers and police officers often attending.

The restorative justice system is designed to encourage the direct involvement of young offenders and their parents in the process of tackling offending behaviour. But, in addition, the courts have the power to impose parenting orders on the parents of young offenders⁽³³⁾. Parenting orders directed at the parents of children that act in an anti-social way impose control over family life and can require the parent to attend counselling and guidance sessions for up to 3 months. This raises a general question of whether it is right to hold parents directly responsible for what their children do? By punishing the

⁽³¹⁾ See L. ZEDNER 'Victims' in M. Maguire, R. Morgan and R. Reiner *The Oxford Handbook of Criminology*, 3rd ed, Oxford University Press, 2002 at p. 443.

⁽³²⁾ Ibid. Zedner points out that in 2000-2001 less than 7% of panels were attended by victims.

⁽³³⁾ Crime and Disorder Act Section 8 and section 9

parents if they fail to co-operate, the situation for the family may be made worse. In many cases it is unlikely that fines imposed on them will not be paid and any custodial measures will break up the family unit.

Further Measure Introduced by Labour

Local Curfew Schemes have been introduced to protect children under the age of 10 in a particular area from getting into trouble⁽³⁴⁾. A "local child curfew" allows local authorities or the police to ban children from public places between 9pm and 6am. The Act also gives the police powers to take children home or to back to school if truanting. Local authorities may apply to the Home Office to establish a local scheme. The local curfew may form part of local crime and disorder strategy required under section 6 of the Act. The upper age limit of children who may be the subject of a local child curfew has since been raised to 15⁽³⁵⁾. Schemes of electronic monitoring or "tagging" are available as a means of enforcement. Overall these measures have the effect of imposing severe restrictions on the freedom of those children subjected to it.

The theme of dealing with crime in the community is also evident with the introduction of Anti-Social Behaviour Orders (ASBO), but this approach does not fit comfortably with the welfare model. This initiative has been a widely publicised response to the genuine distress associated with nuisance neighbours, mainly to be found in the most deprived inner city areas. In practice, there have been serious concerns about whether ASBOs have been effective⁽³⁶⁾ and also concerns about whether exposure to a form of public humiliation is an appropriate policy adopt. Moreover, the take up so far has been disappointing. It was predicted that as many as 5000 a year of these orders would be made but, in practice, only about 500 ASBO's have been issued. It has been shown that 58% of orders have been issued against under 18's. These orders give power to local authorities, police authorities to deal with anti-social neighbours. The ASBO is designed to deal with serious, but not necessarily criminal, anti-social behaviour by those aged 10 and above. This is defined as a matter that caused or was likely to cause harassment, alarm or distress to one or more persons not of that household, but this is not strictly a legal definition and

⁽³⁴⁾ Sections 48 and 49 of the Criminal Justice and Police Act 2001 raises the upper age limit of children who may be the subject of a local child curfew to 15 and also allows the police as well as local authorities to apply to the Home Office for a local curfew scheme.

⁽³⁵⁾ Criminal Justice and Police Act 2001 section 48 and section 49.

⁽³⁶⁾ E. BURNEY 'The ASBO - a populist flop' *Howard League Magazine*, December 2000 p. 16.

tends to be subjective. It works by naming and shaming the offender and it leads to the normal anonymity enjoyed by any children involved being lost. The ASBO is an awkward combination of civil and criminal elements. The order is regarded as civil, but it is obtained in the magistrates court which primarily has a criminal jurisdiction. An ASBO can be granted without the person concerned being represented. The breach of an order is a criminal offence punishable with up to a 5 year custodial sentence. One reason for the relatively light use of this measure is that there has been a requirement for multi-agency consultation prior to the imposition of an ASBO. The Police Reform Act 2002 has relaxed this requirement and allows the consultation process to be by-passed. This may well lead to their more frequent use of ASBOs.

A punitive approach remains available to deal with persistent offenders. For example, there are Intense Supervision and Surveillance programmes which form part of a new style of supervision order (i.e. probation) and allow a community based response which involves applying measures to deal with the offending behaviour and intensive monitoring of the offender's movements. Another option are Action Plan Orders. These are intended as "a short but intensive individually tailored responses to offending behaviour, so that the causes of the offending as well as the offending itself can be addressed". This is regarded as a community form of short, sharp, shock which can last for up to 3 months under the supervision of a probation officer or youth worker. But if the young offender is unwilling to agree to a programme of activity, or fails to comply with it, he or she will be sent back to court for a new sentence to be given. As stated above, these measure in reality amount to a re-packaged form of supervision order or probation. If the court considers that a community sentence is not adequate to deal with persistent offenders the option is retained of imposing a detention and training order which results in the offender being sent to a young offender institution. In addition, many young offenders are sentenced to youth custody because of the seriousness of the offence that they have committed.

Despite the availability of so many alternatives record numbers of juveniles are currently being sent to closed institutions although the very expensive and also ineffective boot camps have been dropped. In response to juvenile crime, it should be noted that the UK courts send nearly twice as many young offenders to closed institutions than other comparable European countries. The number of young males under 21 in custody rose from 5,319 in 1994 to 8,344 in 1999. In March 2003 the number in closed institutions had soared again to 10,497⁽³⁷⁾. In the last ten years, the statistics indicate that the incidence of reported juvenile crime has been falling. Less

(37) <http://www.homeoffice.gov.uk/yousys/youth.htm>

individual offenders are being convicted⁽³⁸⁾ but, nevertheless a relatively high proportion of all offences are committed by juveniles. For example, in 1999 41% of those found guilty or cautioned were under 21. According to the Association of Chief Police Officers, ACPO, this is because of a core of persistent offenders who are responsible for committing many offences. Juvenile convictions are not generally for the most serious offences. In digesting the statistics it is important to recognise that there are fewer juveniles of offending age due to falling birth rates.

Conclusion

At the outset of our discussion it was suggested that policies for addressing juvenile crime could be usefully analysed by noting a tension between a justice model on the one hand, and a welfare model on the other. How then might these new approaches be viewed? It seems that there are somewhat mixed messages that are conveyed by these policies. An important point to stress is that the overriding objective of the present government is one of deterrence. The stated aim is to prevent offending and to prevent re-offending⁽³⁹⁾. So that it is significant that the language that has been adopted conforms much more closely to the rhetoric of crime and punishment. For example, in place of Youth Justice Teams there are now Youth Offending Teams and Youth Offending Panels. In place of welfare there are a number of correctional responses involving programmes of intervention. Further, cautioning is replaced by warnings. The threat of strong intervention, and, if necessary, punishment is used to deter potential offenders and also to make parents more responsible for controlling their children. However, it would appear that rehabilitation and re-integration of the offender into the community is the fundamental concern of the community based attempts to tackle youth crime. We have seen that rapid intervention at an early stage by adopting a more concentrated multi-agency approach involving parents, victims, social workers, teachers, health professionals and the police has been employed to provide direction and support for those young people on the margins of offending. Referral orders contain strong rehabilitative elements. The contract between the YOP and the offender seeks to address specific problems by treating them appropriately. Nevertheless, there is also a punitive dimension since offenders are confronted with the consequences of what they have done. In addition, we have noted that the courts have been given enhanced

⁽³⁸⁾ T. NEWBURN *Crime and Criminal Justice Policy*, London, Longman, 1995, p. 28.

⁽³⁹⁾ Crime and Disorder Act 1998 section 37.

powers to address offending and anti-social behaviour in the community. There are some indications that early intervention combined with these other measures are having a positive impact on re-offending rates⁽⁴⁰⁾. On the other hand, around 76% of offenders are reconvicted within two years of release from young offender institutions. Given the improvement in the performance of community based measures, it is surprising that the courts still choose to send so many young people to custody, and indeed that they retain the power to do so. The work to support vulnerable families, the increased use of mentoring in schools, intensive supervision and surveillance schemes introduced by the Youth Justice Board, would all appear to have far more potential to succeed and at much lower cost to the taxpayer.

ABSTRACT

This paper begins by examining approaches to sentencing and penal policy of successive governments. The particular focus is on the developing responses to the problems of youth offending. It is proposed that the measures that have been adopted can be understood in relation to two contrasting models of crime and punishment. On the one hand, there has been a welfare model, placing emphasis upon re-habilitative measures generally non-custodial measures, such as probation and cautions. On the other, there has been a justice model which places a much heavier emphasis on punishment and containment, mainly through the imposition of custodial sentences. The second part of the paper is concerned with assessing the impact of what is termed "restorative justice". Youth Offending Teams were introduced under the Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999 as an innovatory strategy, based on a multi-agency approach, to break the cycle of offending by young people. This initiative originated from ideas developed in Australia and New Zealand and is in the process of being integrated into the domestic criminal justice system.

Il presente lavoro analizza innanzitutto le linee guida delle politiche sanzionatorie e criminali dei governi (britannici, n.d.t.) che si sono succeduti nel tempo. Particolare attenzione è dedicata all'evoluzione delle risposte al problema della delinquenza giovanile. L'Autore sostiene che le misure adottate siano riconducibili a due opposti paradigmi concernenti il reato e la risposta punitiva. Da un lato, il "welfare-model", sulla base del quale sono state valorizzate le misure riabilitative di natura non custodiale, come ad esempio il "probation" (misura sospensiva della pena, in genere subordinata al rispetto di determinati obblighi e divieti, n.d.t.) e le "cautions" (diffide, ammonimenti, n.d.t.). Dall'altro lato un diverso modello giustiziale, incentrato maggiormente sulla punizione e sulla neutralizzazione, in primo luogo per mezzo delle misure custodiali. La seconda parte del lavoro si

⁽⁴⁰⁾ See P. RAYNOR 'Community Penalties, Probation, Punishment, and "What Works"' in M. Maguire, R. Morgan and R. Reiner *The Oxford Handbook of Criminology*, 3rd ed, Oxford University Press, 2002 at 1186ff.

concentra invece sull'analisi delle conseguenze della cosiddetta "restorative justice". Gli "Youth Offending Teams" sono stati introdotti con lo Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999, in qualità di strategie innovative, fondate su interventi diversificati e variegati, finalizzati ad interrompere il circolo vizioso che alimenta la delinquenza giovanile. Tale iniziativa ha tratto spunto da idee sviluppatesi in Australia e in Nuova Zelanda, ed è ora in via di progressiva introduzione nell'ambito dell'ordinamento britannico.

GUIDO CASAROLI

STEP BY STEP VERSO UNA NUOVA PROSPETTIVA DI TUTELA DELLA VITTIMA DEL REATO

SOMMARIO: 1. Il progetto di legge-quadro per l'assistenza alle vittime. — 2. La tutela della vittima nell'ordinamento vigente: i "Fondi di solidarietà" previsti dalle norme di settore. — 3. La tutela delle vittime nei reati di tratta. — 4. Le normative regionali. — 5. La persona offesa dal reato nel sistema processuale. — 6. Il ruolo della vittima del reato nella recente normativa sul giudice di pace.

1. Il progetto di legge-quadro per l'assistenza alle vittime.

"Qu'est ce que la victime?": dopo quasi mezzo secolo, possiamo oggi riformulare l'interrogativo con cui Mendelsohn apriva un celeberrimo e pionieristico saggio sulla vittimologia.

Anche se, in questo lungo lasso di tempo, gli studi non sono mancati e la produzione legislativa è stata significativa, il "pianeta vittima" rimane ancora in parte sconosciuto e la sua esigenza di tutela "mis"-conosciuta.

Non esiste, attualmente, in Italia, una normativa globale dedicata alla vittima del reato, ai suoi bisogni e alle sue aspettative di protezione. *De iure condendo*, è stato elaborato ed è in discussione il disegno di legge n. 2464, presentato al Senato il 1° agosto 2003, per una "Legge-quadro per l'assistenza, il sostegno e la tutela di vittime dei reati".

Si tratta di un progetto di legge di estrema importanza che, se approvato, andrebbe a colmare una lacuna "secolare" dell'ordinamento italiano. Esso, peraltro, è noto soltanto agli "addetti ai lavori", mentre gli organi di stampa e gli altri mezzi di comunicazione dedicano, periodicamente, intere pagine ed ampi servizi per aggiornare l'opinione pubblica sulle ricorrenti proposte e continue discussioni di condoni, indulti, amnistie e grazie a favore degli autori di reati. Anche questo è il significativo sintomo del diverso grado d'interesse che — a tutti i livelli — suscitano, da un lato, gli autori, dall'altro, le vittime dei reati.

Sembra, comunque, che, questa volta, sussista la “volontà politica” di adeguare l’Italia alle indicazioni emerse in sede europea con l’adozione della *Decisione quadro* del Consiglio dell’Unione Europea del 15 marzo 2001 (Dec. 2001/220/ GAI). Il nostro Paese si dimostra, in questa occasione, più sensibile alle istanze vittimologiche espresse in sede comunitaria di quanto lo sia stato con riguardo alla Convenzione europea n. 116 del 1983, sulla riparazione pubblica alle vittime dei reati violenti, che l’Italia (a differenza della Francia, della Germania, della Danimarca, dei Paesi Bassi e di altri Stati) non ha ancora — dopo più di vent’anni — ratificato.

Nell’auspicabile e ragionevole prospettiva di una sua definitiva conversione, è quindi opportuno analizzare i contenuti del disegno di legge n. 2464 del Senato. Esso si muove in una triplice direzione, così da garantire alla persona offesa dal reato: *a*) un’informazione il più possibile piena e puntuale dei diritti che le spettano, sia in sede giudiziaria che in sede amministrativa, predisponendo e allestendo appositi servizi e organismi; *b*) un ampliamento delle sue facoltà all’interno del processo penale, riconoscendole la possibilità di una più attiva partecipazione all’*iter* dell’intera vicenda giudiziaria; *c*) un’assistenza di natura economica in grado di alleviare i disagi, nel caso in cui l’autore di determinati reati non sia stato identificato ovvero sussistano ragioni che rendano indispensabile, in assenza di altre fonti, un contributo dello Stato al ristoro finanziario della vittima

In particolare, il primo problema che la proposta di legge affronta e risolve è quello della identificazione dei destinatari della disciplina, stante la non unitarietà e univocità del concetto di “*vittima del reato*”. Rispetto alla concezione classica della vittima, identificata *tout court* con la “persona offesa dal reato”, titolare del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice, si è ritenuto più opportuno — considerati gli obiettivi — accogliere una nozione ampia e più estesa, coincidente tendenzialmente con la figura della *persona danneggiata dal reato*, incentrata sul riferimento alla titolarità di un interesse patrimoniale o non patrimoniale pregiudicato, in via diretta e immediata, dall’azione criminosa. Vengono utilizzati, a questo proposito, parametri interpretativi già esistenti, come la nozione di “*prossimi congiunti*” (v. artt. 90 e 307 del codice di procedura penale) e quella fondata sulla convivenza *more uxorio* e sul vincolo di adozione.

All’art. 1 è, dunque, stabilito che le disposizioni della legge si applicano alle *vittime di tutti i reati* commessi nel territorio dello Stato, cittadini e stranieri. Si precisa poi che per “vittima” si intende la persona offesa dal reato e, quando questa sia deceduta in conseguenza del reato, i suoi prossimi congiunti, chi è legato alla persona offesa dal vincolo di adozione e chi, pur non essendo suo coniuge, come tale conviveva stabilmente con essa.

Oltre ad accogliere una nozione ampia di vittima, viene anche estesa la tutela alle vittime di *tutti i reati*, e non più soltanto, come avviene finora, alle vittime di particolari e determinate categorie di reati.

All’art. 2 vengono fatte salve, se più favorevoli, le disposizioni già emanate

nei confronti delle cosiddette “vittime a tutela rafforzata” (terrorismo, criminalità organizzata, usura, *etc.*).

L'art. 3 enuncia gli “obiettivi” della legge, affermando che lo Stato, le regioni e le autonomie locali promuovono, organizzano e curano l'assistenza, pronta e gratuita, delle vittime di tutti i reati, garantendo le informazioni indicate nel successivo art. 4 e fornendo loro, a seconda del reato subito, il necessario sostegno psicologico, morale, sanitario, legale e finanziario, attuato da personale specializzato, attrezzato e sensibilizzato ai relativi problemi. In relazione al perseguimento di tali obiettivi, lo Stato e gli altri enti su indicati devono promuovere e sviluppare servizi pubblici di assistenza, favorire l'attività delle organizzazioni di volontariato, coordinandola con quella dei servizi pubblici, e incentivare sistemi assicurativi adeguati a favore delle vittime. Lo Stato, in particolare, garantisce la protezione della sicurezza personale e della *privacy*; assicura l'assistenza giudiziaria gratuita nelle forme del patrocinio a spese dello Stato previsto per i non abbienti; predispone procedure giudiziarie ed extragiudiziarie per consentire entro tempi ragionevoli la riparazione del danno patrimoniale o non patrimoniale cagionato dal reato; incoraggia, prima o durante il processo penale, procedure di mediazione e di conciliazione tra la vittima e l'autore del reato, in particolare, per i reati commessi da minorenni e, in generale, per tutti i reati in relazione ai quali tali procedure si rivelino idonee alla concreta tutela degli interessi della vittima.

Emerge, quindi, in maniera evidente che, a differenza di quanto avviene con le norme “settoriali” e parziali attualmente vigenti, il progetto di legge n. 2464/2003 mira a garantire una protezione “totale” che, facendo comunque salvi i diritti connessi ai *regimi speciali* per determinati tipi di vittime, è diretta alle vittime di *qualsunque reato*, cui si vorrebbero fornire sostegno e assistenza “globali”.

Un aspetto significativo del progetto è quello che concerne il riconoscimento di un vero e proprio *diritto di informazione* (art. 4), attualmente garantito, nell'ambito processuale, solo all'indagato-imputato. Questo sistema di informazione riguarda: *a*) i tempi, i modi, i luoghi relativi alla presentazione della denuncia o della querela; *b*) le forme di assistenza che la vittima può ricevere e gli organismi ai quali può rivolgersi per ottenerle, nonché le modalità di risarcimento dei danni patrimoniali o non patrimoniali; *c*) le misure poste a protezione della vita privata, della incolumità fisica propria e dei familiari, e le condizioni per ottenerle; *d*) i risultati delle indagini, quando se ne faccia espressa richiesta e ciò non pregiudichi la corretta prosecuzione delle indagini stesse.

Inoltre, la persona offesa dal reato residente in un altro Stato acquista il diritto di sporgere denuncia dinanzi alle autorità competenti dello Stato di residenza che, se non ritiene di dover esercitare la propria competenza, la trasmette senza ritardo all'autorità giudiziaria italiana competente per territorio. La vittima residente in uno Stato-membro dell'Unione Europea

può chiedere che le sue indicazioni siano raccolte mediante video-conferenza o tele-conferenza.

I soggetti destinati a fornire le informazioni sono la polizia giudiziaria e lo “Sportello per le vittime dei reati” che viene istituito, ai sensi dell’art. 10, presso ogni ufficio territoriale del Governo (Prefettura). Tale Sportello, oltre a fornire le informazioni suddette, coordina le attività delle Istituzioni pubbliche e private operanti in materia nel territorio, fornisce i dati relativi alle necessità delle vittime e ai tassi di vittimizzazione, trasmette all’apposito Comitato le domande di accesso al Fondo di assistenza alle vittime.

L’art. 5 è suddiviso in sedici punti, attraverso i quali viene introdotta un’ampia serie di modifiche a norme del codice di procedura penale, al fine di consentire alla persona offesa dal reato l’esercizio dei poteri necessari alla tutela dei suoi interessi in tutte le fasi processuali, indipendentemente dalla costituzione in giudizio come parte civile. Vengono attribuiti poteri d’impulso, di stimolo, di collaborazione e controllo degli atti che possono rivestire interesse per la vittima.

Così, fra l’altro, per garantire una piena informazione, si dispone la notifica dell’avviso del deposito delle ordinanze in tema di misure cautelari anche al difensore della persona offesa, oltre che dell’imputato (revisione del terzo comma dell’art. 293 cod. proc. pen.). Modificando gli artt. 392, 393, 396, 397 e abrogando l’art. 394, viene estesa alla persona offesa la possibilità di richiedere l’incidente probatorio. Nel caso di richiesta di archiviazione avanzata dal pubblico ministero per l’infondatezza della notizia di reato *ex art. 408 cod. proc. pen.*, il termine entro il quale la persona offesa può prendere visione degli atti e presentare opposizione è esteso da dieci a venti giorni. Secondo la nuova versione dell’art. 415-*bis*, comma 1, la conclusione delle indagini preliminari è notificata alla persona sottoposta alle indagini, alla persona offesa e ai loro difensori. Mediante la modifica degli artt. 548, comma 3 e 666, comma 3, viene introdotto l’obbligo di altre comunicazioni di atti processuali: l’avviso del deposito della sentenza e quello della fissazione dell’udienza per il procedimento in cui si debba decidere sulla concessione o sulla revoca della liberazione condizionale al condannato.

Come si conviene alla *ratio* e alla natura di una “legge-quadro”, il progetto legislativo, superando la prospettiva “settoriale” oggi vigente, prevede la istituzione, presso il Ministero della giustizia, di un Fondo “generale” di assistenza alle vittime dei reati, incaricato di corrispondere in via equitativa — e nei limiti delle risorse finanziarie disponibili — elargizioni pecuniarie destinate a coprire la perdita di entrate, le spese mediche e ospedaliere, le spese funerarie e, per le persone a carico della vittima, la perdita degli alimenti. L’elargizione è erogata indipendentemente dalle condizioni economiche e dall’età della persona offesa ed è corrisposta entro il limite massimo di 1.500.000 euro.

Il Fondo è alimentato, anzitutto, da un contributo fisso dello Stato e, fra l’altro, dagli introiti derivanti dall’irrogazione della pena pecuniaria della

multa e dalle somme provenienti da azioni di rivalsa del Fondo stesso nei confronti degli autori dei reati.

Le decisioni sulle richieste di elargizione da parte del Fondo vengono assunte da un Comitato (il "Comitato per l'assistenza e il sostegno alle vittime dei reati") costituito presso il Ministero della giustizia e composto da rappresentanti ministeriali, da docenti universitari, da esperti designati da diverse categorie e da membri delle varie associazioni esistenti e operanti in favore delle vittime.

A conferma del "salto di qualità" nella considerazione sociale e istituzionale dello "stato" e della "condizione" di vittima, l'art. 11 del disegno di legge prevede anche un'iniziativa meramente simbolica, ma di grande significato: la istituzione di una "giornata della memoria" delle vittime dei reati che hanno destato maggior allarme sociale, da celebrare nelle scuole di ogni ordine e grado il 12 dicembre di ogni anno.

La proposta di legge-quadro rappresenta, dunque, un importante e innovativo tentativo di allineare l'ordinamento italiano agli schemi e ai parametri adottati da altri Paesi, sulla base delle indicazioni di plurime Convenzioni, Raccomandazioni e Direttive europee. Accanto agli indubbi e molteplici pregi, il progetto presenta però anche qualche "pecca" e, soprattutto, una grave contraddizione, che si risolve anche in un evidente limite al suo ambito d'applicazione. Dopo avere solennemente e "ambiziosamente" enunciato, all'art. 1, che le disposizioni della legge si applicano alle vittime "di tutti i reati commessi sul territorio dello Stato", al successivo art. 8 il diritto di accedere al Fondo per ottenere le "elargizioni" previste viene riconosciuto soltanto alle vittime di un ben definito e — tutto sommato — *assai ristretto catalogo* di reati. Si tratta di reati a base violenta ed estremamente gravi, come il sequestro di persona a scopo di terrorismo, eversione ed estorsione, la strage, l'omicidio volontario e preterintenzionale, la lesioni personali gravissime, la violenza sessuale.

A parte la intrinseca contraddizione, appare evidente anche la "arbitrarietà" della scelta legislativa: come negare, infatti, che altri reati, ad esempio la rapina, possano cagionare alla vittima sensibili danni patrimoniali, psicologici ed esistenziali? La valutazione e l'opzione del (futuro) legislatore trovano una sensibile e realistica spiegazione unicamente nel riscontro della limitatezza delle risorse finanziarie disponibili.

Un altro rilievo critico che può essere mosso al progetto concerne il criterio-limite della *territorialità*: l'art. 1 — come già ricordato — riserva l'applicazione della legge alle vittime dei reati commessi *nel territorio* dello Stato. Se questa limitazione possiede una sua indubbia *ratio* politico-criminale, non può però tacersi che lo stesso principio di territorialità, adottato dal codice penale per determinare i "limiti spaziali" all'applicabilità della legge penale italiana, soffre di numerose e assai rilevanti eccezioni quando si tratta di estendere oltre i confini nazionali la pretesa punitiva dello Stato (si vedano gli artt. 7 e seguenti cod. pen.). Nessuna deroga, invece, è

ammessa dal progetto *de quo* nel riconoscere benefici alle vittime: evidentemente, lo Stato non è disposto a concessioni economiche quando la “responsabilità” della vittimizzazione di un suo cittadino ricada su di uno Stato straniero (anche se quest’ultimo non attui un sistema di riparazione pubblica per le vittime del reato).

Anche i *tempi* previsti per ottenere l’assistenza appaiono eccessivamente *lunghi*, considerando che la *richiesta* al Fondo deve essere presentata — in via ordinaria — entro un anno dalla data del deposito della sentenza irrevocabile di condanna ed è, quindi, subordinata alla *chiusura definitiva* del procedimento penale. Infine, anche dal punto di vista “semantico” può rilevarsi un *deficit* del disegno di legge n. 2464/2003: il persistente utilizzo del termine “*elargizione*”, per indicare la concessione del sostegno economico alla vittima. Questo è un segno linguistico che mette in luce la propensione del legislatore a considerare l’aiuto alla vittima nell’ottica della “beneficenza”, della concessione “graziosa” e paternalistica, affidata alla magnanimità dello Stato, piuttosto che concepirlo nella giusta prospettiva di un vero e proprio *diritto della vittima* e di un *ineludibile dovere per lo Stato*.

Nonostante i suddetti rilievi critici, il progetto, se tradotto in legge, segnerebbe comunque una reale “svolta storica” nel sistema della giustizia penale italiana. Va, però, detto che, se sull’*an* della sua approvazione si possono nutrire ragionevoli aspettative, sul *quando* qualunque previsione sarebbe un azzardo, apparendo — al momento attuale — “utopico” il rispetto dell’ormai prossimo termine (fissato in sede europea) del 22 marzo 2004, dopo l’ampio superamento del precedente termine del 22 marzo 2002.

2. La tutela della vittima nel diritto vigente: i “Fondi di solidarietà” previsti dalle normative di settore.

De iure condito, la situazione italiana, pur evidenziando la carenza di un esaustivo sistema generale di sostegno e assistenza alla vittima del reato, denota comunque un atteggiamento del legislatore certamente non indifferente alle esigenze di tutela della vittima, o almeno di determinate categorie di vittime. Questa “sensibilità” legislativa si è venuta manifestando, a dire il vero, soltanto negli ultimi venti-venticinque anni e si è intensificata progressivamente nel corso del tempo.

“Pionieristico” è stato l’intervento normativo a favore delle vittime della circolazione stradale, che ha istituito, con la legge 24 dicembre 1969, n. 990, un “Fondo di solidarietà”. Nel 1980, un Fondo analogo è stato previsto, dalla legge 13 agosto, n. 466, al fine di concedere “Speciali elargizioni a favore di categorie di dipendenti pubblici e di cittadini vittime del dovere o di azioni terroristiche”. È, comunque, a partire dagli anni Novanta del ’900 che si intensifica in maniera notevole la produzione legislativa di carattere “vittimologico”.

Si registra, così, una serie di leggi che dispongono particolari forme di protezione e sostegno per le vittime del *terrorismo* e della *criminalità organizzata*: la legge 20 ottobre 1990, n. 302 (“Norme a favore delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata”), la legge 23 novembre 1998, n. 407 (“Nuove norme a favore delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata”) e il successivo d.P.R. 28 luglio 1999, n. 510. In questo stesso contesto si segnalano ancora, nel corso di questi primi anni del 2000, il d.P.R. 28 maggio 2001, n. 284 e, da ultimo, la recente legge 2 aprile 2003, n. 56 (“Disposizioni urgenti in favore delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata”).

Specificando ulteriormente l’ambito di intervento e, quindi, le categorie di vittime oggetto di tutela, diverse leggi dispongono previdenze per le vittime dei reati di *estorsione* e di *usura*. In tal senso, provvedono la legge 18 febbraio 1992, n. 172 (“Istituzione del Fondo di sostegno per le vittime di richieste estorsive”), la legge 18 novembre 1993, n. 468 (“Misure urgenti a sostegno delle vittime di richieste estorsive”), la legge 7 marzo 1996, n. 108 (“Disposizioni in materia di usura”), il d.P.R. 29 gennaio 1997, n. 51, la legge 23 febbraio 1999, n. 44 (“Disposizioni concernenti il Fondo di solidarietà per le vittime delle richieste estorsive e dell’usura”) e il relativo d.P.R. 2 luglio 2002, n. 239. Analogamente, con la legge 22 dicembre 1999, n. 512, viene prevista la “Istituzione di un Fondo di rotazione per la solidarietà alle vittime dei *reati di tipo mafioso*”, cui si dà attuazione con il successivo d.P.R. 28 maggio 2001, n. 284.

Ancora più settorializzato, potremmo dire “casistico”, è un intervento legislativo in favore di vittime “nominative” di singoli, specifici reati, commessi da autori determinati: si tratta della legge 31 marzo 1998, n. 70, che prevede “Benefici per le vittime della cosiddetta ‘banda della Uno bianca’”.

Esaminando la *ratio* e la dinamica degli interventi in favore delle vittime previsti dalle suddette leggi, si riscontra, anzitutto, che alla base della legge 990/1969 vi è, per la prima volta, l’idea della necessità di un intervento sociale rivolto ad alleviare il disagio economico di coloro che vengono colpiti dalle conseguenze di un fatto accidentale (che, peraltro, statisticamente conosce un incremento esponenziale). Pertanto, l’art. 19 prevede la istituzione, presso l’I.N.A., del “Fondo di garanzia per le vittime della strada”, alimentato da contributi obbligatori delle imprese assicuratrici operanti nel settore della responsabilità civile automobilistica.

Il risarcimento da parte del Fondo viene erogato se ricorre una delle seguenti condizioni: 1) il sinistro sia stato cagionato da veicolo o natante non identificato; 2) il veicolo o natante non risulti coperto da assicurazione; 3) il veicolo o natante risulti assicurato presso un’impresa che, al momento del sinistro, si trovi in stato di liquidazione coatta. Agli aventi diritto i quali, a causa del sinistro, vengano a trovarsi in stato di bisogno, l’art. 24 l. 990/1969 riconosce la possibilità di richiedere, nel corso del giudizio di primo grado, che sia loro assegnata, in via provvisoria, una somma da imputarsi nella liquidazione definitiva del danno.

La prima, significativa legge statale che dispone in favore delle vittime da reato *stricto sensu* è comunque — come detto — la n. 466 del 1980.

Il tratto peculiare di tale legge, rispetto ai precedenti interventi legislativi nel settore, è che, per la prima volta, oltre alle “vittime del dovere” (appartenenti alle forze dell’ordine e alla magistratura), uniche beneficiarie sino ad allora della pubblica elargizione (v. le leggi n. 101/1967, 629/1973, 624/1978), la elargizione in oggetto viene concessa anche al cittadino *quidam de populo* che, per effetto di ferite o lesioni in conseguenza di azioni terroristiche, subisca una invalidità permanente della capacità lavorativa. La speciale elargizione viene elevata rispetto al passato, sino all’ammontare di cento milioni di lire. La stessa somma è corrisposta ai familiari dei cittadini che perdano la vita in conseguenza di azioni terroristiche.

La successiva legge 4 dicembre 1981, n. 270 ha ampliato la cerchia dei beneficiari dell’elargizione, estendendola agli stranieri e agli apolidi, vittime, nel territorio dello Stato, di azioni terroristiche, nonché alle loro famiglie.

Pur restando sempre “confinata” entro una logica strettamente settoriale ed una *ratio* essenzialmente *assistenzialistica*, che porta a concepirla in termini di generica *elargizione forfettaria* (connessa al rigoroso requisito della estrema gravità delle conseguenze del reato), la riparazione pubblica alle vittime del reato riceve nuovo impulso per effetto della legge 20 ottobre 1990, n. 302. Quest’ultima, infatti, estende l’intervento anche al settore delle vittime della *criminalità organizzata*, identificata nelle associazioni di cui all’art. 416 *bis* c.p., allarga l’ambito dei possibili beneficiari a “chiunque” (senza distinzione tra soggetti pubblici o privati, cittadini o stranieri), riduce la gravità delle conseguenze del reato che condizionano la concessione del beneficio (individuandola nell’invalidità permanente non inferiore ad *un quarto* della capacità lavorativa), aumenta l’importo massimo della elargizione (elevantola a centocinquanta milioni di lire).

Il procedimento per la corresponsione dei benefici è attivato a domanda dell’interessato, da presentarsi entro il termine di decadenza di due anni dalla data dell’evento lesivo o del decesso. Si procede d’ufficio nel caso di dipendente pubblico vittima del dovere. I familiari della vittima, destinatari in tutto o in parte della elargizione, possono optare per un assegno vitalizio personale.

Le elargizioni e gli assegni vitalizi sono erogati indipendentemente dalle condizioni economiche e dall’età del soggetto leso o dei soggetti beneficiari, e dal diritto al risarcimento spettante nei confronti dei responsabili dei fatti delittuosi. Tuttavia, se il beneficiario ha già ottenuto il risarcimento del danno, il relativo importo si detrae dall’entità dell’elargizione. Qualora il risarcimento non sia stato ancora conseguito, la Stato è surrogato nel diritto del beneficiario verso i responsabili.

Infine, il coniuge superstite, i figli e i genitori dei soggetti deceduti o resi permanentemente invalidi in misura non inferiore all’80% della capacità lavorativa hanno, ciascuno, diritto di assunzione presso le pubbliche amministrazioni, gli enti pubblici o le aziende private.

Senza uscire dall'angusta dimensione settoriale e assistenzialistica che sin dalle origini la caratterizza, l'attività dello Stato in favore delle vittime si implementa ulteriormente con la legge 23 novembre 1998, n. 407. Anzitutto, e soprattutto, la elargizione viene concessa a prescindere dalla compromissione percentuale della capacità lavorativa, conseguente all'invalidità permanente da reato. Qualora tale compromissione (sempre nella misura di almeno un quarto) si sia verificata, ai soggetti che l'hanno subita nonché ai superstiti delle vittime è concesso, *oltre* alla elargizione forfettaria prevista, un assegno vitalizio, non reversibile, di 500.000 lire mensili, soggetto a perequazione automatica ed esente dall'imposta sul reddito delle persone fisiche.

Alla vittima del reato, nonché al coniuge, ai figli superstiti ovvero ai fratelli conviventi e a carico, qualora siano gli unici superstiti, viene riconosciuto il diritto al collocamento obbligatorio, con precedenza rispetto ad ogni altra categoria e con preferenza a parità di titoli. Inoltre, in caso di decesso della vittima, ai superstiti aventi diritto alla pensione di reversibilità sono attribuite due annualità del suddetto trattamento pensionistico.

Quanto al procedimento per l'ottenimento dei benefici, si abolisce la distinzione tra iniziativa "di parte" ed *ex officio*, disponendo, in via generale, che nei casi previsti gli interessati devono presentare apposita domanda, senza l'indicazione di alcun termine di decadenza.

Infine, a ribadire il carattere forfettario dell'intervento riparatorio e il persistente misconoscimento da parte dello Stato di un vero e proprio diritto al risarcimento del danno subito dalla vittima del reato, si statuisce espressamente che l'assegno vitalizio concesso "*ha natura di indennizzo*".

Il quadro di riferimento "ideologico" e contenutistico non muta nelle sue linee di fondo con l'entrata in vigore della recente legge 2 aprile 2003, n. 56 (che ha convertito il decreto legge 4 febbraio 2003, n. 13), limitandosi quest'ultima ad apportarvi qualche ulteriore ritocco "*in bonam partem*" per la vittima. Modificando l'art. 7, comma 3, l. 302/1990, viene così previsto che l'importo della *provisionale*, elargibile in assenza di sentenza, ove si giunga comunque a decisione positiva per il conferimento dei benefici, sia elevato dalla originaria misura del 20% sino al limite del 90% dell'ammontare complessivo dell'elargizione riconosciuta.

Analogamente, inserendo il comma 1-*bis* nell'art. 2 l. 407/1998, si prevede che l'assegno vitalizio di cui al comma 1 venga corrisposto anche in assenza di sentenza, qualora i presupposti per la concessione siano di chiara evidenza, risultando univocamente e concordemente dalle informazioni acquisite e dalle indagini eseguite la natura terroristica o eversiva dell'azione, ovvero la sua connotazione di fatto ascrivibile alla criminalità organizzata, nonché il nesso di causalità tra l'azione stessa e l'evento invalidante o mortale. Viene, infine, estesa la possibilità di fruire delle borse di studio di cui all'art 4 l. 407/1998 alla scuola elementare e secondaria inferiore.

Si può dire, in conclusione, che la tutela apprestata alle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata, da 1980 ad oggi, si è venuta attuando

per cerchi concentrici o per sedimentazione progressiva, da un punto o da una base che costituisce l'*input* e la *ratio* di fondo costante nel tempo.

Sempre nella logica di “provvedimenti-tampone” nei settori della criminalità più “devastante” per gli effetti gravi e diffusi delle conseguenze del reato per la vittima, il decreto-legge 31 dicembre 1991, n. 419 (convertito con modifiche nella legge 18 febbraio 1992, n. 172) prevede la istituzione di un Fondo di sostegno per le vittime di richieste estorsive (oltre a disporre, a vario titolo, inasprimenti di pena per il delitto di estorsione). Nella solita e un po' ambigua prospettiva solidaristico-assistenzialistica, e senza mai — rigorosamente — utilizzare i “compromettenti” termini “danno” e “risarcimento”, all'art. 1 si prevede che, a titolo di contributo per il *ristoro* del pregiudizio subito è corrisposta la *elargizione* di una somma di denaro in favore di chi, esercitando un'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o comunque economica, ovvero una libera arte o professione, ed avendo opposto un rifiuto a richiesta di natura estorsiva, o, comunque, non avendovi aderito, patisce nel territorio dello Stato un danno a beni mobili o immobili in conseguenza di fatti delittuosi commessi, anche al di fuori di un vincolo associativo, per il perseguimento delle finalità di cui all'art. 416-*bis* del codice penale. Come già in parte si evince e, comunque, successivamente si precisa, la elargizione è corrisposta a condizione che:

a) si tratti di danno provocato allo scopo di costringere la vittima a non opporre un rifiuto a richiesta di natura estorsiva o a recedere dal rifiuto opposto a tali richieste, ovvero si tratti di danno comunque causato per finalità di ritorsione conseguente al rifiuto;

b) il rifiuto suddetto o, comunque, la mancata adesione alle richieste estorsive permangano anche in epoca successiva alla presentazione della domanda di richiesta della elargizione;

c) la vittima non abbia concorso nel fatto delittuoso ovvero in reati con questo connessi;

d) la vittima, al tempo dell'evento e successivamente, non risulti sottoposta a misura di prevenzione, ai sensi delle leggi n. 1423/1956 e n. 575/1965 o, comunque, quando non ricorra tale condizione, la vittima fornisca un rilevante contributo all'autorità di polizia o all'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori del reato da cui è derivato il danno o di reati connessi;

e) il danno patrimoniale superi, per ammontare, quello eventualmente coperto da polizza assicurativa;

f) il delitto sia stato denunciato all'autorità giudiziaria senza ritardo e con l'esposizione di tutti i particolari di cui si abbia conoscenza.

Il sostegno alla vittima si caratterizza, in questo caso, per alcune note particolari. Intanto, il carattere notevolmente “selettivo” dell'intervento, essenzialmente a favore di soggetti passivi determinati di uno specifico delitto. Inoltre, appare evidente come la tutela della vittima, nel caso *de*

quo, non vada letta soltanto in chiave vittimologica, ma risulti anche fortemente “intrisa” di elementi e valutazioni politico-criminali. In una chiave prospettica, al tempo stesso, “premiata” nei confronti della vittima e di *prevenzione-repressione* della criminalità estorsiva, il sostegno economico dello Stato viene offerto (solamente) alla vittima “resistente” o “collaborante” (e, comunque, estranea al fatto delittuoso). La elargizione concessa partecipa dunque, al tempo stesso, della natura di “ristoro del pregiudizio subito” (per usare l’espressione della legge) e di “premio” per il comportamento “re-attivo” della vittima.

La “generosità” dello Stato non è però illimitata: infatti, la elargizione è corrisposta in misura non superiore al 70% dell’ammontare del danno subito, e, in ogni caso, non superiore a 500 milioni di lire (esente, comunque, dal pagamento delle imposte sui redditi delle persone fisiche e delle persone giuridiche). Qualora più domande, per eventi diversi, relative a uno stesso soggetto, siano proposte nel corso di un triennio, l’importo complessivo delle elargizioni non può superare nel triennio la somma di tre miliardi di lire (art. 2 d.l. 419/1991).

L’elargizione è concessa a domanda, entro il termine di decadenza di 120 giorni dalla data dell’evento lesivo (art. 3).

La concessione dell’elargizione è disposta con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta dell’apposito Comitato consultivo istituito presso l’I.N.A. (che è l’ente gestore dell’apposito Fondo di solidarietà). La proposta del Comitato deve dare conto della natura del fatto che ha cagionato il danno patrimoniale, del rapporto di causalità fra il primo e il secondo, dei singoli presupposti stabiliti dal decreto e del preciso ammontare del danno, dettagliatamente documentato. La elargizione viene poi erogata dal Fondo di solidarietà all’uopo costituito presso l’I.N.A. (art. 5), che viene alimentato da un contributo dello Stato, da una quota pari alla metà dell’importo delle somme di denaro confiscate e da una quota pari a un terzo dell’importo del ricavato delle vendite di beni mobili e immobili confiscati ai sensi della legge n. 575/1965 (art. 6).

Il successivo decreto-legge 27 settembre 1993, n. 382 (“Misure urgenti a sostegno delle vittime di richieste estorsive”), come modificato in sede di conversione dalla legge 18 novembre 1993, n. 468, apporta le seguenti migliorie: *a*) eleva l’ammontare massimo dell’elargizione da 500 a 1.000 milioni di lire; *b*) estende la cerchia dei beneficiari a coloro che subiscono il danno in conseguenza dell’attività svolta nell’ambito di un’associazione od organizzazione avente per scopo quello di prestare assistenza e solidarietà a soggetti danneggiati da attività estorsive (art. 2); *c*) consente la presentazione della domanda per la concessione dei benefici anche ad opera delle associazioni od organizzazioni suddette, per il tramite del legale rappresentante e con il consenso dell’interessato (art. 3); *d*) introduce la possibilità della corresponsione di una provvisoria pari al 50% dell’ammontare complessivo dell’elargizione, prima della definizione del relativo procedimento (art. 4),

e a tal fine l'apposito Comitato acquisisce entro 30 giorni dal ricevimento della domanda un rapporto iniziale (per il tramite del Prefetto) in ordine ai presupposti e alle condizioni di elargizione.

Di fronte al persistere e all'aggravarsi del fenomeno estorsivo, il legislatore interviene nuovamente e ridefinisce *in toto* la materia, abrogando nel contempo la precedente disciplina. In tal senso, la legge 23 febbraio 1999, n. 44, pur mantenendo l'impianto della normativa anteriore, riformula, precisa, razionalizza l'intervento riparatore dello Stato, ai fini e con l'effetto di ampliare l'"ombrello protettivo", con implicazioni (forse inconsapevoli o ultronee rispetto alle intenzioni) sotto il profilo sistematico e politico-criminale di non poco momento. Anzitutto, viene rivista la nozione di vittima di richiesta estorsiva, che si identifica ora nell'esercente un'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o comunque economica, ovvero una libera arte o una professione, che subisca un danno a beni mobili o immobili, ovvero lesioni personali, ovvero un danno sotto forma di mancato guadagno inerente all'attività esercitata, in conseguenza di delitti commessi allo scopo di costringere costui ad aderire a richieste estorsive, avanzate anche successivamente ai fatti, o per ritorsione alla mancata adesione a tali richieste, ovvero in conseguenza di situazioni di intimidazione anche ambientale; alle richieste estorsive sono equiparate le condotte delittuose che, per circostanze ambientali o modalità del fatto, siano riconducibili a finalità estorsive (art. 3).

Le condizioni dell'elargizione rimangono le stesse già prima previste, con le variazioni letterali per cui la vittima non deve aver aderito o aver cessato di aderire alle richieste estorsive (art. 4) e con la precisazione che, se vi è stata la precedente acquiescenza alle richieste estorsive, l'elargizione può essere concessa anche per i danni alle cose o alla persona verificatisi nei sei mesi precedenti la denuncia (art. 5).

Vengono specificate anche le condizioni per la concessione del ristoro economico agli appartenenti ad associazioni od organizzazioni che forniscono assistenza e solidarietà alle vittime. Essi devono aver subito un danno a beni mobili o immobili ovvero lesioni personali in conseguenza di delitti commessi al fine di costringerli a recedere dall'associazione o dall'organizzazione o a cessare l'attività svolta nell'ambito delle medesime ovvero per ritorsione a tale attività; oppure, quali esercenti le attività economiche indicate all'art. 3 per le vittime *stricto sensu*, abbiano subito un danno alle stesse condizioni previste dal medesimo articolo 3 (art. 6).

La elargizione è concessa anche a soggetti diversi da quelli indicati negli articoli 3 e 6 che, in conseguenza dei delitti previsti nei medesimi articoli, subiscano lesioni personali (si pensi ad un familiare della vittima) ovvero un danno a beni mobili o immobili di loro proprietà o sui quali vantano un diritto reale di godimento (ad esempio, il proprietario del negozio concesso in locazione al commerciante vittima della richiesta estorsiva). Ai fini della giustificazione dell'elargizione, si tiene conto solo del danno emergente

ovvero di quello derivante dalle lesioni (art. 7). Se, in conseguenza dei delitti previsti, i soggetti aventi diritto all'elargizione perdono la vita, la elargizione stessa è concessa ai superstiti, nel seguente ordine: a) coniuge e figli; b) genitori; c) fratelli e sorelle; d) convivente *more uxorio* e soggetti diversi da quelli prima indicati conviventi a carico del *de cuius* nei tre anni precedenti all'evento, a condizione che tutti i menzionati soggetti utilizzino la elargizione in un'attività economica ovvero in una libera arte o professione, anche al di fuori del territorio di residenza (art. 8).

Le modalità e i termini di presentazione della domanda per la concessione dei benefici sono stabiliti dall'art. 13, che fissa termini di decadenza diversi a seconda delle varie tipologie di soggetti interessati e della differente natura del danno subito.

Le prestazioni a favore delle vittime e degli altri soggetti beneficiari sono erogate dall'apposito Fondo di solidarietà, che è ora istituito non più presso l'Istituto nazionale delle assicurazioni, ma presso il Ministero dell'interno (art. 18), e viene alimentato nei modi già indicati dall'art. 6 d.l. 419/1991. Presso lo stesso Ministero è istituito anche il Comitato di solidarietà per le vittime dell'estorsione e dell'usura, presieduto dal Commissario per il coordinamento delle iniziative *antiracket* e *antiusura*, nominato dal Consiglio dei Ministri (art. 19). Al Comitato sono devoluti i compiti prima attribuiti al Comitato di cui all'art. 5 d.l. 419/1991, *in primis* quello di deliberare sulla richiesta di concessione dell'elargizione. La gestione del Fondo di solidarietà passa dall'I.N.A. alla CONSAP.

L'art. 16 introduce espressi casi di revoca dell'elargizione, mentre l'art. 17 eleva fino al 70% dell'ammontare complessivo della prestazione l'importo della provvisoria che può essere disposta prima della definizione del procedimento. L'art. 3, a sua volta, prevede che, se per il delitto al quale è collegato il danno, sono in corso le indagini preliminari, la elargizione è concessa sentito il pubblico ministero competente.

Le previsioni dell'intera legge n. 44/1999 più significative, per le loro ricadute sistematiche e politico-criminali, sono, comunque, quelle degli artt. 9 e 10, relative rispettivamente all'"ammontare dell'elargizione" e ai "criteri di liquidazione". Al di là del cospicuo aumento del limite massimo dell'elargizione erogabile (che da 1.000 milioni di lire viene triplicato a 3.000, fino a raggiungere l'importo di 6.000 milioni nel caso di plurimi eventi dannosi subiti dal medesimo soggetto nel corso di un triennio), è la espressa affermazione che, nei limiti della dotazione del Fondo, "l'elargizione è corrisposta *in misura dell'intero ammontare del danno*" (art. 9) ad assumere una valenza particolare. Con la successiva precisazione che l'ammontare del danno patrimoniale è determinato "*comprendendo la perdita subita e il mancato guadagno*" (art. 10: un'anticipazione in tal senso si era già avuta con la previsione dell'art. 12, comma 2, l. 108/1996).

Dalle locuzioni legislative si evince, dunque, con sufficiente evidenza, come, quella che continua ad essere denominata "*elargizione*" rappresenti

invece e debba essere ormai considerata in realtà un *vero e proprio risarcimento del danno da reato*.

Si può comprendere la *ratio* politico-criminale della reticenza del legislatore all'utilizzo dell'espressione "risarcimento del danno": quest'ultimo, infatti, costituisce un diritto attribuito dall'ordinamento a chiunque rimanga "vittima" di un illecito civile (art. 2043 c.c.) o penale (art. 185 c.p.), cui corrisponde un *obbligo* inverso a carico dell'autore del fatto. Il riconoscimento espresso di un diritto al risarcimento "*pubblico*" del danno implicherebbe, pertanto, una tacita ammissione di "corresponsabilità" dello Stato nella causazione del (danno da) reato.

Nei segni linguistici il legislatore non può — per ovvie ragioni — lasciare palese traccia di una simile "autodenuncia"; *in substantia rerum*, però, ciò che l'art. 1 l. 44/1999 seguita genericamente e tortuosamente a definire una somma di denaro elargita a titolo di contributo al ristoro del danno patrimoniale subito, rappresenta un risarcimento *stricto sensu* inteso. Come può, infatti, altrimenti designarsi una riparazione pubblica che copre "l'intero ammontare del danno", determinato comprendendovi tanto il "danno emergente" quanto il "lucro cessante"?

Forse, la sin troppo evidente contraddizione tra il dato formale e il riscontro effettuale, lascia — alla fine — trasparire la implicita ammissione della "inconfessabile verità" di una sorta di "concorso mediante omissione" dello Stato per mancata prevenzione di un certo tipo di criminalità. Sul piano degli effetti si può, comunque, a ragione concludere e ribadire che con la legge n. 44/1999 si passa dall'*indennizzo* forfettario al *risarcimento* reale e integrale del danno da parte dello Stato (sia pur limitatamente a una precisa tipologia di reati).

La legge n. 44/1999, se pur denominata "Disposizioni concernenti...le vittime delle richieste estorsive e dell'usura", è in realtà — come visto — quasi interamente dedicata alle vittime di richieste estorsive. Oltre all'art. 19, che detta disposizioni comuni ad entrambe le categorie di vittime, l'unica norma che dispone espressamente riguardo alle vittime dell'usura è l'art. 22, secondo il quale la concessione del mutuo di cui all'art. 14, comma 2, l. 108/1996 è esente da oneri fiscali. È quest'ultima legge, dunque, a costituire il riferimento normativo basilare in materia.

La legge 7 marzo 1996, n. 108 può essere considerata la "legge generale" in tema di usura. Essa riformula la fattispecie tipica dell'art. 644 c.p., abroga l'art. 644-*bis*, introduce l'art. 644-*ter* relativo al termine iniziale di prescrizione del reato, dispone ampiamente riguardo a misure cautelari e di prevenzione, modifica l'art. 1815, comma 2, c.c., sancendo che, se sono convenuti interessi usurari, questi non sono dovuti in alcuna misura. *En passant*, annotiamo che, ai sensi dell'art. 1, comma 1, d.l. 29 dicembre 2000, n. 394 (convertito nella legge 28 febbraio 2001, n. 24) viene precisato che, ai fini dell'applicazione dell'art. 644 c.p. e dell'art. 1815 c.c., si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi

sono promessi o comunque convenuti, indipendentemente dal momento del loro pagamento.

Al complessivo inasprimento del trattamento sanzionatorio del fenomeno criminale, corrisponde un cospicuo intervento parallelo sul versante "vittimologico". L'art. 14 della legge n. 108/1996 (che va ora integrato con le modifiche introdotte dall'art. 19, l. 44/1999) istituisce il "Fondo di solidarietà per le vittime dell'usura", che provvede alla erogazione di *mutui senza interesse*, di durata non superiore a cinque anni, a favore di soggetti che esercitano attività imprenditoriale, commerciale (...), i quali dichiarino di essere vittime del delitto di usura e risultino parti offese nel relativo procedimento penale.

Il mutuo viene concesso dopo la emanazione del decreto di rinvio a giudizio nel suddetto procedimento. Prima di tale momento, può tuttavia essere concessa, previo parere favorevole del pubblico ministero, un'anticipazione non superiore al 50% dell'importo del mutuo, quando ricorrono situazioni d'urgenza specificamente documentate. L'importo del mutuo è commisurato al danno subito dalla vittima per effetto degli interessi e degli altri vantaggi usurari corrisposti all'autore del reato. Il fondo può erogare un importo maggiore quando, per le caratteristiche del prestito usurario, le sue modalità di riscossione o la sua riferibilità a organizzazioni criminali, sono derivati alla vittima ulteriori rilevanti danni per perdite o mancati guadagni.

La domanda di concessione del mutuo deve essere presentata al Fondo entro il termine di sei mesi dalla data in cui la persona offesa ha notizia dell'inizio delle indagini per il delitto di usura. Essa deve essere corredata da un piano di investimento e utilizzo delle somme richieste che risponda alle finalità di reinserimento della vittima nella economia legale. La concessione dei mutui è soggetta alle condizioni ostative di cui al comma 7 dell'art. 14, mentre le risorse che alimentano il Fondo sono indicate nel successivo comma 11.

Ex art. 15 viene istituito presso il Ministero del tesoro l'ulteriore "Fondo per la prevenzione del fenomeno dell'usura", che va utilizzato al 70% per la erogazione di contributi a favore di appositi fondi speciali costituiti da consorzi o cooperative di garanzia collettiva fidi denominati "Confidi", istituiti dalle associazioni di categoria imprenditoriali e dagli ordini professionali, e al 30% a favore delle fondazioni e associazioni riconosciute per la prevenzione del fenomeno dell'usura (che devono essere iscritte in un apposito elenco tenuto dal Ministro del tesoro). I contributi suddetti possono essere concessi ai Confidi a condizione che essi costituiscano speciali fondi antiusura, separati dai fondi rischi ordinari, destinati a garantire fino all'80% le banche e gli istituti di credito che concedono finanziamenti a medio e breve termine a favore delle medie e piccole imprese a elevato rischio finanziario.

Con la legge 22 dicembre 1999, n. 512 vengono, infine, istituiti presso il Ministero dell'interno il "Fondo di rotazione per la solidarietà alle vittime di reati di tipo mafioso" e il relativo "Comitato di solidarietà". Hanno diritto di

accesso al Fondo, entro i limiti delle disponibilità finanziarie annuali (20 miliardi di lire), le persone fisiche e gli enti costituitisi parte civile nelle forme previste dal codice di procedura penale, a cui favore sia stata emessa sentenza definitiva di condanna al risarcimento dei danni, patrimoniali e non patrimoniali, a carico di soggetti imputati del delitto di associazione mafiosa di cui all'art. 416-*bis* c.p., dei delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal medesimo art. 416-*bis*, dei delitti commessi al fine di agevolare l'attività delle associazioni di tipo mafioso. Possono accedere al Fondo anche gli eredi a titolo universale delle suddette persone fisiche, nonché le persone fisiche e gli enti costituiti in un giudizio civile, nelle forme previste dal codice di procedura civile, per il risarcimento dei danni causati dalla consumazione dei reati summenzionati.

Appare evidente, anche in questo caso (come in quelli delle elargizioni concesse alle vittime dei reati di estorsione e di usura) la *ratio* vittimologico-premiale della elargizione, nella contestuale prospettiva specialpreventivo-repressiva di stimolo alla collaborazione della vittima nell'attività di contrasto della criminalità mafiosa. Ciò trova conferma (anche) nelle inconsuete, ma sintomatiche, modalità della domanda per l'accesso al Fondo: ai sensi dell'art. 5 l. 512/1999, quando è depositata la richiesta di rinvio a giudizio per i reati di cui alla medesima legge, il giudice fa notificare al Fondo l'avviso del giorno, dell'ora e del luogo dell'udienza, con la richiesta di rinvio a giudizio formulata dal pubblico ministero; se la persona offesa si costituisce parte civile all'udienza preliminare, ovvero al dibattimento, il giudice fa notificare al Fondo il relativo verbale; nel giudizio civile l'attore notifica al Fondo l'atto di citazione, prima della costituzione delle parti.

3. *La tutela delle vittime nei reati di tratta.*

Gli ultimi riscontri normativi in qualche modo organici e sistematici si segnalano in materia di *tratta degli esseri umani*. L'art. 18 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 ("Testo delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero") prevede il rilascio del *permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale*, al fine di consentire allo straniero di sottrarsi alla violenza e ai condizionamenti dell'organizzazione criminale e di partecipare ad un programma di assistenza ed integrazione sociale. La caratteristica più rilevante di tale permesso sta nella precisa volontà del legislatore di aiutare la vittima del traffico di esseri umani. In questa prospettiva, viene concessa alla vittima la possibilità di spezzare il vincolo che la lega al proprio persecutore e le si permette al tempo stesso un percorso di inserimento sociale, che può essere duraturo e definitivo.

A questo proposito, è rilevante il fatto che il permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale non sia subordinato in alcun modo all'obbligo di

una previa denuncia dello sfruttatore da parte della vittima: ciò consente la possibilità di un recupero sociale e psicologico che porti gradualmente ad un clima di fiducia, fondamentale per la successiva (eventuale) collaborazione giudiziaria.

La proposta per il rilascio del permesso di soggiorno può essere effettuata dal Procuratore della Repubblica (quando sia già iniziato un procedimento penale), dai servizi sociali degli enti locali o delle associazioni, dagli enti o altri organismi di assistenza alle vittime. Il questore provvede poi al rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari, permesso che ha la durata di sei mesi e può essere rinnovato per un anno.

Il successivo Regolamento d'attuazione (d. P.R. 31 agosto 1999, n. 394) prevede, all'art. 25, che i programmi di assistenza e integrazione sociale di cui all'art. 18 d. lgs. 286/1998, realizzati a cura degli enti locali o dei soggetti privati convenzionati, siano finanziati nella misura del 70% dallo Stato e nella misura del 30% dall'ente locale. Presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le pari opportunità, è istituita la Commissione interministeriale per l'attuazione dell'art. 18. In applicazione dell'art. 18, il Dipartimento per le pari opportunità dal 1999 al 2001 ha cofinanziato 154 progetti di protezione sociale, che hanno riguardato soprattutto donne e minori stranieri vittime della tratta a scopo di sfruttamento sessuale.

Ispirandosi alla stessa *ratio*, la recentissima legge 11 agosto 2003, n. 228 ("Misure contro la tratta di persone"), che ha riformulato le norme incriminatrici in materia (artt. 600, 601, 602, 604 c.p.), prevede analoghe forme di assistenza per le vittime di tale, efferata ed odiosa criminalità. In particolare, l'art. 12 istituisce (alla data di entrata in vigore della legge) presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri il "Fondo per le misure anti-tratta" che è destinato a finanziare i programmi di assistenza e di integrazione sociale in favore delle vittime, nonché le altre iniziative di protezione sociale previste dall'art. 18 d. lgs. 286/1998.

L'art. 13 della legge n. 228/2003 prevede la istituzione di uno *speciale programma di assistenza* per le vittime dei reati di cui agli artt. 600 ("Riduzione o mantenimento in servitù") e 601 ("Tratta di persone") c.p. Tale programma garantisce, in via transitoria, adeguate condizioni di alloggio, di vitto e di assistenza sanitaria. Qualora la vittima sia persona straniera, si applicano comunque le disposizioni dell'art. 18 d. lgs. 286/1998: a questo proposito, va sottolineato che lo speciale permesso di soggiorno per motivi umanitari viene rilasciato, di regola, dal questore prima dell'eventuale condanna dell'autore del reato, quando nel corso di operazioni di polizia o di indagini giudiziarie o di un procedimento giudiziario per uno dei delitti previsti ovvero nel caso di interventi assistenziali dei servizi sociali, siano accertate situazioni di violenza o di grave sfruttamento ed emergano concreti pericoli per la incolumità della vittima, a causa dei suoi tentativi di sottrarsi ai condizionamenti di un'associazione criminosa o delle dichiara-

zioni rese alla polizia o all'autorità giudiziaria. Lo speciale permesso viene rilasciato proprio per consentire allo straniero di sottrarsi "preventivamente" alla violenza e ai condizionamenti dell'organizzazione criminale e partecipare tempestivamente ai programmi di assistenza ed integrazione sociale.

L'art. 14 della legge n. 228/2003 dispone, inoltre, ai fini e nel senso della *prevenzione della vittimizzazione*. Esso stabilisce, infatti, che allo scopo di rafforzare l'efficacia dell'azione di prevenzione nei confronti dei reati di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù e dei reati legati al traffico di persone, il Ministro degli affari esteri definisce le politiche di cooperazione nei confronti dei Paesi interessati dai predetti reati, tenendo conto della collaborazione da essi prestata e dell'attenzione riservata dai medesimi alle problematiche della tutela dei diritti umani. Lo stesso Ministero, d'intesa con il Ministero per le pari opportunità, provvede ad organizzare incontri internazionali e campagne di informazione all'interno dei Paesi di prevalente provenienza delle vittime del traffico di persone.

Purtroppo, però, le "buone intenzioni" manifestate dal legislatore sembrano destinate a restare tali e a non concretizzarsi in reali e concrete iniziative nel senso indicato dalla suddetta norma: le sue prospettive di effettiva attuazione sono, infatti, vanificate dal disposto del successivo comma 2 dell'art. 14, che precisa come dall'attuazione di quanto previsto dallo stesso articolo *non* debbano derivare *nuovi o maggiori oneri* per il bilancio dello Stato. È facile prevedere, dunque, che senza il concorso di adeguate risorse economiche da parte dello Stato, le politiche di prevenzione della vittimizzazione dei reati di traffico delle persone finiranno col "restare sulla carta": si confermerà, così, ancora una volta, la verità del detto: "Di *buone intenzioni* è piena la via che porta all'*inferno*".

In conclusione, il panorama degli interventi legislativi nei diversi e numerosi ambiti in cui questi hanno trovato realizzazione mette in evidenza una sicura attenzione dello Stato per la condizione delle vittime del reato e i loro bisogni. Al tempo stesso, però, la disparità, la occasionalità e la stessa "ripetitività" degli interventi particolari fanno emergere la vistosa carenza di un servizio nazionale per l'assistenza alle vittime e la mancanza di un sistema generale per il risarcimento o l'indennizzo in via diretta (e, magari, extra-giudiziale, per evitare i tempi lunghissimi del processo).

Si ribadisce, quindi, la necessità e indilazionabilità di una legge-quadro che razionalizzi, generalizzi e funzionalizzi l'attività di assistenza dello Stato in favore delle vittime. Non è, certo, incoraggiante e di buon auspicio, a questo proposito, ricordare la sorte toccata all'unico (e "coraggioso") precedente in tal senso: la "Cassa per il soccorso e l'assistenza alle vittime del delitto", istituita dall'art. 73 della legge 26 luglio 1975, n. 354 (sulla riforma dell'ordinamento penitenziario), che, dopo una breve e meramente "virtuale" vita, venne abolita dalla successiva legge 21 ottobre 1978, n. 641, senza essere mai stata realmente utilizzata.

4. Le normative regionali.

La conferma, per un verso, della sensibilità delle Istituzioni e, per l'altro, del carattere particolaristico e settoriale (e, quindi, sostanzialmente anche "discriminatorio") degli interventi pubblici in favore delle vittime del reato, è fornita dalla considerazione dell'attività di assistenza alle vittime realizzata anche a livello regionale, oltre che statale. Il frutto di tale attività a carattere regionale è la diretta conseguenza dell'attribuzione alle competenze delle Regioni, *ex d.P.R.* 24 luglio 1977, n. 616, di un vasto catalogo di funzioni, tra cui rientra quella dell'assistenza economica in favore delle vittime del delitto.

Il primo, ma molto "mirato" intervento regionale è stato quello attuato dalla Regione Campania, con la legge 29 dicembre 1978, n. 61, che ha previsto la istituzione di un Fondo di solidarietà a favore delle famiglie di cittadini campani appartenenti alle forze dell'ordine, deceduti nell'adempimento delle proprie funzioni, a seguito di atti di terrorismo. Un'altra significativa produzione normativa, fortemente caratterizzata dalla stretta connessione fra criminalità e territorio, è quella realizzata dalla Regione Sicilia, con la legge 24 agosto 1993, n. 19, che detta nuove norme in materia di solidarietà per i familiari delle vittime della mafia e della criminalità organizzata.

A questo punto non può sfuggire un rilievo: la molteplicità e la frammentarietà degli interventi legislativi statali e regionali in favore delle vittime di mafia e criminalità organizzata, pur se giustificati dalla gravità e diffusione di questo tipo di crimine e dagli effetti devastanti che esso produce, tuttavia, per la loro eterogeneità e disorganicità, rischiano di produrre, oltre ai benefici effetti voluti, anche seri rischi di sovrapposizioni e interferenze, con il possibile risultato di dannosi sprechi di risorse economiche o, viceversa, di paradossale "paralisi" reciproca.

Un particolare rilievo assumono gli interventi a favore delle vittime predisposti dalla Regione Lombardia e dalla Regione Toscana. Il primo si segnala in quanto, con la legge 18 gennaio 1980, n.8, per la prima volta un legislatore regionale affronta, in una prospettiva non legata ad un singolo episodio delittuoso o ad una particolare caratteristica "funzionale" della vittima, la materia dell'assistenza alle vittime del reato, in considerazione dell'allarmante aumento della criminalità in Lombardia nel corso degli anni '70. Ciò attribuisce alla legge regionale lombarda n. 8/1980 un valore di "esemplarità" che va al di là della sua limitata portata territoriale, a fronte di una — fino ad allora — persistente ed evidente carenza di un'adeguata azione a sostegno delle vittime da parte del potere centrale.

L'oggetto della legge viene specificato nell'art. 1, comma 1: "La Regione Lombardia eroga indennizzi in favore di cittadini che siano rimasti vittime di atti di terrorismo e criminalità per danni derivati da delitti dolosi contro la personalità dello Stato o contro l'incolumità pubblica o da delitti di omicidio non colposo, rapina aggravata, estorsione e sequestro di persona a scopo di rapina o estorsione". La Regione provvede alla erogazione degli indennizzi

mediante stanziamenti destinati all'apposito Fondo di solidarietà, all'uopo istituito.

Gli interventi di soccorso hanno carattere di *indennizzo* e non di risarcimento, volendosi con ciò indicare una forma di riparazione ispirata a meri criteri di solidarietà, solo parzialmente collegata all'effettivo ammontare del danno. Le erogazioni sono destinate a "cittadini" vittime di atti di terrorismo e criminalità: la nozione di "cittadino" deve essere intesa in senso restrittivo, riferita cioè soltanto a soggetti appartenenti al territorio della Regione, restando, quindi, esclusi coloro che, pur essendo rimasti vittima di reati avvenuti in Lombardia, siano "cittadini" di altre Regioni. Rimangono esclusi anche — inversamente — coloro che, pur risiedendo in Lombardia, abbiano subito il danno in conseguenza di fatti avvenuti fuori dal territorio regionale, in forza di una ovvia applicazione del principio di "territorialità".

Per quanto concerne i reati in conseguenza dei quali viene concesso l'indennizzo, la norma li indica in maniera "progressiva", riferendosi, dapprima, in maniera generica, ad atti di terrorismo e criminalità, poi richiamando alcune più precise categorie di reati e, infine, menzionando singole fattispecie criminose. Si può, comunque, dire che, nel complesso, l'area dei reati suscettibili di determinare l'indennizzo appare sufficientemente ampia.

Fra i criteri-guida indicati ai fini dell'indennizzo, oltre alla gravità del danno, alle condizioni economico-sociali della vittima (e ciò è assai opinabile), vi è la possibilità che la vittima fruisca di altre fonti di indennizzo o risarcimento diverse da quelle previste da leggi statali. Il riferimento a ipotesi di intervento statale è volto a evitare possibili sovrapposizioni: ne deriva che, in caso di erogazione statale, l'indennizzo regionale è escluso *in toto*, mentre esso dovrà essere determinato tenendo conto dell'eventuale fruizione, da parte del danneggiato, di elargizioni di qualsiasi altra natura e provenienza.

La competenza a disporre l'intervento riparatore a favore della vittima è attribuita al Presidente della giunta regionale, che decide di concerto con una speciale Commissione, presieduta dall'Assessore regionale ai servizi sociali e composta da quattro membri eletti dal Consiglio regionale.

Un particolare rilievo, nell'ambito delle normative regionali, assume il disposto dell'art. 4 l. 16 agosto 2001, n. 38 della Regione Toscana. Acquista già un suo proprio significato la circostanza che, nel contesto di una legge generale che promuove interventi regionali a favore delle politiche locali per la sicurezza della comunità, un apposito articolo (appunto, l'art. 4) sia dedicato specificamente all'*assistenza* e all'*aiuto* alle *vittime dei reati*. La peculiarità e la valenza di questa previsione legislativa stanno nell'aver colto, recepito e sintetizzato le indicazioni delle diverse Raccomandazioni europee (in particolare la R (85) 11 e la R (87) 21), dando espressione normativa ad un diverso e più maturo "sentimento" nei confronti della vittima. Pur riprendendo concetti già normativamente noti e percepiti dalla comune sensibilità giuridica attuale, la legge regionale toscana, "assemblandoli", li implementa, ottenendo un risultato complessivo del tutto nuovo.

Ai sensi dell'art. 4, dunque, gli interventi di assistenza e aiuto alle vittime dei reati sono promossi, progettati e realizzati dagli enti locali: l'attribuzione delle competenze agli enti radicati sul territorio, e quindi più vicini alle istanze di solidarietà provenienti dalle vittime, lascia supporre una maggiore sensibilità nel cogliere le stesse e una più sollecita iniziativa nel soddisfarle.

Gli enti locali attivano, a questo proposito, servizi che consistono: a) nell'informazione sugli strumenti di tutela garantiti dall'ordinamento; b) nell'assistenza psicologica, cura e aiuto delle vittime, con particolare riferimento alle persone anziane, ai soggetti con *handicap*, ai minori di età e alle vittime di violenza sessuale e altri reati di tipo sessuale e di discriminazione razziale; c) nell'assistenza di tipo materiale, con particolare riferimento al ripristino della sicurezza dei beni danneggiati in conseguenza del reato subito, all'accesso ai servizi sociali e territoriali necessari per ridurre il danno sofferto e alla collaborazione per lo svolgimento delle connesse attività amministrative.

Dalla elencazione fatta, emerge una insolita completezza degli interventi a favore delle vittime, che vanno da un'adeguata informazione all'assistenza materiale, mentre il carattere "aperto" del "ventaglio" di soggetti beneficiari e la genericità del "catalogo" dei reati-presupposto per l'intervento conferiscono alla legge regionale toscana n. 38/2001 una impronta vittimologica particolarmente moderna e — almeno potenzialmente — esaustiva.

Tutto ciò, unitamente alla speciale attenzione riservata a categorie di soggetti "deboli" e particolarmente esposti al rischio di vittimizzazione, senza trascurare le previste possibilità di un'assistenza capillare e specialistica, consente di formulare un giudizio estremamente positivo e lusinghiero sulla normativa *de qua*, sino a considerarla forse l'esempio più alto espresso dal legislatore — sia pure regionale — in Italia.

La "effettività" degli interventi previsti dovrebbe, inoltre, essere garantita dall'opera di monitoraggio e di aggiornamento costante cui i diversi progetti sono sottoposti. All'art. 8 della legge 38/2001 si dispone che la Giunta regionale presenti annualmente, entro il 30 giugno, al Consiglio regionale una relazione generale sullo stato della sicurezza in Toscana, nella quale si dà conto della attuazione della legge stessa. Ciò permette di avere costantemente a disposizione il quadro della situazione delle vittime e delle loro esigenze, favorendo così il progressivo e continuo adattamento della normativa alla realtà sociale e ai bisogni reali.

5. *La persona offesa dal reato nel sistema processuale.*

Nel "nuovo" codice di procedura penale del 1988/1989 il legislatore sembra avere riservato alla vittima-soggetto danneggiato dal reato un significativo rilievo, considerando che la tematica trova spazio in due autonomi titoli del libro I: rispettivamente, il titolo V, dedicato alla *parte civile*, e il titolo VI, relativo alla *persona offesa dal reato*.

All'offeso dal reato è stata attribuita la veste di *soggetto processuale*, ma non è stato riconosciuto il ruolo di *"parte"*, essendogli stata negata la titolarità del fondamentale "diritto alla prova". Comunque, con la specifica considerazione della "persona offesa", il codice conferisce "centralità" a tale soggetto, in una prospettiva diversa da quella meramente risarcitoria. All'offeso del reato viene riconosciuta la titolarità di interessi "peculiari", qualitativamente diversi da quelli civilistici connessi al risarcimento del danno e che, derivando direttamente dal fenomeno di vittimizzazione criminale, hanno quindi natura propriamente penalistica.

Le disposizioni del codice, in proposito, conferiscono a questo soggetto un ruolo e una funzione di stimolo e/o controllo dell'operato del pubblico ministero, con una concentrazione di attribuzioni e facoltà soprattutto nella fase pre-processuale delle indagini preliminari. In tale fase, la persona offesa assume un duplice ruolo, compiendo, per un verso, attività di "adesione" alle iniziative del pubblico ministero e, per l'altro, verificando e controllando il corretto esercizio dell'azione penale.

Nel corso delle indagini preliminari, infatti, l'offeso dal reato ha, tra gli altri, il diritto di: *a*) ricevere l'informazione di garanzia e nominare un difensore (artt. 369 e 101 cod. proc. pen.); *b*) proporre querela o istanza di procedimento (artt. 336 e 341); *c*) partecipare agli accertamenti tecnici non ripetibili disposti dal pubblico ministero (art. 360); *d*) richiedere al pubblico ministero di formulare una richiesta di incidente probatorio (artt. 394, 398 e 401); *e*) partecipare all'udienza in camera di consiglio disposta dal giudice per le indagini preliminari *ex* art. 406, comma 5, cod. proc. pen.; *f*) richiedere che non si proceda all'archiviazione senza essere avvisato e presentare richiesta motivata di prosecuzione delle indagini preliminari (art. 410). La persona offesa ha, inoltre, il diritto di presentare memorie e indicare elementi di prova in ogni stato e grado del processo (art. 90).

Emerge, dunque, un ruolo certamente rilevante della persona offesa durante le indagini preliminari, mentre lo stesso non può dirsi per il mero danneggiato dal reato, in quanto la possibilità di costituirsi parte civile nel processo penale è ricollegata e subordinata all'esercizio dell'azione penale in senso stretto, che si realizza con la richiesta di rinvio a giudizio da parte del pubblico ministero e il conseguente decreto del giudice che dispone l'udienza preliminare.

Terminata la fase delle indagini preliminari il "rapporto di valenza" fra persona offesa e danneggiato civile si inverte, nel senso che i poteri dell'offeso si riducono drasticamente, a meno che egli non si costituisca parte civile. Sembra, quasi, che il legislatore dia per scontata la possibilità-volontà dell'offeso di costituirsi parte civile, determinando, però, così, un vero e proprio "onere" a carico della persona offesa la quale, se vuole continuare a influire in maniera efficace sulle sorti del processo, anche nella fase dibattimentale, deve necessariamente "cambiare ruolo".

Bisogna, comunque, precisare che, anche là dove i poteri della persona

offesa sembrano più forti e incisivi, essi restano “imprigionati” entro le “forme deboli” di una mera “cooperazione ancillare” con il pubblico ministero, che è e rimane l’unico vero *dominus* dell’azione penale. Il peso effettivo di tali poteri, inoltre, risulta in realtà assai attenuato, in conseguenza della mancata comminatoria della “sanzione” di nullità nei casi di inosservanza delle relative disposizioni.

Nella fase strettamente processuale, alla persona offesa viene specificamente riconosciuto il diritto: *a*) alla notifica del decreto che fissa l’udienza preliminare (art. 419 cod. proc. pen.); *b*) di prendere parte all’udienza preliminare (art. 429, comma 4); *c*) di ricevere la notifica del decreto che dispone il giudizio (art. 456).

Proseguendo oltre, nelle fasi ulteriori la figura dell’offeso “svanisce” sempre più, fino a sparire dalla scena. Infatti, ai sensi degli artt. 421, comma 2, e 523, comma 1, cod. proc. pen., se non si costituisce parte civile, la persona offesa è privata del potere di intervento nella discussione finale, rispettivamente dell’udienza preliminare e del dibattimento. È fatto salvo il diritto di richiedere, con atto motivato, al pubblico ministero di proporre impugnazioni agli effetti penali (art. 572).

A questa progressiva esautorazione dei poteri della vittima, in corrispondenza dell’avanzamento dell’*iter* processuale, vanno aggiunte le drastiche e “devastanti” compressioni che i diritti dell’offeso subiscono nel contesto dei cosiddetti “riti alternativi”, che escludono la celebrazione del dibattimento. Se già, di per sé, un sistema processuale di tipo accusatorio, qual è (almeno nelle iniziali intenzioni del legislatore) quello introdotto in Italia con il codice di rito del 1988/1989, tende ad escludere, o almeno, a ridurre al minimo l’intervento e il ruolo della vittima, la disciplina particolare dei riti alternativi risulta ancora meno sensibile alle istanze vittimologiche. Questi riti, infatti essendo ispirati a finalità deflattive dei carichi giudiziari, mal si prestano ad accordare rilievo alla persona offesa che, nella “fretta” dello *speed trial*, viene trascurata, dimenticata nelle sue esigenze risarcitorie essenziali.

L’obiettivo di tali riti è quello di definire con la maggiore rapidità possibile la vicenda processuale, e qualunque considerazione delle (giuste) istanze della vittima appare quindi incompatibile con esso, comportando un inevitabile “spreco” di tempo, come un fastidioso “incidente di percorso”. Emblematico è, a questo proposito, quanto disposto dall’art. 444, comma 2, cod. proc. pen., nel caso del cosiddetto “patteggiamento”, in cui il giudice disattende con un *non liquet* le richieste di risarcimento della vittima pur costituitasi parte civile, costringendola a trasferire la sua istanza in sede civile (“Se vi è costituzione di parte civile, il giudice non decide sulla relativa domanda”, limitandosi ad applicare all’imputato la pena “patteggiata”).

Sotto il profilo sistematico e sul piano del rito penale ordinario, il codice di procedura mira a tenere il più possibile distinti il momento civile e il momento penale, al fine di garantire la massima semplificazione e speditezza delle dinamiche processuali. La legittimazione all’esercizio dell’azione civile

nel procedimento penale spetta al soggetto al quale il reato ha recato danno ovvero ai suoi eredi a titolo universale, e può essere esercitato nei confronti sia dell'imputato che del responsabile civile (art. 74 cod. proc. pen.).

I complessi rapporti tra azione civile e azione penale trovano disciplina nell'art. 75, per il quale l'azione civile proposta davanti al giudice civile può essere trasferita nel processo penale fino a quando in sede civile non sia pronunciata sentenza nel merito, anche non definitiva; in tal caso il giudice penale provvede anche sulle spese del procedimento civile. L'azione civile prosegue in sede civile, senza essere sospesa, se non è trasferita nel processo penale o è stata iniziata quando non è più ammessa la costituzione di parte civile (ossia, dopo l'udienza preliminare: art. 79). Se l'azione è proposta in sede civile dopo la costituzione di parte civile nel processo penale o dopo la sentenza penale di primo grado, il processo civile rimane (invece) sospeso fino alla pronuncia della sentenza penale irrevocabile.

Attraverso il suddetto meccanismo, il danneggiato dal reato può optare per la costituzione di parte civile nel processo penale o per l'esercizio dell'azione civile nella sede naturalmente competente. La costituzione di parte civile produce i suoi effetti in ogni stato e grado del processo penale (art. 76, comma 2, cod. proc. pen.) e può essere proposta solo dopo l'esercizio dell'azione penale, quindi successivamente alla richiesta di rinvio a giudizio da parte del pubblico ministero.

Questa dinamica processuale determina un grave *handicap* per il danneggiato, in relazione ai casi di incidente probatorio, a quei casi cioè che si traducono in "anticipazioni" del dibattimento, rese necessarie per consentire la formazione di prove che non sarebbe più possibile effettuare in un momento successivo. È evidente che, verificandosi normalmente tutto ciò prima della richiesta di rinvio a giudizio, il danneggiato non vi ha alcun rilievo. Trova così ulteriore conferma il ruolo meramente "accidentale" e "spurio" dell'offeso-danneggiato nel processo penale, venendo considerato una potenziale fonte di alterazione degli equilibri rigorosamente "bipolari" propri del processo accusatorio e, quindi, possibile causa di disfunzioni "istituzionali" e temporali.

Lo sfavore o, almeno, la "diffidenza" con cui il legislatore del codice vede la parte civile nel processo penale si dimostra anche dai termini che caratterizzano la costituzione di parte civile. Tali termini sono, rispettivamente, quello del giorno di ricevimento dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare, da parte dell'offeso (art. 419 cod. proc. pen.), e quello dello svolgimento delle formalità di apertura del dibattimento, in cui il giudice verifica la regolare costituzione delle parti (art. 479).

Orbene, il rispetto dei suddetti termini risulta assai problematico per il danneggiato che non sia anche persona offesa dal reato.

Infatti, al mero danneggiato non vengono notificate né l'informazione di garanzia né la richiesta di rinvio a giudizio del pubblico ministero né il decreto del giudice che dispone il giudizio, con tutte le conseguenze che

derivano dalla impossibilità di fruire di tali fondamentali informazioni. Sotto questo particolare profilo, la posizione processuale del danneggiato è peggiore anche rispetto a quella riconosciuta durante la vigenza del codice precedente, quando, almeno, gli veniva notificato, quale parte interessata al giudizio, la comunicazione giudiziaria.

Se il danneggiato si è costituito parte civile nel processo penale, il giudice, nel pronunciare sentenza di condanna, decide anche sulle questioni civili relative al risarcimento dei danni, provvedendo alla liquidazione degli stessi, salvo pronunciare condanna generica e rimettere le parti innanzi al giudice civile, quando le prove non gli consentano di liquidare il danno. Il giudice, su richiesta della parte civile, può concedere a quest'ultima una provvisoria immediatamente esecutiva, nei limiti in cui è raggiunta la prova del danno (artt. 538 e seguenti cod. proc. pen.).

I poteri di *impugnazione* della parte civile sono strettamente limitati ai capi della sentenza di condanna riguardanti l'azione civile, oppure, in caso di sentenza di proscioglimento, l'impugnazione è proposta ai soli fini della responsabilità civile (art. 576).

In difformità alla "logica separatista" fra giudizio civile e giudizio penale, che caratterizza il sistema processuale, alla sentenza viene attribuita una decisiva influenza sul giudizio civile o amministrativo, nella misura in cui in essi *fa stato* circa l'accertamento dei fatti posti a fondamento del diritto alle restituzioni e al risarcimento (artt. 651 e seguenti), sulla base di una ritenuta compiutezza e "supremazia" del giudizio penale rispetto alle altre giurisdizioni.

Si segnala, infine, che è prevista la possibilità, per la persona offesa dal reato e per il danneggiato civile che intenda costituirsi parte civile, anche se straniero o apolide residente nello Stato, di usufruire, a determinate condizioni di reddito, del patrocinio in giudizio a spese dello Stato (d. P.R. 30 maggio 2002, n. 115).

6. *Il ruolo della vittima del reato nella recente normativa sul giudice di pace.*

Se la persona offesa è la "cenerentola" del processo penale davanti al giudice ordinario, essa diventa invece potenziale "principessa" nel nuovo particolare rito "speciale" davanti al *giudice di pace*.

La competenza in materia penale è stata attribuita al giudice di pace con il decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, che ha introdotto nell'ordinamento questa nuova figura di giudice "non togato" con funzione peculiare di *conciliatore* fra autore e vittima del reato. I reati la cui cognizione è riservata a questa speciale giurisdizione sono assai numerosi e vanno dal codice penale alla legislazione speciale, comprendendo fattispecie di non rilevante gravità e tendenzialmente (ma non sempre) caratterizzate da una sorta di rapporto quasi "privato", interpersonale, tra autore e vittima: si tratta, per esempio, dell'ingiuria, delle lesioni lievi, delle percosse, dei furti minori. Sono ipotesi,

di per sé, oggettivamente di scarsa gravità (si è parlato in proposito di “criminalità da condominio”), ma possibile fonte di una pericolosa e persistente “conflittualità” fra i soggetti coinvolti che, se non sopita e composta, potrebbe dare origine a successive e più gravi manifestazioni di criminalità e, quindi, *ab inverso*, a ulteriori e più dolorose forme di vittimizzazione.

Le “logiche” cui si ispira la normativa *de qua* sono sia di natura *deflattiva* del carico dei processi per il sistema giudiziario, che viene sgravato della innumerevole serie di episodi riconducibili a questa diffusa microcriminalità, sia di carattere *conciliativo-riparatoria*, al fine di “comporre” per la via della *mediazione* il conflitto innescato dal reato, in maniera parimenti soddisfacente per il reo e per l’offeso.

In questa prospettiva, il rito innanzi a questo nuovo giudice rivaluta e valorizza il ruolo della vittima che, da “ospite sgradito” del processo ordinario, è trasformato qui in “invitato eccellente”. Ad essa, infatti, è attribuito, in certi casi, un assolutamente nuovo e originale *potere d’iniziativa* dell’azione penale.

Si assiste, così, ad una sorta di “*privatizzazione*” del diritto penale, che trova traccia anche in relazione al *sistema delle sanzioni* previste. Scompare, infatti, dal “bagaglio” del giudice penale la pena detentiva, a tutto vantaggio della sanzione “pecuniaria” del *risarcimento del danno* (con possibile sostituzione di quest’ultima con altre sanzioni, di nuova e caratteristica configurazione, di natura — comunque — non detentiva). L’impronta “privata” di questo particolare tipo di giustizia penale trova espressione, infine, nelle possibili *cause di estinzione del reato*, che sono la *riparazione del danno* mediante restituzione o risarcimento e, più in generale, la *eliminazione delle conseguenze* dannose o pericolose da parte del reo.

Certamente, tutto ciò riequilibra i rapporti fra autore e vittima del reato, spostando il “baricentro” del processo verso l’offeso, ma può dare origine anche ad un pericoloso equivoco e ad una distorta convinzione: che, in questo tipo di giustizia penale, “basti pagare per comprare l’impunità”.

Ai sensi dell’art. 21 d. lgs. 274/2000, per i reati perseguibili a querela è ammessa la *citazione a giudizio* della persona cui è attribuito il reato, direttamente, su *ricorso della persona offesa*. Si è detto, in proposito, che la legge consentirebbe l’esercizio di una vera e propria “azione penale privata”, anche se, però, ciò non può essere affermato e ritenuto in senso stretto.

Il ricorso diretto al giudice produce gli stessi effetti della querela, consentendo però alla persona offesa di giungere in tempi brevi a quell’udienza volta a dare soddisfazione del torto subito che, per le vie ordinarie (ossia con la semplice presentazione della querela), avrebbe certamente tempi di fissazione assai più lunghi e dilatati. Qualora l’offeso intenda esercitare l’azione civile per il risarcimento dei danni, il ricorso, a pena di decadenza, deve contenere anche la costituzione di parte civile (art. 23).

La particolarità del ricorso immediato della persona offesa è, dunque, quella di concentrare in un unico atto gli effetti propri della querela, della

citazione a giudizio e della costituzione di parte civile; ciò garantisce una netta accelerazione dei tempi processuali (cui si faceva sopra riferimento) che sarebbero altrimenti necessari per soddisfare le legittime pretese dell'offeso. Per questo, la legge responsabilizza il ricorrente, imponendogli di presenziare, personalmente o tramite procuratore speciale, all'udienza di comparizione delle parti, pena la dichiarazione di improcedibilità del ricorso e la conseguente condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali (art. 30).

Questo meccanismo di "azione penale privata" potrebbe favorire e avalare chiamate in giudizio infondate o puramente strumentali al soddisfacimento di insussistenti pretese riparatorie. L'art. 25 d. lgs. 274/2000 ripristina, però, in termini "pubblicistici" l'asse del procedimento, riservando in termini inequivocabili al pubblico ministero il potere di formulare l'imputazione. L'atto di citazione del privato, quindi, è condizione necessaria, ma non sufficiente, alla instaurazione del giudizio.

Sia che la citazione in giudizio avvenga ad opera della polizia giudiziaria (art. 20) sia che venga attuata mediante ricorso immediato dell'offeso (art. 21), quando il reato è perseguibile a querela, il giudice, a conferma del suo nuovo e peculiare ruolo di "mediatore", *promuove la conciliazione* fra le parti. In tal caso, qualora sia utile per la conciliazione, il giudice può rinviare l'udienza per un periodo massimo di due mesi e può anche avvalersi, se occorre, dell'*attività di mediazione* di centri e strutture, pubblici o privati. Il ricorso al "mediatore" esterno era prima noto nel sistema italiano solo nel procedimento davanti al tribunale per i minorenni; esso può rivelarsi opportuno sia per favorire il rapporto fra i soggetti in conflitto (che davanti al giudice potrebbero essere influenzati dal timore delle conseguenze processuali dei loro comportamenti) sia a garanzia di imparzialità del giudice stesso.

Quando l'obiettivo della conciliazione è raggiunto, viene redatto apposito verbale attestante la remissione della querela o la rinuncia al ricorso *ex art. 21* da parte dell'offeso e la relativa accettazione dell'autore del reato. La *rinuncia al ricorso* produce gli stessi effetti della remissione della querela, ossia *estingue il reato*.

Nel procedimento davanti al giudice di pace non si applicano, per la espressa esclusione di cui all'art. 2 d. lgs. 274/2000, le disposizioni del codice di procedura penale concernenti i procedimenti speciali (che abbiamo constatato essere del tutto "sordi e ciechi" alle istanze di giustizia della persona offesa). Il legislatore del 2000 ha però previsto le cosiddette "*definizioni alternative del procedimento*", di cui all'art. 34 (esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto) e all'art. 35 (estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie). Si tratta, anche in questo caso, di modalità particolari dell'*iter* del processo che però, a differenza di quanto avviene nel rito davanti al giudice ordinario (in cui i procedimenti alternativi costituiscono la "eccezione" rispetto al modello normale), nel rito innanzi al

giudice di pace essi dovrebbero rappresentare la “regola”, così che, considerate anche le ulteriori *chances* offerte all'autore del reato (conciliazione e oblazione *ex art.* 29), la sentenza del giudice debba divenire un epilogo del tutto “casuale” ed episodico della vicenda processuale.

È, inoltre, rilevante sottolineare che, mentre nei riti alternativi disciplinati dal codice di procedura penale (tesi a soli obiettivi di economia processuale e ispirati a logiche incentivanti-premiali nei confronti del reo) gli interessi della vittima non trovano (alcuna) considerazione (in particolare, nel “patteggiamento” e nel “procedimento per decreto” non è ammessa l'azione civile risarcitoria e la riparazione a favore della vittima non è condizione necessaria affinché l'imputato fruisca degli ingenti sconti di pena connessi al rito), le “*definizioni alternative*” del procedimento previste dal d. lgs. 274/2000, in sintonia con le finalità “*conciliative*” che il procedimento stesso (anche nella sua configurazione ordinaria) persegue, contemperano le esigenze di deflazione processuale con la tutela degli interessi particolari della vittima e del reo.

A conferma di ciò, l'art. 34 d. lgs. 274/2000, pur consentendo al giudice di pace di dichiarare la improcedibilità dell'azione penale “per particolare tenuità del fatto”, subordina tuttavia tale declaratoria, nel corso delle indagini preliminari, alla condizione che non risulti un interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento, e, dopo l'esercizio dell'azione penale, alla condizione che tale soggetto (o l'imputato) non si opponga. È evidente che, con questo “potere di veto”, si mira a sollecitare l'imputato ad assumere concrete iniziative rivolte al soddisfacimento delle istanze riparatorie della vittima.

Analogamente e ancor più significativamente, l'art. 35 dispone che il giudice di pace, sentite le parti e l'eventuale persona offesa, dichiari con sentenza la estinzione del reato se l'imputato, prima dell'udienza di comparizione, dimostri di aver proceduto alla riparazione del danno, con le restituzioni o il risarcimento, e di avere eliminato le conseguenze dannose o pericolose del fatto, sempre che le attività risarcitorie e riparatorie soddisfino le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione.

I due suddetti istituti, ampiamente proiettati in una prospettiva vittimologica, interpretano le esigenze della vittima, accentuando contemporaneamente la rilevanza premiale del risarcimento del danno. In questa luce, la sostituzione della “tradizionale” sanzione penale con quella “anomala” della riparazione dell'offeso soddisfa in maniera adeguata le pretese, sia civilistiche che penalistiche, della vittima, la quale, “ammorbidita” e “rabbonita” nelle sue pulsioni “revanchiste” dal risarcimento del danno, sarà più portata ad accettare il proscioglimento dell'imputato o l'applicazione a questi di una pena ridotta.

Inoltre, “costringendo” l'imputato ad un rapporto diretto, personale e responsabile con la vittima, gli istituti in oggetto svolgono anche indubbie funzioni di rieducazione.

In conclusione, sono fuori di dubbio la novità e l'importanza, sotto il profilo vittimologico, del procedimento davanti al giudice di pace. In esso, la vittima gode di strumenti di tutela diretti, rivolti a consentirle di "ottenere giustizia" in modo più efficace e in tempi più rapidi rispetto al procedimento ordinario. Occorre ricordare, in proposito, che (anche) il processo rappresenta un prolungamento e un aggravio delle sofferenze a cui il reato ha esposto la vittima.

In questa prospettiva, il "procedimento di pace" può rivestire un particolare rilievo in funzione "sperimentale": qualora i nuovi istituti a tutela della vittima permettessero di riscontrare buoni risultati "satisfattori" (ma i primi riscontri non sembrano incoraggianti), se ne potrebbe valutare l'opportunità dell'estensione al processo penale ordinario.

BIBLIOGRAFIA

- ALBAMONTE, *La riparazione del danno quale causa di estinzione del reato*, in *Riv. pen.*, 2002.
- AMODIO, *Solidarietà e difesa sociale nella riparazione alle vittime del delitto*, in AA.VV., *Vittime del delitto e solidarietà sociale*, Milano, 1975.
- AMODIO, *La persona offesa dal reato*, in *Studi in memoria di P. Nuvolone*, Milano, 1991.
- ANCEL, *Il problema della vittima nel diritto penale positivo e la politica criminale moderna*, in *Rev. int. droit pén.*, 1979.
- BELLANTONI, *La riparazione alle vittime del reato tra istanze "risarcitorie" e politica "assistenziale"*, in *Indice pen.*, 1985.
- BISI-FACCIOLI, *Con gli occhi della vittima. Approccio interdisciplinare alla vittimologia*, Milano, 2002.
- CALVANESE, *Il risarcimento a favore della vittima del reato: un'analisi delle previsioni normative*, in *Rass. it. crimin.*, 1998.
- CASAROLI, *La riparazione pubblica alle vittime del reato fra solidarietà sociale e politica criminale*, in *Indice pen.*, 1990.
- CORRERA-RIPONTI, *La vittima nel sistema italiano della giustizia penale*, Padova, 1990.
- DEL TUFO, *La tutela della vittima in una prospettiva europea*, in *Dir. pen. e processo*, 1999.
- GIARDA, *Il giudice di pace: una sperimentazione per il momento in funzione ancillare*, in AA.VV., *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Milano, 2000.
- GULOTTA-VAGAGGINI, *Dalla parte della vittima*, Milano, 1990.
- LAVARINI, *La tutela della vittima del reato nel procedimento penale davanti al giudice di pace*, in *Giust. pen.*, 2001.
- MARTUCCI, *Verso una legge generale per la tutela delle vittime?*, in *Dir pen. e processo*, 2003.
- MENDELSON, *Une nouvelle branche de la science biopsychosociale: la Victimologie*, in *Rev. Crimin. et Pol. Techn.*, 1956.
- PEPINO-SCATOLERO, *Vittime del delitto e vittimologia*, in *Delitti e pene*, 1992.
- PERONI, *Legislazione regionale e solidarietà per le vittime di atti criminosi: il caso Lombardia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1986.
- PISANI, *Giustizia e solidarietà per le vittime dei delitti di violenza*, in AA.VV., *Vittime del delitto e solidarietà sociale*, Milano, 1975.

- PISANI, *Per le vittime del reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989.
- RIVELLO, *Riflessioni sul ruolo ricoperto in ambito processuale dalla persona offesa dal reato e dagli enti esponenziali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992.
- ROXIN, *La posizione della vittima nel sistema penale*, in *Indice pen.*, 1989.
- SAMMARCO, *Considerazioni sulla persona offesa dal reato nel nuovo codice di procedura penale*, in *Giust. pen.*, 1989.
- SARZANA, *Giustizia per le vittime*, in *Quaderni giust.*, 1986.
- TRANCHINA, *La "vittima" del reato nel sistema penale italiano*, in AA.VV., *Dalla parte della vittima*, Milano, 1980.

ABSTRACT

The essay provides for an overview of the role played by the victims of the offence within the current criminal law system, with particular reference to the reforms aimed at improving their conditions.

Il saggio traccia il quadro attuale dalla posizione della vittima del reato nel sistema penale, analizzando le diverse forme di intervento legislativo in suo favore.

ALESSANDRO BERNARDI

FALSO IN BILANCIO E DIRITTO COMUNITARIO (*)

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Le forme di condizionamento esercitate dal diritto comunitario sulle scelte punitive nazionali. — 3. Le conseguenze derivanti dalla violazione del principio di fedeltà comunitaria in tema di sanzioni. — 4. Le differenti questioni sollevate dai giudici di Lecce e di Milano in merito all'attuale regolamentazione del falso in bilancio. — 5. (segue). La questione relativa alla complessiva inadeguatezza della disciplina sanzionatoria prevista dall'art. 2621 c.c. — 6. Conclusioni.

1. Premessa.

I rapporti intercorrenti tra l'attuale disciplina del falso in bilancio⁽¹⁾ e il diritto comunitario risultano suggestivi e complessi. Non a caso ad essi sono state dedicate, in un arco brevissimo di tempo, numerose pubblicazioni di diversa impostazione, ma quasi sempre di notevole livello⁽²⁾.

(*) *Testo, rivisto e integrato di note, della relazione svolta in occasione del Convegno su "La riforma del diritto penale societario e fallimentare" (Università di Parma, 12 dicembre 2002).*

⁽¹⁾ Preveduta dal d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, "Disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali, a norma dell'art. 11 della legge 3 ottobre 2001, n. 366".

⁽²⁾ Cfr., tra gli altri, *Il Falso in bilancio*, a cura di Mastroianni, Napoli, 2003; FOFFANI, *Verso un nuovo diritto penale societario: i punti critici della legge delega*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3247 ss.; DI MARTINO, *Disciplina degli illeciti societari in bilico tra legalità nazionale e legittimità comunitaria*, in *Guida al diritto*, 2002, n. 45, p. 113 ss.; ESPOSITO FARELLO, *Le false comunicazioni sociali tra Corte europea e Corte costituzionale*, in *Dir. giust.*, 2003, n. 4, p. 99 ss.; GIUNTA, *La vicenda delle false comunicazioni sociali. Dalla selezione degli obiettivi di tutela alla cornice degli interessi in gioco*, in *Riv.*

In questa mia relazione non pretendo quindi approfondire ulteriormente un tema che è stato oggetto di così attente indagini, dirette a sviscerare vuoi gli eventuali problemi di illegittimità comunitaria delle nuove norme in tema di falso in bilancio, vuoi i singoli ricorsi interpretativi proposti davanti alla Corte di Giustizia per sondare l'eventuale incostituzionalità *ex artt.* 11 e 117 Cost. delle suddette norme. Mi prefiggo piuttosto di ripercorrere e riassumere le principali questioni che fanno da sfondo a tali ricorsi, al fine di offrire alcuni strumenti conoscitivi necessari per cogliere il senso dell'attuale dibattito. Anche perché la complessità dei problemi posti sul tappeto necessita di conoscenze abbastanza approfondite in ordine ai rimedi offerti dal diritto comunitario nei casi in cui il diritto interno si riveli in contrasto con esso. Del resto, una prova evidente di tale complessità è costituita proprio dalle diverse prospettive date dai singoli organi giurisdizionali nazionali all'identico problema rappresentato dalla presunta illegittimità delle norme in tema di falso in bilancio.

2. Le forme di condizionamento esercitate dal diritto comunitario sulle scelte punitive nazionali.

L'attuale inesistenza di una vera e propria competenza penale della Comunità europea⁽³⁾ — e dunque l'impossibilità di adottare, quantomeno

trim. dir. pen. econ., 2003, p. 601 ss, in particolare p. 650 ss.; INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione. Dalle vicende del falso in bilancio ad un nuovo riparto costituzionale nella attribuzione di poteri?*, Milano, 2003; in particolare p. 59 ss.; LETTIERI, *Falso in bilancio e diritto comunitario. Incertezze sulla conformità della riforma alle norme UE*, in *Diritto e giustizia*, 2002, n. 46, p. 48 ss.; MANES, *Il nuovo "falso in bilancio" al cospetto della normativa comunitaria*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1316 ss.; SALCUNI, *Le false comunicazioni sociali: questioni di legittimità costituzionale e obblighi comunitari di tutela*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 843 ss.; SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, *ivi*, 2002, p. 171 ss.

⁽³⁾ In questo senso cfr., per tutti e limitatamente alla dottrina in lingua italiana, BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, in *Quaderni fiorentini. Per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 31 (2002), tomo II, p. 471 ss.; DANNECKER, *Armonizzazione del diritto penale all'interno della Comunità europea*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, p. 961 e bibliografia ivi riportata; GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, Milano, 1989, p. 41 ss.; *Id.*, *Relazione di sintesi*, in *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione*, a cura di Grasso, Milano, 2000, p. 396; PEDRAZZI, *L'influenza della produzione giuridica della CEE sul diritto penale italiano, L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milano, 1982, p. 612; RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, Padova, 1984 p. 5 ss.; SIEBER, *Unificazione europea e diritto penale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1991, p. 976.

nell'ambito del primo pilastro dell'Unione⁽⁴⁾, vere e proprie norme incriminatrici di fonte sovrastatale⁽⁵⁾ — non equivale a escludere che il diritto comunitario possa imporre agli organi nazionali di produzione normativa la creazione di una apposita disciplina sanzionatoria atta a garantire il rispetto dei testi di fonte "europea". Ed infatti, il varo di norme CE a carattere precettivo implica a carico degli Stati membri un vero e proprio obbligo giuridico di apprestare tutela alle suddette norme attraverso il ricorso ad apposite sanzioni.

Tale obbligo sussiste anche nei casi in cui gli atti comunitari contenenti le norme in questione nulla dicano in ordine alle scelte punitive che gli Stati debbono attuare per la tutela dei relativi precetti CE⁽⁶⁾. Infatti, in base all'art.

(4) Con terminologia ormai entrata nel linguaggio corrente dei comunitaristi e degli stessi penalisti, si suole appunto dire che il Trattato di Maastricht ha dato vita ad un'Unione europea edificata su tre pilastri. Più precisamente, tale trattato ha introdotto, accanto al "pilastro" comunitario (CE, CEECA, Euratom), due ulteriori "pilastri", corrispondenti a nuovi settori d'intervento non afferenti al tradizionale contesto proprio delle Comunità, ed organizzati non già in forma comunitaria bensì, rispettivamente, in forma confederale e intergovernativa, dunque secondo meccanismi diplomatici di tipo tradizionale. Come noto, il secondo pilastro (previsto dal titolo V del Trattato sull'Unione europea) istituisce una politica estera e di sicurezza comune, fissandone gli obiettivi ed indicandone le modalità di perseguimento. Viceversa il terzo pilastro (previsto dal titolo VI del Trattato sull'Unione europea) disciplina la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale.

(5) In effetti, non sono rinvenibili all'interno dei testi varati a Bruxelles autonome norme incriminatrici volte a prevedere, in caso di violazione, l'irrogazione di sanzioni criminali. Tuttavia, per l'analisi di talune problematiche disposizioni comunitarie che, attraverso la c.d. tecnica della estensione diretta di fattispecie penali interne sembrerebbero configurarsi come vere e proprie norme penali a carattere sovrastatale cfr., tra gli altri, GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, cit., pp. 129 ss., e bibliografia ivi riportata; JESCHECK, *L'oggetto del diritto penale internazionale e la sua più recente evoluzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 643 ss.; NUZZO, *Rilevanza delle norme comunitarie e delle norme regionali nei reati pretorili*, in *Giust. pen.*, 1996, II, c. 6; SGUBBI, voce *Diritto penale comunitario*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, 1990, p. 98 ss.; TIEDEMANN, *Diritto comunitario e diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, p. 214-215.

(6) Nel diritto comunitario derivato è infatti possibile distinguere tra atti privi di indicazioni sanzionatorie e atti che contengono esplicite prescrizioni sul punto. All'interno poi di questi ultimi è poi opportuno distinguere tra quelli, più numerosi, che si limitano ad imporre agli Stati di colpire con sanzioni (eventualmente definite, di volta in volta "adeguate", "proporzionate", "efficaci", ecc.) le violazioni delle relative norme e quelli assai, assai più rari, che contengono precise indicazioni in merito all'entità, alla tipologia o alle funzioni delle sanzioni applicabili da parte degli Stati membri (cfr., ad esempio, l'art. 3 reg. CEE n. 2262/84 "che prevede misure speciali nel settore dell'olio d'oliva", in *GUCE*, L 208 del 3 agosto 1984, p. 11 ss.; nonché l'art. 11 *quater* reg. CEE n. 3483/88 del Consiglio del 7 novembre 1988 "che modifica il regolamento (CEE) n. 2241/87 che istituisce alcune misure di controllo delle attività di pesca", in *GUCE*, L 306 dell'11 novembre 1988, p. 2 ss.). Per contro, a tutt'oggi in nessun atto comunitario è possibile rinvenire puntuali obblighi di incriminazione, in

10 comma primo TCE ⁽⁷⁾, gli Stati membri sono tenuti ad adottare tutte le misure, anche a carattere sanzionatorio, atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi previsti dal diritto "europeo" primario e secondario; inoltre, ai sensi dell'art. 228 TCE, l'accertamento ad opera della Corte di giustizia del mancato rispetto di tali obblighi da parte di uno Stato membro comporta l'onere per quest'ultimo di prendere i provvedimenti del caso, pena l'instaurazione di una ulteriore procedura di infrazione davanti alla Corte di giustizia e financo l'irrogazione di una sanzione pecuniaria a carico dello Stato in questione.

Per altro verso, occorre comunque ricordare che, in base anche ma non solo all'art. 10 comma 2 TCE ⁽⁸⁾, in sede di attuazione del diritto comunitario gli Stati membri sono altresì tenuti a non fare ricorso a sanzioni eccessivamente severe, o meglio a non prevedere e applicare sanzioni che si rivelino non strettamente necessarie in relazione alla tutela degli interessi in gioco ⁽⁹⁾. In definitiva, il principio di fedeltà comunitaria (o di leale cooperazione) sancito all'art. 10 TCE impone al diritto interno di porsi quale "braccio armato" del diritto comunitario, sia pure nel rispetto di un criterio proporzionalistico tendente ad escludere l'impiego di misure punitive sovradimensionate in rapporto alle esigenze sottese a tale principio.

quanto sinora tutti i progetti di atti orientati in tal senso si sono invariabilmente arenati a causa del comportamento ostruzionistico degli Stati membri. Cfr., da ultimo, la "Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla tutela penale degli interessi finanziari della Comunità", COM (2001) 272, in *GUCE C* 240 E del 28 agosto 2001 pag. 125 ss.; nonché la "Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale", COM (2001) 139 def., in *GUCE C* 180 E del 26 giugno 2001, pag. 238, i cui contenuti sono stati trasposti nella Decisione quadro 2003/80/GAI del Consiglio, del 27 gennaio 2003.

⁽⁷⁾ Ai sensi del quale "Gli Stati membri adottano tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità. Essi facilitano quest'ultima nell'adempimento dei propri compiti".

⁽⁸⁾ Ai sensi del quale gli Stati membri "si astengono da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi" del Trattato CE.

⁽⁹⁾ In effetti, a seguito di numerosi ricorsi pregiudiziali alla Corte di giustizia, effettuati ex art. 234 TCE da giudici nazionali dubbiosi della conformità al diritto comunitario di talune scelte punitive del legislatore interno — la Corte di giustizia ha a più riprese affermato senza mezzi termini che le sanzioni utilizzate dallo Stato in settori normativi nei quali la Comunità vantava una competenza esclusiva o concorrente dovevano ritenersi in contrasto con la normativa "europea", in quanto eccessive tenuto conto della natura dell'illecito, del comportamento dell'autore, e di altri eventuali "indici" di gravità del fatto. Cfr., per tutte, sent. 26 febbraio 1975, causa 67/74 (*Bonsignore*), in *Racc.*, 1975, p. 306-307; sent. 8 aprile 1976, causa 48/75, (*Royer*), in *Racc.*, 1976, p. 517; sent. 7 luglio 1976, causa 118/75 (*Watson e Belmann*), in *Racc.*, 1976, p. 1189; sent. 15 dicembre 1976, causa 41/76, (*Donckerwolcke*), in *Racc.*, 1976, p. 1936. Cfr. altresì, per tutte, sent. 25 febbraio 1988, causa 299/86, (*Drexler*), in *Racc.*, 1988, p. 13 ss.

A questo punto, è tuttavia importante sottolineare che nel dare attuazione alle prescrizioni di derivazione “europea”, gli Stati membri sono tenuti ad evitare non solo ogni eccesso punitivo, ma anche ogni risposta sanzionatoria inadeguata per difetto. In effetti la Corte di giustizia, dopo aver in un primo periodo affermato che in base a tale principio gli Stati CE erano del tutto liberi di scegliere le sanzioni interne atte a colpire le violazioni degli obblighi di fonte comunitaria⁽¹⁰⁾, ha mutato progressivamente il proprio punto di vista, sull’onda per vero di alcuni episodi in cui gli Stati membri avevano dimostrato d’aver fatto un cattivo uso di questo amplissimo potere discrezionale. Così, già a partire dalla prima metà degli anni ’80, i giudici di Lussemburgo hanno sostenuto l’assoluta inadeguatezza del ricorso a sanzioni puramente simboliche in caso di mancato rispetto a norme “europee” di diritto derivato⁽¹¹⁾, sottolineando come gli Stati fossero tenuti a dare attuazione alla normativa comunitaria attraverso il ricorso a sanzioni “appropriate” in quanto funzionali al perseguimento delle loro finalità preventive. A partire dalla fine degli anni ’80, poi, questi stessi giudici hanno ulteriormente precisato tali vincoli sanzionatori: essi hanno cioè stabilito che le violazioni del diritto comunitario devono essere punite nei Paesi membri non solo con sanzioni analoghe a quelle previste per le violazioni del diritto interno simili per natura e gravità (cosiddetto “*principio di assimilazione*”); ma anche, sempre e comunque, con sanzioni effettive, adeguate alla gravità del fatto e dissuasive (cosiddetto “*principio di efficacia-proporzionalità*”)⁽¹²⁾. In particolare, con riferimento a quest’ultimo principio, la Corte di giustizia si è spinta ad affermare che in relazione alle più gravi violazioni del diritto

⁽¹⁰⁾ Cfr. sent. 2 febbraio 1977, causa 50/76 (*Amsterdam Bulb BV*), in *Racc.*, 1977, p. 150. Sul punto cfr., per tutti, GRASSO, *La formazione di un diritto penale dell’Unione europea*, in *Prospettive di un diritto penale europeo*, Milano, 1998, p. 9 ss.

⁽¹¹⁾ Cfr., per tutte, sentt. 10 aprile 1984, cause 14/83 (*von Colson*) e 76/83 (*Harz*), in *Racc.*, 1984, pp. 1908 e 1941.

⁽¹²⁾ Cfr. Corte di giustizia, sent. 21 settembre 1989, causa C-68/88 (*Commissione c. Grecia*), in *Racc.*, 1989, p. 2965 ss.; sent. 10 luglio 1990, causa C-326/88 (*Hansen*), cit., p. 2935; sent. 2 ottobre 1991, causa C-7/90 (*Vandevenne*), in *Racc.*, 1991, p. 4387; sentt. 8 giugno 1994, cause C-382/92 e C-383/92 (*Commissione c. Regno Unito*), in *Racc.*, 1994, p. 2475 e p. 2494; sent. 26 ottobre 1995, causa 36/94 (*Siesse*), in *Racc.*, 1995, p. 3573; sent. 12 settembre 1996, cause riunite C-58/95, C-75/95, C-112/95, C-119/95, C-123/95, C-135/95, C-140/95, C-141/95, C-154/95, C-157/95 (*Gallotti*), in *Racc.*, 1996, p. 4345; sent. 27 febbraio 1997, causa C-177/95 (*Ebony*), in *Racc.*, 1997, p. 1143 e in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 309, con nota di RIONDATO; sent. 8 luglio 1999, causa C-186/98 (*Nunes*), in *Racc.*, 1999, p. 4883; sent. 18 ottobre 2001, causa C-354/99 (*Commissione c. Irlanda*), in *Racc.*, 2001, p. 7657; sent. 30 settembre 2003, causa C-167/01, (*Kamer von Koophandel*), in *Racc.*, 2003, punto 62. In merito ai problemi di coordinamento tra i principi di assimilazione e di efficacia-proporzionalità cfr., volendo BERNARDI, *Profili di incidenza del diritto comunitario sul diritto penale agroalimentare*, in *Aspetti penali del diritto agro-ambientale ed agro-alimentare*, Milano, 1999, p. 127 ss.

comunitario solo sanzioni di natura penale potrebbero essere riconosciute proporzionate⁽¹³⁾.

L'esame della giurisprudenza di Lussemburgo porta dunque a concludere che dall'assenza di regolamenti e direttive contenenti obblighi espressi di incriminazione a carico dei Paesi membri⁽¹⁴⁾ non è lecito dedurre l'impossibilità assoluta per il diritto comunitario di sancire obblighi siffatti, in quanto questi ultimi possono discendere, in via generale, dagli sviluppi del principio di fedeltà comunitaria di cui all'art. 10 comma 1 TCE. Tale conclusione appare del resto in linea con le finalità dei Trattati e della legislazione derivata, tenuto conto del fatto che risulterebbero esiziali per il mercato unico oasi di impunità (o di insufficiente punibilità) rispetto a taluni comportamenti realizzati in violazione di norme di fonte "europea".

3. *Le conseguenze derivanti dalla violazione del principio di fedeltà comunitaria in tema di sanzioni.*

Occorre ora prendere in esame le differenti ipotesi in cui, per quanto concerne l'attuazione sanzionatoria degli atti di diritto derivato, venga eluso da parte dei Paesi membri l'obbligo di leale cooperazione sancito dall'art. 10 TCE.

a) La prima ipotesi si ha laddove il suddetto obbligo venga disatteso a causa del ricorso a *sanzioni nazionali ab origine sproporzionate per eccesso, ovvero, più in generale, ad una disciplina sanzionatoria nel suo complesso troppo severa*. In tale ipotesi, in ragione del primato e dell'effetto diretto del diritto comunitario sul diritto interno, è ormai pacifico che le fattispecie sanzionatorie in questione debbano essere disapplicate (o meglio, "non applicate")⁽¹⁵⁾ dal giudice nazionale, a causa del loro contrasto con il diritto

⁽¹³⁾ Cfr., in particolare, ord. 13 luglio 1990, causa C2/88 (*Zwartveld*), in *Racc.*, 1990, p. 3365 ss.; sent. 28 gennaio 1999, C-77/97, (*Oesterreichische Unilever GmbH e Smithkline Beecham Markenartikel GmbH*), in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 447, con nota di RIONDATO. In dottrina cfr., in particolare, RIZZA, *La sanzione delle violazioni da parte dei singoli di norme comunitarie dirette alla protezione degli interessi finanziari della Comunità nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione*, cit., p. 118-119. Circa l'obbligo per gli Stati membri (non solo di prevedere in astratto, ma) di applicare in concreto sanzioni penali in relazione ad atti di violenza commessi su mezzi destinati a trasportare prodotti agricoli di un altro Stato membro per impedire la libertà degli scambi intracomunitari sancita dall'art. 28 TCE, cfr. Corte di giustizia, sent. 9 dicembre 1997, in *Racc.*, 1997, p. I-6959 ss., in particolare punti 48 ss.

⁽¹⁴⁾ Cfr., *supra*, sub nt. 5.

⁽¹⁵⁾ Cfr., sul punto, le precisazioni fornite dalla Corte costituzionale, in particolare, nella sentenza 18 aprile 1991, n. 168, in *Giur. cost.*, 1991, p. 1409 ss., punto 4 della motivazione in diritto, con osservazione di SORRENTINO, *Delegazione legislativa e direttive comunitarie direttamente applicabili*.

comunitario⁽¹⁶⁾. Sempre in virtù del primato del diritto CE e a fini di certezza giuridica, successivamente alla disapplicazione da parte del giudice, il legislatore nazionale è tenuto a abrogare la norma interna contrastante col diritto comunitario, ovvero a modificarla o sostituirla⁽¹⁷⁾, nel nostro caso diminuendone la portata afflittiva.

Tutto ciò, beninteso, laddove il suddetto contrasto appaia al giudice stesso da un lato non sanabile attraverso il ricorso al proprio potere discrezionale in sede di commisurazione della pena⁽¹⁸⁾, dall'altro lato assolutamente indiscutibile. Viceversa, nei casi in cui il giudice abbia solo dei dubbi in merito all'eventuale illegittimità comunitaria della disciplina sanzionatoria, questi potrà (e se di ultima istanza dovrà) ricorrere pregiudizialmente alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 234 TCE per comprendere, attraverso l'interpretazione autentica del diritto comunitario offerta dalla Corte stessa, se la disciplina sanzionatoria in questione sia conforme o meno al diritto "euro-

(16) Cfr., per tutti, BERNARDI, *La tutela penale dell'ambiente in Italia: prospettive nazionali e comunitarie*, in *Annali dell'Università di Ferrara - Scienze giuridiche - Saggi IV*, Ferrara, 1997, p. 92 ss.; GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, cit., p. 269 ss.; MANACORDA, *Unione europea e sistema penale: stato della questione e prospettive di sviluppo*, in *Studium iuris*, 1997, p. 947 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1992, p. 953; PEDRAZZI, *Droit communautaire et droit pénal des Etats membres*, cit., p. 57 ss.; RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, cit., p. 102 ss. e p. 206 ss.; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano, 1995, p. 34; TIEDEMANN, *Diritto comunitario e diritto penale*, cit., pp. 213-214.

Permane tuttavia, in dottrina, una posizione assolutamente minoritaria per la quale il principio della riserva assoluta di legge risulterebbe preclusivo di qualsiasi forma di incidenza del diritto comunitario sul diritto penale, e dunque anche di una eventuale compressione su impulso comunitario dell'ambito d'operatività delle fattispecie penali. Cfr., in questo senso, BERTOLINI, *Il diritto comunitario ambientale e l'ordinamento nazionale. Difficoltà di integrazione e prospettive di sviluppo*, in *Tutela ambientale: diritto nazionale e principi comunitari. Quaderni C.S.M.*, 1990, n. 35, p. 74; PATRONO, *Diritto penale dell'impresa e interessi umani fondamentali*, Padova, 1993, p. 166 ss.

(17) Cfr. Corte di giustizia, sent. 15 ottobre 1986, causa (*Commissione c. Repubblica italiana*), in *Dir. com. scambi intern.*, 1987, p. 105 ss., con nota di ZILIOLO, *Recenti sviluppi sul contrasto tra norme nazionali e disposizioni comunitarie*, p. 110 ss. In argomento cfr., per tutti, RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, cit., p. 40.

(18) Merita infatti di essere sottolineato che, in base alla giurisprudenza della Corte di giustizia (cfr., in particolare, sent. 14 luglio 1977, causa 8/77 (*Sagulo*), in *Racc.*, 1977, p. 1507) "Qualora uno Stato membro non abbia adattato la propria legislazione alle esigenze derivanti in materia dal diritto comunitario, il giudice nazionale dovrà far uso della libertà di valutazione riservatagli, al fine di pervenire all'applicazione di una pena adeguata alla natura e allo scopo delle norme comunitarie di cui si vuole reprimere l'infrazione". Vero è, peraltro, che tale attività di "correzione" da parte del giudice delle scelte sanzionatorie del legislatore interno incontra un limite invalicabile nei compassi edittali fissati da quest'ultimo, e comunque non risulta scevra di inconvenienti. In argomento cfr., diffusamente, BERNARDI, *"Principi di diritto" e diritto penale europeo*, in *Annali dell'Università di Ferrara — Scienze Giuridiche*, vol. II, 1988, p. 201 ss.

peo”, e segnatamente al principio di fedeltà comunitaria. È importante sottolineare che, nel suo ricorso, il giudice nazionale non può chiedere alla Corte di Giustizia di giudicare essa stessa in via diretta la compatibilità o meno della norma interna con il diritto CE. Infatti questo compito spetta al giudice nazionale, una volta che questi sia stato illuminato dalle risposte della Corte di Giustizia in relazione ai reali vincoli sanzionatori di fonte comunitaria. Va tuttavia sottolineato che spesso, nella prassi, la Corte di Giustizia “procede ad un esame talmente approfondito dei problemi di interpretazione sollevati alla luce delle informazioni sui fatti portati alla sua conoscenza, che la responsabilità del giudice nazionale e il potere discrezionale di cui dispone quanto alla decisione che deve pronunciare sul merito sono notevolmente limitati (...). Nello stesso ordine di idee occorre ancora segnalare che le giurisdizioni di tanto in tanto approfittano del fatto che la Corte di giustizia è disposta a fornire loro ogni assistenza possibile, sottoponendole in base all’art. 177 [ora 234] TCE tutti gli elementi di una causa, con l’indicazione dichiarata o implicita di ottenere dalla Corte che essa prenda posizione sul merito della controversia”⁽¹⁹⁾.

b) La seconda ipotesi si riscontra nel caso in cui le prescrizioni comunitarie vengano disattese a causa del ricorso a *sanzioni nazionali ab origine sproporzionata per difetto ovvero, più in generale, ad una disciplina punitiva troppo indulgente*. In questa ipotesi, diversamente da quanto accade in quella precedente, la norma (o le norme) sanzionatoria interna viziata di illegittimità comunitaria non si disapplica (sennò la tutela da essa apprestata, già di per sé insufficiente, cesserebbe del tutto). Resta il fatto che anche nell’ipotesi in esame è dato riscontrare una violazione del principio di fedeltà comunitaria, cui lo Stato può e deve porre rimedio modificando la propria disciplina sanzionatoria così da sanarne l’insufficienza, e dunque comminando misure punitive più adeguate. Qualora non provveda in tal senso, a seguito di procedura d’infrazione ex artt. 226 ss. TCE esso può essere condannato dalla Corte di giustizia al pagamento di una somma forfettaria o di una penalità (cfr. art. 228 TCE).

c) La terza ipotesi sussiste nel caso in cui *la disciplina sanzionatoria nazionale risultasse in un primo momento adeguata (rectius, non inadeguata) in relazione alla normativa comunitaria di riferimento, per divenire poi, a causa di una successiva riforma del legislatore interno, sproporzionata per eccesso o per difetto*. Nel caso in questione, il giudice nazionale non dovrebbe disapplicare direttamente la nuova legge: anche perché, così facendo, non riuscirebbe a far rivivere la precedente e più congrua disciplina sanzionatoria

⁽¹⁹⁾ RASMUSSEN, *La Corte di Giustizia*, in *Trent’anni di diritto comunitario*, Bruxelles-Lussemburgo, 1981, p. 184. Cfr., ad esempio, all’interno di una ricca giurisprudenza, Corte di giustizia, sent. 29 giugno 1978, causa 154/77 (*Deckman*), in *Racc.*, 1978, p. 1571; Id., sent. 12 ottobre 1978, causa 13/78 (*Eggers*), *ivi*, p. 1935.

ormai travolta dall'intervento del legislatore⁽²⁰⁾. Il percorso privilegiato per porre rimedio a tale situazione di inadeguatezza comunitaria diventa allora quello del sindacato di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 11 Cost. e dell'art. 117 Cost. così come modificato dalla legge costituzionale n. 3 del 2001⁽²¹⁾. Ovviamente, anche in questo caso il giudice potrà, nelle situazioni dubbie, proporre pregiudizialmente un ricorso interpretativo alla Corte di giustizia per ottenere una risposta idonea a fare chiarezza sull'eventuale illegittimità comunitaria della riforma in questione; illegittimità che giustificerebbe, di rimbalzo, il ricorso alla Consulta in vista della declaratoria di incostituzionalità della riforma stessa.

4. *Le differenti questioni sollevate dai giudici di Lecce e di Milano in merito all'attuale regolamentazione del falso in bilancio.*

Ora, i ricorsi pregiudiziali alla Corte di giustizia effettuati dai nostri giudici in ordine all'attuale normativa in materia di falso in bilancio concernono la terza delle summenzionate ipotesi di elusione da parte dei Paesi membri dell'obbligo di leale cooperazione (art. 10 TCE). Detti ricorsi si incentrano, infatti, su una disciplina sanzionatoria in origine verosimilmente adeguata poi resa — in ipotesi — inadeguata per difetto ad opera di un successivo intervento del legislatore nazionale. Nell'impossibilità di prendere in esame tutte le diverse questioni sollevate, volta a volta, dalla Corte d'Appello di Lecce⁽²²⁾, dalle sezioni I e IV del Tribunale di

⁽²⁰⁾ Per contro, ritiene che la disapplicazione per illegittimità comunitaria della nuova norma sul falso in bilancio possa far rivivere la precedente incriminazione, sia pure con effetti limitati al caso concreto, APRILE, *Note a margine di una domanda di pronuncia pregiudiziale di interpretazione di norme comunitarie, rivolta dal giudice penale alla Corte di giustizia delle Comunità europee in relazione alla nuova disciplina delle false comunicazioni sociali di cui al d.lg. n. 61 del 2002*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 657.

⁽²¹⁾ Infatti, all'eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale in merito alla vigente normativa in tema di falso in bilancio conseguirebbe una "reviviscenza" della precedente, più severa normativa in materia. "Reviviscenza" la quale peraltro da un lato assumerebbe profili diversi "a seconda dell'ampiezza del contenuto normativo valutato illegittimo, valutazione a sua volta condizionata dalle statuizioni della Corte di giustizia", dall'altro assumerebbe effetti diversi a seconda che i fatti di falso siano o meno stati "commessi prima dell'entrata in vigore della 'norma di favore'" MANES, *Il nuovo "falso in bilancio" al cospetto della normativa comunitaria*, cit., p. 1331, cui si rinvia per più ampi sviluppi sul punto.

⁽²²⁾ Ord. 7 ottobre 2002, in *Guida dir.*, 2002, n. 45, p. 84 ss.; in *Cass. pen.*, p. 640 ss., con nota di APRILE, *Note a margine di una domanda di pronuncia pregiudiziale di interpretazione di norme comunitarie, rivolta dal giudice penale alla Corte di giustizia delle Comunità europee in relazione alla nuova disciplina delle false comunicazioni sociali di cui al d.lg. n. 61 del 2002*, cit., p. 651 ss.; in *Dir. prat. società*, 2002, n. 23, p. 69 ss., con commento di CERQUA.

Milano⁽²³⁾, ovvero le questioni proposte dal pubblico ministero di Milano ma dichiarate manifestamente infondate o inammissibili dalla sezione II del Tribunale di Milano⁽²⁴⁾, ci limiteremo a dire che esse riguardano:

a) la previsione del regime di procedura a querela di parte per il reato di cui all'art. 2622 c.c., e per contro la perseguibilità d'ufficio del meno grave reato di cui art. 2621 c.c.;

b) l'inammissibilità per soggetti terzi che non siano soci o creditori di presentare la querela *ex art.* 2622 c.c.;

c) la fissazione nei nuovi artt. 2621 e 2622 di soglie di rilevanza penale in caso di falso in bilancio;

d) le carenze di effettività, proporzionalità e capacità dissuasiva riscontrabili nella complessiva disciplina sanzionatoria dettata dall'art. 2621, tenuto anche conto delle norme e della prassi di diritto sostanziale e processuale vigenti nel nostro Paese.

In merito alle prime tre questioni basterà in questa sede osservare che:

a) la perseguibilità a querela di parte del reato di cui all'art. 2622 e per contro la perseguibilità d'ufficio del meno grave reato di cui all'art. 2621 sembrerebbe l'argomento meno significativo tra quelli sollevati dai nostri giudici nazionali, per le ragioni esposte con sufficiente chiarezza dalla sezione II del tribunale di Milano, qui impossibili da riassumere⁽²⁵⁾;

b) la previsione nell'art. 2622 c.c. di una querela da cui vengono esclusi quanti non siano soci o creditori è più rilevante: anche se probabilmente tocca direttamente una questione di incostituzionalità per violazione del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.) che non parrebbe dover necessariamente passare attraverso un giudizio di illegittimità comunitaria. Resta il fatto che, in una sua importante sentenza riferita alla disciplina tedesca posta a tutela del bilancio, la Corte di giustizia ha già avuto modo di stabilire che l'art. 6 della direttiva 68/151 CEE (c.d. 'prima direttiva') "osta alla legge di uno Stato membro che preveda solo per i soci, i creditori nonché la commissione interna centrale o la commissione interna di una società il diritto di chiedere una sanzione"⁽²⁶⁾. In questo caso, infatti, l'ordinamento nazionale non garantirebbe misure punitive adeguate a tutelare l'interesse dei terzi ad essere

⁽²³⁾ Ord. 26 ottobre 2002 della sez. I, in *Guida dir.*, 2002, n. 45, p. 93 ss.; ord. 29 ottobre 2002 della sez. IV, *ivi*, p. 97 ss. In epoca successiva allo svolgimento della presente relazione, questioni in larga misura analoghe sono state sollevate anche da Trib. Torino, ord. 13 gennaio 2003, in *Dir. prat. società*, 2003, n. 5, p. 71 ss., con commento di PERINI.

⁽²⁴⁾ Ord. 5 novembre 2002, in *Guida dir.*, 2002, n. 45, p. 107 ss., e in *Dir. prat. società*, 2002, n. 24, p. 72 ss., con commento di CERQUA.

⁽²⁵⁾ Cfr. ord. 5 novembre 2002, *cit.*, p. 109 ss.

⁽²⁶⁾ Sent. 4 dicembre 1997, causa C-97-96 (*Daihatsu Deutschland*), punto 23.

informati del bilancio societario, con conseguente violazione degli obblighi comunitari ⁽²⁷⁾.

c) la fissazione di soglie di rilevanza penale nei nuovi artt. 2621 e 2622 c.c. — con relativa possibilità di pubblicare senza conseguenze penali dati falsi di bilancio entro determinati limiti percentualistici (5% del risultato economico d'esercizio, 1% del patrimonio netto, 10% in relazione a valutazioni estimative singolarmente considerate) — sembrerebbe ad una prima indagine confliggere con quanto sancito dalla direttiva 78/660 CEE ⁽²⁸⁾, che prevede per gli Stati membri l'obbligo di dare vita a una disciplina in base alla quale i conti annuali di certi tipi di società (S.p.A., in accomandita per azioni, S.r.l.) siano tali "da fornire un quadro fedele della situazione patrimoniale, di quella finanziaria nonché del risultato economico della società" (art. 2 della direttiva). Ciò tenuto conto anche del fatto che, sempre in base alla direttiva in questione, risulterebbe "necessario che nella Comunità si stabiliscano condizioni giuridiche equivalenti quanto alle informazioni finanziarie che devono essere fornite al pubblico". L'interpretazione che verrà offerta dalla Corte di giustizia in relazione alle disposizioni contenute nella direttiva in questione dovrebbe consentire ai giudici nazionali di appurare se questa sensazione sia o meno esatta.

5. (segue). *La questione relativa alla complessiva inadeguatezza della disciplina sanzionatoria prevista dall'art. 2621 c.c.*

Il problema in ordine alla presunta carenza di effettività, proporzionalità e capacità dissuasiva della disciplina sanzionatoria dettata dall'art. 2621 c.c. costituisce verosimilmente la più significativa delle questioni sollevate nei suddetti ricorsi. Al riguardo, una interessante chiave di lettura utile alla soluzione del problema in esame sembra suggerita dalla stessa sezione I del Tribunale di Milano, la quale nel suo ricorso in via pregiudiziale alla Corte di giustizia chiede a tale organo "di precisare ulteriormente se i criteri di effettività proporzionalità e dissuasività siano riferiti alla natura o al tipo della sanzione astrattamente considerata ovvero alla sua concreta applicabilità tenuto conto delle caratteristiche strutturali dell'ordinamento cui afferisce". Così formulata, la domanda risulta argutamente maliziosa e comunque, per così dire, retorica; è chiaro infatti che se *il concetto di proporzionalità della sanzione* potrebbe fors'anche essere inteso — sia pure con un'evidente

⁽²⁷⁾ In argomento cfr. gli approfondimenti di SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, cit., p. 176-177, cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici. Sull'inadeguatezza dell'attuale disciplina sanzionatoria italiana in rapporto all'importanza dell'interesse di soggetti terzi alla trasparenza societaria cfr. GIUNTA, *La vicenda delle false comunicazioni sociali. Dalla selezione degli obiettivi di tutela alla cornice degli interessi in gioco*, cit., p. 672.

⁽²⁸⁾ Integrata dalle direttive 83/349 CEE e 90/605/CEE.

forzatura logica — in un’accezione puramente formalistica, *i concetti di effettività e di capacità dissuasiva della risposta punitiva* rifuggono dall’essere interpretati con esclusivo riferimento alla pena astrattamente comminata dal legislatore interno. Appare infatti indiscutibile che i suddetti concetti evochino parametri “sostanzialistici” di adeguatezza ed efficacia i quali non possono prescindere da una complessiva valutazione del sistema sanzionatorio nazionale. Valutazione da effettuarsi, in particolare, tenendo conto dei termini di prescrizione previsti per le contravvenzioni⁽²⁹⁾, dell’esistenza di tre gradi di giudizio, della durata media dei processi in Italia, dalle caratteristiche di complessità di regola riscontrabili nei processi per falso in bilancio⁽³⁰⁾, atte a renderli verosimilmente di durata il più delle volte superiore a quella media, e superiore addirittura ai tempi di prescrizione. Se si considerano tutti questi fattori, sembra davvero di poter concordare (seppure in base ad argomentazioni non coincidenti) con quella parte della dottrina secondo la quale contravvenzionalizzare il falso in bilancio punendolo con un arresto di durata massima di un anno e sei mesi non solo implica la previsione di un trattamento sanzionatorio inadeguato per difetto, ma costituisce una sorta di “amnistia occulta”⁽³¹⁾. *A fortiori*, si può condividere il pensiero di quella cospicua parte dei commentatori per i quali la riforma in esame darebbe di fatto vita a un vistoso, poco edificante fenomeno di depenalizzazione⁽³²⁾.

E tuttavia, da tali considerazioni non sembra necessariamente discendere in via diretta l’illegittimità comunitaria della disciplina punitiva dettata

⁽²⁹⁾ Come si sa, sempre e comunque assai brevi, in quanto mai superiori ai quattro anni e sei mesi. Al riguardo, non si è mancato di sottolineare che, “relativamente al potere degli Stati membri di porre un termine di prescrizione rispetto a sanzioni che assistono l’osservanza di comportamenti imposti in virtù del diritto comunitario (...) la Corte di giustizia ha ricostruito bensì un potere degli Stati membri di porre un termine di prescrizione; a patto tuttavia che esso sia funzionale rispetto ad esigenze di certezza giuridica e che non ne risulti pregiudicata l’effettività della sanzione” CANNIZZARO, *Autonomia processuale degli Stati membri e limiti derivanti dal diritto dell’Unione: il caso della riforma della disciplina delle false comunicazioni sociali*, in *Il Falso in bilancio*, a cura di MASTROIANNI, cit., par. 6, p. 9 del testo dattiloscritto.

⁽³⁰⁾ Processi nei quali, oltretutto, deve essere appurato – in relazione ad un contravvenzione! – un dolo intenzionale e specifico di difficile accertamento.

⁽³¹⁾ DONINI, *Abolito criminis e nuovo falso in bilancio. Struttura e offensività delle false comunicazioni sociali* (artt. 2621 e 2622 c.c. dopo il d.lg. 11 aprile 2002, n. 61), in *Cass. pen.*, 2002, p. 1281.

⁽³²⁾ Cfr., tra gli altri, CRESPI, *Le false comunicazioni sociali: una riforma faceta*, in *Riv. soc.*, 2001, p. 1359; MANES, *Il nuovo “falso in bilancio” al cospetto della normativa comunitaria*, cit., p. 1320 ss.; MANNA, *La riforma dei reati societari: dal pericolo al danno*, in *Foro it.*, 2002, V, c. 116; MARINUCCI, *Falso in bilancio: con la nuova delega avviata una depenalizzazione di fatto*, in *Guida al diritto*, 2001, n. 45, p. 11; ID., *“Depenalizzazione” del falso in bilancio con l’avallo della SEC: ma è proprio così?*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 137; PEDRAZZI, *In memoria del “falso in bilancio”*, ora in PEDRAZZI, *Diritto penale*, vol. III, *Scritti di diritto penale dell’economia*, Milano, 2003, p. 843 ss.

dall'art. 2621 c.c. Ciò, quantomeno, con riferimento alla direttiva 68/151 CEE; direttiva rispetto alla quale l'obbligo per gli Stati membri di "stabilire adeguate sanzioni" non riguarda i casi di dichiarazioni false, ma solo "i casi di mancata pubblicità del bilancio e dei conti di profitti e perdite" ⁽³³⁾. Il nodo problematico — esplicitamente rimesso alla Corte di giustizia, tra gli altri, dalla sezione IV del tribunale di Milano — è dunque quello di capire se l'art. 6 della direttiva 68/151 CEE "possa essere inteso nel senso di obbligare gli Stati membri a stabilire adeguate sanzioni non solo per la mancata pubblicità del bilancio e del conto profitto e predate delle società commerciali, ma anche per la falsificazione dello stesso, delle altre comunicazioni sociali dirette ai soci o al pubblico o di qualsiasi informazione sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria che la società abbia l'obbligo di fornire sulla società stessa o sul gruppo al quale appartiene" ⁽³⁴⁾.

La complessiva inadeguatezza in prospettiva comunitaria delle risposte punitive previste in tema di false comunicazioni sociali sembra comunque emergere in modo più netto alla luce della direttiva 78/660/CEE; la quale — come già ricordato ⁽³⁵⁾ — impone di adottare una disciplina (anche sanzionatoria) atta a far sì che i conti annuali offrano un quadro veritiero della situazione patrimoniale, finanziaria ed economica della società. Ora, davvero non è dato capire come l'obbligo di tutela relativo alla veridicità delle informazioni contabili possa considerarsi onorato attraverso il ricorso all'apparato sanzionatorio previsto dalla riforma del 2002.

6. Conclusioni.

Desidero chiudere questa sintetica relazione con due brevi osservazioni.

Con la prima, vorrei esprimere il mio personale rammarico per il fatto che una questione di così notevole rilievo scientifico — indubbiamente utile per fare chiarezza sui vincoli comunitari in tema di sanzioni cui il legislatore nazionale è tenuto a sottostare nei settori di "rilevanza comunitaria", in quanto interferenti con gli ambiti applicativi di norme comunitarie ⁽³⁶⁾ — si ponga con riferimento a una legge oggetto di vibrante polemiche in sede politica, e nell'ambito di procedimenti che vedono talora implicati alcuni nostri parlamentari (o addirittura l'attuale Presidente del Consiglio). Sarebbe certo stato preferibile che,

⁽³³⁾ In argomento cfr., diffusamente, GIUNTA, *La vicenda delle false comunicazioni sociali. Dalla selezione degli obiettivi di tutela alla cornice degli interessi in gioco*, cit., p. 651, con ulteriori riferimenti bibliografici.

⁽³⁴⁾ Ord. 29 ottobre 2002, cit., p. 105.

⁽³⁵⁾ Cfr. *supra*, sub par. 4, lett. c).

⁽³⁶⁾ Cfr. Corte cost., sent. 31/2000. Per una completa rassegna bibliografica in merito a tale sentenza cfr. SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, cit., p. 203, nt. 121.

nell'operare le sue delicate scelte, la Corte di Giustizia avesse potuto prescindere da quelle pressioni di tipo politico che probabilmente investiranno uno ad uno i suoi singoli giudici. Due giorni fa, a Parigi, non in Italia, ho sentito alcuni giuristi francesi interrogarsi sugli orientamenti politici dei singoli giudici di Lussemburgo, allo specifico scopo di indovinare l'esito dei ricorsi italiani qui sommariamente ricordati; ricorsi che, peraltro, dovrebbero trovare da parte della Corte di giustizia una risposta a carattere esclusivamente giuridico.

Con la seconda ed ultima osservazione vorrei manifestare una sorta di personale compiacimento nel verificare l'attuale uso massiccio del ricorso pregiudiziale alla Corte di Giustizia, dopo che da almeno quindici anni mi sto affannando a elencare le potenzialità di questo strumento⁽³⁷⁾. Ma già mi accorgo che in realtà questo compiacimento non c'è, che in realtà non mi rallegro più di tanto di questa "ventata comunitarista". Perché credo che l'attenzione verso lo strumento del ricorso interpretativo si abbia oggi non già per ragioni "tecnico-scientifiche", per un acquisito, definitivo consenso verso tale strumento, per una piena comprensione dei vantaggi insiti nell'avvalersi di un siffatto meccanismo di integrazione tra i sistemi penali nazionali e l'ordinamento comunitario; ma si abbia invece, prevalentemente, a causa del fascino sottile esercitato dai concetti "sostanzialistici" (sarei tentato di dire "giusnaturalistici") di effettività, proporzionalità, efficacia dissuasiva utilizzati dalla Corte di Giustizia.

Concetti sostanzialistici verso cui oggi — nel quadro di *Unrecht* del diritto legislativo nazionale — i magistrati italiani credono di dover affidare in via privilegiata il destino di certi loro processi, rivolgendosi così ai giudici di Lussemburgo con argomenti di varia caratura e con una fiducia non so quanto ben riposta ma comunque, probabilmente, non molto diversa da quella con la quale qualcuno, tanto tempo fa, decise di affidarsi al "diritto giusto" di un giudice di Berlino⁽³⁸⁾.

⁽³⁷⁾ Invero, i pregi di tale ricorso sono indiscutibili, e non possono essere negati né in base alla considerazione secondo la quale le sentenze interpretative della Corte di giustizia non sono affatto preventive, ma successive alla commissione del fatto (con conseguente impossibilità per i cittadini di conoscere in tempo utile il reale significato delle norme comunitarie e la loro verosimile incidenza sulla disciplina penale nazionale: cfr., *amplius* e per tutti, PEDRAZZI, *Droit communautaire et droit pénal des Etats membres*, in *Droit communautaire et droit pénal*, Milano, 1981, p. 67 ss.; ID., *L'influenza della produzione giuridica della CEE sul diritto penale italiano*, in *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milano, 1982, p. 627 ss.); né in base alla considerazione secondo la quale talora la Corte di giustizia non offre una risposta chiara al giudice interno ricorrente. In argomento cfr., volendo, BERNARDI, *La disciplina sanzionatoria della produzione agricola e del mercato agro-alimentare*, in *Trattato breve di diritto agrario italiano e comunitario*, diretto da Costato, Padova, 2003, p. 1138.

⁽³⁸⁾ In attesa che la Corte di giustizia si pronunci, merita di essere sottolineato che, dopo la riunione dei procedimenti relativi ai ricorsi dei giudici italiani, la Commissione europea ha in una sua memoria preso nettamente posizione, affermando l'incompatibilità tra l'attuale versione degli artt. 2621 e 2622 c.c. e l'obbligo,

ABSTRACT

The present work firstly analyzes the different ways through which EC law influences national punitive legislation, especially when national provisions are meant at providing EC secondary law with a sanctions system.

Subsequently, the author reviews the various requests of preliminary ruling raised before the European Court of Justice by Italian magistrates and concerning the current Italian law on false accounting.

Il lavoro prende innanzitutto in esame le differenti forme di condizionamento esercitate dal diritto comunitario sulle scelte punitive nazionali, specie laddove queste ultime siano volte a dare attuazione sanzionatoria a fonti di diritto derivato.

Successivamente, vengono brevemente passate in rassegna le questioni, in merito all'attuale disciplina del falso in bilancio, sollevate in via pregiudiziale dai giudici italiani davanti alla Corte di giustizia

per gli Stati membri "di adottare tutte le misure idonee ad assicurare la portata e l'efficacia del diritto comunitario nell'ipotesi di falsità od omissioni nei conti annuali delle società". Sul punto cfr. SEMINARA, *L'evoluzione europea del diritto penale del mercato finanziario nella prospettiva italiana*, par. 3 del testo dattiloscritto in corso di pubblicazione negli atti del Convegno "Il diritto penale nella prospettiva europea — Quali politiche criminali per quale Europa?" (Bologna, 28 febbraio-2 marzo 2002).

ALESSANDRO BERNARDI

OMBRE E LUCI DELLA POLITICA CRIMINALE ITALIANA NELL'ERA DELLA PERENNE EMERGENZA (*)

SOMMARIO: SEZIONE I: *La legislazione dell'emergenza tra eccessi repressivi e scelte "selettive" nella lotta alla criminalità.* — 1. Repressione della criminalità organizzata e rischi di imbarbarimento del diritto punitivo. — 2. La difficile lotta alla criminalità economica e politica: il "nuovo" impegno dei giudici e le attuali resistenze del legislatore. — 3. L'enfatizzazione del pericolo rappresentato dalla criminalità di strada e l'inutilità delle recenti riforme volte a combatterla. — 4. Verso una strategia di "tolleranza zero" focalizzata sulla piccola delinquenza comune? — 5. I riflessi sul piano statistico degli attuali criteri discriminatori nella lotta alla criminalità. — 6. Verso un "diritto penale massimo" figlio della "perenne emergenza"? — SEZIONE II: *Oltre la logica dell'emergenza: la legislazione penale della ragione e delle garanzie.* — 7. Le riforme dirette a mitigare le sanzioni e a introdurre misure alternative e sanzioni sostitutive alla pena detentiva. — 8 La creazione di procedure semplificate implicanti una diminuzione della pena. — 9. Il processo di depenalizzazione nella prospettiva di un diritto penale minimo. — 10. La valorizzazione della riparazione e della mediazione in sede penale e la tendenza alla "flessibilizzazione" del processo. — 11. Considerazioni conclusive.

SEZIONE I

LA LEGISLAZIONE DELL'EMERGENZA TRA ECCESSI REPRESSIVI E SCELTE "SELETTIVE" NELLA LOTTA ALLA CRIMINALITÀ.

1. *Repressione della criminalità organizzata e rischi di imbarbarimento del diritto punitivo.*

La legislazione e la prassi penale italiane degli ultimi decenni sono state fortemente influenzate da una serie di emergenze criminali, che non di rado

(*) Questo lavoro costituisce la versione italiana, ridotta e parzialmente modificata, dell'articolo "*Ombres et lumières de la politique criminelle italienne dans l'ère de l'urgence perpétuelle*", in corso di pubblicazione nella rivista *Déviance et société*.

hanno vistosamente eroso il tradizionale apparato di garanzie del sistema punitivo⁽¹⁾.

Al riguardo, è subito opportuno precisare che tale sistema si fonda ancora su un insieme di norme sostanziali le quali da un lato restano in larga misura improntate al clima autoritario esistente all'epoca della stesura del nostro codice penale del 1930, dall'altro lato, però, appaiono positivamente condizionate nella loro costruzione e applicazione da un insieme di principi di matrice illuministica. Principi, questi, sopravvissuti in parte anche nel periodo fascista e successivamente potenziati ed integrati ad opera innanzitutto della Costituzione repubblicana del 1948 e dalle riforme che ad essa si ispiravano.

La drammatica emersione del fenomeno terroristico e di quello mafioso ha indubbiamente condizionato la politica criminale italiana, favorendo l'adozione di scelte preventivo-repressive per vero non prive di una loro qualche efficacia, testimoniata per l'appunto dai risultati ottenuti nella lotta al terrorismo nazionale e, sia pure in misura nettamente inferiore, nella lotta alla mafia. Peccato che, proprio in quanto ispirate ad una logica di "lotta" a fenomeni di macro-criminalità, le suddette scelte preventivo-repressive risultassero, allo stesso tempo, sintomatiche di un processo di progressiva imbarbarimento del diritto punitivo⁽²⁾. Basti pensare alle assai discusse misure di prevenzione *ante delictum* nei confronti degli indiziati di appartenere alla mafia o dei sospettati di attività terroristica⁽³⁾, all'uso massiccio

(1) Cfr., per tutti, BARATTA, SILBERNAGL, *La legislazione dell'emergenza e la cultura giuridica garantista nel processo penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1983, fasc. 3, p. 543 ss.; CHIAVARIO, *Il processo penale dopo la nuova decretazione "d'emergenza": ancora una volta alla ricerca di una bussola*, in *La Legislazione penale*, 1993, p. 339 ss.; FERRAJOLI, *Emergenza penale e crisi della giurisdizione*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, fasc. 2, p. 271 ss.; GAMBERINI, *Emergenza, legislazione speciale e riforma penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, fasc. 3, p. 53 ss.; MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997; PITTARO, *Legislazione dell'emergenza, sospensione delle garanzie fondamentali e diritti dell'uomo*, in *Giustizia e Costituzione*, 1982, p. 165 ss.; RICCIO, *Politica penale dell'emergenza e Costituzione*, Napoli, 1982; STORTONI, *Diritti dell'uomo ed emergenza: (l'eredità de) gli anni di piombo*, in *Critica del diritto*, 1997, fasc. 1, p. 53 ss.

(2) Cfr., ad esempio, Magistratura Democratica, *Situazione carceraria e repressione penale*, in *Critica del diritto*, 1982, p. 45 ss.; cfr. altresì, da ultimo, le osservazioni di INSOLERA, *Ordine pubblico e ordine democratico: le stagioni dell'emergenza*, in *Critica del diritto*, gennaio-marzo 2003, p. 19 ss.

(3) Cfr., all'interno di una assai vasta bibliografia, BRICOLA, *Forme di tutela 'ante delictum' e profili costituzionali della prevenzione*, in *Le misure di prevenzione*, Milano, 1975, p. 68 ss.; VASSALLI, *Misure di prevenzione e diritto penale*, in *Studi in onore di B. Petrocchi*, III, Milano, 1972, p. 1628 ss. Da ultimo, complice il forte allarme sociale suscitato dai recentissimi, eclatanti attentati terroristici di matrice internazionale, si assiste nei confronti degli stranieri sospettati di essere contigui agli ambienti terroristici in questione ad un utilizzo della misura preventiva dell'espulsione alquanto disinvolto, sino ad indurre il sospetto che le garanzie del procedimento di

della carcerazione preventiva ed al ruolo vicario da essa assunto rispetto alla pena specie nei confronti dei terroristi e degli appartenenti alle altre associazioni criminali⁽⁴⁾, alle tanto contestate norme in tema di associazione mafiosa⁽⁵⁾, alle opinabili fattispecie caratterizzate dalle “finalità di terrorismo o di eversione dell’ordine democratico”⁽⁶⁾, all’inasprimento del trattamento negli istituti di pena per i mafiosi irriducibili⁽⁷⁾, alla controversa disciplina “premierale” prevista per i terroristi e mafiosi “pentiti”⁽⁸⁾; insomma, a tutte quelle norme della legislazione dell’emergenza che, sotto vari profili, risultavano o tuttora risultano ai limiti della legittimità costituzionale⁽⁹⁾.

Ma l’emergenza penale italiana non è stata segnata solo dal terrorismo e dalla mafia. Accanto a tali fenomeni di criminalità organizzata, infatti, altri se ne sono via via aggiunti, per certi versi altrettanto allarmanti. Si pensi, soprattutto, alle molteplici organizzazioni criminali che un inarrestabile processo di internazionalizzazione rende sempre più pericolose e sfuggenti⁽¹⁰⁾: da quelle specializzate nel traffico delle droghe e/o delle armi a quelle

espulsione (in merito alle quali cfr., in particolare e da ultimo, NASCIBENE, *Le garanzie nel procedimento di espulsione dello straniero*, in *Diritti dell’uomo, estradizione ed espulsione*, a cura di F. Salerno, Padova, 2003, p. 183 ss.) non vengano sempre pienamente rispettate. Oltretutto, se è vero che particolarmente in questo momento storico i problemi di sicurezza pubblica non devono essere sottovalutati, è altresì vero che un eventuale ricorso inflazionato a misure di questo genere potrebbe favorire quelle forme di contrapposizione culturale che sono alla base degli attuali fenomeni terroristici.

⁽⁴⁾ Cfr., in particolare, MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit., p. 152 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici.

⁽⁵⁾ Cfr., tra gli altri, BERTONI, *Rapporti sostanziali e processuali tra associazione mafiosa e fattispecie di reato*, in *Cass. pen.*, 1986, p. 1878 ss.; CAVALIERE, *Il concorso di persone nel reato associativo*, Napoli, 2003; DE LIGUORI, *Fattispecie preventiva ed associazione mafiosa: realtà e simbolismo della nuova emergenza*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 69 ss.; FIANDACA, *Accordo elettorale politico-mafioso e concorso esterno in associazione mafiosa. Una espansione incontrollata del concorso criminoso*, in *Foro it.*, 1996, V, c. 127 ss.; VISCONTI, *Il concorso “esterno” nell’associazione mafiosa: profili dogmatici ed esigenze politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 1303 ss.; ID., *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003.

⁽⁶⁾ Cfr., in particolare, MOSCARINI, *In tema di reati commessi per finalità di terrorismo o d’eversione*, in *Giur. it.*, 1982, p. 471 ss.; CENCI, *Aggravante della finalità del terrorismo o di eversione dell’ordine democratico*, in *Giur. merito*, 1983, p. 485 ss.

⁽⁷⁾ Cfr., per tutti, GIUNTA, *L. 16 febbraio 1995, n. 36 - Proroga delle disposizioni di cui all’art. 41 bis l. 26 luglio 1975, n. 354, sulla sospensione delle normali regole di trattamento penitenziario*, in *La legislazione penale*, 1996, p. 45 ss.; da ultimo RUOTOLO, *Quando l’emergenza diventa quotidiana. Commento alle modifiche agli artt. 4-bis e 41-bis dell’ordinamento penitenziario*, in *Studium iuris*, 2003, p. 417 ss.

⁽⁸⁾ Cfr., fondamentalmente, PADOVANI, *La soave inquisizione - osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di “ravvedimento”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 529 ss.

⁽⁹⁾ Cfr., per tutti, PALAZZO, *La recente legislazione penale*, Padova, 1980, p. 95 ss.

⁽¹⁰⁾ Cfr., al riguardo, le osservazioni di MARINUCCI, DOLCINI, *Diritto penale minimo e nuove forme di criminalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 806 ss.

dedite al mercato dei clandestini, ovvero ancora allo sfruttamento della prostituzione, alle estorsioni, ai sequestri di persona, alla pedofilia, al commercio illegale di organi destinati al trapianto, alla fornitura e somministrazione di sostanze dopanti, al trasporto di materiali radioattivi o comunque inquinanti. Da ultimo, accanto al prepotente ritorno del terrorismo in chiave “globale”, si è assistito alla moltiplicazione di forme di criminalità (anche ma non solo a carattere associato) dedite alla devastazione del territorio (incendi boschivi, discariche abusive, ecc.) e più in generale all’inquinamento ambientale (suolo, acqua, aria)⁽¹¹⁾.

Ora, è possibile affermare che ognuna di queste forme di criminalità ha determinato in Italia l’adozione di scelte normative e/o di prassi applicative in più o meno evidente tensione non solo con un programma di diritto penale minimo⁽¹²⁾, ma con gli stessi principi informatori di ogni sistema penale democratico e garantista. Si è così assistito al frequente ricorso a norme incriminatrici spesso carenti di chiarezza e precisione (si pensi, innanzitutto, alle fattispecie associative⁽¹³⁾ e a quelle costruite attraverso il ricorso a rinvii generici a norme extrapenali) ovvero caratterizzate da una più o meno evidente tensione col principio di offensività (fattispecie di attentato, di pericolo astratto, formali o di mera disubbidienza, volte a colpire la mera personalità dell’autore — come nel caso di incriminazione dello scarico via internet di immagini pedofile — ovvero a punire il suo stile di vita — come nel caso di incriminazione del consumo di sostanze dopanti —⁽¹⁴⁾). Anche per quanto concerne le sanzioni, non di rado in relazione a taluni dei fenomeni criminali considerati ne sono state introdotte di eccessivamente severe, sino a indurre il sospetto che lo stesso principio di proporzione della pena risulti vulnerato. Ed anche quando (come sovente è accaduto per esempio in materia ambientale) sono state al contrario previste risposte punitive inad-

⁽¹¹⁾ Cfr., tra gli altri, BELSITO, *Il pericoloso connubio tra ambiente e criminalità (Osservazioni a margine del Rapporto Ecomafia 1999)*, in *Questione giustizia*, 1999, p. 719 ss.; MOLINO, *Il nuovo reato di organizzazione di traffico illecito di rifiuti: luci ed ombre nella lotta alla “ecomafia”*, in *Riv. polizia*, 2001, p. 337 ss.

⁽¹²⁾ Sui diversi significati dell’espressione “diritto penale minimo” cfr., da ultimo e per tutti, FERRAJOLI, *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, in *Diritto penale minimo*, a cura di Curi e Palombarini, Roma 2002, p. 9 ss.

⁽¹³⁾ In merito ai profili negativi propri di tali fattispecie cfr., emblematicamente e per tutti, FERRAJOLI, *Sul diritto penale minimo (risposta a Giorgio Marinucci e a Emilio Dolcini)*, in *Foro it.*, 2000, V, c. 128-129.

⁽¹⁴⁾ “Violando così il classico principio dell’impunità degli atti contro se stessi” FERRAJOLI, *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, cit., p. 15. Al riguardo cfr. *amplius* e per tutti, BONINI, *Doping e diritto penale prima e dopo la legge 14 dicembre 2000, n. 376, in Nuove esigenze di tutela nell’ambito dei reati contro la persona*, a cura di Canestrari e Fornasari, Bologna, 2001, p. 299; TURNER, *Ist eine Anti-Doping-Gesetz erforderlich?*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1992, p. 121 ss., recentemente citato da FORNASARI, *Il doping come problema penalistico nella prospettiva di diritto comparato*, in *Nuove esigenze di tutela nell’ambito dei reati contro la persona*, cit., p. 442.

guate per difetto⁽¹⁵⁾, paradossalmente tale inadeguatezza è risultata non di rado celata da un profluvio di norme incriminatrici spesso a carattere formale ovvero meramente simboliche, varate in totale spregio del principio di *extrema ratio*.

In definitiva, le risposte offerte alle nuove e più allarmanti manifestazioni criminali confermano quanto la politica criminale sia esposta al rischio di irrazionalismi o comunque di eccessi, specie laddove essa, nell'attuale "democrazia d'opinione", risulti espressione delle aspettative e delle emozioni più elementari dei cittadini⁽¹⁶⁾; e quanto la lotta alla moderna criminalità organizzata tenda a realizzarsi a discapito dei fondamentali principi garantistici dello Stato di diritto, nonché in controtendenza rispetto a quell'idea di diritto penale minimo condivisa (almeno in linea teorica) dalla massima parte dei penalisti.

2. La difficile lotta alla criminalità economica e politica: il "nuovo" impegno dei giudici e le attuali resistenze del legislatore.

Costituirebbe tuttavia una indebita generalizzazione ritenere che tutti i gravi fenomeni criminali di cui la modernità è portatrice abbiano trovato in Italia risposte istituzionali contrastanti con i canoni di una buona legislazione penale, specie perché ispirate ad eccessivo rigore e dimentiche delle opportune esigenze garantiste. Ad esempio in materia ambientale la normativa sanzionatoria — pur come si è sopra visto tutt'altro che esente da critiche — negli ultimi anni si è venuta evolvendo nel segno della razionalizzazione (grazie all'accorpamento di gran parte della normativa in leggi a carattere organico) e di una depenalizzazione degli illeciti meno gravi. Ed anche in altri dei settori "emergenti" della criminalità le risposte legislative hanno mostrato notevoli miglioramenti, specie in virtù di una progressiva riduzione dell'iper-trofia normativa e della repressione ad oltranza, a tutto vantaggio di una loro maggiore congruenza e di un migliore bilanciamento tra istanze repressive e rispetto dei diritti fondamentali.

Un discorso a parte deve essere fatto per due importantissimi e vitalissimi settori della delinquenza (il più delle volte a carattere organizzato) nei quali l'attuale politica criminale, lungi dal dilatare l'ambito dei comportamenti penalmente rilevanti e dall'innalzare a dismisura i compassi edittali di pena

⁽¹⁵⁾ Vuoi, per esempio, a causa del ricorso a fattispecie (non delittuose ma) contravvenzionali, come tali di rapida prescrizione e per di più corredate di pene principali assai modeste, vuoi, sotto un altro profilo, per la scarsa attenzione dedicata a questi reati dalla polizia e/o dalla magistratura in alcune parti del nostro Paese.

⁽¹⁶⁾ Cfr., diffusamente, PAVARINI, *Il "grottesco" della penologia contemporanea*, in *Diritto penale minimo*, cit., p. 280; Id., *"Vecchia" e "Nuova" legalità*, in *Critica del diritto*, gennaio-marzo 2003, p. 95 ss.

in funzione deterrente, sembra oggi orientarsi preferibilmente in una prospettiva di depenalizzazione e più in generale di generosissima clemenza. Si allude, essenzialmente, ai settori della criminalità economica e politica, in particolare a quell'insieme di fenomeni a sfondo fraudolento e corruttivo che inquinano gravemente il mondo degli affari e lo svolgimento delle pubbliche funzioni. Il pensiero corre, innanzitutto, alle attività dirette a falsificare i bilanci delle aziende, a condizionare illecitamente la vita politica, a interferire sul buon funzionamento della concorrenza e dei pubblici appalti, a inquinare l'attività giudiziaria, in definitiva a depauperare la collettività e a minare la stessa credibilità delle istituzioni democratiche. Come ben si sa, dopo lunghi periodi di disattenzione da parte non tanto del legislatore quanto soprattutto delle forze di polizia e giudiziarie⁽¹⁷⁾, nello scorso decennio questi fenomeni erano stati oggetto di grande considerazione da parte dei *mass media* e della stessa magistratura. Quest'ultima, infatti, aveva incominciato ad interessarsi attivamente agli illeciti dei "colletti bianchi", e in particolare — nella stagione c.d. di "mani pulite" — si era impegnata a fondo per debellare o comunque per limitare al massimo gli intrecci criminali tra economia e politica, anche a costo di inquisire e condannare soggetti appartenenti al Gotha del mondo imprenditoriale e parlamentare. Orbene, stando alle precedenti reazioni nei confronti delle cicliche emergenze criminali, in risposta alla diffusione delle suddette attività illecite, e in particolare in risposta alla gravità di talune situazioni svelate dall'attività inquirente di alcune Procure italiane, sarebbe stato prevedibile un atteggiamento di irrigidimento da parte delle forze politiche; atteggiamento diretto a impedire il reiterarsi di simili situazioni attraverso l'introduzione, se necessario, di apposite ed efficaci riforme, nonché più in generale attraverso un'azione di supporto dell'attività poliziesca e giudiziaria nei settori considerati. In una diversa prospettiva, (più precisamente, in una prospettiva maggiormente "realistica", in quanto consapevole della tentazione "politica" di coniugare il mantenimento di una posizione di privilegio per le classi sociali elevate con le richieste di giustizia sostanziale provenienti "dal basso") sarebbe stato logico aspettarsi, quantomeno, una produzione normativa a carattere accentuatamente "simbolico"⁽¹⁸⁾. una produzione normativa, dunque, diretta a sedare l'allarme sociale con disposizioni a carattere (almeno

(17) Basti di pensare che nei quasi due decenni di vigenza della l. 516/82, denominata "manette agli evasori" per il suo palese intento repressivo, i cittadini italiani finiti in carcere si contano sulle dita di una mano. In ogni caso, il decreto legislativo di riforma del diritto penale tributario ha introdotto una disciplina sanzionatoria assai più blanda, che punisce con il carcere solo chi si macchia di reati fiscali particolarmente gravi (i c.d. "grandi evasori").

(18) Sui differenti profili della dimensione simbolica del diritto penale cfr., da ultimo e fondamentalmente, BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *Indice pen.*, 2003, p. 491 ss., e bibliografia ivi riportata.

apparentemente) eticizzante ancorché prive di reale efficacia pratica.

Viceversa il Parlamento ha radicalmente scartato questa duplice alternativa, e ha optato per soluzioni improntate ad una palese indulgenza verso i suddetti settori criminali. In effetti la recente attività legislativa, dopo essersi dapprima prevalentemente indirizzata a mitigare le sanzioni previste per alcuni illeciti economici invero di non particolare gravità⁽¹⁹⁾, è stata addirittura — in questa ultima legislatura — “sostanzialmente incentrata (...) sulla pretesa di sottrarre al controllo di legalità i livelli alti dell’attività economico-finanziaria e di quella politico-amministrativa”⁽²⁰⁾. Emblematiche, in questo senso, appaiono sia la recente riforma del diritto penale societario, giunta a depenalizzare talune ipotesi di falso in bilancio anche a costo di disattendere in materia i vincoli di fonte comunitaria⁽²¹⁾; sia la normativa sulle rogatorie internazionali, volta di fatto a ostacolare la raccolta delle prove di presunte illecite collusioni tra il mondo imprenditoriale/politico, il mondo forense e esponenti della magistratura⁽²²⁾. Sotto un diverso profilo, anche il ricorso

⁽¹⁹⁾ Come testimoniato dagli interventi normativi, in materia bancaria e di intermediazione finanziaria della seconda metà degli anni '90. Si allude al d.lgs. 23 luglio 1996 n. 415 (“Recepimento della direttiva 93/22/CE del 10 marzo 1993 relativa ai servizi di investimento del settore dei valori mobiliari e della direttiva 93/6/CE del 15 marzo 1993, relativa all’adeguatezza patrimoniale delle imprese di investimento e degli enti creditizi”) e al d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 (“Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli artt. 8 e 21 della l. 6 febbraio 1996, n. 52”).

⁽²⁰⁾ PALOMBARINI, *Per un altro diritto penale*, in *Diritto penale minimo*, cit. p. 3.

⁽²¹⁾ In questo senso, merita di essere ricordato che di recente la Corte d’Appello di Lecce e le sezioni I e IV del Tribunale di Milano hanno sollevato davanti ai giudici di Lussemburgo talune questioni pregiudiziali circa la legittimità comunitaria della nuova disciplina sanzionatoria del falso in bilancio. In particolare, i summenzionati organi giudiziari nazionali hanno ipotizzato la mancanza di effettività, proporzionalità e dissuasività di tale disciplina, tenuto anche conto delle norme e della prassi di diritto sostanziale e processuale vigenti nel nostro Paese. In argomento cfr., per tutti, FOFFANI, *Verso un nuovo diritto penale societario: i punti critici della legge delega*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3247 ss.; DI MARTINO, *Disciplina degli illeciti societari in bilico tra legalità nazionale e legittimità comunitaria*, in *Guida al diritto*, 2002, n. 45, p. 113 ss.; LETTIERI, *Falso in bilancio e diritto comunitario. Incertezze sulla conformità della riforma alle norme UE*, in *Diritto e giustizia*, 2002, n. 46, p. 48 ss.; SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 171 ss. Al riguardo, la Commissione delle Comunità europee ha presentato di recente una memoria nella quale si afferma che la succitata disciplina sanzionatoria si pone in contrasto con l’obbligo, per gli Stati membri, “di adottare tutte le misure idonee ad assicurare la portata e l’efficacia del diritto comunitario nell’ipotesi di falsità od omissioni nei conti annuali delle società”. Sul punto cfr. SEMINARA, *L’evoluzione europea del diritto penale del mercato finanziario nella prospettiva italiana*, cit., par. 3 del testo dattiloscritto in corso di pubblicazione.

⁽²²⁾ Cfr., in particolare, BROGGINI, *Le rogatorie italo-svizzere alla luce della l. 5 ottobre 2001, n. 367*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 116 ss.; SAVARESE, *Cooperazione giudiziaria e garanzie processuali, con particolare riguardo all’utilizzabilità del materiale probatorio acquisito in esecuzione di commissioni rogatorie, alla luce della l. 5 ottobre*

inflazionato al meccanismo dei condoni (per gli illeciti in materia fiscale, edilizia, ecc.), se da un lato può portare un po' di denaro nelle casse dello Stato⁽²³⁾, dall'altro lato finisce per favorire la cultura dell'illegalità, rafforzando l'idea che, quantomeno in talune materie, violare la legge finisca alla lunga per risultare vantaggioso. Al riguardo, focalizzando l'attenzione su questa recente produzione normativa, verrebbe fatto di pensare che il legislatore italiano abbia con estrema decisione imboccato un personalissimo percorso di "diritto penale minimo" se non addirittura di "abolizionismo". In realtà non può non convenirsi sulla tesi di quanti, in aperta polemica con gli attuali indirizzi di politica criminale, parlano apertamente di un "uso strumentale di istanze di segno garantista"⁽²⁴⁾, teso a perseguire una "malintesa concezione dell'idea neoliberistica"⁽²⁵⁾ se non addirittura finalizzato ad assicurare una pressoché totale immunità agli appartenenti alle classi egemoni⁽²⁶⁾. Anche con riferimento ai condoni, va sottolineata la miopia di interventi normativi destinati a perpetuare, "per un pugno di euro" la frode fiscale e il saccheggio delle risorse ambientali. Si tratta quindi di scelte di politica sanzionatoria di matrice smaccatamente classista e "protezionista", le quali — lungi dall'annunciare una vera stagione di "diritto penale minimo" — tendono ad orientare l'allarme sociale verso differenti, più tradizionali settori della criminalità, focalizzando su di essi le "risorse repressive" dello Stato⁽²⁷⁾.

3. L'enfatizzazione del pericolo rappresentato dalla criminalità di strada e l'inutilità delle recenti riforme volte a combatterla.

Indubbiamente, negli ultimi decenni l'emergenza criminale italiana non è stata determinata solo dalla crescita delle forme di criminalità organizzata sopra descritte, ma anche dalla moltiplicazione di taluni reati comuni (scippi,

2001, n. 367, in *Giur. it.*, 2003, p. 603 ss.; SECCHI, *Rogatorie con la Svizzera: risposta italiana alle attività transnazionali della criminalità (Lucido disegno o confusione mentale?)*, in *Questione giustizia*, 2002, p. 90 ss.; VACIAGO, La legge n. 367 del 2001 sulle rogatorie internazionali, in *La Rivista del Consiglio*, 2001, fasc. 4, p. 91 ss.

⁽²³⁾ Si tratta, infatti, di condoni concessi previo pagamento di una somma di denaro, sia pure in genere assai modesta, specie tenuto conto dei benefici ricavati attraverso la realizzazione degli illeciti condonati.

⁽²⁴⁾ PALOMBARINI, *ibidem*.

⁽²⁵⁾ GROSSO, *Riserva di codice, diritto penale minimo, carcere come extrema ratio di tutela penale*, in *Diritto penale minimo*, cit., p. 103.

⁽²⁶⁾ Soggetti, questi, per altro verso favoriti al di là di ogni ragionevolezza da una normativa processuale estremamente garantista nei confronti degli "imputati facoltosi e accorti" che vogliono sfruttare le "infinite possibilità dilatorie" da essa offerte. Cfr., sul punto, emblematicamente e per tutti, COLOMBO, *Tolleranza zero*, introduzione a FENECH, *Tolleranza zero*, Milano, 2001, p. 18 ss.

⁽²⁷⁾ Cfr., al riguardo, gli spunti di PAVARINI, "Vecchia" e "Nuova" legalità, cit., p. 96 ss.

furti nelle abitazioni, piccole rapine, vandalismi, spaccio di modeste quantità di droga, aggressioni in luoghi pubblici quali innanzitutto gli stadi sportivi) commessi il più delle volte da appartenenti a ben precisi gruppi, classi sociali, categorie (immigrati, disoccupati, contestatori di varia estrazione politica, hooligans, ecc.). Come si sa, non si è trattato solo di un fenomeno italiano, bensì di un fenomeno che, sia pur in varia misura e con talune sfasature temporali, ha interessato tutti i Paesi occidentali. Paesi, questi, coinvolti prima in un processo di crescita economica resosi particolarmente evidente a partire dagli anni '60, e successivamente esposti ad una immigrazione mal controllata e in continuo aumento. La conseguente crescita del senso di insicurezza e dell'allarme sociale⁽²⁸⁾, accompagnati non di rado dalla sensazione che gli organi istituzionali deputati alla prevenzione e repressione dei reati in questione non facciano tutto il possibile per contrastarli⁽²⁹⁾, ha indotto a più riprese il legislatore italiano a varare riforme volte a potenziare gli effetti di prevenzione generale delle norme penali espressamente previste per contrastare alcune tra le forme più frequenti e preoccupanti della criminalità comune. Così, sin dalla prima metà degli anni '70 sono state aumentate le pene per taluni reati quali le rapine aggravate⁽³⁰⁾, si sono introdotte nuove fattispecie volte a colpire i reati commessi durante le pubbliche manifestazioni⁽³¹⁾, si è provveduto a rendere più severa la disciplina delle armi⁽³²⁾ onde ostacolare non solo l'allora montante delinquenza terroristica, ma anche quella tradizionale⁽³³⁾.

Quali che siano stati gli effetti di queste e di altre successive riforme sui tassi delle manifestazioni criminali "di strada", è certo che la preoccupazione collettiva rispetto a queste ultime non è affatto venuta meno; anzi — sebbene secondo taluni in Italia gli episodi di delinquenza urbana siano negli ultimi anni diminuiti⁽³⁴⁾, o comunque abbiano cessato di crescere con il ritmo precedente — in questi anni tale preoccupazione è ulteriormente aumentata assieme alla paura nei confronti degli extracomunitari e più in generale dei "diversi". A fomentare ulteriormente l'allarme sociale ha provveduto poi una

⁽²⁸⁾ Sulla distinzione concettuale tra *fear of crime* (paura personale della criminalità) e *concern about crime* (preoccupazione sociale per la criminalità) cfr., da ultimo, BARBAGLI, *Introduzione. Perché è diminuita la criminalità negli Stati Uniti?, in Perché è diminuita la criminalità negli Stati Uniti?, a cura di Barbagli*, Bologna 2000, p. 11, e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

⁽²⁹⁾ Cfr., al riguardo, da posizioni ben differenti, FENECH *Tolleranza zero*, cit., p. 28 ss.; PEPINO, *La città e l'impossibile supplenza giudiziaria*, in *Questione giustizia*, 1999, p. 791, nt. 1, con ulteriori riferimenti bibliografici.

⁽³⁰⁾ L. 14 ottobre 1974, n. 497, "Nuove norme contro la criminalità".

⁽³¹⁾ L. 18 aprile 1975, n. 110; l. l. 22 maggio 1975, n. 152.

⁽³²⁾ L. 14 ottobre 1974, n. 497; 18 aprile 1975, n. 110; l. l. 22 maggio 1975, n. 152; l. 8 agosto 1978, n. 533; l. 18 maggio 1978, n. 191.

⁽³³⁾ Cfr. PALAZZO, *La recente legislazione penale*, cit., p. 37-38.

⁽³⁴⁾ Cfr., ad esempio, FERRAJOLI, *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, cit., p. 13.

parte degli organi di informazione (televisioni e giornali) non di rado tesi a radicare l'idea che il benessere comune sia compromesso non già dalla criminalità dei colletti bianchi, bensì, in via pressoché esclusiva, dalla criminalità comune e dalla devianza⁽³⁵⁾. In questo clima di diffuso allarme “selettivo” si colloca la recente riforma in base alla quale è stato grandemente innalzato il tetto minimo di pena detentiva prevista per il furto, ed inoltre è stata introdotta la nuova fattispecie di “furto in abitazione e furto con strappo”, punita da uno a sei anni di reclusione, che diventano da tre a dieci in presenza di talune circostanze aggravanti⁽³⁶⁾.

Senonché riforme di questo genere — oltretutto di “segno politico-criminale quantomeno dubbio”⁽³⁷⁾ e di effetto anticriminale tutt'altro che sicuro — non possono certo placare una pubblica opinione indotta a ritenere che l'unica risposta efficace alla criminalità di strada e alla devianza sia l'uso della forza, trascurando gli interventi di tipo sociale. Interventi, questi, del resto resi oggi particolarmente problematici dalla generalizzata e perdurante crisi economica, dall'esigenza di limitare la crescita del debito pubblico, e della mancata presa di coscienza che i costi per la collettività delle forme di criminalità comune diffusa non sono inferiori ai costi di taluni, assai importanti interventi sociali (quali, ad esempio, quelli di creazione di centri culturali e di svago per i giovani, di miglioramento dell'illuminazione pubblica).

Sotto un profilo parzialmente diverso, le stesse riforme penali varate negli anni '90 e dirette a contrastare altre forme di criminalità particolarmente odiose, come quelle a sfondo razziale, etnico e religioso⁽³⁸⁾, e quelle in tema di violenza sessuale⁽³⁹⁾, appaiono accomunate alle recenti modifiche della disciplina del furto da una “logica emergenziale” che non giova affatto alla loro funzionalità. Si tratta infatti di riforme non solo redatte in modo affrettato e approssimativo, ma anche largamente superflue, in quanto destinate a sostituire le norme penali (assai collaudate e tutt'altro che inefficaci) in precedenza applicabili nei settori in questione con una miriade di norme spesso mal scritte e talmente confuse da ottenere (come nel caso di talune ipotesi di violenza sessuale) risultati esattamente contrari a quelli desiderati dal legislatore⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁵⁾ Cfr., diffusamente e per tutti, FERRAJOLI, *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, cit., p. 12 ss.

⁽³⁶⁾ L. l. 26 marzo 2001, n. 128.. Cfr., altresì, per tutti,

⁽³⁷⁾ GROSSO, *Riserva di codice, diritto penale minimo, carcere come extrema ratio di tutela penale*, cit., p. 103.

⁽³⁸⁾ Cfr. l. 25 giugno 1993, n. 122.

⁽³⁹⁾ L. 15 febbraio 1996, n. 66.

⁽⁴⁰⁾ Osserva che, attraverso una riforma concepita per innalzare il livello di repressione nei confronti dei reati sessuali, “si è finito, in buona sostanza, per dar vita a un quadro sanzionatorio che risulta più mite rispetto a quello che caratterizzava la previgente disciplina” MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit., p. 113.

4. Verso una strategia di “tolleranza zero” focalizzata sulla piccola delinquenza comune?

La verosimile inutilità delle recenti riforme pensate in chiave repressiva ma in realtà a carattere essenzialmente simbolico, non ha certo segnato il tramonto dell’idea semplicistica di combattere la delinquenza di strada solo ed esclusivamente attraverso il rigore punitivo. Ed ecco allora che, sull’onda dell’esperienza statunitense (e del resto in sintonia con prese di posizione avutesi un po’ ovunque), anche in Italia viene auspicata l’adozione di una strategia di “tolleranza zero”; strategia fondata, come si sa, non solo su leggi severe attuate attraverso una politica giudiziaria basata sul ricorso a pene esemplari⁽⁴¹⁾, ma soprattutto e prima ancora su forme di repressione poliziesca della delinquenza di strada e financo della semplice devianza⁽⁴²⁾. In effetti, nell’attuale periodo di insicurezza collettiva, la “tolleranza zero” porta con sé un messaggio semplificato capace di catalizzare il consenso di molti, e per ciò stesso fatalmente destinato a tradursi, talora, in comportamenti concreti. Ecco spiegati, allora, i casi di allontanamento coatto dei mendicanti dai centri storici di talune città italiane⁽⁴³⁾. Ecco spiegati i deprecabili episodi di inconsulta violenza di cui oggi vengono accusate — pare fondatamente — le forze di polizia incaricate di assicurare il regolare svolgimento a Genova del G8⁽⁴⁴⁾: episodi che, anche se auspicabilmente non preordinati⁽⁴⁵⁾ e comun-

(41) Dunque più attenta a ripristinare l’ordine giuridico violato attraverso la punizione di un reo ridotto a strumento di politica criminale (cfr., da ultimo e per tutti, FIANDACA, *Diritto penale*, in FIANDACA, DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, Napoli 2003, p. 29-30) che non ad offrire forme di riparazione e rassicurazione per la vittima. Cfr., sul punto, le osservazioni di PEPINO, SCATOLERO, *Vittime del delitto e vittimologia*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, 1, p. 181; SCATOLERO, *Insicuri da morire*, in *Narcomafie*, n. 9, 1999, p. 19 ss.

(42) Cfr., tra gli altri e limitatamente agli autori italiani, BARBAGLI, *Introduzione. Perché è diminuita la criminalità negli Stati Uniti?*, cit. p. 32 ss.; DE GIORGI, *Zero Tolleranza. Strategie e pratiche della società di controllo*, Roma, 2000; PEPINO, *La città e l’impossibile supplenza giudiziaria*, cit., p. 802 ss.

(43) In linea con l’indiscriminata “lotta al disordine” propria per l’appunto del metodo di *zero tolerance* che è stato adottato dal sindaco di New York Rudolph Giuliani, e che rivive in Gran Bretagna nelle parole dello stesso Tony Blair: “è importante affermare che non tolleriamo più le infrazioni minori. Sì, è giusto essere intolleranti verso i senzatetto nelle strade”.

(44) A seguito dei violenti disordini di piazza avutisi a Genova tra il 20 e il 22 luglio 2001 in occasione del vertice G8, alcuni membri delle forze di polizia deputate al ristabilimento dell’ordine sono state accusate di aver fatto un uso indebito della forza, in particolare effettuando un pestaggio notturno all’interno di una scuola adibita a dormitorio dai manifestanti. Un ampio *dossier* dei fatti in questione è contenuto in <http://www.repubblica.it/online/speciale/g8/portante/portante.html>.

(45) Sebbene sia noto che la violenza da parte della polizia sia una componente essenziale della *zero tolerance*. Cfr., al riguardo, PEPINO, *La città e l’impossibile supplenza giudiziaria*, cit., p. 803.

que realizzati da frange marginali delle forze dell'ordine, risultano certo favoriti dalla loro accettazione (attiva o passiva) da parte di larghi strati della pubblica opinione e del mondo politico.

In un siffatto clima favorevole ad un ricorso diffuso ancorché “selettivo” alla sanzione penale e all'azione repressiva delle forze dell'ordine, a poco vale ogni richiamo all'incerto ruolo avuto dal programma di tolleranza zero sulla sensibilissima diminuzione dei tassi di criminalità di New York⁽⁴⁶⁾, e più ancora agli assai dubbi risultati che tale programma potrebbe avere nel lungo periodo⁽⁴⁷⁾; e a poco valgono anche, più in generale, i contrasti in merito agli effetti anticriminali conseguiti in America dal vistoso incremento dei tassi di incarcerazione registrati negli ultimi anni⁽⁴⁸⁾; tant'è che persino una parte della dottrina penalistica sembra subire — direttamente o indirettamente — il fascino della “terapia americana” alla criminalità di strada. Si assiste così ad un ritorno a concezioni della pena di stampo neo-retribuzionistico a discapito innanzitutto dell'ideologia preventivo-risocializzativa⁽⁴⁹⁾; ovvero all'affermarsi di modelli ancorati ad una funzione di “prevenzione generale integratrice” volta alla stabilizzazione sociale attraverso il ricorso a pene macroscopicamente severe capaci di catalizzare il consenso dei più⁽⁵⁰⁾; ovvero financo alla progressiva adesione a meccanismi punitivi draconiani (quali innanzitutto quello, totalmente estraneo alla tradizione italiana, del *Three Strikes and You're Out*)⁽⁵¹⁾ ispirati a valutazioni preventive di pericolosità dei

⁽⁴⁶⁾ Cfr. BARBAGLI, *Introduzione. Perché è diminuita la criminalità negli Stati Uniti?*, cit. p. 40 ss.

⁽⁴⁷⁾ Cfr., in particolare, SHERMAN, *Policing for crime Prevention*, in *Preventing Crime: What Works, What Doesn't, What Promising. A Report to the Attorney General of the United States*, Washington, 1997, United States Department of Justice, Office of Justice Programs.

⁽⁴⁸⁾ Per una panoramica delle differenti ricerche svolte negli Stati Uniti e tese a valutare il ruolo giocato dall'aumento del tasso di incarcerazione sulla diminuzione del numero complessivo di reati cfr. NAGIN, *Deterrence and Incapacitation*, in *The Handbook of Crime and Punishment*, a cura di Tonry, New York, 1998. Riconducono il calo dei reati negli Stati Uniti a ragioni diverse dal tasso di repressione, tra gli altri, GROGGER, *An Economic Model of Recent Trends in Violence*, in *The Crime Drop in America*, a cura di Blumstein e Wallman, Cambridge, 2000; LAFREE, *Declining Violent Crime Rates in the 1990s: Predicting Crime Boom and Busts*, in *Annual Review of Sociology*, 1999, p. 145 ss.

⁽⁴⁹⁾ Cfr., da ultimo e criticamente, MOSCONI, *la crisi postmoderna del diritto penale e i suoi effetti sull'istituzione penitenziaria*, in *Diritto penale minimo*, cit., p. 360 ss.; ZANUSO, *La concezione retributiva tra modernità e postmodernità. Dalla tutela giuridica al "Limiting Retributionism"*, in *Pena e riparazione*, Padova, 2000, p. 121 ss.

⁽⁵⁰⁾ Cfr., anche in questo caso criticamente, PAVARINI, *Il "grottesco" della penologia contemporanea*, cit., p. 282.

⁽⁵¹⁾ In merito al quale cfr., per tutti, AUSTIN, CLARK, HARDIMAN, HENRY, *The Impact of Three Strikes and You're Out*, in *Punishment and Society. The International Journal of Penology*, 1999, 1, 2, p. 131 ss.

soggetti plurirecidenti⁽⁵²⁾. Purché, naturalmente, i destinatari di tali meccanismi punitivi non siano i “colletti bianchi”.

5. *I riflessi sul piano statistico degli attuali criteri discriminatori nella lotta alla criminalità.*

La tendenza a indirizzare le “risorse repressive” offerte dagli istituti di pena nei confronti (oltreché naturalmente dei responsabili di gravi fatti di sangue e degli appartenenti alle più efferate organizzazioni criminali) degli autori di reati comuni a carattere predatorio emerge in modo chiaro dalle statistiche. Certamente, non si tratta di un nuovo orientamento ascrivibile all'attuale governo italiano di centro-destra in carica dal 2001. In effetti, già al 1° settembre 2000 i detenuti condannati in via definitiva risultavano in prevalenza soggetti dediti al traffico di stupefacenti e al furto⁽⁵³⁾, mentre le indagini statistiche degli anni immediatamente precedenti rivelavano come un 30% dei reclusi fossero giovani tossicodipendenti, un altro 25% immigrati extracomunitari e un ulteriore 20% giovani marginali dediti a reati sulle cose e a forme non gravi di violenza⁽⁵⁴⁾. A ciò si aggiunga che l'ultimo 25% dei detenuti era costituito quasi esclusivamente da grandi criminali di tipo tradizionale, e che la percentuale dei colletti bianchi incarcerati per reati fiscali, frodi e corruzioni varie era assai prossima allo 0%.

E tuttavia, restava pur sempre la possibilità di essere sottoposti, per questi ultimi reati, a misure privative della libertà; possibilità resa più tangibile e temibile da quanto accaduto nel periodo immediatamente successivo al 1992, quando l'emersione di una grave e diffusa situazione di illegalità economica e politica aveva indotto la magistratura inquirente (specie ma non solo di Milano) a fare un uso alquanto largo della custodia cautelare, e la magistratura giudicante a pronunciare sentenze “esemplari” che avevano portato in carcere alcuni personaggi assai noti, e che erano state accolte con favore dalla pubblica opinione. Ora, le riforme recenti ricordate al par. 2, quelle future sul riordino dell'ordinamento giudiziario⁽⁵⁵⁾, e più in generale il

⁽⁵²⁾ In argomento cfr. PAVARINI, *Il “grottesco” della penologia contemporanea*, cit., p. 276.

⁽⁵³⁾ Cfr., dettagliatamente, Conseil de l'Europe, *Statistique pénale annuelle du Conseil de l'Europe, space I: enquête 2000 sur les populations pénitentiaires*, in *Bulletin d'information pénologique*, n. 23/24, dicembre 2002, p. 79.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. MOSCONI, *la crisi postmoderna del diritto penale e i suoi effetti sull'istituzione penitenziaria*, cit., p. 361; PAVARINI, *Il “grottesco” della penologia contemporanea*, cit., p. 288, con ulteriori riferimenti bibliografici.

⁽⁵⁵⁾ Riforma volta sostanzialmente a ridimensionare il ruolo istituzionale della magistratura e incentrata sulla separazione delle carriere tra giudici e pubblici ministeri (con forte gerarchizzazione delle procure e con possibilità per il Ministro della Giustizia di condizionare significativamente l'esercizio dell'azione penale e lo svolgimento delle indagini), nonché sul vincolo dell'interpretazione letterale della

clima di assedio creato dall'attuale Governo nei confronti delle Procure e dei Tribunali italiani più attenti a tali forme di illegalità, sembrano per l'appunto voler evitare che la situazione del 1992 possa ripetersi, e che dunque la percentuale dei colletti bianchi detenuti possa definitivamente attestarsi sullo 0%⁽⁵⁶⁾. È dunque verosimile ritenere che — nonostante la progressiva tendenza della magistratura ad estendere il suo campo d'indagine dai casi più macroscopici di criminalità delle *elites* economico-politiche ai "normali" episodi di corruzione emergenti nella realtà quotidiana⁽⁵⁷⁾ — negli anni a venire il carcere vedrà ulteriormente accentuato il suo ruolo di strumento di neutralizzazione (sia pure temporanea) di coloro che tengono comportamenti atti a compromettere la "pubblica sicurezza", e dunque vedrà ancor più rafforzato il suo carattere "classista".

6. Verso un "diritto penale massimo" figlio della "perenne emergenza"?

Per quanto sin qui visto, si può allora concludere questa prima sezione del presente studio ribadendo che — fatta salva per l'appunto la criminalità economico-politica — negli ultimi decenni la lotta alle forme emergenti di

legge da parte degli organi giudicanti. Cfr. il disegno di legge 14.3.2002, contenente la delega al Governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario, in *Guida al diritto*, 2002, n. 15, p. 14, e le susseguenti modifiche deliberate il 7.3.2003, in *Guida al diritto*, 2003, n. 11, p. 9. In dottrina cfr., per tutti, CHIAVARIO, *Separazione delle carriere o delle funzioni. Tutte le difficoltà di un'equa soluzione*, in *Guida al diritto*, 2003, n. 11, p. 8. Hanno espresso un "radicale dissenso, nel metodo e nei contenuti, rispetto al disegno di legge-delega per la riforma dell'ordinamento giudiziario" i professori universitari firmatari dell'"Appello per la giustizia nello Stato di diritto", in <http://www.ordinamentogiudiziario.org/appello.htm>

⁽⁵⁶⁾ Per vero, gli attuali e tristemente famosi casi Cirio e Parmalat — nell'ambito dei quali sono stati sottoposti a provvedimenti di custodia cautelare alcuni noti imprenditori e più in generale taluni esponenti del mondo economico/finanziario — potrebbero suonare a smentita di quanto appena sostenuto. E tuttavia, *in primo luogo* merita di essere sottolineato che la massima parte di tali soggetti hanno varcato la soglia del carcere solo in virtù di capi d'imputazione incentrati su fattispecie di diritto comune quali l'associazione per delinquere. *In secondo luogo*, va evidenziato che la possibilità per i suddetti imputati (e per quanti in futuro volessero ripercorrere le orme) di essere sottoposti ad una custodia cautelare fondata sull'imputazione di bancarotta sembra per certi versi ascrivibile solo alla *macroscopicità e tempestività* dei casi in questione. Casi la cui risonanza mondiale ha indubbiamente contribuito a far sì che le forze politiche di maggioranza accantonassero quei recentissimi progetti di legge volti a ridurre drasticamente le pene detentive per i reati di bancarotta, e dunque destinati a rendere quantomeno improbabile una carcerazione preventiva fondata su questi ultimi.

⁽⁵⁷⁾ Cfr., al riguardo, le osservazioni di FIANDACA, *Il giudice tra giustizia e democrazia nella società complessa*, in FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, padova, 2002, p. 26 ss.

criminalità per le quali più vivo risulta essere l'allarme sociale è stata essenzialmente condotta in Italia in due modi: innalzando, almeno in via tendenziale, il grado di severità delle pene edittali; nonché, prima ancora, ampliando l'area dei comportamenti punibili, anche a costo di colpire con lo strumento penale fatti non connotati di una significativa gravità. Ciò è avvenuto, per vero, ad opera non solo del legislatore, ma talora anche della giurisprudenza, la quale, ad esempio, ha non di rado finito con l'utilizzare all'estremo le risorse repressive offerte dall'istituto del concorso di persone nel reato (art. 110 ss. c.p.) nell'ambito dei reati associativi⁽⁵⁸⁾ per colpire soggetti "contigui" ma pur sempre "esterni" all'associazione delittuosa⁽⁵⁹⁾.

Si è così data vita a un "diritto penale dell'emergenza" il quale, pur apparendo *prima facie* funzionale agli scopi di tutela, si presta a numerose critiche in ragione del suo più o meno palese contrasto con i fondamentali principi penali, ed innanzitutto con quelli di proporzione, di materialità, di offensività e financo di umanità della sanzione. Senza contare che, a causa della moltiplicazione delle nuove forme di criminalità organizzata e della crescente (seppure per certi aspetti indotta) preoccupazione nei confronti della "delinquenza di strada" anche a carattere bagatellare, una siffatta politica criminale parrebbe destinata a dare vita nel nostro Paese ad una sorta di "diritto penale massimo", con conseguente abbandono di ogni concezione "minimalista" del sistema di controllo sociale affidato alla sanzione penale.

E tuttavia, come si cercherà di dimostrare nel prosieguo della trattazione, queste conclusioni parrebbero, se non del tutto smentite, quantomeno parzialmente ridimensionate da un più ampio esame del processo evolutivo del sistema penale italiano e della relativa prassi applicativa.

SEZIONE II

OLTRE LA LOGICA DELL'EMERGENZA:

LA LEGISLAZIONE PENALE DELLA RAGIONE E DELLE GARANZIE.

7. *Le riforme dirette a mitigare le sanzioni e a introdurre misure alternative e sanzioni sostitutive alla pena detentiva.*

Occorre a questo punto sottolineare che, negli ultimi decenni, il processo evolutivo del diritto penale italiano non è stato affatto omogeneo ma, al contrario, ambivalente e ricco di profili assai differenti tra loro. In particolare,

⁽⁵⁸⁾ Si pensi, innanzitutto, agli art. 416 c.p. (associazione per delinquere) e 416 bis c.p. (associazione di tipo mafioso).

⁽⁵⁹⁾ Sul problema dell'ammissibilità o meno di un concorso "esterno" ad una associazione criminosa, e dunque della punibilità di siffatti concorrenti cfr., in generale e per tutti, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2001, p. 490 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici.

accanto e parallelamente alla consueta scelta di contrastare le forme di criminalità ritenute, a torto o a ragione, maggiormente pericolose ricorrendo ad un rafforzamento della repressione, si è venuta sviluppando una politica criminale non piegata alla logica emergenziale, ma al contrario almeno tendenzialmente ispirata ad una attenuazione/umanizzazione della risposta penale e al principio di *extrema ratio*. Si tratta, come cercheremo di dimostrare, di una politica criminale caratterizzata da un notevole livello di razionalità e da esiti tutt'altro che disprezzabili anche se in alcuni casi compromessi da una disdicevole mancanza di risorse e mezzi concreti, nonché da una prassi applicativa non sempre all'altezza dei delicati compiti ad essa affidati.

Per cominciare, merita di essere ricordato che, proprio verso la metà degli anni '70, quasi contemporaneamente all'inizio di una produzione normativa "dell'emergenza" di matrice, come si è detto, spiccatamente repressiva, hanno visto la luce importantissime riforme espressive di un innalzamento del livello di civiltà giuridica. Si tratta di riforme tese vuoi a mitigare il rigore sanzionatorio del codice del 1930⁽⁶⁰⁾ vuoi a varare un nuovo ordinamento penitenziario⁽⁶¹⁾ improntato al potenziamento delle garanzie del detenuto e al finalismo rieducativo, da perseguirsi anche e soprattutto tramite l'applicazione di *misure alternative* alle pene detentive (affidamento in prova al servizio sociale, semilibertà, liberazione anticipata). La tendenza a ridurre al massimo i casi di ricorso al carcere è poi continuata con la importantissima legge 689/1981 in tema di "Modifiche al sistema penale", che ha introdotto talune *sanzioni sostitutive* alle pene detentive di breve durata (semidetenzione, libertà controllata, pene pecuniaria) applicabili direttamente dal giudice al momento della sentenza; nonché con la riforma dell'ordinamento penitenziario del 1986⁽⁶²⁾ e con talune ulteriori leggi della fine degli anni '90⁽⁶³⁾, che da un lato hanno incremento della gamma delle *misure alternative* (comprendente ora anche l'affidamento in prova in casi particolari, la detenzione domiciliare, la sospensione della esecuzione della pena) e dall'altro lato hanno ampliato le condizioni di accesso alle suddette misure. Attraverso queste ultime riforme, in definitiva, è stato offerto alla magistratura di sorveglianza un amplissimo potere discrezionale di modificare le pene irrogate in sede di giudizio, così da evitare per quanto possibile l'ingresso in carcere dei condannati a pene non

⁽⁶⁰⁾ L. 7 giugno 1974, n. 220, attraverso la quale è stata riformata in chiave clemenziale la disciplina di taluni istituti di parte generale, è stata ampliata quella discrezionalità giudiziale tradizionalmente utilizzata in senso favorevole al reo, con l'effetto di diminuire l'ambito d'applicazione delle pene detentive brevi. In argomento cfr., per tutti, VASSALLI, *La riforma penale del 1974. Lezioni integrative del Corso di diritto penale*, Milano, 1975.

⁽⁶¹⁾ L. 26 luglio 1976, n. 354. In argomento cfr., in particolare e diffusamente, Aa.Vv., *Il carcere riformato*, Bologna, 1977.

⁽⁶²⁾ L. 10 ottobre 1986, n. 663.

⁽⁶³⁾ L. 168/1998 e l. 231/1999.

superiori ai tre anni. Indubbiamente, gli effetti prodotti dalle leggi sopra ricordate sono di notevolissimo rilievo, in quanto comportano non di rado un evidente “scollamento” tra la pena prevista dalle singole norme incriminatrici e la pena pronunciata dal giudice in sentenza, e uno scollamento ancora maggiore tra la pena pronunciata e la pena concretamente eseguita. Al riguardo, una parte della dottrina penale italiana non certo sospettabile di nostalgie retributivo-repressive ha ritenuto che la disciplina vigente pervenga a “eccessi indulgenzialistici”, comportando in particolare un indebito depennamento della funzione preventivo-orientativa della pena connesso all'estrema flessibilizzazione di quest'ultima in corso di esecuzione⁽⁶⁴⁾.

8. *La creazione di procedure semplificate implicanti una diminuzione della pena.*

Sotto un diverso profilo, una ulteriore attenuazione della risposta sanzionatoria è derivata, nell'ambito del sistema processuale, dall'introduzione dei “riti alternativi” (“giudizio abbreviato” e “applicazione della pena su richiesta delle parti”). Vero è infatti che tali nuovi riti sono stati innanzitutto concepiti per ottenere, attraverso il ricorso a procedure semplificate, una velocizzazione dei procedimenti penali; ma è anche vero che per far sì che gli imputati accettino di sottoporsi a questi riti alternativi, rinunciando così alla pienezza delle garanzie del processo ordinario, viene previsto un “premio”, consistente appunto in una sostanziosa riduzione della pena altrimenti applicabile per il reato commesso. In ogni caso, per salvaguardare la finalità specialpreventiva della pena — che potrebbe essere compromessa dall'applicazione di una sanzione (detentiva, pecuniaria o sostitutiva) tendenzialmente rimessa, per quanto concerne la *species* e/o il *quantum*, all'accordo delle parti (imputato e pubblico ministero) — la Corte costituzionale ha stabilito che il giudice è tenuto a valutare l'idoneità della pena patteggiata a svolgere la sua funzione rieducativa⁽⁶⁵⁾.

9. *Il processo di depenalizzazione nella prospettiva di un diritto penale minimo.*

Al di fuori della legislazione destinata a fronteggiare le cicliche emergenze della criminalità organizzata, e al di là dei provvedimenti pensati per placare l'allarme sociale suscitato dalla criminalità di strada, il diritto penale italiano

⁽⁶⁴⁾ Cfr., per tutti, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 674. Nel tentativo di restituire certezza e razionalità al sistema sanzionatorio, il progetto di riforma della parte speciale del codice penale presentato nel 1999 dalla “Commissione Grosso” aveva previsto — previa una generale riduzione dei livelli edittali delle pene — una riduzione del potere discrezionale dei giudici in sede di commisurazione e di esecuzione della pena.

⁽⁶⁵⁾ Sent. 313 del 1990, in *Foro it.*, 1990, I, c. 2386, con nota di FIANDACA.

parrebbe dunque evolvere nel segno di un progressivo addolcimento delle risposte punitive, e di una parallela riduzione dell'ambito di operatività della pena detentiva. E tuttavia le statistiche penitenziarie di questi ultimi anni, segnalando proprio un ulteriore incremento del numero dei detenuti⁽⁶⁶⁾, sembrerebbero evidenziare come le pene pecuniarie risultino ancora sottoutilizzate all'interno del sistema penale, e come *le sanzioni sostitutive e le misure alternative* finiscano in realtà, il più delle volte, con l'affiancarsi anziché col sostituirsi al carcere: donde il rischio che quest'ultimo resti di fatto lo strumento punitivo primario non solo per i "grandi criminali", ma anche (quantomeno in caso di recidiva) per i "delinquenti di strada".

Posto quindi che in Italia il diritto penale tende ancor oggi a identificarsi con la pena detentiva⁽⁶⁷⁾, a maggior ragione appare interessante il meccanismo della depenalizzazione, attraverso il quale, per l'appunto, illeciti penali di modesta gravità vengono degradati ad illeciti amministrativi e puniti con sanzioni a carattere prevalentemente pecuniario, e comunque in nessun caso a carattere detentivo.

La depenalizzazione, come si sa, non è certo una peculiarità italiana, costituendo al contrario, da circa un quarto di secolo, uno dei punti-cardine del movimento internazionale di riforma penale, in ragione della sua attitudine a restituire alla sanzione penale la sua naturale dimensione *frammentaria e sussidiaria*; dimensione, questa, ormai da tempo insidiata dalla tendenza dei legislatori nazionali a varare, di continuo e in numero sempre crescente, precetti penalmente sanzionati. E tuttavia, poiché nel nostro Paese l'inflazione penale ha assunto più che altrove caratteri di macroscopicità, per contraccolpo particolarmente vigorosa è qui risultata, negli ultimi decenni, la riorganizzazione del sistema punitivo in chiave di "fuga" dalla sanzione penale. Invero, dopo i primi, timidi inizi degli anni '60 e '70, il processo di depenalizzazione si è definitivamente affermato con la fondamentale legge 689/1981, la quale non solo degradava a livello amministrativo moltissimi reati (delitti e contravvenzioni) puniti con la sola pena pecuniaria, ma prevedeva anche, per la prima volta in Italia, una organica disciplina dell'illecito amministrativo⁽⁶⁸⁾. Successivamente, sull'onda dell'elaborazione di taluni criteri direttivi per la scelta fra sanzioni penali e

⁽⁶⁶⁾ Che risultavano essere 53.481 al 1° settembre 2000. Cfr. Conseil de l'Europe,, *Statistique pénale annuelle du Conseil de l'Europe, space I: enquête 2000 sur les populations pénitentiaires*, cit., p. 74.

⁽⁶⁷⁾ Diversamente da quanto accade, ad esempio, in Germania e negli altri Paesi nei quali la massima parte dei reati viene punita con la pena pecuniaria e/o con sanzioni sostitutive.

⁽⁶⁸⁾ Cfr., per maggiori precisazioni, PALIERO, *La legge 689 del 1981: prima codificazione del diritto penale amministrativo in Italia*, in *Pol. dir.*, 1983, p. 117 ss.; PALIERO, TRAVI, *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, vol. XLI, Milano, 1989, p. 146 ss.; SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie (profili sostanziali e procedurali)*, Napoli, 1983, *passim*.

sanzioni amministrative⁽⁶⁹⁾, ulteriori leggi di depenalizzazione si sono succedute⁽⁷⁰⁾. Si è trattato, il più delle volte, di leggi a carattere più o meno settoriale⁽⁷¹⁾, anche se non sono mancate leggi di depenalizzazione a carattere generale⁽⁷²⁾ e concernenti illeciti anche di una certa gravità⁽⁷³⁾. Nel corso degli ultimi vent'anni si è quindi dato vita a un processo di depenalizzazione (o addirittura in taluni casi di abrogazione *tout-court*) che ha coinvolto migliaia di fattispecie penali. E se è vero che — a causa tanto dello sterminato numero di norme incriminatrici esistenti all'inizio del processo di depenalizzazione quanto della continua immissione di norme siffatte nel corso degli ultimi decenni — all'interno del nostro sistema penale permane comunque un numero di fattispecie eccessivo, è anche indubbio che il processo di deflazione penale si è spinto molto avanti. Al riguardo, anzi, mentre una parte della dottrina ritiene che si possa ancora dilatare grandemente la cerchia dei reati passibili di depenalizzazione⁽⁷⁴⁾, altra parte della dottrina, pur attenta alle esigenze di deflazione penale e ispirata al principio di *extrema ratio*, reputa che ormai il numero degli illeciti penali tuttora meritevoli di degradazione sia alquanto esiguo⁽⁷⁵⁾. Per di più, sembra sussistere il rischio che un ulteriore ampliamento del catalogo degli illeciti depenalizzati, lungi dal tradursi in un reale addolcimento del relativo trattamento sanzionatorio, possa favorire un decisivo aumento del livello

⁽⁶⁹⁾ Cfr. la circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri 19 dicembre 1983, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 344 ss.

⁽⁷⁰⁾ Per una rassegna di tali leggi cfr., da ultimo, BERNARDI, *Brevi note sulle linee evolutive della depenalizzazione in Italia*, in *Indice pen.*, 2001, p. 734 ss., e bibliografia ivi citata.

⁽⁷¹⁾ Cfr., in particolare, l. 28 dicembre 1993, n. 561; d. lgs. 13 luglio 1994, n. 480; d. lgs. 24 marzo 1994, n. 211; d. lgs. 9 settembre 1994, n. 566; d. lgs. 19 dicembre 1994, n. 758; d. lgs. 1 settembre 1993, n. 385; d. lgs. 23 luglio 1996, n. 415; d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58.

⁽⁷²⁾ L. 25 giugno 1999, n. 205, recante "Delega al Governo per la depenalizzazione dei reati minori e modifiche al sistema penale e tributario"; d. lgs. 30 dicembre 1999, n. 507.

⁽⁷³⁾ Più precisamente, la depenalizzazione ha infatti investito numerose fattispecie a carattere anche delittuoso previste dal codice ovvero da leggi speciali non di rado di grande rilievo.

⁽⁷⁴⁾ FERRAJOLI, *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, cit., p. 19; FUMU, *Commento all'art. 7*, in *Commento articolo per articolo alla l. 25 giugno 1999, n. 205, delega al governo per la depenalizzazione dei reati minori e modifiche al sistema penale e tributario*, in *Gazz. Giur.*, 1999, n. 37, p. 16; MONTAGNA, *Commento all'art. 4*, ivi, p. 10; VIGLIETTA, *Repressione penale e alternative di tutela*, in *Diritto penale minimo*, cit., p. 25.

⁽⁷⁵⁾ In questo senso cfr. DI GIOVINE, *Delega al Governo per la depenalizzazione dei reati minori e modifiche al sistema penale tributario (l. 25 giugno 1999, n. 205)*, in *G.U. 28 giugno 1999, n. 149*, cit., p. 8; FIDELBO, *La nuova depenalizzazione*, relazione svolta al decimo convegno nazionale A.C.I. "Depenalizzazione e circolazione stradale" (Lucca, 24 giugno 2000). Una parte dei commentatori, peraltro, si dichiara favorevole ad ampliare ulteriormente la cerchia dei reati passibili di depenalizzazione. Cfr., ad esempio, ???.

di afflittività delle sanzioni amministrative; livello del resto non di rado già oggi elevatissimo⁽⁷⁶⁾. In questo caso, il processo di depenalizzazione perverrebbe al risultato aberrante di sottrarre alla pienezza delle garanzie penali sanzioni amministrative “sostanzialmente penali” in ragione del loro *genus* e/ o del loro *quantum*.

In definitiva, quindi, la tecnica della depenalizzazione è risultata preziosa per ridurre almeno in parte il numero delle fattispecie incriminatrici; ma non è affatto sicuro che solo attraverso di essa possa essere raggiunto il traguardo di un diritto penale minimo, in vista del quale sembrerebbe quanto mai opportuna anche un’attività riformistica diretta a ridisegnare moltissime fattispecie nella prospettiva di una loro semplificazione e astrattizzazione. Parallelamente, se è vero che la depenalizzazione ha significato l’esclusione del ricorso alla pena detentiva per molti illeciti che in teoria la prevedevano, è altresì vero che ormai per la massima parte di questi illeciti l’applicazione in concreto della pena detentiva costituiva una possibilità alquanto remota, in ragione dell’attuale, già ricordata tendenza a sottrarre al circuito carcerario i condannati a pene detentive inferiori a tre anni⁽⁷⁷⁾, attraverso il ricorso alle sanzioni sostitutive, ovvero alle misure alternative, ovvero prima ancora attraverso il ricorso alla sospensione condizionale della pena. Si potrebbe allora provocatoriamente affermare che il più delle volte sono oggetto di depenalizzazione quegli illeciti per i quali già da tempo, di fatto, non si ricorre più al carcere, ma piuttosto a tipologie sanzionatorie la cui qualifica penale o amministrativa è rimessa a “giudizi aperti a una certa legittima variabilità”⁽⁷⁸⁾: cosicché la scelta legislativa di riconoscere alle suddette tipologie l’una o l’altra qualifica finisce con l’incidere più sul tipo di procedimento che non sul *genus* e *quantum* della sanzione.

In una diversa prospettiva, merita altresì di essere sottolineato che una reale attenuazione del coefficiente di afflittività delle sanzioni penali idonea a non compromettere gli effetti preventivo-orientativi insiti nei relativi precetti implica un processo riformistico per certi aspetti ancora più radicale di quello attuato attraverso il ricorso alla depenalizzazione. Implica, cioè, un processo riformistico incentrato, in particolare, nella valorizzazione in chiave sanzionatoria della riparazione del danno e nel potenziamento della

⁽⁷⁶⁾ Merita infatti di essere evidenziato che già l’attuale arsenale sanzionatorio previsto per molti degli illeciti depenalizzati tende a raggiungere coefficienti di afflittività davvero assai notevoli, grazie a misure pecuniarie dotate di minimi e massimi edittali sovente molto elevati, e soprattutto grazie all’introduzione di sanzioni amministrative “accessorie” a carattere interdittive e inibitorie talora addirittura draconiane (si pensi, ad esempio, alla chiusura temporanea o definitiva dello stabilimento o dell’esercizio di cui all’art. 8 d.lgs. 507/1999).

⁽⁷⁷⁾ Cfr., *supra*, *sub* par. 5.

⁽⁷⁸⁾ EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa?*, in *Verso una giustizia penale “conciliativa”*, a cura di Picotti e Spangher, Milano, 2002, p. 55.

mediazione quale strumento di superamento del conflitto interpersonale tra l'autore del reato e la sua vittima. La significatività e radicalità di un siffatto processo riformistico ben si comprende ove si consideri che la riparazione del danno e la mediazione, pur potendo perseguire taluni effetti anticriminali tradizionalmente attribuiti alla pena, sono istituti in larga misura estranei al consueto concetto di sanzione punitiva⁽⁷⁹⁾, risultando familiari piuttosto agli strateghi dell'abolizionismo. Eppure, come vedremo subito, negli ultimi anni i suddetti istituti hanno avuto un ruolo decisivo negli sviluppi della politica criminale italiana.

10. *Il nuovo ruolo della riparazione e della mediazione in sede penale e la tendenza alla "flessibilizzazione" del processo.*

L'attuale rivalutazione, in ambito strettamente penale, di una forma di giustizia a carattere riparatorio e conciliativo, appare ricca di riflessi sulle funzioni della pena e sulla stessa concezione del diritto criminale e del relativo processo. Infatti tale forma di giustizia implica, innanzitutto, il potenziamento della prevenzione intesa in chiave pedagogico-consensuale a discapito di una prevenzione intesa essenzialmente come intimidazione, la tendenza alla deformalizzazione del procedimento penale⁽⁸⁰⁾, l'accoglimento di una nuova "idea" della vittima e del suo ruolo nella gestione del conflitto; implica, in definitiva, l'aspirazione ad un sistema sanzionatorio meno repressivo e più flessibile.

Complici le concezioni dottrinarie a carattere più marcatamente umanitario, oggi si assiste dunque al parziale superamento della tendenza a ritenere le sanzioni riparatrici — sia patrimoniali (risarcimento del danno) sia extrapatrimoniali (prestazione a favore della vittima, lavoro di pubblica utilità) — tendenzialmente inidonee a produrre reali effetti preventivi. E si assiste, altresì, alla progressiva attenuazione del tradizionale carattere "pubblicistico" del processo penale, alla sia pur lenta rivalutazione del ruolo della persona offesa nell'ambito di tale processo, alla cresciuta consapevolezza dell'esigenza di un "diritto penale mite" quantomeno rispetto agli illeciti di minore gravità.

Appare comunque evidente che le crescenti fortune oggi incontrate dai

⁽⁷⁹⁾ In argomento cfr. tra gli altri, con posizioni non sempre coincidenti, BERNARDI, *Réparation du dommage et peine: leur antinomie conceptuelle et influence réciproque dans le système pénal italien*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Paris, 1987, pp. 397; PADOVANI, *Lectio brevis sulla sanzione*, in *Le pene private*, a cura di Busnelli e Scalfi, Milano, 1985, p. 58 ss.; FIANDACA, *Diritto Penale*, cit., p. 21.

⁽⁸⁰⁾ Cfr., al riguardo, i rilievi di HULSMAN, *Abolire il sistema penale?*, in *Dei delitti e delle pene*, 1983, p. 86.

modelli di giustizia ispirati alla riparazione e mediazione in ambito criminale sono dovute non solo ad argomenti a sfondo “teorico” (inumanità e irrazionalità del carcere⁽⁸¹⁾, burocratizzazione e frantumazione delle procedure e degli apparati, spersonalizzazione del rapporto tra imputato e organi della giustizia penale⁽⁸²⁾, iniquità di un sistema repressivo operante, a causa della cifra nera, solo rispetto a una piccola percentuale di autori⁽⁸³⁾); ma sono dovute anche e soprattutto a ragioni di ordine eminentemente “pratico” (esigenza di giungere ad una risoluzione legale anche dei conflitti di modesta o media gravità⁽⁸⁴⁾, snellezza e velocità dei modelli di giustizia orientati ad una soluzione negoziata e transattiva del conflitto). Ciò non toglie, tuttavia, che la cessazione (o quantomeno l’attenuazione) di ogni preconcepita ostilità nei confronti della mediazione e della giustizia riparatoria in sede penale possano essere considerati il frutto di una vera e propria rivoluzione copernicana, che segna l’affermazione di punti di vista molto lontani da quelli accolti dai sostenitori del diritto penale del castigo e della stigmatizzazione, e lontani anche da ogni concezione tradizionale del diritto penale. Basta leggere il Preambolo della Raccomandazione (99) 19 concernente la *Médiation en matière pénale* adottata il 15 settembre 1999 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa, nel quale vengono evidenziate, in particolare: la necessità di permettere, in ambito penale, una partecipazione attiva del reo, della vittima e della collettività; l’interesse della vittima a ricevere pubbliche scuse e ad essere risarcita; l’opportunità di rafforzare il senso di responsabilità del reo, offrendogli l’occasione concreta di emendarsi in vista della sua risocializzazione⁽⁸⁵⁾. Evidente appare, infatti, come in questo testo vengano recepite e calate *all’interno del sistema penale* prospettive considerate, dagli abolizionisti, *alternative alla giustizia criminale*⁽⁸⁶⁾.

Con ogni probabilità, proprio nella convergenza delle istanze ideali

(81) Cfr., in particolare HULSMAN, BERNAT DE CÉLIS, *Peines perdues. Le système pénal en question*, Paris, 1982, *passim*; HULSMAN, *Abolire il sistema penale?*, cit., p. 73 ss.; MATHIESEN, *Verso il XXI secolo. Abolizione: un sogno impossibile?*, in *Diritto penale minimo*, 2002, p. 336 ss.

(82) HULSMAN, BERNAT DE CÉLIS, *Peines perdues. Le système pénal en question*, cit. p. 34 ss, 60 ss.

(83) HULSMAN, BERNAT DE CÉLIS, *Peines perdues. Le système pénal en question*, cit. p. 70 ss.

(84) Onde non favorire, in caso di denegata giustizia rispetto agli illeciti penali di minore rilevanza, la sfiducia nelle istituzioni e l’ulteriore inasprimento del conflitto. Cfr., al riguardo, le osservazioni di PADOVANI, *Premesse introduttive alla giurisdizione penale del giudice di pace*, in *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, a cura di Giostra e Illuminati, Torino, 2001, p. IX ss.

(85) In una analoga prospettiva cfr. i principi base sulla giustizia riparatoria in ambito penale varati dalle Nazioni Unite nel 2002. Cfr. doc. E/CN. 15/2002/L.2/Rev. 1 del 18 aprile 2002.

(86) Cfr., ad esempio, HULSMAN, *Alternative alla giustizia criminale*, in *Diritto penale minimo*, cit., p. 305 ss.

proprie delle concezioni umanitarie e abolizioniste con le esigenze di razionalizzazione e semplificazione del sistema di giustizia penale trova giustificazione l'ingresso nel sistema penale italiano di meccanismi diretti alla mediazione e riparazione, e la loro progressiva espansione dalla normativa penale minorile al diritto penale degli adulti.

In effetti, l'attenzione alle risorse offerte dalla mediazione e dalla giustizia riparatoria si è dapprima manifestata, in modo più palese, limitatamente al diritto penale dei minori⁽⁸⁷⁾. In questo senso, il d.P.R. 448/1988, in piena coerenza col primato rieducativo in ambito minorile, prevede l'applicazione di misure riparatorie, in particolare nel quadro della "messa in prova" introdotta dall'art. 28 di tale testo normativo. Di fatto, sulla base dei principi generali sanciti dal succitato decreto, sono sorti in varie città uffici di mediazione penale per minorenni, tesi a valorizzare la personalizzazione della risposta all'illecito e lo scopo rieducativo di quest'ultima⁽⁸⁸⁾.

E tuttavia, anche nell'ambito del diritto penale degli adulti non mancano disposizioni sintomatiche di una prospettiva riparatoria: si pensi innanzitutto, limitatamente alla fase dell'esecuzione penale, alla norma in tema di affidamento in prova al servizio sociale, in base alla quale l'affidato deve adoperarsi per quanto possibile in favore della vittima del reato⁽⁸⁹⁾. Inoltre, ai sensi delle norme in tema di osservazione della personalità del detenuto, viene stimolata "una riflessione (...) sulle possibili azioni di riparazione delle conseguenze del reato, incluso il risarcimento dovuto alla persona offesa"⁽⁹⁰⁾.

Certamente, è comunque nel quadro della riforma volta ad attribuire al giudice di pace una specifica competenza penale⁽⁹¹⁾ che in modo più palese alcuni modelli e schemi di matrice abolizionista sono stati accolti in ambito penale. In effetti, sia pure rispetto al circoscritto numero di reati di modesta gravità rientranti nella competenza di tale giudice non togato⁽⁹²⁾,

⁽⁸⁷⁾ Ambito, questo, caratterizzato in linea generale da una previsione di misure estintive della punibilità particolarmente generose. Infatti, da un lato i soggetti minorenni godono rispetto alla sospensione condizionale della pena e alla liberazione condizionale di condizioni di ammissibilità più ampie di rispetto a quelle fissate per gli adulti, dall'altro lato possono beneficiare di ulteriori, apposite cause di non punibilità, quali la pronuncia di non procedibilità, la sospensione del processo e messa alla prova, il perdono giudiziale.

⁽⁸⁸⁾ Cfr., in particolare, MAZZUCATO, *La mediazione nel sistema penale minorile*, in *Minori, giustizia penale e intervento dei servizi*, a cura di Barbero Avanzini, Milano, 1998, p. 117 ss.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. art. 47 comma 7 dell'ordinamento penitenziario (l. 26 luglio 1975 n. 354).

⁽⁹⁰⁾ Cfr. art. 27 comma 1 d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230.

⁽⁹¹⁾ D.lgs. 28 agosto 2000, n. 274.

⁽⁹²⁾ Si tratta, essenzialmente, di reati offensivi di beni di natura privata ed espressivi di una conflittualità interpersonale. Per una dettagliata elencazione dei reati (delitti e contravvenzioni) di competenza del giudice di pace cfr. art. 4 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274. In dottrina cfr., per tutti, BERNARDI, *I reati di competenza del giudice di pace*, in *Annali dell'Università di Ferrara — Scienze Giuridiche*, vol. XIV,

da un lato sono state previste sanzioni a carattere non detentivo, non stigmatizzanti e complessivamente dotate di un livello di severità alquanto basso⁽⁹³⁾ (sanzioni dunque assai poco in linea con il tradizionale volto severo del diritto criminale, o quantomeno espressive di un “diritto penale dolce” sin troppo consapevole del modesto disvalore dei relativi illeciti). Dall’altro lato, e soprattutto, è stato stabilito che “nel corso del procedimento, il giudice di pace deve favorire, per quanto possibile, la conciliazione delle parti”⁽⁹⁴⁾. A tal fine questo giudice può avvalersi anche “dell’attività di mediazione di centri e strutture pubbliche o private presenti sul territorio”⁽⁹⁵⁾; egli inoltre può dichiarare la “esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto”⁽⁹⁶⁾ e la “estinzione del reato a seguito di condotte riparatorie”⁽⁹⁷⁾ idonee a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e le esigenze di prevenzione. L’idea di fondo perseguita attribuendo al giudice di pace una giurisdizione in ambito penale è dunque proprio quella di superare il conflitto, nel segno di una valorizzazione delle aspettative della vittima, del ruolo della collettività e della risocializzazione del reo⁽⁹⁸⁾.

Certamente, non è possibile affermare che il progressivo accoglimento in Italia della mediazione e della riparazione in ambito penale significhi una adesione alla tradizionale prospettiva abolizionista, stante innanzitutto il circoscritto numero di reati rispetto ai quali il sistema italiano ammette una giustizia conciliativa⁽⁹⁹⁾. Resta il fatto che le recenti riforme sopra ricordate rivelano l’attenzione verso i bisogni profondi dei cittadini coinvolti nel processo penale e l’esigenza del primato della dimensione umana e “dialogica” dell’esperienza giuridica rispetto alla più tradizionale dimensione formale-istituzionale di quest’ultima. In questo senso, l’auspicio di larga parte della dottrina verso un futuro ulteriore allargamento della sfera di competenza

2000, p. 145 ss.; ID., *La competenza per i reati previsti dalla legislazione complementare, in Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, a cura di Giostra e Illuminati, Torino, 2001, p. 113 ss.; PAPA, *La competenza per i reati previsti dal codice penale*, ivi, p. 95 ss.

⁽⁹³⁾ Tali sanzioni sono: la pena pecuniaria, la permanenza domiciliare e il lavoro di pubblica utilità. In argomento cfr., diffusamente e per tutti, GIUNTA, *Le sanzioni*, in *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, cit., p. 399 ss.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. art. 2 comma 2 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. art. 29 comma 4 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274. Sul punto cfr., in particolare, PATANÈ, *La mediazione*, in *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, cit., p. 353 ss.; MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale*, in *Verso una giustizia penale “conciliativa”*, cit., p. 127 ss.

⁽⁹⁶⁾ Art. 34 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274.

⁽⁹⁷⁾ Art. 35 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274.

⁽⁹⁸⁾ Cfr., ad esempio, AMATO, *Sui delitti a querela la prima via è la conciliazione*, in *Guida al diritto*, 2000, n. 38, p. 115; BATTISTA, *Obiettivi del giudizio, la conciliazione, la riparazione e il risarcimento dei danni*, in *Dir. giust.*, 2000, n. 33, p. 58.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. *supra*, sub nt. 106.

penale del giudice di pace⁽¹⁰⁰⁾ risulta in sintonia con l'invito abolizionista a superare la logica del castigo in vista del potenziamento dell'interazione vittima/reo e di una possibile riconciliazione.

11. *Considerazioni conclusive.*

La sintetica panoramica sin qui effettuata in ordine all'evoluzione delle scelte normative finalizzate alla prevenzione dei comportamenti illeciti sembra ribadire i momenti di regressione, ambiguità e contraddittorietà della politica criminale italiana, ma anche i suoi momenti di razionalità, flessibilità e umanizzazione.

In effetti, si è avuto modo di sottolineare come la lotta alle grandi emergenze criminali continui a essere condotta, in linea tendenziale, non già intervenendo sulle cause sociali di tali emergenze, ma semplicemente innalzando il tasso di repressione e erodendo le garanzie del diritto sostanziale e processuale. Ora, anche ammesso che una tale reazione possa risultare comprensibile (sebbene non pienamente giustificabile), del tutto sperequate sembrano essere le risposte rispettivamente date, sul piano legislativo, alla illegalità dei colletti bianchi e a quella cosiddetta "di strada". Parallelamente, il crescente sovraffollamento delle carceri e il deterioramento delle condizioni di vita dei detenuti, se da un lato ben si presta a spiegare la vistosa tendenza a favorire soluzioni punitive alternative alla pena detentiva, dall'altro lato evidenzia i modesti risultati deflattivi sinora ottenuti, e comunque dimostra l'incapacità dello Stato nel garantire ai soggetti reclusi condizioni di vita atte a favorirne la risocializzazione.

E tuttavia, mentre la logica dell'intransigenza e del castigo persiste e per certi versi si rafforza col ricorso in chiave "esemplare" alla sanzione penale, cresce per altro verso la volontà di dare vita ad un sistema di diritto penale minimo attraverso l'abrogazione delle fattispecie superflue, la depenalizzazione degli illeciti minori, l'adozione di tecniche di normazione sintetica. E cresce anche la volontà di innestare nel sistema penale, specie grazie all'istituzione del giudice di pace, meccanismi e strumenti "più costruttivi e meno repressivi"⁽¹⁰¹⁾.

In definitiva, quindi, si assiste ad una convivenza tra concezioni retributivo-afflittive non di rado ispirate a modelli di tolleranza zero, oasi di permissivismo e di privilegio nei confronti dei "soggetti forti" appartenenti al mondo politico ed economico, riforme ispirate alla logica dell'umanizza-

⁽¹⁰⁰⁾ È tuttavia doveroso rilevare che la recente notizia della prevista chiusura, entro la fine del 2003, di oltre la metà degli uffici del giudice di pace esistenti sul territorio nazionale, non induce all'ottimismo circa un effettivo, prossimo allargamento di tale competenza.

⁽¹⁰¹⁾ MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale*, cit., p. 131.

zione, del recupero e del dialogo. L'ovvio auspicio è che, prima o poi, la politica criminale italiana riesca a perseguire un complessivo disegno coerente e razionale di diritto penale minimo, senza farsi troppo condizionare dalla cicliche emergenze e dalle soluzioni abnormi suggerite dall'emozionalità. Non si tratta peraltro di un compito facile, specie nell'era attuale segnata più che mai — a tutti i livelli — dalla faziosità, dalla violenza e dalla disuguaglianza.

ABSTRACT

An analyses of the Italian criminal legislation of the last decades reveals the existence of a number of very different responses to criminality. As regards the most serious criminal emergencies (terrorism and Mafia most of all), the legislator has often opted for a repressive policy, though increasing the risk of a return to a barbarian punitive law. Only white collar crimes and political offences have been treated very leniently.

However, beyond the criminal policy enforced to face emergencies, several reforms have been enacted in Italy inspired by the idea of a "criminal law at minimum terms" (laws softening criminal sanctions, depenalising laws) and by the idea of "restorative justice" (juveniles criminal law, law introducing a competence of the "Giudice di pace" in criminal matters).

Un esame della legislazione penale italiana degli ultimi decenni rivela come le risposte al fenomeno criminale siano state assai eterogenee. Per quanto attiene alle principali emergenze criminali (innanzitutto, ma non solo, terrorismo e mafia), le scelte del legislatore sono state il più delle volte a carattere essenzialmente repressivo, con conseguente rischio di un ritorno alla barbarie del diritto penale. Solo le manifestazioni criminali in ambito economico e politico vengono assoggettate, specie da ultimo, ad una normativa indubbiamente assai indulgente.

Tuttavia, al di là della logica emergenziale, sono state attuate in Italia non poche riforme ispirate all'idea di un diritto penale minimo (si pensi, in particolare, alle leggi di depenalizzazione e a quelle che prevedono un'attenuazione delle risposte sanzionatorie) e ad una concezione riparatrice della giustizia che trova espressione nel diritto penale minorile e nella legge che ha introdotto la competenza penale del giudice di pace.

que, nella sede o entro la sfera di un altro soggetto di diritto internazionale, anche non statale⁽³⁾. È terrorismo a scopo di sovversione “*intra moenia*” verso una persona internazionale garantita nella sua *libertà di fatto*⁽⁴⁾ dallo “*ius excludendi alios*” su d’un piede di parità con le altre potenze. Esso è allora assimilabile alle violenze estreme di una parte insorta — in una guerra civile — contro il soggetto, o perché nemica di un dato ordine legale o persino anarchica, o con la copertura “to be compelled to have recourse as a last resort, to rebellion against tyranny and oppression” nei termini della *Universal Declaration of Human Rights*, “Preamble”, 3° alinea: anche in tal caso realizzato, talora, da uno sterminatore suicida⁽⁵⁾ come evocato dall’antico precedente del Libro dei Giudici, 16 (vv. 25-31): Samson⁽⁶⁾ “had judged Israel twenty years” and the Philistines “called Samson out of the prison, and he made sport before them... Now the house was full of men and women.... And Samson grasped the two middle pillars upon which the house rested, and he leaned his weight upon them... Then he bowed with all his might; and the house fell upon the lords and upon all the people that were in it. So the dead whom he slew at his death were more than those whom he had slain during his life”.

E fin qui sono episodi che ricadono nella dimensione verticale della “*Gewalt*”⁽⁷⁾ di ciascuna potenza, libera di opporsi nel proprio interno a codeste tremende emergenze e sia pure, per questo, andando incontro alla “riprovazione sociale” diffusa se annulli ogni suo rispetto di valori umani insopprimibili per la stessa “*Universal Declaration of Human Rights*”⁽⁸⁾.

(3) Cfr. G. ARANGIÒ-RUIZ, *Diritto Internazionale e Personalità Giuridica*, Torino (UTET), 1971 (dal “Novissimo Digesto Italiano”, vol. XVIII-Stati e altri enti [Soggettività internazionale], con l’aggiunta di un indice alfabetico delle materie), pp. 99 ss., 107 ss., 110 ss.

(4) Si veda già per Grozio lo “*ius libertatis personalis*” riferito “*sicut privato...ita... regi*” sotto il profilo della sua sovrana indipendenza, o sovranità-libertà verso l’esterno, “*quae libertas est civilis*” dal lato interno: Hugonis Grotii, *De jure belli ac pacis Libri tres* (Commentariis H.L.B. De Cocceii), Lausannae, 1768, t. I, p. 226. E cfr. M. GIULIANO, *I diritti e gli obblighi degli Stati*, tomo primo (L’ambiente dell’attività degli Stati), Padova, 1956, pp. 63 ss., 78, 80, 84; G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale pubblico* (VIII Ed. rifatta), Milano, 1962, pp. 421, 423.

(5) *Déclaration Universelle des Droits de l’Homme*, in cinque lingue, Collection Folio, Amnesty International Belgique francophone (J.-M. Folon), 1988, p. 22.

(6) “*The Holy Bible*” Catholic Edition, The Nelson and Sons Ltd., 1966 (Printed in Hong Kong), p. 225.

(7) È l’espressione in cui letteralmente concorrono autorità-potere di governo e violenza come potere “informe” inafferrabile ed esteso “per ogni dove, nella vita degli Stati civilizzati”: anche nelle democrazie “per ragioni di sicurezza”, W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza*, “*Angelus Novus*” Saggi e frammenti, a cura di Renato Solmi, Milano (Mondolibri su licenza di Einaudi Ed.), 1999, pp. 5 ss., 7 in specie, 16.

(8) A cominciare “dalla proclamazione che Franklin Delano Roosevelt ebbe a fare, il 6 gennaio 1941, delle quattro libertà umane (libertà di parola e di espressione, libertà

2. – È, al contrario, questione aperta quella del terrorismo su scala mondiale con basi di lancio o di supporto “*extra moenia*” rispetto alle singole potenze dotate di soggettività internazionale, dal momento che si organizzino senza la loro connivenza o, peggio, partecipazione, in località segrete o indeterminate, o in movimento, effettivamente sottratte con adeguati espedienti e dosi di forza, anche grazie a pressioni o ricatti privati, agli eventuali controlli pubblici o alle strutture operative predisposte da questo o quello Stato, invano, contro individui, gruppi o grandi associazioni loro, destabilizzanti quali “*hostes humani generis*” e dunque sempre privi di soggettività internazionale⁽⁹⁾.

Ne dovrebbe conseguire una gestione di ogni uso di forza espressamente contro di loro da parte di uno o più soggetti, invece, del diritto internazionale: guerra — se così si vuol dire — a codeste forze non *giuridico-internazionali*, per

di fede e di culto, libertà dal bisogno, libertà dalla paura” si tratta di diritti “per esperienza plurimillennaria” facili da enunciare come “proclamati nella Dichiarazione universale...e anche da osservare, per chi li consideri con animo immune da pregiudizi”, ma “di una fragilità estrema quando un’opposta propaganda faccia leva sull’istintiva tendenza di tanta parte dell’umanità alla soperchieria, alla discriminazione”; sicché son “precetti sulla cui applicazione convenga vegliare incessantemente rivolgendo la più grande attenzione ad ogni anche minimo ritorno” di “dottrine o proclamazioni o anche semplici *slogans*” contrari. Invece, in nessun caso “è possibile ... che vi sia pace e libertà per un popolo, od anche per un solo uomo, finché non ve ne sia per tutti; e la pace non può essere — come certuni se la rappresentano — il risultato di un calcolo di tornaconto da rinnovare periodicamente, ma solo una celebrazione solidale, fondata sull’amore che non ha confini della condizione umana che ci unisce tutti nel patire e nello sperare”. Così Vincenzo ARANGIO-RUIZ, *Scritti politici*, Presentazione di Norberto Bobbio, Roma (Soc. Editoriale Jouvence), 1985: “*La Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo*”, Conferenza del 16 novembre 1963, a celebrazione del XV anniversario della Dichiarazione, pp. 151, 153, 154, 172. Valga, comunque, la speranza che valori di *tutti gli esseri umani* talmente *alti* da poter esser concepiti come principi di “*ius cogens*” a protezione di un superiore interesse collettivo si trovino universalmente (internazionalmente) garantiti perché la loro lesione va incontro alla (quasi universale) “*riprovazione sociale*”: Roberto AGO, *Cinquième Rapport sur la Responsabilité des Etats* (A/CN 4/291 e Add. 1-2), par. 117; anche in *Scritti sulla responsabilità internazionale degli Stati*, Pubbl. della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Camerino (Napoli, Jovene Ed.), 1986, vol. II, p. 586.

⁽⁹⁾ In particolare sui crimini commessi anche da individui o gruppi non appartenenti — e non riferibili — ad alcuno Stato o altro soggetto di diritto internazionale, cfr. N. RONZITTI, *Crimini internazionali individuali, tribunali interni e giustizia penale internazionale*, in Società italiana di diritto internazionale, *Cooperazione fra Stati e giustizia penale internazionale*, III Convegno della SIDI, Siena 12-13 giugno 1998, Napoli (Editoriale Scientifica) 1999, pp. 69, 70 in specie: indi si veda, per gli argomenti generali, G. ARANGIO-RUIZ, *Diritto internazionale e Personalità giuridica*, cit. pp. 166-168, con attenzione anche alla pirateria, negativi d’una condizione dell’individuo come *subditus orbi* per quei *delicta iuris gentium* da cui pure il pirata si profila come “*hostis humani generis*” già per Cicerone (Douglas BOTTING, *I pirati*, trad. italiana della edizione originale 1978 Time-Life Books Inc., Milano — Gruppo Mondadori — 1988, pp. 24, e 25 per la “depravazione” e le “iniquità” che ne derivavano).

quanto orribilmente aggressive: ma, allora, come si parla di guerra alla criminalità, o alla droga o alla “tratta” di persone in schiavitù, o a catastrofi ambientali; o a malattie di sterminio per intere popolazioni; non certo, in nessun caso, fin qui, *guerra internazionale* o *conflitto armato*, pur di carattere *non internazionale* per le Convenzioni di Ginevra, della Croce Rossa Internazionale⁽¹⁰⁾.

Perciò viene spontaneo, a tale riguardo, rievocare la pirateria come fenomeno massiccio già nel medioevo⁽¹¹⁾: quale professione di antica data che sovente dava luogo a “crudeltà inaudite”⁽¹²⁾, per cui, poi, è da dire che “The terrorist has thus replaced the pirate of old as the *hostis humani generis par excellence*. Indeed the terrorist poses an even greater menace to mankind than the pirate” mediante “acts of terrorism...committed...by private individuals for private ends”. Atti, in questo senso, per fini *non di soggetti di diritto internazionale*: per i quali, d'altra parte, non mancavano pirati che nella loro mera individualità *di rottura* con la società internazionale⁽¹³⁾ si presentavano come “fautori di una rudimentale democrazia” e rispettosi della “giustizia” e dei “diritti dell'individuo” di fronte agli Stati di cui “odiavano per contro la tirannia e ogni abuso di potere”⁽¹⁴⁾. Ma non è dubbio che le attività che ne conseguivano da parte di chi le perpetrava proprio fra la gente seminavano già a quei tempi il “terrore”, per lo più fra persone impreparate e innocenti⁽¹⁵⁾: sempre con un forte peso di *orribile coinvolgimento umano*.

Ora, ovunque fosse in causa la pirateria, come successivamente il “terrorismo” privato “*extra moenia*”, ne sarebbe per il diritto internazionale generale semplicemente *libera* la repressione o prevenzione da parte di qualunque potenza voglia e possa attuarla, ma senza il coinvolgimento — di rimando improponibile — di altre persone internazionali o individui di comune umanità. Il principio è sempre quello dell' *alterum non laedere* o più ampiamente come “valore” del *neminem laedere*; nel mentre da nessun principio generale sarebbe stabilito alcun obbligo (ROLANDO QUADRI) per i soggetti di diritto internazionale di perseguire la pirateria⁽¹⁶⁾ (e così attual-

⁽¹⁰⁾ V. Comité International de la Croix Rouge, *Les Conventions de Genève du 12 août 1949*, Deuxième Ed., Genève 1950, pp. 25 s.: Art. 3 della Convention per “Les forces armées en Campagne” nei cui termini il carattere *non internazionale* che distingue un conflitto “*intra moenia*” non sminuisce la soggettività delle “Parti” nei loro rapporti quali governi di fatto o “potenze” (o potentati come nelle relazioni *intersignoriali*) sia pure in una guerra civile.

⁽¹¹⁾ Cfr. D. BOTTING, *I pirati*, cit., pp. 22, 23.

⁽¹²⁾ *Ibidem*, pp. 20 s.

⁽¹³⁾ Y. DINSTEIN, *The International Legal Response to Terrorism* in “*Le droit international à l'heure de sa codification*” *Etudes en l'Honneur de Roberto Ago*, Milano (Giuffrè Ed.)1987, II, pp. 140, 142; v., insieme, D. BOTTING, *I pirati*, cit., p. 47.

⁽¹⁴⁾ Ancora D. BOTTING, *I pirati*, p. 21.

⁽¹⁵⁾ *Ibidem*, pp. 48, 57.

⁽¹⁶⁾ V. R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Palermo (G. Priulla Ed.), 1949, p. 261.

mente il terrorismo) cooperando alla sua prevenzione e/o repressione collettiva di atti effettuati “without authorisation by public authority, committed...outside the normal jurisdiction of a State” da persone singole o associate nelle attività terroristiche come a suo tempo in quelle pirates⁽¹⁷⁾. Piena libertà, dunque, al riguardo lasciata a ciascun soggetto di diritto internazionale, salvo accordi di cooperazione od intese da ricercare tempestivamente come ispirato dalla Risoluzione 1368 (del 12 settembre 2001) del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite⁽¹⁸⁾ esprimendo per tutti “its readiness to take all necessary steps to respond to the terrorist attacks” o addirittura “to combat all forms of terrorism”.

Solo se, tra codeste forme, si tenda a giustificare — o sia ragionevole pretendere — in talune circostanze uno speciale paragone con episodi di guerra civile verrebbe, però, ugualmente in conto l’obbligo per il diritto internazionale di applicarvi i limiti, in specie umanitari, come alla violenza bellica e al trattamento degli insorti nei conflitti armati *non internazionali* secondo le Convenzioni di Ginevra della Croce Rossa Internazionale⁽¹⁹⁾. O, forse, già in base a principi o “valori” il cui ripudio verrebbe eventualmente sanzionato dalla “*riprovazione sociale*” come “voce cupa” che si levi dalla gente⁽²⁰⁾, sia pure suscitata da proposte sulle prime solo *elitarie* — come quelle dell’*Antigone* di Sofocle⁽²¹⁾ — se non altro favorite dal progressivo sviluppo di più ampie prospettive nella coscienza umana o nell’etica della pace?

Non per nulla valori come il divieto di tortura (in particolare opponibile agli agenti di pubbliche funzioni per la Convenzione di New York del 10 dicembre 1984, art. 1) ha assunto caratteri di assolutezza e generalità, senza discriminazione alcuna per il Patto dei diritti civili e politici delle Nazioni Unite, progressivamente obbligatorio per un sempre maggior numero di Stati, compresi gli Stati Uniti d’America.

(17) Cfr. *Piracy* in “*Micropaedia*” *Encyclopaedia Britannica* (15th Ed.) 1981, vol. VII, p. 1025- 3° e 4° col.

(18) V.01-53382 (E)- Distr.: General, S/RES/1368 (2001) paragrafo 5.

(19) Per le più importanti Disposizioni Generali, enunciate nei paragrafi 1 e 2 dello Art. 3 della Convenzione citata (supra, nt. 10), non solo “chacune des Parties en conflit sera tenue d’appliquer au moins les dispositions suivantes” ma, d’altra parte “Les Parties en conflit s’efforceront...de mettre en vigueur par voie d’accords spéciaux tout ou partie des autres dispositions” Comité Internat. de la Croix Rouge, *Les Conventions*, cit., loc. cit.

(20) Si veda SOFOCLE, *Antigone*, trad. di Luisa Biondetti, seconda edizione (Feltrinelli), Milano, 1988, p. 107: versi 695 ss.

(21) Cfr. G. CERRI, *Legislazione orale e tragedia greca. Studi sull’Antigone di Sofocle e sulle Supplici di Euripide*, Napoli (Liguori Ed.), 1979, pp. 96 ss., 100 ss. E complessivamente, sul suggello attuale di queste conclusioni specie per la Convenzione di New York (in vigore anche per gli Stati Uniti dal 1994), v. Cristiana FIORAVANTI, *Lotta al terrorismo e Convenzione contro la tortura*, www.studiperlapace.it.

3. – Il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, nelle sue Risoluzioni fra il 2001 e il 2003, solo una volta (Ris. 1455 del 17 gennaio 2003) ha personalizzato gli autori di attività delittuose individuali ad esclusione di quelle *solo interne* a uno Stato (“*intra moenia*”, come in una guerra civile) largamente organizzate nel terrorismo, invece, transnazionale, riferendole a “members of the Al-Qaida organization and the Taliban and *other individuals, groups, undertakings and entities associated with them*”⁽²²⁾.

Ad ogni modo, nelle altre Risoluzioni è implicito il riferimento a un terrorismo dello stesso tipo su scala universale in quanto si manifesti in più paesi nessuno escluso o designato *a priori*. Perciò, ad ogni improvvisa manifestazione in questo o quel paese, il Consiglio di Sicurezza reagisce obbligando “all States” a cooperare con il governo colpito per l’occasione (Indonesia, Russian Federation, Colombia, Turkey) “and provide support and assistance as appropriate, to the...authorities” rispettive “in their efforts to find and bring to justice the perpetrators, organizers and sponsors of these terrorist attacks”⁽²³⁾.

E prima le Risoluzioni di fronte, per l’appunto, ad un terrorismo transnazionale (“*extra moenia*”) raccomandavano genericamente “the global effort to combat terrorism” (Ris. 1377 del 12 novembre 2001) per la “*urgenza*” d’un lavoro comune “to prevent and suppress terrorist acts, including through increased cooperation and full implementation of the relevant conventions relating to terrorism”⁽²⁴⁾. Ora, proprio in quest’ottica, da un lato ci si considerava “*Deeply concerned by the increase, in various regions of the world, of acts of terrorism motivated by intolerance or extremism*” (Ris. 1373 del 28 settembre 2001), ma, d’altro canto, si riaffermava (Ris. 1377) “its unequivocal condemnation of all acts, methods and practices of terrorism as criminal and unjustifiable, regardless of their motivation”: poiché “acts of terrorism endanger innocent lives and the dignity and security of human beings everywhere”. I vari Stati venivano, pertanto, considerati solo nella posizione *attiva* “essential to combat the scourge of international terrorism”, o *passiva* come obbligati (Ris. 1373) “to refrain from organizing, instigating, assisting or participating in terrorist acts in another State or acquiescing in organized activities within its territory directed towards the commission of such acts”. Responsabili, quindi, internazionalmente — ò ovvio — solo in caso contrario: se, in ultima analisi, venisse obiettivamente accertata codesta loro connivenza, tolleranza o addirittura complicità (nel senso della Ris. 1377 in combinato disposto con la precedente) ma sempre in modo non più controverso o

⁽²²⁾ V.03-21407 (E) 170103-Distr.: General, S.RES/1455 (2003), p. 2.

⁽²³⁾ S/RES/1438 e 1440 (2002); RES/1456 e 1516 (2003).

⁽²⁴⁾ V.01-63301 (E)-Distr.: General, S/RES 1377 (2001), pp. 1 (su di un “global effort to combat terrorism), e soprattutto 2 (*Annex*).

incontrovertibile (se del caso, grazie a un giudizio imparziale risolutivo di una controversia con lo Stato chiamato in causa)⁽²⁵⁾.

4. – Alla dicotomia tradizionale fra pirateria e còrsa corrisponde, d'altronde, per il diritto internazionale una presa di distanza dal terrorismo considerato *in primis* per tutt'i casi di “individuals (who may or may not be guerrilleros) attacking civilians indiscriminately in order to provoke fear” ovunque (YORAN DINSTEIN), e quindi per l'appunto “*extra moenia*” su scala universale⁽²⁶⁾.

All'incontro, attività solo obiettivamente *pirate* ma soggettivamente ad opera di *organi di fatto* d'uno Stato erano in causa già per la còrsa, e per lo più agevolmente dimostrabili come proprie di una delle potenze dotate di soggettività internazionale, senza dar luogo a controversie sulla loro natura⁽²⁷⁾.

Fin dal 1200 uno dei pirati più intrepidi (Eustachio il Monaco) depredò i mercantili francesi per conto di re Giovanni d'Inghilterra e dal 1212 passò “al soldo dei francesi e guidò una spedizione contro gli inglesi”. Del resto, la guerra corsara non solo “was carried on by all nations from the earliest times until the 19th century” ma fu pure, in tempo di pace, “commissioned by a government to make reprisals” o “to gain reparation for specific offences”: il suo libero esercizio ebbe dunque, all'epoca, il generale consenso anche se, alla fine del XIV secolo, “privateers such as Sir John Hakins and Sir Francis Drake were encouraged or restrained according to prevailing political conditions”⁽²⁸⁾.

In secondo luogo, tale consenso era manifesto e costante sino a quando nel 1856 “by the Declaration of Paris, Great Britain and the other major European countries (except Spain) declared privateering illegal”⁽²⁹⁾. E solo molto più tardi questo principio fu seguito via via dagli Stati che non avevano partecipato alla Dichiarazione (dagli Stati Uniti non prima della fine del sec. XIX e dalla Spagna finalmente nel 1908); di modo che vi sarebbe, poi, stata una indubbia responsabilità per il fatto di promuovere o favorire da parte di qualsiasi Stato e in qualunque maniera le attività corsare, come illecito sia di

(25) V.01-55743 (E)-Distr.: General, S/RES/1373 (2001), p. 1 per gli “acts of terrorism motivated by intolerance or extremism” ma ispirandosi pur sempre nei rapporti da Stato a Stato all'*obbligo* per l'Art. 2, comma 4, della Carta delle Nazioni Unite “ di risolvere le loro controversie internazionali con mezzi pacifici”, facendo solo così *salva anche* “la giustizia”.

(26) Y. DINSTEIN, *The International Legal Response*, cit., p. 142.

(27) Cfr. D. BOTTING, *I pirati*, cit., pp. 2 ss., 137, 141, e *Piracy* in *Ency.Brit.*, “*Micropaedia*”, cit., VII, 4° col. a p. 1025, cit.

(28) Si veda ancora D. BOTTING, *I pirati*, cit., p. 23.

(29) V. *Privateer* in “*Micropaedia*” *Encyclopaedia Britannica* (15th Ed.) 1981, Vol. VIII, p. 221.

diritto internazionale particolare che generale per l'universale affermarsi del divieto.

Per l'accertamento dell'illecito con gli Stati che ne fossero sospettati si sarebbe dovuta, pertanto, aprire anzitutto una controversia da risolversi caso per caso⁽³⁰⁾.

Ed ecco, a tale riguardo, anche la possibilità di una giustificazione del terrorismo potrebbe affiorare per via di semplici manifestazioni statali d'opinione o di tendenza ideologica, come dall'apprezzamento del disegno innovativo rappresentato da *non soggetti* di diritto internazionale nella Conferenza *non statale* di Algeri con la sua prospettiva d'un uso della forza individual-popolare contro le potenze soggetti di diritto internazionale (Dichiarazione del 4 luglio 1976, Art. 28)⁽³¹⁾. Ma altra è l'ipotesi se attualmente in concreto e in modo provato "Occasionally, a Government employs terrorists against another State without openly identifying with them. Such terrorists may nevertheless be looked upon as the long arm of the Government" d'un soggetto di diritto internazionale (se del caso, anche non statale) "which, in effect, directs their activities" *extra moenia*⁽³²⁾.

5. – Si danno, altresì, addirittura casi di "private persons secretly recruited to carry on ... terrorism, abduction or other such assignments, the completion

⁽³⁰⁾ Non ha senso considerare l'uso della forza (o in genere la *guerra*, restrittivamente) quale "mezzo", eventuale, sia pur precluso per il diritto, "di risoluzione delle controversie internazionali (come nella Costituzione della Repubblica Italiana, per l'Art. 11, prima parte). Preclusa, è nell'ipotesi, — se non si vuole abbandonarsi a un *non senso* — la *composizione di fatto* d'un conflitto internazionale d'interessi facendo prevalere con la *forza* (o addirittura con la *guerra*) l'interesse proprio sull'altrui; nel mentre la "*soluzione*" o — diciamo così — *risoluzione* della controversia non può concretarsi in nient'altro che "in una valutazione che del conflitto o dei conflitti d'interessi, che sono a base della controversia, è data dall'ordinamento giuridico internazionale": essa è concetto che "appartiene interamente al campo del diritto". V. G. MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*, Padova (Cedam), 1967 (Settima edizione riveduta), pp. 4, 375. E *come tale* la soluzione della controversia è *in primis* l'oggetto dell'obbligo di ricercarla per la via pacifica *che solo le si addice* in base all'Art. 2 della Carta delle Nazioni Unite.

⁽³¹⁾ Per il problema in genere, al suo culmine, si veda: G. SGROSSO CATALANO, *La propaganda ostile nel diritto internazionale*, in "Diritto internazionale" Rivista trimestrale di Dottrina e Documentazione (ISPI), vol. xx-1966, Parte Prima, pp. 18-23(§1), 23(§2)—28, nt. 30, con riferimento a LAUTERPACHT, *Revolutionary Activities by Private Persons against Foreign States*, in *British Yearbook of Intern. Law*, 1928, pp. 105 ss; nt. 43 per STONE, *Legal Controls of International Conflict* 1954, p. 319; e nt. 48 per MARTIN, *International propaganda*, in "Legal and Diplomatic Control", Minneapolis, 1958. Infine, conclusivamente per il diritto internazionale generale, SGROSSO CATALANO, *La propaganda*, cit., pp. 31 ss. Cfr., insieme, la *Déclaration universelle des droits des peuples/Universal Declaration/Declaración*, Argel 4 julio 1976, Paris V.ème (François Maspero), 1977.

⁽³²⁾ Y. DINSTEIN, *The International Legal Response*, cit., p. 144.

of which is certainly an act of the State, even if it is disguised as a private act” (Rapporto di Roberto Ago sulla responsabilità dello Stato, alla *International Law Commission*, 1971)⁽³³⁾. E si rileva pure, dal Rapporto, che “in the words of Judge Ago, when a State does not fulfil its international obligations of ‘vigilance’, and fails ‘in its specific duty not to tolerate the preparation in its territory of actions which are directed against a foreign Government or which might endanger the latter’s security’, this constitutes an international wrongful act of omission entailing the international responsibility of the State”⁽³⁴⁾: ma, ovviamente, sempre da accertare e determinare nelle sue conseguenze attraverso l’*iter* risolutivo di una controversia internazionale, prima che mediante l’uso della forza⁽³⁵⁾. Ha da valere, insieme, anche il principio generale enunciato da Grozio secondo la prassi applicativa consuetudinaria del principio stesso: che esclusivamente per i reati comuni lesivi dei beni materiali o immateriali di persone private straniere è riconosciuto che passino, intanto, sotto silenzio nel territorio altrui in cui si trovino i rei, salvo le clausole contrarie di un trattato o una specifica intesa con lo Stato cui le persone lese appartengano⁽³⁶⁾; insomma nessun soggetto di diritto internazionale può essere costretto in generale a porre in essere attività coercitive per codesti reati, e tanto meno è pensabile “*permettre qu’un autre Etat vienne en armes dans l’intérieur ... pour exercer le droit de punir*”. Ma tutt’altro è il caso dei crimini “that manifest extraordinary wickedness” (“*une rare scélérate*”) o “that affect the public weal” (“*qui touchent les affaires publiques*”) d’uno Stato estero; per i quali, allora, il primo principio è “*aut punire aut dedere*” sotto la responsabilità dello Stato richiesto e quindi, *in alternativa*, *d’estradare* (o di ricorrere alla espulsione come estradizione larvata)⁽³⁷⁾: però, ovvia-

⁽³³⁾ *Ibidem*, *ult. loc. cit.* Ora, sembra o no riconducibile a codesta costruzione l’affare irakeno in presenza delle circostanze mano a mano evidenziate? V., al riguardo *Encyclopaedia Britannica “Book of the Year” 2003 (Events of 2002)* p. 466, 2° e 3° col. E la “*Guida del Mondo “Il mondo visto dal Sud 2003-2004*, Bologna 2003, pp. 319, par. 18-19, e 320, par. 34-38.

⁽³⁴⁾ DINSTEIN, *The International Legal Response*, cit., p. 145.

⁽³⁵⁾ Viceversa, talora manca una ricerca *in buona fede* della soluzione d’una controversia prima d’un intervento armato, come nel negoziato *di facciata* a Rambouillet per il Kosovo. Cfr. H. KISSINGER, “*New World Disorder*”, in “*Newsweek*”, May 31, 1999, pp. 26-28: “where other options were still open ... Rambouillet was not a negotiation — as is often claimed — but an ultimatum. This marked an astounding departure for an administration that had entered office proclaiming its devotion to the U.N. Charter and multilateral procedures”.

⁽³⁶⁾ Si veda H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et la paix*, trad. Fodéré, Paris, 1867, II. XXI (§ 4-1), p. 491.

⁽³⁷⁾ Tipico esempio di estradizione larvata è il *Lorenzo Bozano v. France*. La richiesta italiana alla Francia d’extradizione del Bozano giudicato per omicidio dalla Corte d’Assise d’Appello fu oggetto di una decisione contraria della Corte d’Appello di Limoges, nel mentre “a few months later, Mr. Bozano was committed for trial before the Limoges Criminal Court on a charge of using false identity papers”. Fu allora che la

mente, sempre che se ne abbia la possibilità materiale⁽³⁸⁾, per cui, nei casi dubbi, dovrebbe aprirsi ancora in via primaria una controversia da avviare pacificamente a soluzione.

È il principio rispetto al quale il modello di gradualità è pur sempre il XVII° articolo del Trattato di Osnabruck del 24 ottobre 1648: « l'offensé tachera premierement de détourner l'offensant de la voye de fait, en soumettant la cause à une composition amiable, ou aux procédures ordinaires de la Justice: & si dans l'espace de trois ans (*sic* !) le différend ne peut estre terminé par l'un ou l'autre de ces moyens, que tous & chacun des Intereszez en cette transaction soient tenus de se joindre à la Partie lezée, & l'aider de leurs conseils & de leurs forces à repousser l'injure »⁽³⁹⁾.

6. – Può darsi, infine, l'ipotesi d'uno Stato "militarily incapable of putting an end to the terrorist's activities": che persino "may not be aware of what is happening" contro un altro soggetto di diritto internazionale "especially

polizia francese gli notificò un ordine di espulsione e lo condusse al confine svizzero. E di conseguenza le autorità svizzere lo estradarono in Italia. Pur ammettendo il Rapporto della Commissione dei diritti umani, a Strasburgo, il 7 dicembre 1984 "l'existence d'une violation de l'article 5 par. 1 f) de la Convention (onze voix contre deux) " in tema di arresto o detenzione, nulla ebbe da eccepire contro l'art. 2 del Protocollo N°4 della stessa Convenzione europea dei diritti umani, sulla libertà di circolazione in qualsiasi paese, giudicata non in contrasto con la espulsione risultante finalmente in una estradizione da parte svizzera all'Italia (pur negata a suo tempo dalla Francia): *Jurisprudence de la Commission, e) Lorenzo Bozano c. France*, in CONSEIL DE L'EUROPE, *Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, (Yearbook of the European Convention)*, Dordrecht, Boston, London, (Martinus Nijhoff Publ.) 1985, pp. 163-164). Indi sui problemi *assai più in generale*, si veda ancora H. GROTIUS, *Le droit*, cit., *loc. cit.*, e *The Translation* by F.W. Kelsey, « *De jure belli ac pacis* », Oxford-London 1925, II. XXI, §§ III-2, IV-2 e 3, 4, 8, V-1.

⁽³⁸⁾ In particolare, secondo codesto schema giuridico iniziale, nella relazione trilaterale Stati Uniti, Governi del Paese e bin Laden (e terroristi talebani?) lungo le vie di connessione e sconnessione fra i rispettivi vertici, e nei suoi accertati sviluppi, è da valutare, ad es., per il diritto internazionale, l'affare afgano (2001), viste le circostanze (e i successivi sviluppi *certi*)? Cfr., dalla richiesta del Consiglio afgano degli anziani al governo taliban di persuadere bin Laden ad abbandonare volontariamente il paese, del settembre 2001, secondo una domanda superata dai bombardamenti dei primi ottobre, alla pressione occidentale di consegnarlo a qualche forma di giustizia internazionale, finchè si diede il successo militare americano, con la fine del governo locale, quando peraltro bin Laden "had still not been apprehended" da alcun altro governo: *Guida del Mondo*, cit., p. 84, 2 col., e 2002 *Britannica Book of the Year (Events of 2001)*, pp. 76, 2 col. (*Biographies*, bin Laden, Osama) e 384-385 (*"Afganistan"*).

⁽³⁹⁾ DU MONT J. M., *Corps Universel Diplomatique du Droits des Gens*, Amsterdam-La Haye, 1726, Tract. CCXLIV, p. 488, 2° col., nella Première Partie del t. VI, anche per la insistenza finale: "après que l'offensé leur aura fait entendre que les voyes de douceur et de justice n'ont servi de rien; sans prejudice toutefois au reste de la Jurisdiction d'un chacun, & de l'administration competente de la Justice, suivant les Loix & Constitutions de chaque Prince § Estat».

when the terrorists operate in remote and sparsely populated areas”⁽⁴⁰⁾. Allora, per il principio generale dell’autotutela, questa sarebbe consentita con la forza necessaria — vista la responsabilità meramente “nominale” del governo locale troppo debole — immediatamente allo Stato vittima, o su cui incomba il più grave pericolo attuale, “against the terrorist’s bases inside the territory of another State (provided that it is directed against the guilty terrorists rather than against the ineffective local Government)”. È la stessa ipotesi che la dottrina italiana classica del diritto internazionale contempla *in modo autonomo*⁽⁴¹⁾ nel quadro del *diritto naturale di autotutela*, come richiamato espressamente verso un attacco armato ai sensi dell’art. 51 della Carta delle Nazioni Unite ma più largamente, con estensione (per l’appunto in quanto conforme alla *lex “naturae” vel gentium*) a tutte le circostanze di assoluta urgenza di *difesa legittima* o *in stato di necessità*, nell’attuale incombere di pericoli da prevenire subito per evitare che precipitino a scalzare, nell’immediato, lo stato di conservazione d’un soggetto o dei suoi più vitali interessi⁽⁴²⁾. E invece uno stato di pericolo in circostanze di minore urgenza significa che l’autotutela dev’esser più ristretta, allorché cioè può concretarsi anche in atti coercitivi con cui, però, viene esercitata intanto sul soggetto destinatario dell’obbligo una pressione “diretta ad ottenere l’adempimento dell’obbligo medesimo, ma può anche concretarsi in atti con cui il soggetto titolare del diritto provvede direttamente all’attuazione dell’interesse tutelato dalla norma sostituendosi all’obligato” e così esercitando l’autotutela legittimata “non solo in seguito alla violazione del diritto ma anche preventivamente, quando la violazione è semplicemente minacciata”, se v’è il presupposto *accertato* della *inerzia* altrui (GAETANO MORELLI, Y. DINSTEIN e C.C. HYDE). Poiché allora, “the State exercising self-defence does what the local Government itself should have done, ‘had it possessed the means and disposition to perform its duty’”⁽⁴³⁾. Limite, questo, assai importante, che richiede pertanto un’attenzione rigorosa e una condotta tanto più limitata nell’esercizio del *diritto naturale* di autotutela al di là e al di sopra della stessa Carta delle N.U. ancorché in ogni caso per fini con essa “compatibili” nelle ipotesi di ricorso all’uso della forza fuori dal divieto del suo art. 2, par. 4. Il che s’impone specialmente in caso di non “incompatibilità” con quei fini (da

⁽⁴⁰⁾ Y. DINSTEIN, *The International Legal Response*, cit., p. 146.

⁽⁴¹⁾ *Ibidem*, *ult. loc. cit.*, e G. MORELLI, *Nozioni di dir. internaz.*, cit., p. 352.

⁽⁴²⁾ Cfr., R. AGO, *Addendum to the Eight Report on State Responsibility* (Document A/CN.4/318/ADD.5-7): U.N. *Yearbook ILC*, 1980, Vol. II; Part One, § 12, p. 19: “We are not... suggesting that the interests to be taken into account be limited to the ‘existence’ of the State... To put it more simply, one should say that what is involved is an ‘essential’ interest of a State... in relation to the particular case in which such an interest is involved, and not predetermined in the abstract”.

⁽⁴³⁾ C.C. HYDE, *International Law*, Boston (2nd. Ed.), 1945, p. 240 (citazione di Y. DINSTEIN, *The Int. Legal Resp.*, p. 146, nt. 28).

interpretare) per le pretese finalità di protezione internazionale dei diritti umani *dati* in base al Preambolo della Dichiarazione Universale, nell'ottica di questa o quella potenza per salvarli da un sacrificio altrimenti irrimediabile: ma ad ogni modo mai per l'aberrante risultato di ledere ancor più gravemente altri diritti umani e altra umanità⁽⁴⁴⁾.

Basti scorrere le circostanze e rendersi conto delle implicazioni giuridiche — condizioni e limiti — degli usi di forza per una suprema esigenza, come messi in luce dalle Risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite verso gli “acts of terrorism” quando “endanger innocent lives and the dignity and security of human beings everywhere” (Ris. 1377/2001) impegnando ciascuno Stato per la propria parte e nel proprio paese — e con la propria amministrazione — contro i terrorismi che “threaten the social and economic development of all States and undermine global stability and prosperity” (Ris. 1377 e 1438/2002, 1440/2002, 1465/2003, 1516/2003).

Uno dei parametri d'interventi militari ispirati a ragioni umanitarie in senso ampio, fra i più contenuti nella giusta misura anche per il ristretto numero di persone localmente sacrificate è — merita sempre ripeterlo — quello del *raid* israeliano ad Entebbe contro un attuale e irreversibile pericolo per l'integrità fisio-psichica e addirittura la vita delle vittime d'un dirottamento terroristico⁽⁴⁵⁾ di aereo civile francese (27 giugno 1976) e del loro sequestro in quell'aeroporto dell'Uganda, dopo un lungo ma vano tentativo di ottenere un interessamento effettivo, affidabile, in favore degli israeliani, da parte del Presidente ugandese, la notte dal 3 al 4 luglio.

Si aggiunga, d'altronde, che prima della breve ma sanguinosa guerra civile della armata di re Husain di Giordania contro il Fronte Popolare per la liberazione della Palestina, erano risultati pure giustificati, fino a quel momento (il c.d. *settembre nero* del 1970), gli interventi armati della Repubblica d'Israele — nella loro relativamente moderata entità — di là dalla frontiera giordana, per una estrema difesa dei coloni attaccati nei loro

(44) Gravissimo in tutt'i casi il limite umanitario generale alla *autotutela* di per sé stessa: e sicuramente inconciliabile con una pronuncia del tipo riferito da “*Le Monde diplomatique*” N. 582-49^e année, Septembre 2002, p. 1: “en septembre 1980, le régime de Bagdad se lançait à l'assaut de l'Iran” e “mis en difficulté, il utilisait en effet des armes chimiques avant de gazer, à Halabja, en mars 1988, 5000 kurdes irakiens. Washington lança-t-il alors une croisade contre ce ‘tyran sanguinaire’? La presse américaine vient de confirmer que, à cette époque, une soixantaine d'officiers américains avaient fourni secrètement à l'état-major irakien ‘des informations détaillées sur le déploiement des forces iraniennes’.... Ces conseillers, informés de l'utilisation de gaz — interdite par la Convention de Genève — ne s'y opposèrent pas, ‘car ils pensaient que l'Irak luttait pour sa survie’».

(45) Si vedano per l'insieme dei casi tutte le note di G. BATTAGLINI, *Diritti umani, autotutela e interventi armati*, in *Annali Univ. Ferrara — Sc. Giur. Nuova Serie*. Vol. XIV (2000), pp. 14-17, con riguardo agli interventi più tipici in nome d'una (proposta) finalità *sempre umanitaria*.

insediamenti di confine dalla guerriglia palestinese con le basi appunto in Giordania⁽⁴⁶⁾.

La rigorosa proporzionalità dell'autotutela con uso della sola forza necessaria e urgente per salvaguardare nell'essenziale (vita, salute) le persone umane in funzioni diplomatiche o di servizio, sequestrate da fanatici khomeinisti seminando il terrore nell'ambasciata americana a Teheran, caratterizzerà, del resto, il *raid* militare ordinato dal Presidente degli Stati Uniti Jimmy Carter in territorio iraniano (1980), fino al punto di comprometterne l'esito proprio per la fondamentale meritevole moderazione in ottemperanza agli obblighi internazionali⁽⁴⁷⁾. Quelli ben altrimenti, solo ambigualmente messi in questione, quindici anni addietro, dall'intervento con uso della forza degli Stati Uniti a San Domingo (1965), che alla luce delle Risoluzioni delle N.U. e dell' OSA induceva a valutarne la non conformità al diritto internazionale se, al di là della “*inviolability of human rights*” (in ispecie di “*nationals*” statunitensi) avesse piuttosto di mira “*as it sole purpose*” la “*restoration of normal conditions in the Dominican Republic*” e lo “*establishment of an atmosphere...that will permit the functioning of democratic institutions*”: quando, peraltro, nessuna attività armata dovrebbe essere diretta “*towards the violent overthrow of the régime of another State, or interfere in civil strife of another State*”⁽⁴⁸⁾.

Perciò, nell'invasione degli Stati Uniti a Grenada (1983), che si pretendeva riferita a interessi umani dei loro “*nationals*” in quel territorio, non solo l'Ammistrazione Reagan avrebbe dovuto stabilire “*by means of clear and convincing evidence that there did in fact exist an immediate threat to the safety of U.S. citizens in Grenada*”, ma sarebbe occorso il massimo contenimento nella legalità: “*Even then such a threat could have justified only a limited military operation along the lines of the Israeli raid at Entebbe*”⁽⁴⁹⁾.

Ciò equivale a dire che “*par définition l'intervention d'humanité*” come ogni ipotesi di uso della forza in via di autotutela dev'essere “*désinteressée*” anche nel senso che “*l'intervention cesse d'être désinteressée lorsque l'intervenant a un intérêt à dépasser les limites où devrait se tenir son action*”⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. P. (J.) MANSFIELD, *Hasain Ibn Talal e Jordan*, *Britannica Book of the Year 1971 (Events of 1970)*, pp. 144 s., 429.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. R. L. WORSNOP, *United States* e TANLEY CLOUD, *Special Report*, *Britannica Book of the Year 1981 (Events of 1980)*, pp. 691 s., 698.

⁽⁴⁸⁾ Si vedano, per le Risoluzioni N.U. ed OSA, dicembre e maggio 1965, sulla “*crisi*” a San Domingo, *The American Journal of International Law*, Vol. 59 (1965), pp. 987-988 e Vol. 60 (1966), pp. 662-664.

⁽⁴⁹⁾ F.A. BOYLE, A. CHAYES, I. DORE; R. FALK, M. FEINRIDER, C. CLYDE FERGUSON JR., J. D. FINE, K. NUNES, B. WESTON, *International Lawlessness in Grenada*, in *The American Journal of International Law*, Vol. 78 (1984), p. 172.

⁽⁵⁰⁾ A. ROUGIER, *La Théorie de l'Intervention d'Humanité*, *Revue Général de Droit International Public* 1910, pp. 502 ss.

7. – La geometria delle ipotesi prospettate, che sono il parametro della saggia misura (la più equa nel rispetto della imparzialità che rispecchia sempre la “*iustitiam partium*” nei rapporti internazionali), le colloca — come tutte nel loro ordine giuridico — fra due coordinate cartesiane, di cui la “ordinata” vale una linea di ferma demarcazione tra fatto e diritto ed esprime al vertice il principio della fonte suprema dell’ordinamento internazionale — il generale uso (la “pratica generale” riconosciuta come diritto) — anche per l’art. 38 dello Statuto della Corte permanente di Giustizia Internazionale e della C.I.G. È la “*condicio per quam*” da cui defluiscono immediatamente i principii giuridici generali; nel mentre dal piano della “*ascissa*” si elevano mano a mano le varie manifestazioni internazionali di effettività⁽⁵¹⁾ — ma quale effettiva osservanza delle regole — che s’incontrano con le proiezioni di quei principii (fatta salva solo la possibilità di patti in deroga secondo le stesse regole generali sui rapporti contrattuali fra i soggetti su d’un piede di parità): quale “*condicio sine qua non*” che ha il fondamento per l’appunto sui *fatti di media osservanza* delle norme valide ed effettive nell’area sovrastante in cui nel tempo si pongono e si sviluppano via via, a seconda delle circostanze dei casi singoli, le rispettive *norme dei casi concreti*⁽⁵²⁾. E la giurisprudenza in senso lato, che toglie vaghezza ai principii generali, sta appunto nel ricostruirli da tutt’i lati delle ipotesi in cui s’inquadrano secondo la prassi tradizionale (giurisprudenziale). Fuori da codesta impostazione, vi son fatti *liberi*, ossia che restano nella *libertà di fatto* dei soggetti — in quanto meramente indifferenti — come per ogni ordinamento giuridico; o se in contrasto con quelle valide norme sono illeciti belli e buoni!⁽⁵³⁾.

Fatti contrastanti con le stesse norme qualificati *non illeciti perché “nuovi”* sono invece un *non senso* e solo per far fede ad una — a dire il vero —

⁽⁵¹⁾ V. la Parte seconda, Cap. III del mio “*Il dir. internaz. come sistema di diritto comune*”, p. 218, in specie p. 205 ispirata da H. KELSEN, *Il fondamento della validità del diritto*, Conferenza ai Lincei del 28 maggio 1957, nella trad. italiana di G. ARANGIO-RUIZ, in *Rivista di diritto internazionale*, 1957, pp. 497, 508-510 (anche per la nota seguente).

⁽⁵²⁾ Lo stesso Cap. III del mio “*Il dir. internaz. come sistema di diritto comune*”, p. 218, per ispirazione di H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino (Einaudi Ed.), 1952, pp. 90 ss. 101 ss.

⁽⁵³⁾ Fatti che, ad es., sembrano legittimare l’uso della forza quando *effettivamente* vi si ricorra fuori dalle ipotesi consentite dal Patto delle N.U., configgono con i procedimenti di revisione o emendamento di quella “Carta” (ex Art. 108-109). E non è ancor più grave concepire codeste (pretese) “nuove” regole se “*contra legem*”, ricavandole dai fatti d’intervento contro il genocidio in Kossovo, ma a dispetto dell’Art. VIII della Convenzione sul genocidio, che imponeva il deferimento dell’affare agli organi competenti delle N.U. per le *appropriate misure*? Altro è soffermarsi interpretativamente sugli usi di forza come esercizio del “diritto naturale” di autotutela allorché *non sia* “incompatibile” con i fini delle Nazioni Unite: ma ciò non corrisponderebbe ad altro che alla consueta prassi (o giurisprudenza) consuetudinariamente applicativa delle proposizioni normative “vaghe” generali per adattarle alle

improponibile concezione d’una effettività a prima vista⁽⁵⁴⁾, per una pretesa logica di buon senso (politico). Quale, fino a che punto?

Al contrario va addirittura respinto, come ricerca di false soluzioni teoriche, solo azzardate e colpevolmente modistiche, il quesito “*Ex facto ius oritur*”; come e perché?

Per precipitare nel caos?⁽⁵⁵⁾.

Tanto più per evitarlo in una delicata materia, s’impone l’esigenza *attraverso il generale uso* delle genti — i loro “*mores personarum*” come fonte, e le consuetudini confermatrice che ne sono l’evidenza — “di recuperare in seno agli Stati e fra gli Stati il *valore primordiale della legge naturale*, che ha ispirato, un tempo, il diritto delle genti e i primi pensatori del diritto internazionale” (Discorso di Giovanni Paolo II al Corpo diplomatico, il 13 gennaio 2003).

In ultima analisi, la disanima del mito dell’effettività nel diritto internazionale valga finalmente a riaffermare con GAETANO ARANGIO-RUIZ nel suo intervento del 27 agosto 2003 allo “*Institut de Droit International*” (*Session de Bruges*)⁽⁵⁶⁾ “that at least two previous speakers, Mr Brownlie and Mr McWhinney, had warned that much depended on how the formation of customary law was determined, especially when it touched upon Article 2 (4) of the United Nations Charter” e “that only by guarding closely that aspect, one would prevent the numerous facile law developers from justifying any *entorse* to the Charter by the maxim *ex facto ius oritur*, which was invoked

circostanze, con le norme dei casi concreti. Cfr. G. BATTAGLINI, *Usi della forza e diritti umani nel sistema delle Nazioni Unite*, in “Diritti umani e Uso della Forza”, a cura di Mario Dogliani, Stefano Sicari, Seminario della Associazione Italiana dei Costituzionalisti (Torino, 11 giugno 1999)- Giappichelli Editore in Torino, dicembre 1999, pp. 5 s., e nt. 6.

⁽⁵⁴⁾ Assolutamente diverso è per un «vero giurista» il modello rigoroso della effettività, e internazionalmente *solo quello*, risalendo già a Bartolo per la sovranità (indipendenza) e libertà (libertà esistenza) *di fatto* dei rispettivi potentati nel proprio interno. Un fatto che “non” si oppone al diritto ma in esso vive come “fatto giuridico”. In ogni caso, cioè, la “valutazione della situazione di fatto deve compiersi entro il sistema, come *rilevanza giuridica del fatto*, non invece come prevalenza del termine di fatto sul corrispondente termine giuridico”. Pertanto, anche per Bartolo è “‘giuridico’ il governo di fatto come tale” che “deve essere considerato come una situazione giuridica *equivalente* al titolo originario di sovranità e come tale è valutata e protetta”: Alberto MIELE, *La Comunità Internazionale, I caratteri originari*, Torino (Giappichelli Ed.), 1995, pp. 48 ss. 69 per l’effettività “come una norma positiva del diritto internazionale” secondo Kelsen.

⁽⁵⁵⁾ «Per evitare di precipitare nel caos» s’impone la esigenza di «recuperare in seno agli Stati e fra gli Stati il *valore primordiale della legge naturale*, che ha ispirato, un tempo, il diritto delle genti e i primi pensatori del diritto internazionale”, secondo Giovanni Paolo II, *Discorso al Corpo Diplomatico* del 13 gennaio 2003.

⁽⁵⁶⁾ Institut de D. I.-P VADM n. 2, 2^{ème} séance administrative 27. 8.03-15 h. 20- Version révisée : *Draft Procedural Resolution P.03/03 (SH-cs/GDS-mq/RKB-mq/Rki-mq)*.

immediately after NATO's humanitarian bombings in Kosovo"; concludendo "by stating that he would regret, if the work of the Commission resulted in the two following maxims: a) *ex Iraqi bello ius oritur*, or even worse; b) *ex George Bush's doctrina ius oritur*".

Che di più ?

ABSTRACT

War against terrorism is not necessarily *between States* or other subjects of International Law (international *entities, insurgents*). Then the problems of natural right of self-defence in International Law concern *only* the proportional use of force against (or by) an international person (especially a State) eventually: a) *responsible* on the base of evidence (not disputable) of actions actually directed to organize, or b) to support; or c) *resigned* to tolerate in their territory or area a platform of terrorists' activities "*extra moenia*". These particularly "endanger innocent lives and the dignity and security of human beings everywhere"; in general they also imply the best protection of humanity for all individuals by the light of the "Universal Declaration of Human Rights", Preamble, *paragraph III*.

Guerra al terrorismo non è necessariamente guerra a carattere internazionale *fra Stati o non internazionale* solo in questo senso stretto, secondo le Convenzioni di Ginevra del 1949, se con altri soggetti di diritto internazionale (insorti o diverse entità pur sempre internazionali come l'Organizzazione Liberazione Palestina); allorché il terrorismo su scala universale abbia, viceversa, una matrice in entità sicuramente o presumibilmente solo individuali, per quanto vaste. Di conseguenza il problema del "diritto naturale" di autotutela nel diritto internazionale concerne, invece, *solo* l'uso proporzionale della forza verso o addirittura contro una persona internazionale (specialmente uno Stato), eventualmente: a) come responsabile sulla base di una prova (non discutibile) di azioni attualmente dirette a organizzare, o b) a prestarvi appoggio; oppure c) d'uno Stato ormai rassegnato a tollerare nel suo territorio come in qualunque area l'esistenza di una piattaforma di attività terroristiche "*extra moenia*". Ma proprio queste attività *fuori* da una partecipazione di soggetti di diritto internazionale, tanto più, in particolare "endanger innocent lives and dignity and security of human beings everywhere", e implicano perciò in generale la migliore protezione umanitaria di ogni individuo alla luce della Dichiarazione universale dei diritti umani, Preambolo, par.III. La distinzione s'impone per ogni risvolto da adattarsi alle realtà dell'ordinamento internazionale vigente.