



DICEMBRE 2025

Rd
q

XXV. 2025/2

diritto & questioni pubbliche

ALLA RICERCA
DELL'INTENZIONE
DEL LEGISLATORE

XXV. 2025/2

COMITATO EDITORIALE

Direzione

Giorgio Maniaci (Università di Palermo), Giorgio Pino (Università Roma Tre), Aldo Schiavello (Università di Palermo)

REDAZIONE

Marco Brigaglia, Matija Žgur (coordinamento), Jorge Baquerizo Minuche, Maria Giulia Bernardini, Gaetano Carlizzi, Miguel Fernández Núñez, Giulia Falleti, Maria Ferrara, Dario Ippolito, Alba Lojo Caride, Elena Marchese, Fabrizio Mastromartino, Paola Parolari, Giuseppe Rocché, Giulia Sajeva, Fernanda Serraino, Michele Ubertone, Adriano Zambon

COMITATO SCIENTIFICO

Manuel Atienza (Universidad de Alicante) – Mauro Barberis (Università di Trieste) – Juan Carlos Bayon (Universidad Autónoma de Madrid) – Roberto Bin (Università di Ferrara) – Bruno Celano (Università di Palermo) † – Pierluigi Chiassoni (Università di Genova) – Paolo Comanducci (Università di Genova) – Pasquale De Sena (Università di Palermo) – Enrico Diciotti (Università di Siena) – Jordi Ferrer (Universitat de Girona) – Riccardo Guastini (Università di Genova) – Mario Jori (Università di Milano) – Claudio Luzzati (Università di Milano) – Pierpaolo Marrone (Università di Trieste) – Tecla Mazzarese (Università di Brescia) – Claudio Michelon (University of Edinburgh) – José Juan Moreso (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona) – Pablo Navarro (Universidad de Córdoba) – Luca Nivarra (Università di Palermo) – François Ost (Université Saint-Louis, Bruxelles) – Gianluigi Palombella (Scuola Superiore S. Anna, Pisa) – Roberto Pardolesi (Luiss, Roma) – Baldassare Pastore (Università di Ferrara) – José Luis Pérez Triviño (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona) – Anna Pintore (Università di Cagliari) – Luis Prieto Sanchís (Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo) – Cristina Redondo (Università di Genova) – Michel Rosenfeld (Cardozo School of Law, New York) – Giovanni Sartor (Università di Bologna e European University Institute, Firenze) – Marc Van Hoecke (Universiteit Gent) – Josep Maria Vilajosana (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona) – Vittorio Villa (Università di Palermo) – Francesco Viola (Università di Palermo) – Giuseppe Zaccaria (Università di Padova) – Gianfrancesco Zanetti (Università di Modena-Reggio Emilia)

© 2025, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo

www.dirittoequestionipubbliche.it

ISSN 1825-0173

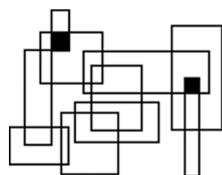
Double-Blind Peer Review

Banche dati: Scopus, Heinonline, Elsevier

Progetto grafico e impaginazione rospeinfrantumi

Tutti i diritti riservati

ALLA RICERCA DELL'INTENZIONE DEL LEGISLATORE



Diritto & Questioni Pubbliche
XXV 2025 /2 (dicembre)

indice

MONOGRAFICA

Alla ricerca dell'intenzione del legislatore

DAMIANO CANALE

Alla ricerca dell'intenzione del legislatore: un'indagine empirica 9-11

FRANCESCA ASTA

L'intenzione del legislatore nella giurisprudenza della Cassazione penale Sezioni Unite: un'indagine empirica 13-29

LEONARDO MARCHETTONI

L'argomento dell'intenzione del legislatore nella giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione Civile, anni 2014-2023. Uno studio empirico 31-52

MARIA FRANCESCA TROPEA

L'intenzione del legislatore nella giurisprudenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato: un'indagine empirica 55-73

STUDI

ALBERTO ANDRONICO

Lo specchio di Hobbes. Note sul narcisismo politico 77-85

MAURO BARBERIS

Tu chiamale, se vuoi, narrazioni. Tre differenze fra Shoah e Gaza 87-96

CORRADO DEL BÒ

Verità storica e memoria collettiva. L'ambiguità di un rapporto necessario 99-III

AURELIO GENTILI

L'ermeneutica di un giurista ermeneutico: Emilio Betti e l'interpretazione 113-129

TECLA MAZZARESE

Giustizia, politica e costituzionalismo (inter)nazionale 131-148

VINCENZO OMAGGIO

Cultura, valore, giustizia. Alcuni concetti fondamentali della filosofia del diritto di Radbruch 151-169

DISCUSSIONI

LUIGI DELIA

*Una violenza necessaria? Il dilemma della pena giusta tra populismo, abolizionismo e garantismo (A proposito di Philippe Audegean, *Violenza e giustizia. Beccaria e la questione penale*)* 173-180

MONOGRAFICA

Alla ricerca dell'intenzione
del legislatore

Alla ricerca dell'intenzione del legislatore: un'indagine empirica

DAMIANO CANALE

È opinione diffusa che le disposizioni giuridiche – come ad esempio le costituzioni, le leggi, i regolamenti – siano testi che esprimono l'intenzione dell'autorità che li ha emanati. Sulla base di tale presupposto, i giudici spesso sostengono che questi testi debbano essere interpretate in modo che il loro contenuto sia conforme alle intenzioni dei loro autori.

La plausibilità di queste assunzioni è tuttavia oggetto di numerose controversie.

In primo luogo, non è chiaro se i legislatori, in quanto entità collettive di tipo istituzionale, possiedano intenzioni, né come tali intenzioni possano essere conosciute laddove esistano davvero. In secondo luogo, quando i giudici ricorrono all'intenzione del legislatore in sede interpretativa, talvolta ricercano l'intenzione dell'autorità che ha emanato la disposizione mentre in altre occasioni ricostruiscono quale sarebbe potuta essere l'intenzione di un legislatore ipotetico, che si prende cura della coerenza dell'ordinamento giuridico oppure della sua conformità a principi o a valori sottostanti. In terzo luogo, l'oggetto dell'intenzione del legislatore non è identificato in modo univoco nella pratica giudiziale. Esso viene identificato, a seconda dei casi, con ciò che il legislatore intendeva dire, oppure con ciò che la disciplina normativa mirava a realizzare, o ancora col fine intrinseco che la disposizione o la norma persegono all'interno dell'ordinamento. Alla luce di ciò, diversi autori sostengono che i giudici utilizzino l'argomento dell'intenzione del legislatore come un'etichetta generica, che in realtà nasconde l'uso di standard interpretativi e argomentativi differenti (TARELLO 1980; CRAIG 2004; MARMOR 2005; LUZZATI 2016; MATCZAK 2017). Seguendo questa linea, MacCormick e Summers sono giunti ad affermare che l'intenzione del legislatore costituisce un argomento interpretativo trans-categoriale, che consente di connettere tra loro argomenti di altro tipo (MACCORMICK, SUMMERS 1991).

È importante notare, ad ogni modo, che queste ricostruzioni si basano sull'analisi di un insieme limitato di decisioni giudiziali, selezionate per esemplificare una tesi teorica e non per mostrarne la portata esplicativa con riguardo ad un popolazione statisticamente significativa di decisioni.

Il dibattito sull'intenzione del legislatore si è poi concentrato sulle diverse declinazioni che questo argomento assume nel ragionamento giuridico. Con riguardo all'intenzione del legislatore storico o originario, molti studiosi hanno sostenuto che si tratta di una finzione (RADIN 1930; DWORKIN 1986; GREENBERG 2011; DOERFLER 2017; CANALE 2022) o, nella migliore delle ipotesi, di una metafora (LUZZATI 2016). Altri invece ritengono che la si possa considerare come un'intenzione oggettiva, pubblicamente accessibile, che contribuisce a individuare il significato contestuale di un testo giuridico (EKINS 2012; GOLDSWORTHY 2019). Secondo questa prospettiva, i giudici tendono a rimanere fedeli a questo standard perché aderiscono alla dottrina della supremazia legislativa; un atteggiamento, questo, giustificato da valori democratico-costituzionali quali la certezza del diritto e la separazione dei poteri. Tuttavia, alcuni studiosi hanno contestato queste posizioni nonostante la loro apparente plausibilità (CANALE, POGGI 2019; SMITH 2019).

La nozione di intenzione del legislatore in quanto scopo perseguito dalla norma è meno controversa in letteruata. Non è raro che i legislatori rendano esplicativi i fini che l'emanazione di un determinata disposizione si propone di perseguire. Inoltre, il riferimento agli scopi del legislatore in sede interpretativa è giustificato dagli stessi valori costituzionali sopra menzionati (BARAK 2007). Tuttavia, alcuni autori sostengono che il fine della norma sia, nella maggior parte dei casi, troppo generico e non consenta di raggiungere un'interpretazione univoca dei testi giuridici (SUNSTEIN 1989); altri ritengono invece che ciò non sia vero, almeno quando l'interpretazione conforme al fine perseguito dal legislatore sia coordinata con altri criteri interpretativi.

Per concludere, anche l'intenzione legislativa controfattuale e l'intenzione intesa come *ratio legis* sollevano non poche perplessità teoriche. Dal punto di vista normativo, l'uso di questi standard argomentativi è giustificato dall'assunto secondo cui gli esiti dell'interpretazione di una disposizioni devono risultare coerenti con le altre norme e principi che compongono l'ordinamento. Non a caso, queste varianti dell'argomento sembrano essere particolarmente rilevanti negli ordinamenti caratterizzati da una costituzione rigida, come quello italiano. Tuttavia, dal punto di vista teorico, alcuni autori sostengono che le intenzioni del legislatore controfattuale possano essere ricostruite in modi diversi, a seconda dello scenario controfattuale scelto dal giudice (CANALE, TUZET 2016; POGGI 2020). In tal modo, le intenzioni legislative controfattuali possono aprire la porta a una discrezionalità interpretativa senza limiti. Inoltre, con riguardo alla *ratio legis*, è stato osservato che questa etichetta è ambigua. Essa può essere riferita ai motivi che spinsero il legislatore storico a emanare il testo normativo, oppure al presunto fine intrinseco della norma, oppure ancora ai principi interpretativi di ragionevolezza e proporzionalità (DICIOTTI 1999).

È importante sottolineare che le questioni fin qui menzionate sono per lo più considerate in letteratura da una prospettiva teorica o normativa. Con riguardo alla giurisprudenza italiana, mancano del tutto delle indagini empiriche relative all'uso degli argomenti interpretativi da parte delle corti. Una mancanza, questa, che rende incerta la presunta capacità della teoria di dar conto dell'effettiva articolazione del ragionamento giuridico nella prassi giudiziale.

Per colmare questa lacuna, il progetto di ricerca *Looking for legislative Intent in Judicial Reasoning: An Empirica Research* - realizzato grazie al lavoro congiunto di studiosi dell'Università Bocconi, dell'Università di Brescia, dell'Università di Milano, dell'Università di Siena e dell'Università di Venezia - ha adottato un approccio differente, inspirato alla filosofia sperimentale. Tale approccio combina elementi di tipo teorico, utilizzati per formulare le ipotesi di ricerca e gli strumenti concettuali di analisi, con elementi di tipo quantitativo, ricavata mediante ricerca empirica, ovverosia l'analisi delle sentenze giudiziali delle corti superiori italiane dell'ultimo decennio.

Sotto questo profilo, la ricerca si configura come un contributo innovativo allo studio delle pratiche argomentative delle corti nell'ordinamento giuridico italiano. Più precisamente, la ricerca ha perseguito tre obbiettivi. In primo luogo, ha inteso raccogliere le decisioni delle corti superiori italiane dell'ultimo decennio nelle quali viene impiegato l'argomento dell'intenzione del legislatore, organizzandole in un database pubblicamente accessibile. In secondo luogo, la ricerca si è proposta di ricostruire gli usi dell'argomento dell'intenzione in seno alla giurisprudenza, e di valutare la sua rilevanza all'interno dei diversi settori dell'ordinamento. In terzo luogo, i risultati della ricerca verranno utilizzati per affrontare questioni teoriche relative alla natura dell'intenzione del legislatore, al suo effettivo peso nelle decisioni giudiziali, e al suo rapporto con altri standard argomentativi.

In questa sezione di *Diritto & Questione Pubbliche* vengono presentati i primi risultati della ricerca, relativi alle decisioni delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, penali e civili, e all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. I tre saggi qui raccolti forniscono uno spaccato interessante della giurisprudenza italiana degli ultimi anni, evidenziando come all'ampia attenzione riservata alla figura dell'intenzione del legislatore da parte della teoria del diritto non corrisponda, nell'ordinamento italiano, una pari rilevanza dell'argomento in questione in seno alla giurisprudenza. In conclusione, desidero ringraziare i direttori di *Diritto & Questioni Pubbliche* per aver gentilmente ospitato questi saggi nella rivista.

Riferimenti bibliografici

BARAK A. 2007. *Purposive Interpretation in Law*, Princeton University Press.

CANALE D. 2022. *Legislative Intent, Collective Intentionality and Fictionalism*, in MARQUES T., VALENTINI C. (eds.), *Collective Action, Philosophy and Law*, Routledge, 23 ss.

CANALE D., POGGI F. 2019. *Pragmatic Aspects of Legislative Intent*, in «The American Journal of Jurisprudence», 64, 125 ss.

CANALE D., TUZET G. 2016. *What the Legislature Did not Say. Legislative Intentions and Counterfactuals in Legal Argumentation*, in «Journal of Argumentation in Context», 5, 249 ss.

CRAIG, P.P. 2004. *Legislative Intent and Legislative Supremacy: A Reply to Professor Allan*, in «Oxford Journal of Legal Studies», 24, 585 ss.

DICIOTTI E. 1999. *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli.

DOERFLER R.D. 2017. *Who Cares How Congress Really Works?*, in «Duke Law Journal», 66, 979 ss.

EKINS R. 2012. *The Nature of Legislative Intent*, Oxford University Press.

GOLDSWORTHY J. 2019. *The Real Standard Picture, and How Facts Make It Law: A Response to Mark Greenberg*, in «The American Journal of Jurisprudence», 64, 163 ss.

GREENBERG M. 2011. *Legislation as Communication? Legal Interpretation and the Study of Linguistic Communication*, in MARMOR A., SOAMES S. (eds.), *Philosophical Foundations of the Language in the Law*, Oxford University Press, 217 ss.

LUZZATI, C. 2016. *Del giurista interprete*, Giappichelli.

MACCORMICK N., SUMMERS R.S. (eds.) 1991. *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Aldershot.

MARMOR A. 2005. *Interpretation and Legal Theory*, Hart.

MATCZAK M. 2017. *Three Kinds of Legislative Intention in Law Making*, in «Law and Philosophy», 36, 651 ss.

POGGI F. 2020. *Against the Conversational Model of Legal Interpretation*, in «Revus», 40, 9 ss.

RADIN M. 1930. *Statutory Interpretation*, in «Harvard Law Review», 43, 863 ss.

SMITH D. 2019. *The Practice-based Objection to the ‘Standard Picture’ of How Law Works*, in «Jurisprudence», 10, 502 ss.

SUNSTEIN C. 1989. *Interpreting Statutes in the Regulatory State*, in «Harvard Law Review», 103, 406-508.

TARELLO G. 1980. *L'interpretazione della legge*, Giuffr  .

L'intenzione del legislatore nella giurisprudenza della Cassazione penale Sezioni Unite: un'indagine empirica

The Legislative Intent in the Case Law of the Criminal Court of Cassation Plenary Session: An Empirical Research

FRANCESCA ASTA

Università degli Studi di Milano.

E-mail: francesca.asta@unimi.it

ABSTRACT

In questo saggio si presentano i risultati di una ricerca empirica quali-quantitativa sull'uso dell'argomento dell'intenzione del legislatore nella giurisprudenza delle Sezioni Unite penali, nel decennio 2014-2023. Dai risultati della ricerca emerge che l'argomento dell'intenzione è caratterizzato da una forma di idealizzazione della volontà dell'organo legislativo, e ha una rilevanza marginale nelle motivazioni dei giudici delle Sezioni Unite penali, che, in generale, prediligono argomentazioni di tipo sistematico.

This paper presents the results of a qualitative and quantitative empirical study on the use of the argument of legislative intent in the case law of the Criminal Plenary Session, between 2014 and 2023. The findings of the research show how the argument of legislative intent is characterised by a form of idealisation of the legislative body, and it is of marginal relevance in the reasoning of the judges of the Criminal Plenary Session, who, in general, favour systematic arguments.

KEYWORDS

intenzione del legislatore, argomentazione giuridica, ricerca empirica, legge penale

intention of the legislator, legal reasoning, empirical research, criminal law

L'intenzione del legislatore nella giurisprudenza della Cassazione penale Sezioni Unite: un'indagine empirica

FRANCESCA ASTA

1. *Introduzione* – 2. *L'intenzione del legislatore: un argomento controverso* – 3. *Metodologia* – 4. *Rilevanza dell'intentio legislatoris nella giurisprudenza delle Sezioni Unite penali* – 5. *Legislatore storico e legislatore razionale* – 6. *Declinazioni dell'argomento dell'intenzione del legislatore* – 6.1. *Intenzione comunicativa* – 6.2. *Intenzione controfattuale* – 6.3. *Intenzione teleologica* – 7. *I criteri interpretativi dei giudici sull'intenzione del legislatore* – 8. *Conclusioni: la rilevanza dell'argomento dell'intenzione del legislatore nella motivazione*.

1. *Introduzione*

L'argomento dell'interpretazione secondo l'intenzione del legislatore è conosciuto e ammesso nella pratica giuridica di moltissimi sistemi giuridici; in alcuni ordinamenti, come quello italiano, è anche positivizzato e quindi previsto dalla legge quale criterio interpretativo¹. La fortuna di questo criterio ermeneutico può essere giustificata dal fatto che l'interpretazione secondo la volontà del legislatore è conforme al principio della separazione dei poteri e al principio democratico, nonostante presenti alcune problematiche nella sua applicazione. La discussione teorica e dottrinale sull'argomento dell'*intentio legislatoris* è molto ampia e si concentra in particolare sulle criticità di natura ontologica ed epistemica relative all'individuazione della volontà dell'organo legislativo. Tuttavia, non ci sono molti studi sull'effettivo utilizzo di questo argomento interpretativo nelle pratiche delle Corti; il presente lavoro di ricerca empirica rappresenta da questo punto di vista un approccio innovativo e si propone di iniziare a colmare il divario fra elaborazione teorica e indagine sul campo.

Il saggio presenta i risultati di una ricerca empirica quali-quantitativa sull'uso dell'argomento dell'intenzione del legislatore nella giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione penale, nel decennio 2014-2023. Lo studio si è svolto nell'ambito del progetto di ricerca PRIN - *Looking for Legislative Intent in Judicial Reasoning: An Empirical Account*, sull'uso dell'argomento dell'intenzione del legislatore nella giurisprudenza italiana, con riferimento a diverse autorità giurisdizionali. Dai risultati della ricerca emerge come l'argomento dell'intenzione del legislatore abbia in generale un carattere accessorio nelle motivazioni dei giudici delle Sezioni Unite penali. Questa conclusione deriva dalla scarsa rilevanza numerica del criterio della volontà del legislatore nella giurisprudenza della Corte apicale analizzata e dalla circostanza che il riferimento alla volontà del legislatore, anche quando presente nel ragionamento giuridico, non risulta determinante nell'economia dell'argomentazione, che si fonda prevalentemente su argomenti di tipo sistematico.

L'analisi procederà inizialmente con l'esposizione sommaria di alcune questioni discusse in letteratura, relative all'argomento dell'intenzione del legislatore (§2); la sezione successiva è dedicata alla metodologia della ricerca (§3), mentre la rilevanza dell'*intentio legislatoris* nella giurisprudenza delle Sezioni Unite penali viene discussa nella sezione (§4). Nelle sezioni successive

* Questa ricerca è stata finanziata dalla Unione Europea - Next Generation EU, Mission 4 Component 1, CUP G53D23002380006, Bando PRIN 2022 prot. 2022ZPA2N4.

¹ In Italia è previsto dall'art. 12 delle preleggi c.c., in Colombia dall'art. 27 del Código civil, in altri ordinamenti ci si riferisce in modo meno esplicito allo spirito o alla finalità della legge (art. 3 del Código civil spagnolo, art. 2 Código Civil y Comercial Nacional).

(§5) e (§6) vengono presentati e commentati i risultati della ricerca relativi ai diversi modi di intendere e utilizzare l'argomento dell'intenzione del legislatore da parte dei giudici. La sezione (§7) si occupa dei criteri ermeneutici espressi dagli stessi giudici in motivazione; la sezione conclusiva (§8) sintetizza le tendenze generali emerse dai dati e analizza la rilevanza dell'argomento della volontà del legislatore nel contesto della motivazione.

2. *L'intenzione del legislatore: un argomento controverso*

L'argomento dell'intenzione del legislatore è stato oggetto di grande interesse da parte della teoria del diritto, dando luogo a un ricchissimo dibattito che in questa sede non è possibile riportare in modo esaustivo. Con l'espressione “argomento dell'intenzione del legislatore”, detto anche “argomento psicologico” o “della *voluntas legis*”, si intende l'argomento interpretativo secondo cui occorre attribuire ad una disposizione il significato corrispondente alla volontà del suo autore. Sotto il profilo storico, questo argomento trova il suo fondamento nella concezione imperativistica del diritto, in base alla quale la legge si sostanzia nel comando del sovrano², ma si inserisce in modo coerente anche all'interno della dottrina della separazione dei poteri³. In particolare, nello stato costituzionale di diritto, il richiamo all'intenzione del legislatore da parte del giudice nella motivazione è conforme al principio democratico, fornendo perciò legittimazione politica all'attività giurisdizionale⁴.

Tuttavia, la letteratura ha messo in evidenza come l'argomento dell'intenzione del legislatore susciti numerose questioni. In primo luogo, si pone un problema ontologico, ossia se la legislatura, quale organo collettivo, possa avere un'intenzione unica, in quanto le intenzioni sono normalmente associate agli stati mentali e questi ultimi sono considerati propri degli individui⁵. Sotto un profilo epistemico, occorre capire come sia possibile conoscere l'intenzione del legislatore; questa, infatti, non è sempre immediatamente riconoscibile dai testi legislativi e potrebbe essere difficilmente ricavabile soprattutto quando si tratti di disposizioni risalenti⁶. L'intenzione legislativa, inoltre, non è concepita in modo univoco⁷: si distingue, infatti, fra intenzione comunicativa, ossia il contenuto di significato che il legislatore intendeva trasmettere con il testo⁸ e intenzione teleologica, ossia lo scopo sociale che il legislatore intendeva realizzare attraverso la legge⁹. Quest'ultimo tipo di intenzione, denominata anche argomento psicologico-teleologico¹⁰, rischia facilmente di confondersi con la cosiddetta *ratio legis*, intesa come la ragione intrinseca della legge, producendo una confusione tra l'intenzione teleologica astratta e oggettiva e l'intenzione teleologica soggettiva del legislatore concreto¹¹.

Un'ulteriore serie di criticità deriva dall'uso di intenzioni controfattuali; in questo tipo di argomentazione si formula un'ipotesi su cosa il legislatore avrebbe fatto in una data circostanza, che però non si è verificata nella realtà¹². I ragionamenti controfattuali non essendo basati su un

² L'imperativismo trova compiuta elaborazione nel volontarismo proprio di alcuni teorici dell'assolutismo, quali Samuel Von Pufendorf. Sul punto cfr. TARELLO 1980, 364; PINO 2021, 282.

³ SANDRO 2022, 43-71.

⁴ CANALE, TUZET 2014.

⁵ CANALE, POGGI 2019, 125-126; RADIN 1930; POSCHER 2017.

⁶ CANALE, TUZET 2014, 197 ss.; Cfr. MARMOR 1992; EKINS 2012; CANALE, POGGI 2019, 125-138.

⁷ MATCZAK 2017, 651-674.

⁸ EKINS 2012.

⁹ MARMOR 1992, 165 ss; ALEXY 1998, 190-191.

¹⁰ DICIOTTI 1999, 411 ss.

¹¹ DICIOTTI 1999, 422; LUZZATI 2016, 140 ss.; PINO 2021, 284-285.

¹² In letteratura si parla di intenzioni controfattuali, tuttavia è possibile anche configurare questo tipo di ragionamento come un argomento controfattuale teso ad individuare l'intenzione di un legislatore storico o ideale. Si veda CANALE, TUZET 2014, CANALE, TUZET 2016.

dato di verità, sono considerati argomenti poco rigorosi ed esposti ad un uso eccessivamente discrezionale¹³. D'altra parte, tali argomentazioni si giustificano su un piano normativo, in base alla necessità di produrre decisioni coerenti e conformi nel sistema giuridico, aspetto particolarmente rilevante in un sistema costituzionale quale quello italiano.

Sulla base delle ragioni precedenti, molti autori sottolineano l'ambiguità dell'argomento della *voluntas legislatoris*¹⁴, mentre alcuni ritengono che l'intenzione del legislatore sia una "metafora", che sottintende un modello ideale di tecnica interpretativa lontano dalla volontà concreta del legislatore¹⁵. Da altri punti di vista, l'argomento dell'intenzione del legislatore è stato anche definito un argomento "trans-categoriale", in quanto svolgerebbe un ruolo di connessione, essendo quasi sempre utilizzato insieme ad altri argomenti interpretativi¹⁶. Nonostante le problematiche sovra esposte, alcuni autori ritengono, invece, che il criterio dell'interpretazione secondo l'intenzione del legislatore, inteso come legislatore storico, sia essenziale nella pratica giuridica e che le intenzioni del legislatore siano conoscibili e accessibili pubblicamente¹⁷.

Ulteriori considerazioni riguardano l'ambito disciplinare – quello penalistico – nel quale è stata svolta la ricerca.

L'unica norma specifica in materia di interpretazione della legge penale è il divieto di analogia, disposto da un complesso di disposizioni (art. 14 preleggi c.c., artt. 1 e 199 c.p.) ed espressione del principio di determinatezza sancito dall'art. 25 comma 2 Cost. In assenza di criteri interpretativi particolari, trova applicazione l'art. 12 delle preleggi c.c.; tale norma, fondamentale nell'ordinamento italiano in tema di interpretazione, dispone al primo comma che: «Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore». Il criterio indicato dall'art. 12 non è però risolutivo. Si osserva, limitandosi solo al primo comma, che le espressioni utilizzate mantengono un alone di ambiguità e che non viene previsto un ordine gerarchico fra i due criteri; perciò, nel caso in cui l'interpretazione letterale appaia in contrasto con l'intenzione del legislatore, la scelta viene rimandata alla discrezionalità dell'interprete¹⁸. L'interpretazione della legge penale deve necessariamente tenere conto del principio di tassatività e dei suoi corollari¹⁹; la discussione su quali criteri ermeneutici privilegiare investe anche il delicato tema dell'ammissibilità di un'interpretazione estensiva delle fattispecie incriminatrici. In generale, il criterio letterale o semantico viene ritenuto preferibile in quanto più rispettoso dei principi di legalità e tassatività²⁰, ma anche il criterio teleologico ha particolare rilievo. Quest'ultimo è stato storicamente utilizzato con l'intento di restringere l'area del penalmente rilevante: lo scopo tutelato dalla norma veniva in questo caso richiamato per impedire che un'interpretazione eccessivamente formalistica portasse a un'indebita applicazione estensiva della legge penale. Tuttavia, l'argomento della *ratio legis* è servito anche a dilatare l'ambito della punibilità, estendendo il numero dei comportamenti punibili, sulla base della loro attitudine a ledere il bene giuridico protetto²¹. La discussione in dottrina si riferisce prevalentemente al criterio teleologico oggettivo

¹³ Tuttavia, tali argomenti possono essere impiegati in modo diverso a seconda del contesto argomentativo in cui vengono collocati. Si veda CANALE, TUZET, 2014, 199-203; POGGI 2020, 9-26.

¹⁴ MARMOR 1992; MATCZAK 2017; TARELLO 1980.

¹⁵ LUZZATI 2016, 140-144.

¹⁶ In una ricerca comparatistica sulle pratiche interpretative in diversi sistemi legali, è emerso che l'argomento dell'intenzione del legislatore non è quasi mai utilizzato in modo esclusivo o determinante e per questo viene definito una 'transcategorica'. MACCORMICK, SUMMERS 1991, 522-535.

¹⁷ EKINS 2012, 10.

¹⁸ VELLUZZI 2013, 59-60; FIANDACA, MUSCO 2024, 133.

¹⁹ VIOLA, ZACCARIA 1999, 301.

²⁰ FIANDACA, MUSCO 2024, 141; CADOPPI, VENEZIANI 2023, 163-169.

²¹ FIANDACA, MUSCO 2024, 141-142. La coincidenza fra *ratio legis* e bene giuridico protetto non è scontata, e altre prospettive distinguono fra scopo legislativo oggettivo e bene giuridico, si veda PALAZZO 1992, 360-363.

o *ratio legis*, anche se, come già rilevato, la distinzione fra volontà del legislatore e volontà della legge non è sempre chiara.

Questo contributo non intende affrontare tutte le varie questioni teoriche brevemente esposte, ma si propone di presentare i risultati di una ricerca empirica condotta sulla giurisprudenza delle Sezioni Unite penali, mettendo in relazione i risultati dell'indagine con le riflessioni teorico-giuridiche in tema di interpretazione giuridica e di argomento dell'*intentio legislatoris*.

3. Metodologia

La ricerca qui presentata è stata svolta nell'ambito del più ampio progetto PRIN - *Looking for Legislative Intent in Judicial Reasoning: An Empirical Account*, che ha coinvolto diversi dipartimenti universitari a livello nazionale²², sull'utilizzo dell'argomento dell'intenzione del legislatore nella giurisprudenza italiana degli ultimi dieci anni (2014-2023). L'indagine si propone di analizzare come l'argomento dell'intenzione del legislatore venga costruito dalle Corti e impiegato nelle motivazioni, per confrontare i risultati empirici con le differenti teorie sull'intenzione del legislatore e sull'interpretazione giuridica. La metodologia utilizzata si ispira al campo della *experimental jurisprudence*, ambito che include in senso lato tutte le indagini di natura empirica finalizzate a rispondere a quesiti filosofici²³, e si avvale di un'analisi quali-quantitativa. Si tratta di un approccio innovativo, in quanto gran parte della letteratura in tema di interpretazione giudiziaria e intenzione del legislatore è di tipo teorico, mentre non sono state condotte molte ricerche sulle effettive pratiche argomentative adottate delle Corti²⁴.

Il campione di analisi è stato costruito consultando la banca dati giuridica One Legale, attraverso 23 chiavi di ricerca²⁵, che contengono coppie di parole considerate indicatori della possibile presenza dell'argomento dell'intenzione del legislatore all'interno delle motivazioni. Il campione di riferimento delle decisioni delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione penale è composto di 154 sentenze, che rappresentano la totalità delle decisioni selezionate tramite le chiavi di ricerca, nel periodo di riferimento. L'analisi dei dati è stata svolta attraverso gli strumenti congiunti del FoA – Frame of Analysis o Griglia di analisi e delle Linee guida. La Griglia di analisi contiene gli elementi ritenuti rilevanti per la ricerca e si compone di due macro-sezioni, a loro volta suddivise in sottocategorie. La prima sezione, “anagrafica sentenza”, contiene i dati di riconoscimento delle decisioni e la parola chiave che ha permesso la selezione della sentenza, nonché la citazione in cui ricorre la parola chiave²⁶. La seconda sezione, “analisi della sentenza”, è quella più corposa e include i dati sull'argomento dell'intenzione del legislatore: soggetto che introduce l'argomento, oggetto dell'argomento, qualificazione dell'argomento in termini di tipo di legislatore e di tipo di intenzione, fonte, giustificazione e peso dell'argomento nel contesto della motivazione. Queste catego-

²² Università Commerciale “Luigi Bocconi” Milano, Università degli Studi di Milano, Università degli Studi di Siena, Università degli Studi di Brescia, Università “Ca’ Foscari” Venezia.

²³ KNOBE, NICHOLS 2008. Per un approfondimento sui diversi metodi di ricerca empirica in ambito legale si veda anche BURTON 2013, 63-78.

²⁴ Tuttavia, l'utilizzo di metodologie empiriche nel campo filosofico e in particolare nella ricerca sull'interpretazione giuridica è in una fase di crescita, si segnala, in particolare lo studio teorico-comparativistico sul ragionamento giuridico delle Corti costituzionali. JAKAB, DYEVRE, ITZCOVICH 2017.

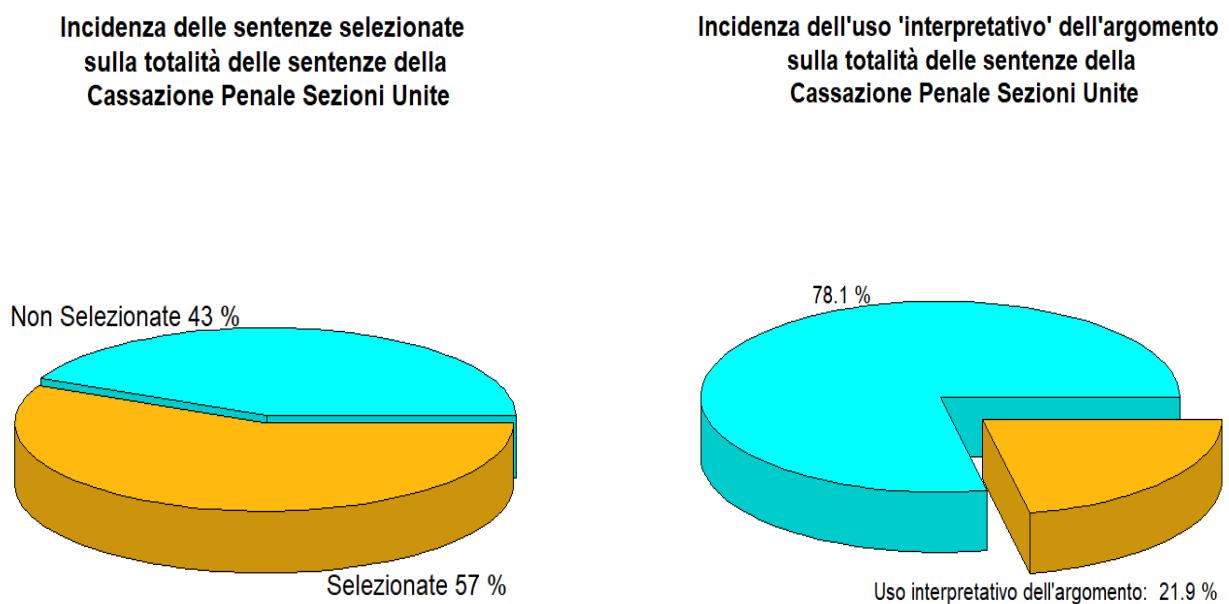
²⁵ Per ridurre le possibilità di “falsi positivi” sono state selezionate solo le sentenze in cui le parole delle chiavi di ricerca comparivano nell'arco di 5 parole. Le 23 chiavi di ricerca sono le seguenti: <volontà legislatore>, <intenzione legislatore>, <intenzioni legislatore>, <scopo legislatore>, <obiettivo legislatore>, <proposito legislatore>, <intento legislatore>, <finalità legislatore>, <finalità riforma>, <intenzione riforma>, <scopo riforma>, <obiettivo riforma>, <intento riforma>, <volontà novella>, <intenzione novella>, <intento novella>, <legislatore voluto>, <legislatore inteso>, <scelta legislatore>, <assemblea costituente>, <revisione costituzionale>, <legislatore intende>, <scelta politica>.

²⁶ Possono ricorrere anche più parole chiave in una sola citazione, o viceversa più citazioni per una sola parola chiave.

rie verranno descritte in modo più esteso nei paragrafi successivi, insieme alla presentazione dei risultati. Dal momento che la ricerca è stata svolta da diversi ricercatori e ricercatrici, sono state redatte delle Linee guida comuni, al fine di rendere l'analisi quanto più possibile obiettiva e uniforme. Le Linee guida sono state fondamentali per interpretare e completare la Griglia di analisi, e contengono delle definizioni convenzionali delle categorie utilizzate, quali "tipo di legislatore", "tipo di intenzione", e indicazioni operative per la raccolta e la qualificazione dei dati.

4. *Rilevanza dell'intentio legislatoris nella giurisprudenza delle Sezioni Unite penali*

Le sentenze delle Sezioni Unite della Cassazione penale, selezionate attraverso le 23 chiavi di ricerca, ammontano a 154 su 270 decisioni emesse nel periodo di riferimento 2014-2023, cioè il 57% del totale. Tuttavia, nel campione selezionato, l'argomento dell'intenzione del legislatore è stato effettivamente utilizzato in modo interpretativo solo in 59 sentenze, cioè nel 21,9% del totale delle sentenze emesse nel decennio considerato²⁷.



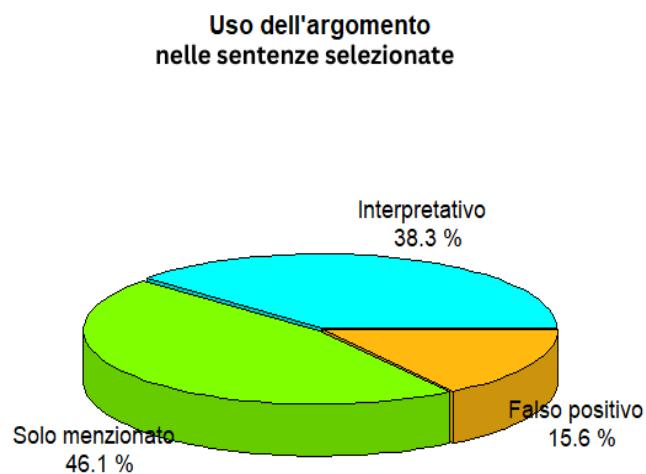
Per comprendere questo dato, si consideri che, come riportato nelle Linee guida del progetto, l'argomento è considerato interpretativo se l'autorità giudiziaria lo utilizza in modo non accessorio nel ragionamento giuridico, sia introducendo essa stessa l'argomento, sia appropriandosi di un argomento introdotto da un altro soggetto²⁸. Invece, per "argomento solo menzionato" si in-

²⁷ Si consideri che l'archivio di One Legale per le sentenze delle Corti apicali è completo di tutte le decisioni emesse dalle autorità giurisdizionali: tale dato può perciò considerarsi statisticamente rilevante. Tuttavia, la metodologia impiegata comporta l'esclusione di quegli argomenti dell'intenzione del legislatore che non rispondono ai criteri di selezione del campione, in quanto non contengono una delle parole chiave a distanza di massimo cinque parole. Pertanto, il campione selezionato non è esaustivo della totalità degli argomenti interpretativi secondo l'intenzione del legislatore, sebbene sia stato ritenuto idoneo a catturarne la grande maggioranza.

²⁸ Quest'ultima eventualità riveste però un ruolo marginale, in quanto dall'analisi dei dati emerge che quando l'argomento viene introdotto da un soggetto diverso dall'autorità giudicante, l'argomento è quasi sempre solo menzionato.

tende un argomento introdotto da un soggetto diverso dall'autorità giudicante (Procura, difesa, altra autorità giudiziaria) che viene citato, ma non entra nel percorso argomentativo della motivazione²⁹. Infine, con “falso positivo” ci si riferisce a quei casi in cui al ricorrere della parola chiave nel testo non corrisponde un effettivo impiego dell'argomento interpretativo, sia perché la locuzione è inserita in un contesto del tutto estraneo alla volontà del legislatore, sia perché il riferimento si sostanzia in una mera parafrasi per indicare il testo di legge.

Fra le 154 sentenze selezionate in base alle chiavi di ricerca, l'argomento è interpretativo nel 38,3% dei casi (59 sentenze), è solo menzionato nel 46,1% delle decisioni (71 sentenze), e il restante 15,5% (24 sentenze) è costituito da falsi positivi.



Quando l'argomento dell'intenzione del legislatore è usato quale argomento interpretativo in una sentenza, ricorre in più passaggi dell'argomentazione, come emerge anche dai dati della ricerca. Considerando, infatti, tutte le citazioni individuate nel campione di analisi (301 citazioni delle parole chiave), risultano più argomenti interpretativi (47%) che argomenti menzionati (38%) e falsi positivi (15%)³⁰.

Una prima conclusione che emerge da questi dati è che l'argomento dell'intenzione del legislatore è poco impiegato all'interno della giurisprudenza delle Sezioni Unite penali; infatti, l'argomento viene usato nel 38% delle sentenze selezionate, e la sua rilevanza è molto minore se si considera il numero totale di decisioni (270 sentenze) emesse dalla Corte apicale nel decennio analizzato. Una possibile spiegazione dello scarso uso dell'*intentio legislatoris* nelle argomentazioni dei giudici può essere ricondotta alle criticità³¹ che pone questo criterio ermeneutico, relative soprattutto alla difficoltà di individuare l'intenzione del legislatore.

²⁹ La distinzione fra argomento menzionato e argomento interpretativo rileva in quanto l'argomento solo menzionato viene citato in modo avulso dal suo contesto originario, costituito dalla motivazione di un'altra sentenza. Per tale ragione si è preferito non analizzare completamente questi argomenti, ma rilevare soltanto alcuni dati: la tipologia di legislatore e il tipo di intenzione.

³⁰ Si è scelto di analizzare singolarmente ogni citazione che contenesse una parola chiave, per cui in ogni sentenza possono trovarsi più citazioni che corrispondono a diversi argomenti dell'intenzione del legislatore, qualificabili come interpretativi, solo menzionati o falsi positivi, per tale ragione, questi dati percentuali si riferiscono all'insieme delle citazioni delle parole chiavi.

³¹ Si veda §2.

tutto al problema ontologico, ossia al fatto che l'organo legislativo possa avere delle intenzioni³², e al problema epistemico, ossia a come conoscere le intenzioni del legislatore. In particolare, in ambito penalistico risulta controverso giustificare la decisione sulla base di un elemento di difficile verifica quale l'intenzione del legislatore, tenuto conto delle esigenze di certezza imposte dal principio di tassatività. Per esempio, è difficile ipotizzare una volontà del legislatore intesa come l'insieme della volontà dei parlamentari votanti, quando è noto che i testi di legge approvati sono frutto di compromessi politici e perciò risultano volutamente ambigui, lasciando spazio a diverse interpretazioni³³. Per tale ragione anche i lavori preparatori potrebbero rispecchiare le ambiguità del testo legislativo e pertanto non sono considerati risolutivi in ambito interpretativo³⁴. Il ricorso ai lavori preparatori e ad altri criteri oggettivi è ritenuto da alcuni un valido metodo per determinare l'intenzione del legislatore³⁵; tuttavia, in generale, si riscontra in dottrina una tendenza a considerare le norme in modo oggettivo, slegate dalla volontà soggettiva del legislatore, in quanto le disposizioni avrebbero “vita propria nel mondo del diritto”³⁶. In questo senso si è espressa anche la Corte costituzionale, affermando che i lavori preparatori, pur non essendo privi di rilievo, non sono determinanti ai fini interpretativi, in quanto le disposizioni, una volta emanate, acquistano un valore autonomo, anche in considerazione del sistema in cui sono inserite³⁷. La predilizione per un approccio sistematico nell'interpretazione è confermata dai risultati della ricerca, in quanto anche nei pochi casi in cui viene utilizzato l'argomento dell'intenzione del legislatore, questo viene quasi sempre utilizzato insieme all'argomento sistematico. Si può ipotizzare che tale esito sia espressione di una scelta di politica giurisdizionale di generale preferenza verso un'interpretazione di tipo sistematico da parte dei giudici³⁸. D'altra parte, anche in letteratura si ritiene che l'interpretazione giuridica sia necessariamente in qualche misura di tipo sistematico³⁹.

5. *Legislatore storico e legislatore razionale*

In questa sezione si analizzeranno i dati riferiti alla qualificazione del legislatore, quale soggetto a cui viene attribuita un certo tipo di intenzione. Per convenzione, con la categoria “legislatore storico” si intende il legislatore che è in concreto autore della legge, con il tipo “legislatore attuale” si fa riferimento ai casi in cui, a causa della risalenza nel tempo della legge, si distingue fra il legislatore attuale rispetto a quello storico autore del testo legislativo, infine, le categorie del “legislatore ideale” variamente connotato come “ideale-razionale”, “ideale-buono”, “ideale-giusto” o “ideale-altro”, sono utili per descrivere espressioni ambigue del legislatore storico, caratterizzate da elementi astratti e normativi. In particolare, si è deciso di considerare che l'intenzione del legislatore si riferisse al legislatore storico fintanto che non emergevano chiari elementi te-

³² Escluso in generale, che la volontà del legislatore sia da intendersi come un dato psicologico reale, attribuibile a un soggetto personificato, ci si riferisce alla volontà storica obiettivata nella legge, e quindi al contesto storico di approvazione della legge, al modello di disciplina comunque accolto dal legislatore. FIANDACA, MUSCO 2024, 133-134.

³³ TARELLO 1980, 366-367; GREENBERG 2011.

³⁴ FIANDACA, MUSCO 2024, 135-138; PALAZZO 1993, 360-363.

³⁵ PINO 2021, 283-284.

³⁶ PAGLIARO 2003, 79.

³⁷ Corte Cost. Sent. 34/1977 in LUZZATI 2016, 145-147. In senso simile anche Cass. Civ. Sent. 3550/1988, che menziona la «volontà oggettiva della norma da tenersi distinta dalla volontà dei singoli partecipanti al processo formativo di essa» in VELLUZZI 2013, 42-43.

³⁸ La crescente complessità del diritto in senso verticale – norme costituzionali e sovranazionali – e in senso orizzontale – codici, materie, criteri assiologici – rendono sempre più rilevante la dimensione sistematica del diritto. In un sistema giuridico multilivello, l'esigenza di mantenere la coerenza interna del sistema giuridico incide necessariamente sulle scelte interpretative, portando a privilegiare una prospettiva sistematica rispetto a un'interpretazione che tiene conto della volontà contingente del legislatore. PINO 2024, 211-212.

³⁹ VELLUZZI 2013, 46. Cfr. PERLINGIERI 2010.

stuali da cui si potesse dedurre un riferimento al legislatore ideale. Conseguentemente a questa scelta metodologica, il tipo di legislatore cui le motivazioni fanno riferimento è stato qualificato quasi sempre come legislatore storico (94%). Gli altri tipi ipotizzati nella Griglia di analisi sono estremamente rari: nel 5% dei casi il legislatore è ideale-razionale, in un caso è un legislatore attuale, in un caso il legislatore è ideale-altro, mentre non è mai stato individuato un legislatore ideale-buono o ideale-giusto. Occorre però osservare che nella maggior parte dei casi in cui l'argomento dell'intenzione del legislatore è effettivamente usato nella motivazione, esso trae la sua fonte dal raffronto con altre disposizioni e non da un riferimento concreto al contesto di approvazione della legge, come i lavori preparatori (altri indicatori utili in questo senso sono la storia legislativa e l'*occasio legis*). Per tale ragione anche il legislatore storico appare una figura in qualche misura idealizzata dall'interprete.

Nei casi in cui è stato identificato un legislatore ideale-razionale, l'argomento secondo la volontà del legislatore si connota in modo peculiare, introducendo criteri quali la coerenza, la non contraddittorietà e la ragionevolezza. Il ragionamento interpretativo è costruito attraverso la comparazione di una certa interpretazione con elementi ulteriori – la coerenza, la ragionevolezza – che rimandano a un modello normativo di legislatore razionale. Si veda l'esempio seguente:

«Si afferma che il risultato ottenuto da tale interpretazione è coerente con la minore gravità del delitto tentato rispetto a quello consumato, cosicché è ragionevole ritenere che, per esso, il legislatore abbia inteso escludere la misura della confisca in caso di condanna» (Cass. Pen. S.U. 40985/2018).

In un altro caso, oltre al riferimento esplicito al legislatore razionale, l'interprete usa l'argomento *ab absurdo*, in base al quale si deve escludere quella interpretazione di un enunciato normativo che dia luogo ad una norma assurda, per escludere l'interpretazione letterale⁴⁰. Questo tipo di ragionamento si fonda sull'idea che il diritto non contenga norme assurde, ipotizzando appunto la ragionevolezza del legislatore⁴¹.

«I risultati assurdi, incompatibili con la volontà di un legislatore razionale, cui condurrebbe l'interpretazione letterale della norma, accredita senza difficoltà l'unica alternativa, possibile lettura: i concetti di interesse e vantaggio, nei reati colposi d'evento, vanno di necessità riferiti alla condotta e non all'esito antigiuridico» (Cass. Pen. S.U. 38343/2014).

In generale, le motivazioni dei giudici delle Sezioni Unite sono caratterizzate dalla connessione fra l'utilizzo dell'argomento dell'intenzione del legislatore e dell'argomento sistematico, e questo vale in particolare per i casi in cui ricorre il tipo del legislatore razionale. Per argomento sistematico, si intende l'argomento interpretativo che desume il significato di una disposizione sulla base della sua collocazione nell'ordinamento giuridico, visto come un sistema complesso nel cui contesto viene posta la norma. Si tratta di un criterio ermeneutico che può declinarsi in diverse modalità, ragion per cui si parla di famiglia di argomenti sistematici, a seconda degli elementi presi in considerazione, fra cui rilevano per esempio la *sedes materiae*, la non contraddittorietà e la coerenza⁴². Una possibile categorizzazione degli argomenti sistematici distingue quattro tipi di interpretazione sistematica, a seconda del tipo di sistema a cui si riferisce l'interprete: interpretazione sistematico-testuale, sistematico-logica, sistematico-teleologica e sistematico-dogmatica⁴³.

⁴⁰ Si ritiene che uno degli usi tipici dell'argomento dell'intenzione del legislatore sia proprio la confutazione dell'interpretazione letterale. GUASTINI 2011, 272-273; PINO 2021, 284.

⁴¹ L'argomento *ab absurdo* può anche fondarsi sulla considerazione che una norma assurda non possa essere ritenuta di per sé valida, senza fare riferimento alla razionalità del legislatore. TARELLO 1980, 368-370.

⁴² GUASTINI 2011 296-306; CANALE, TUZET 2019, 121-131.

⁴³ VELLUZZI 2013, 52-53, si veda anche VELLUZZI 2002.

Nei casi esaminati⁴⁴, la correlazione fra legislatore razionale e argomento sistematico sembra emergere da diversi elementi: il riferimento alla coerenza e alla ragionevolezza nel testo, ma anche la circostanza che la fonte dell'argomento è costituita dal raffronto con altre disposizioni, e l'argomento dell'intenzione del legislatore concorre nella costruzione dell'argomentazione, a un ragionamento di tipo sistematico. Questo risultato conferma l'idea che il ricorso alla volontà del legislatore ideale-razionale, dove l'interprete presuppone l'intenzione del legislatore sulla base di esigenze di razionalità e coerenza dell'ordinamento, si traduce in definitiva nel ricorso ad argomentazioni di tipo sistematico⁴⁵. In tal senso è emblematico il seguente passaggio argomentativo, in cui la razionalità del legislatore appare direttamente connessa a un ragionamento di tipo logico-sistematico, che viene citato espressamente:

«L'interpretazione logico-sistematica delle predette disposizioni induce fondatamente a ritenere che nel riconoscere al procuratore generale la legittimazione a proporre il ricorso per cassazione avverso la “sentenza inappellabile”, il legislatore abbia inteso richiamare i casi nei quali è oggettiva la qualità della inappellabilità della sentenza, ossia quelli in cui il codice di rito esclude che l'ufficio del pubblico ministero, in tutte le sue articolazioni, possa presentare appello contro una sentenza di primo grado» (Cass. Pen. S.U. 21716/2023).

6. Declinazioni dell'argomento dell'intenzione del legislatore

L'argomento dell'intenzione del legislatore può esprimersi in diverse varianti (sì), in particolare, si distinguono tre tipologie di intenzione: intenzione comunicativa⁴⁶, intenzione teleologica⁴⁷ e intenzione controfattuale⁴⁸. Ai fini della presente ricerca, si è ravvisata un'intenzione comunicativa ognqualvolta si attribuisce al legislatore un'intenzione inherente al testo della legge. L'intenzione teleologica, invece, è stata configurata come l'intento di conseguire un obiettivo esterno (per esempio, la giustizia sociale o lo svuotamento delle carceri). L'intenzione controfattuale rappresenta una sottospecie di intenzione, essendo possibile sia un'intenzione controfattuale di tipo comunicativo che di tipo teleologico, ed è stata definita in base al fatto di muovere da un'ipotesi contraria ai fatti, ossia relativa a un evento che non si è realizzato.

Dai risultati della ricerca emerge come il tipo di intenzione più frequente sia di gran lunga quella comunicativa (76% dei casi), segue l'intenzione teleologica (24%) e, infine, l'intenzione controfattuale, che ha una rilevanza marginale (7%). Per comprendere come gli interpreti ricostruiscono l'intenzione del legislatore è interessante osservare le correlazioni fra diversi elementi quali il tipo di legislatore, la tipologia di intenzione e la fonte dell'argomento⁴⁹. In particolare, l'analisi della fonte dell'argomento è fondamentale per capire come i giudici hanno ricostruito l'intenzione del legislatore, dando conto del contesto argomentativo in cui si inserisce l'argomento dell'*intentio legislatoris*.

⁴⁴ Cass. Pen. S. U. 21716/2023; Cass. Pen. S.U. 38954/2019; Cass. Pen. S.U. 40256/2018; Cass. Pen. S.U. 46624/2016.

⁴⁵ PINO 2021, 284.

⁴⁶ Per esempio, si veda la seguente citazione in cui ricorre un'intenzione di tipo comunicativo «Deve ritenersi che il legislatore delegato abbia inteso riferirsi, con l'uso del plurale, al procedimento di revisione nel suo complesso» (Cass. Pen. S.U. 43668/2022).

⁴⁷ In questa citazione è evidente lo scopo perseguito dal legislatore: «Il legislatore ha inteso punire ogni attività che incrementi il rischio di diffusione delle sostanze stupefacenti» (Cass. Pen. S.U. 12348/2021)

⁴⁸ Nel caso citato l'interprete utilizza un'argomentazione di tipo controfattuale e comunicativa: «Quando il legislatore ha voluto riservare all'ablazione del denaro una specifica disciplina, lo ha fatto in modo espresso» (Cass. Pen. S.U. 42415/2021).

⁴⁹ La fonte dell'argomento è stata rilevata soltanto per i casi in cui l'argomento è effettivamente utilizzato nella motivazione e non quando l'argomento è solo menzionato.

6.1. Intenzione comunicativa

L'intenzione comunicativa si presenta quale variante meno controversa dell'argomento dell'intenzione del legislatore, rispetto all'intenzione controfattuale e all'intenzione teleologica; si può ipotizzare che, anche per questa ragione, sia la più ricorrente nella giurisprudenza delle Sezioni Unite penali. Dal confronto fra tipo di intenzione e tipo di legislatore emerge che, quando l'intenzione è comunicativa, come nella grande maggioranza dei casi, il tipo di legislatore rispecchia la distribuzione generale e quindi prevale la categoria del legislatore storico⁵⁰. L'analisi della categoria della fonte dell'argomento è di ulteriore arricchimento: nella maggior parte dei casi⁵¹, i giudici ricostruiscono l'intenzione del legislatore sulla base del significato di altre disposizioni di rango primario, 51% del totale, di cui nel 35% dei casi il riferimento è a disposizioni dello stesso documento normativo (nello specifico i codici penale e di procedura penale) e nel 16% a disposizioni contenute in altre fonti primarie⁵². Anche i lavori preparatori occupano un certo rilievo, infatti, ricorrono come fonte dell'argomento nel 27% dei casi. In particolare, i lavori preparatori comprendono diverse tipologie di fonti. La più frequente è la relazione illustrativa al progetto del Codice di procedura penale, ma sono citate anche le relazioni di accompagnamento o illustrative della legge/decreto-legge/decreto legislativo. In alcuni casi sono citate modifiche in sede di conversione della legge o emendamenti, infine, rilevano i pareri o dossier delle commissioni parlamentari.

6.2. Intenzione controfattuale

L'intenzione controfattuale è oggetto di particolari critiche in quanto si ritiene che sia tipicamente connessa a una ricostruzione idealizzata della volontà del legislatore⁵³. Questa concezione è, come si vedrà, in parte confermata dai risultati della ricerca, ma solo nella misura in cui l'argomento dell'intenzione del legislatore risulta, in tutte le sue varianti, caratterizzato da una forma di idealizzazione della volontà dell'organo legislativo.

Dall'analisi dei dati emerge che questo tipo di intenzione viene usata raramente nelle argomentazioni dei giudici delle Sezioni Unite penali⁵⁴. Quando viene usata in motivazione, l'argomentazione controfattuale si sviluppa molto spesso a partire dal rilievo che il legislatore non si è espresso⁵⁵, o non si è espresso chiaramente in un certo ambito. Si veda per esempio il seguente passaggio:

«Il dato testuale richiama però le forme previste dall'art. 582 c.p.p. nella loro globalità e senza limitazioni che il legislatore, ove avesse inteso porre, avrebbe formulato esplicitamente» (Cass. Pen. S.U. 47374/2017).

Questo modo di argomentare è piuttosto frequente nelle decisioni esaminate in cui ricorre l'intenzione controfattuale, ed è espressione della massima *Ubi lex voluit dixit, ubi nolit tacuit*. Tale principio rimanda all'argomento letterale; l'intenzione del legislatore si deduce dalla lettera della legge, poiché la lettera afferma ciò che il legislatore voleva fare, mentre non afferma ciò che il legislatore non voleva⁵⁶. In tal senso si veda anche la seguente argomentazione, rilevata in un'altra sentenza:

⁵⁰ Quest'ultima tipologia di legislatore è comunque la più ricorrente anche nei casi di intenzione teleologica e di intenzione controfattuale.

⁵¹ Il riferimento è ai casi in cui l'argomento dell'intenzione del legislatore è effettivamente utilizzato nella motivazione.

⁵² I dati si riferiscono a tutte le tipologie di intenzione, ma valgono in particolare per l'intenzione comunicativa che è nettamente prevalente rispetto alle altre.

⁵³ PINO 2021, 284.

⁵⁴ Si tratta di 18 casi totali e 11 casi in cui l'argomento è usato in modo interpretativo.

⁵⁵ Non è mai stata rilevata un'intenzione teleologica controfattuale.

⁵⁶ CANALE, TUZET 2016, 2-5.

«Ove il legislatore ha voluto affermare l'incompatibilità di una specifica attenuante con la nuova fat-tispecie delittuosa lo ha fatto con espressa disposizione» (Cass. Pen. S.U. 24990/2020).

Nella maggior parte dei casi l'intenzione controfattuale è attribuita al legislatore storico⁵⁷, questo risultato è, come già rilevato, determinato anche dalla scelta metodologica di attribuire l'intenzione legislativa al tipo del legislatore razionale, solo quando emergono espressioni esplicite che rimandano alla coerenza o alla razionalità del sistema giuridico. Per esempio, si veda il seguente passaggio in cui l'argomentazione è attribuita al legislatore razionale:

«Circostanza idonea a legittimare l'opinione per cui, qualora il legislatore avesse voluto effettivamente evocare solo i provvedimenti definitivi in tema di tenuità del fatto, avrebbe più coerentemente fatto ricorso alla locuzione “nonché quelli definitivi” e non già a quella effettivamente dispiegata» (Cass. Pen. S.U. 38954/2019).

Come sopra osservato, il tipo del legislatore ideale-razionale ricorre molto raramente negli argomenti analizzati e questo esito è confermato anche per la tipologia dell'intenzione controfattuale, che è invece ritenuta una variante dell'argomento dell'*intentio legislatoris* dove è più evidente l'idealizzazione della volontà legislativa⁵⁸. D'altra parte, è stato osservato che l'intenzione legislativa controfattuale può essere ricostruita in diversi modi, con riferimento ai contesti discorsivi in cui viene collocato l'argomento della volontà del legislatore e alla connotazione del termine “legislatore”. In particolare, è possibile utilizzare l'argomentazione controfattuale sia con riferimento a un legislatore ideale-razionale, che tutela la coerenza dell'ordinamento, a un legislatore ideale-giusto, che evita conseguenze ingiuste o assurde, e infine, rispetto al legislatore storico, inteso quale l'organo che ha prodotto un documento legislativo⁵⁹.

In generale, i giudici delle Sezioni Unite penali ricostruiscono l'intenzione legislativa controfattuale sulla base di un raffronto con altre disposizioni⁶⁰, seguendo una tendenza che caratterizza anche le altre tipologie di intenzione. Tuttavia, in due casi in cui ricorre il tipo del legislatore storico, l'argomentazione fa riferimento al contesto storico-politico di approvazione della legge⁶¹. In particolare, in un caso vi è un richiamo esplicito ai lavori preparatori, citati nel testo della motivazione:

«Se il legislatore avesse inteso limitare la sanzione dell'art. 179 c.p.p., alla sola citazione dell'imputato per il giudizio in senso stretto, gli sarebbe stato facile precisarlo (...) Un ulteriore rilevante indice interpretativo viene desunto dalla stessa Relazione al Progetto preliminare del codice di procedura penale (Suppl. ord. n. 2, G.U. n. 250 del 24/10/1988), ove a pag. 57 può leggersi “è rimasta insanabile la omessa citazione che va intesa come riferita non al solo dibattimento, ma anche a momenti diversi, come ad esempio, l'udienza preliminare”. Si tratta di un indizio interpretativo particolarmente autorrevole, perché proveniente dallo stesso legislatore (art. 12 preleggi)» (Cass. Pen. S.U. 7697/2017).

⁵⁷ In soli 3 casi sui totali 18, il tipo di legislatore a cui viene attribuita l'intenzione controfattuale è un legislatore ideale-razionale.

⁵⁸ LUZZATI 2016, 147.

⁵⁹ CANALE, TUZET 2014, 199-203; CANALE, TUZET 2016, 10-11.

⁶⁰ In 9 casi su 11 in cui l'argomento era usato in modo interpretativo, la fonte dell'argomento è costituita dal riferimento ad altre disposizioni.

⁶¹ Cass. Pen. S.U. 47970/2017 in cui la fonte dell'argomento è l'*occasio legis* e Cass. Pen. S.U. 7697/2017 dove il riferimento è ai lavori preparatori.

6.3. *Intenzione teleologica*

L'argomento dell'intenzione del legislatore nella sua variante teleologica solleva alcune questioni specifiche. In primo luogo, si pone un problema di astrazione, in quanto lo scopo perseguito da un documento legislativo può essere definito in termini generici e non essere utile a chiarire il significato di una disposizione particolare⁶². Inoltre, è problematico distinguere fra obiettivo del legislatore e obiettivo della legge o *ratio legis*, in quanto in entrambi i casi si tratta di attribuire un significato a una disposizione legislativa sulla base di uno scopo associato a una norma. Per tale ragione non è sempre agile capire in che modo l'interprete ha ricondotto un determinato fine sociale alla volontà del legislatore. Un elemento di discriminazione è costituito dal modo in cui l'argomento viene ricostruito, per esempio il riferimento ai lavori preparatori può essere un elemento che supporta una ricostruzione in senso teleologico soggettivo⁶³. Chiaramente, in questo caso si ripropongono le problematiche già sottolineate (§2 e §4) rispetto all'individuazione di una volontà collettiva dell'organo legislativo. D'altra parte, anche la ricostruzione della volontà oggettiva della legge pone delle questioni, in quanto non è chiaro sulla base di quali criteri sia possibile individuare lo scopo oggettivo di una legge. In entrambi i casi, sussiste il rischio che il giudice, attraverso il richiamo alla finalità della legge o allo scopo del legislatore storico, utilizzi di fatto un espediente retorico per giustificare un'ampia libertà interpretativa⁶⁴.

Nelle decisioni analizzate la tipologia dell'intenzione teleologica non è particolarmente rilevante ed è quasi sempre attribuita al legislatore storico⁶⁵, in linea con i dati relativi alle altre tipologie di intenzione. Invece, il contesto argomentativo in cui si colloca l'argomento dell'*intentio legislatoris* si caratterizza in modo particolare, in quanto ricorrono più spesso alcune delle fonti dell'argomento generalmente meno frequenti in assoluto, come le conseguenze dell'applicazione della norma⁶⁶. Questo esito è coerente con il riferimento agli effetti sul piano sociale che caratterizza l'intenzione teleologica. Tuttavia, in poco meno della metà dei casi l'intenzione teleologica è fondata su indicatori relativi al contesto di approvazione della legge, quali i lavori preparatori, l'*occasio legis* e la storia legislativa⁶⁷, elementi che supportano una ricostruzione dell'intenzione legislativa con riferimento al legislatore storico. Nell'altra metà degli argomenti citati, la fonte è costituita dal raffronto con altre disposizioni, oppure da valutazioni circa l'impatto sociale della norma⁶⁸. In questi casi, il tipo di fonte usata nell'argomentazione non è chiaramente indice di una volontà attribuibile all'organo legislativo e appare più difficile distinguere tra obiettivo della legge, individuato secondo la valutazione personale dell'interprete e volontà del legislatore storico.

7. *I criteri interpretativi dei giudici sull'intenzione del legislatore*

In questa sezione si analizzeranno i criteri ermeneutici utilizzati dai giudici ed esplicitamente citati in motivazione, come giustificazione del ragionamento giuridico. Il riferimento è alle direttive

⁶² CANALE, TUZET 2016, 3.

⁶³ DICIOTTI 1999, 414.

⁶⁴ VELLUZZI 2013, 41-43.

⁶⁵ In un solo caso, Cass. Pen. S.U. 18954/2016, è stato rilevato un legislatore razionale e un'intenzione teleologica, si tratta però di un argomento solo menzionato.

⁶⁶ In tutti gli otto casi in cui la fonte dell'argomento è costituita dalle 'conseguenze dell'applicazione della norma' l'intenzione era di tipo teleologico (Cass. Pen. S.U. 4616/2022; Cass. Pen. S.U. 41432/2016; Cass. Pen. S.U. 46624/2015; Cass. Pen. S.U. 32939/2023; Cass. Pen. S.U. 12778/2020; Cass. Pen. S.U. 39005/2021; Cass. Pen. S.U. 46595/2019; Cass. Pen. S.U. 11170/2015).

⁶⁷ Corrispondono a 15 su 36 casi in cui l'argomento è usato in modo interpretativo.

⁶⁸ Ci si riferisce alla fonte: "Conseguenze dell'applicazione della norma", le altre fonti sono: "altre disposizioni": 11 casi che comprendono diverse tipologie di fonti e "Giurisprudenza": 1 caso.

di preferenza o procedurali sull'uso dei vari argomenti interpretativi, all'art. 12 delle preleggi c.c. e ai valori dell'ordinamento. Come tendenza generale i giudici delle Sezioni Unite penali non hanno fornito alcuna giustificazione dell'uso dell'argomento dell'intenzione del legislatore, ma solo nel 19% dei casi (25 casi)⁶⁹ vengono individuate delle direttive interpretative procedurali o di preferenza, e nel 14% degli argomenti interpretativi è citato l'articolo 12 delle preleggi c.c.

Nell'esempio seguente, lo scopo perseguito dal legislatore viene eletto a criterio guida, per orientare l'interpretazione in tema di applicazione delle misure cautelari personali, e in particolare sull'uso del braccialetto elettronico:

«Preliminare alla soluzione della questione controversa appare altresì l'individuazione della ratio normativa delle riforme che hanno interessato la materia e degli obiettivi che con esse il legislatore ha inteso realizzare» (Cass. Pen. S.U. 20769/2016).

Come già sottolineato, la distinzione tra *ratio legis* e intenzione teleologica soggettiva non è sempre chiara, e l'esempio sopra riportato ne è un ulteriore riprova; in questa sentenza, pur riferendosi alla volontà del legislatore, l'interprete utilizza un ragionamento di tipo sistematico. In particolare, il riferimento è alla necessità di assicurare la coerenza dell'ordinamento e argomenta sulla base del raffronto con il contesto legislativo europeo e nazionale, in cui si inserisce la nuova disposizione⁷⁰. Sembra perciò prevalere una concezione oggettiva delle norme e nonostante il richiamo all'intenzione del legislatore, risulta più corretto qualificare l'argomento usato come *ratio legis*.

In alcuni dei casi in cui viene menzionato l'art. 12 delle preleggi c.c., la Corte ne fornisce una propria interpretazione e definizione quale criterio ermeneutico, emergono così diverse concezioni dei giudici sull'argomento dell'intenzione del legislatore. Per esempio, in una motivazione le Sezioni Unite ancorano l'intenzione del legislatore al significato letterale, nel senso che l'intenzione del legislatore è intesa come il significato espresso dalla connessione delle parole che il legislatore ha impiegato:

«E, infatti, l'art. 12 preleggi chiarisce che, nell'applicare la legge, non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore. Ne discende, sul piano metodologico, che la connessione delle singole parole orienta l'interpretazione, al pari della finalità perseguita dal legislatore, nei limiti in cui, s'intende, essa si sia obiettivata nella formula normativa» (Cass. Pen. S.U. 41570/2023).

Inoltre, in questo passaggio argomentativo la Corte definisce il rapporto fra intenzione del legislatore e significato letterale in termini di pari dignità, senza precisare quale dei due criteri ermeneutici debba essere preferito in caso di esiti contrastanti⁷¹.

⁶⁹ Anche rispetto a questo dato ci si riferisce al totale degli argomenti che sono effettivamente utilizzati nella motivazione.

⁷⁰ Come si evince da questo passaggio, l'interprete ritiene che l'intenzione del legislatore debba essere coerente con il quadro normativo europeo, utilizzando un tipico ragionamento sistematico: «Per comprendere la ratio del D.L. 146 del 2013, non va dimenticato il contesto in cui lo stesso si inserisce, a seguito della citata pronuncia della Corte EDU del 2013, Torregiani, che assegnava al nostro Stato un anno di tempo per rimediare ad una situazione divenuta intollerabile (...) raccomandando tra l'altro di ridurre il numero dei detenuti mediante l'applicazione di pene alternative nonché di ridurre il ricorso alla custodia cautelare» (Cass. Pen. S.U. 20769/2016).

⁷¹ Da un punto di vista teorico, è possibile ricostruire i rapporti fra i due criteri indicati dall'art. 12 c.c. dell'interpretazione letterale e dell'intenzione del legislatore, almeno in quattro modi diversi: a) subordinazione dell'intenzione del legislatore al significato proprio delle parole; b) subordinazione del significato letterale rispetto all'intenzione del legislatore; c) pari ordinazione dei due criteri; d) complementarietà: il significato proprio delle parole costituisce lo strumento primario per determinare l'insieme dei significati attribuibili alla disposizione, mentre l'intenzione del legislatore viene inteso come criterio integrativo, utile a risolvere problemi di vaghezza e a selezionare un significato fra le alternative possibili. VELLUZZI 2013, 60-61.

In un altro caso, l'intenzione del legislatore, così come qualificata dall'art. 12, sembra invece coincidere con argomenti di tipo teleologico e sistematico. Si consideri, ad esempio, la seguente statuizione:

«L'interpretazione letterale della legge, infatti, è il canone ermeneutico prioritario per l'interprete, pur ricavandosi dall'art. 12 preleggi, che l'ulteriore canone dato dall'interpretazione logica e sistematica soccorre e integra il significato proprio delle parole, arricchendole della ratio della norma e del suo coordinamento nel sistema nel quale va ad inserirsi» (Cass. Pen. S.U. 46688/2016).

Da questo passaggio l'*intentio legislatoris* appare connotata in modo oggettivo – si parla infatti di “ratio della norma” – sovrapponendosi ad altri argomenti interpretativi come quello sistematico. Questa prospettiva è confermata anche da un'altra decisione, di seguito citata, in cui l'autorità giurisdizionale esplicita i suoi criteri ermeneutici, menzionando una non ben precisata “volontà statuale finalisticamente intesa”. Si riporta il passaggio più rilevante:

«A tal proposito, va subito detto che eccessiva appare l'enfatizzazione di tale strumento ermeneutico, atteso che l'interpretazione letterale altro non è che un (indispensabile) “passaggio” funzionale verso la completa ed esaustiva intelligenza del comando legislativo. E invero, è certamente corretto l'assunto per il quale, in base all'art. 12 preleggi, “nell'applicare la legge, non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole, secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore”; tuttavia non può certo negarsi che proprio l'intenzione del legislatore deve essere “estratta” dall'involturo verbale (le parole), attraverso il quale essa è resa nota ai destinatari e all'interprete. Che poi detta intenzione non si identifichi con quella dell'Organo o dell'Ufficio che ha predisposto il testo, ma vada ricercata nella volontà statuale, finalisticamente intesa (come correttamente sostiene la sentenza Giovagnoli) è fuor di dubbio» (Cass. Pen. S.U. 22474/2016).

Si tratta di una decisione *sui generis*, in cui si è ritenuto che la Corte facesse riferimento a un tipo di legislatore ideale non meglio definibile⁷²; l'interpretazione dell'art. 12 preleggi, esplicitata in motivazione, si traduce in un'argomentazione di tipo sistematico e teleologico, mentre viene esclusa l'interpretazione letterale. In particolare, la Corte sembra considerare il dato letterale solo come un indizio, un “involuturo” da cui estrarre il vero significato della disposizione, rischiando però in questo modo di avallare interpretazioni eccessivamente distanti dal testo legislativo. L'intenzione del legislatore viene poi connotata esplicitamente come volontà della legge in senso astratto, escludendo una riferibilità all'organo legislativo⁷³.

L'analisi dei criteri ermeneutici elaborati in motivazione ha messo in evidenza come l'argomento dell'intenzione del legislatore venga inteso in modo diverso dai giudici. In alcuni casi la volontà del legislatore viene configurata in stretta connessione all'interpretazione letterale, in altri, invece, sembra coincidere con la *ratio legis*⁷⁴. In ogni caso, l'argomento dell'*intentio legislatoris* viene citato insieme ad altri argomenti interpretativi, in particolare insieme al criterio letterale e logico-sistematico. Questi aspetti trovano riscontro anche nei dati empirici: il criterio della volontà del legislatore si presenta quasi sempre insieme ad altri argomenti interpretativi.

⁷² Inoltre, il passaggio citato riprende un'altra decisione, circostanza che rende difficile la ricostruzione della tipologia di legislatore al quale si fa riferimento.

⁷³ Questa sentenza è stata richiamata proprio per sottolineare il rischio di interpretazioni eccessivamente discrezionali e lontane dal dato testuale da parte delle Sezioni Unite penali, si veda DINACCI 2019, 14-16.

⁷⁴ La concezione oggettiva dell'intenzione del legislatore come scopo intrinseco della legge è come visto §4 ampiamente presente in dottrina e giurisprudenza.

8. Conclusioni: la rilevanza dell'argomento dell'intenzione del legislatore nella motivazione

La rilevanza dell'argomento dell'intenzione del legislatore all'interno della motivazione è stata osservata attraverso la categoria del “peso dell'argomento”, con la quale si intendeva valutare se l'argomento era determinante, respinto o concorrente con altri argomenti nella costruzione del ragionamento argomentativo. I risultati della ricerca sono molto netti sul punto: nel 93,5% dei casi in cui l'argomento dell'intenzione del legislatore è utilizzato nella motivazione, concorre con altri argomenti interpretativi. Le decisioni in cui l'argomento è determinante o respinto rappresentano una categoria marginale (3% del totale). Più frequentemente l'argomento dell'intenzione del legislatore è utilizzato insieme all'argomento letterale e all'argomento sistematico, quest'ultimo è in assoluto l'argomento più ricorrente (83,4%) seguito dal criterio letterale o semantico (52,5%), mentre gli argomenti teleologico (8,6%) e per principi (19,4%) sono meno frequenti.

Sintetizzando quanto emerso nell'analisi dei risultati della ricerca, è possibile delineare alcune tendenze nell'uso dell'argomento dell'*intentio legislatoris* nella giurisprudenza delle Sezioni Unite penali. In generale, l'argomento dell'intenzione del legislatore è utilizzato in congiunzione con altri argomenti interpretativi, il tipo di intenzione è in prevalenza di tipo comunicativo, talvolta di tipo teleologico e raramente controfattuale. Il tipo di legislatore individuato è quasi sempre il legislatore storico-concreto, tuttavia, la fonte dell'argomento più ricorrente è costituita dal riferimento ad altre disposizioni e, in misura minore, ai lavori preparatori, dato che è coerente con la prevalenza dell'argomento sistematico nelle motivazioni. Anche nei casi in cui il tipo di legislatore individuato è quello storico, in quanto non ci sono riferimenti esplicativi ai criteri della razionalità e della coerenza, il richiamo alla volontà del legislatore è quasi sempre supportato non da elementi relativi al contesto storico-sociale, ma da un ragionamento di tipo sistematico. In questo modo, l'intenzione del legislatore risulta generalmente connotata da elementi astratti e ideali. In particolare, nel caso di intenzione teleologica si riscontra una tendenza, a partire dalle stesse direttive preferenziali interpretative della Corte, ad astrarre e oggettivizzare l'*intentio legislatoris*, rendendo spesso il riferimento alla volontà legislativa slegato da elementi relativi al contesto di approvazione della legge. Questa tendenza non può dirsi univoca, in quanto in alcuni casi, per esempio quando la fonte principale dell'argomento è costituita dai lavori preparatori, l'intenzione del legislatore è ricostruita in modo più circostanziato e puntuale. Tuttavia, occorre sottolineare che anche in questi casi, l'argomento dell'intenzione del legislatore non è però determinante nella motivazione.

Nel complesso, l'argomento dell'intenzione del legislatore risulta un argomento interpretativo poco rilevante nelle motivazioni dei giudici. Questa considerazione è giustificata, in primo luogo, dalla scarsa incidenza quantitativa dell'argomento dell'*intentio legislatoris* nella giurisprudenza delle Sezioni Unite penali (21,9% del totale delle sentenze emesse nel decennio considerato). In secondo luogo, dal fatto che l'argomento è utilizzato quasi sempre insieme ad altri argomenti interpretativi, prevalentemente di tipo sistematico. Come è noto, le motivazioni giurisdizionali sono spesso caratterizzate dall'utilizzo di una serie di argomenti concorrenti per rafforzare il ragionamento giuridico, e questo vale in particolar modo per le decisioni di una Corte apicale. Infatti, dai dati della ricerca emerge che anche gli altri argomenti interpretativi sono usati in concomitanza nella costruzione dell'argomentazione. Tuttavia, se si considera che la volontà del legislatore è ricostruita molto spesso attraverso un rimando ad altre disposizioni e non attraverso il riferimento a elementi che possono essere considerati degli indicatori effettivi dell'intenzione del legislatore, emerge come l'argomento dell'*intentio legislatoris* non solo non sia determinante nell'iter argomentativo, ma abbia anche una funzione meramente accessoria nella motivazione. Infatti, quando il richiamo alla volontà o allo scopo del legislatore non è seguito da un riferimento ai lavori preparatori o ad altri elementi relativi al contesto storico-sociale e si inserisce in un'argomentazione di tipo sistematico, si riduce a un espediente retorico privo di un contenuto effettivo.

Riferimenti bibliografici

ALEXY R. 1998. *Teoria dell'argomentazione giuridica: la teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, trad. it. M. La Torre, Giuffrè.

BURTON M. 2013. *Doing empirical research: Exploring the decision-making of magistrates and juries*, in *Research methods in law*, Routledge.

CADOPPI A., VENEZIANI P. 2023. *Elementi di diritto penale: parte generale*, CEDAM.

CANALE D., TUZET G. 2014. *Intenzioni del legislatore e ragionamento controfattuale*, in «Analisi e diritto», 2014, 195 ss.

CANALE D., TUZET G. 2016. *What the legislature did not say: Legislative intentions and counterfactuals in legal argumentation*, in «Journal of Argumentation in Context», 5, 249 ss.

CANALE D., TUZET G. 2019. *La giustificazione della decisione giudiziale*, Giappichelli.

CANALE D., POGGI F. 2019. *Pragmatic Aspects of Legislative Intent*, in «The American Journal of Jurisprudence», 64, 125 ss.

DICIOTTI E. 1999. *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli.

DINACCI F. 2019. *Legalità processuale e nomofilachia tra limiti ermeneutici e diritto giurisprudenziale*, in «Archivio penale», 71, 1 ss.

EKINS R. 2012. *The Nature of Legislative Intent*, Oxford University Press.

GARDNER J. 2010. *Ethics and Law*, in SKORUPSKI J. (ed.), *The Routledge Companion to Ethics*, Routledge, 420 ss.

GREENBERG M. 2011. *Legislation as Communication? Legal Interpretation and the Study of Linguistic Communication*, in «Georgetown Law Journal», 99, 10 ss.

GUASTINI R. 2011. *Interpretare e argomentare*, Giuffrè.

JAKAB A., DYEVRE A., ITZCOVICH G. 2017. *Comparative Constitutional Reasoning*, Cambridge University Press.

KNOBE J., NICHOLS S. (eds.) 2008. *Experimental Philosophy*, Oxford University Press.

LUZZATI C. 2016. *Del giurista interprete: linguaggio, tecniche e dottrine*, Giappichelli.

MACCORMICK N., SUMMERS R.S. (eds.) 1991. *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Dartmouth.

MARMOR A. 1992. *Interpretation and Legal Theory*, Clarendon Press.

MATCZAK M. 2017. *Three Kinds of Legislative Intention in Law Making*, in «Law and Philosophy», 36, 651 ss.

PAGLIARO A. 2003. *Principi di diritto penale: parte generale*, Giuffrè.

PALAZZO F.C. 1993. *Legge penale. L'interpretazione e l'applicazione della legge penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, UTET.

PERLINGIERI P. 2010. *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in «Rivista di diritto civile», 2, 317 ss.

PINO G. 2021. *L'interpretazione nel diritto. Come un trattato*, Giappichelli.

PINO G. 2024. *Il paradosso del giudice (im)politico*, in «Questione Giustizia», 1-2, 206 ss.

POGGI F. 2020. *Against the Conversational Model of Legal Interpretation*, in «Revus», 40, 9 ss.

POSCHER R. 2017. *The normative construction of legislative intent*, in «Droit & Philosophie», 9, 107 ss.

RADIN M. 1930. *Statutory interpretation*, in «Harvard Law Review», 43, 863 ss.

SANDRO P. 2022. *The Making of Constitutional Democracy: From Creation to Application of Law*, Hart Publishing.

TARELLO G. 1980. *L'interpretazione della legge*, Giuffrè.

VELLUZZI V. 2002. *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Giappichelli.

VELLUZZI V. 2013. *Le Preleggi e l'interpretazione*, ETS.

VIOLA E., ZACCARIA G. 1999. *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza.

L'argomento dell'intenzione del legislatore nella giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione Civile, anni 2014-2023. Uno studio empirico

The Argument of the Legislator's Intent in the Jurisprudence of the Joint Sections of the Civil Court of Cassation, years 2014-2023. An Empirical Study

LEONARDO **MARCHETTONI**

Università Bocconi di Milano.

E-mail: leonardo.marchettoni@unibocconi.it

ABSTRACT

Il progetto di ricerca “Looking for Legislative Intent in Judicial Reasoning: An Empirical Account” mira a studiare l’uso dell’argomento dell’Intenzione del Legislatore (IdL) nelle Corti apicali italiane attraverso un’analisi empirica delle sentenze pubblicate tra il 2014 e il 2023. Questo articolo presenta i risultati specifici relativi alla giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione Civile nel periodo indicato. Dopo aver formulato alcune considerazioni relative all’epistemologia della ricerca empirica nell’ambito delle scienze sociali, verranno illustrati gli assunti teorici di partenza che hanno guidato questa ricerca. Successivamente, verranno descritte le procedure seguite e verranno illustrati alcuni risultati ottenuti, sia attraverso l’analisi quantitativa, sia attraverso l’analisi qualitativa di alcune pronunce ritenute particolarmente interessanti. Nell’ultima parte del lavoro, si accennerà ad alcune ipotesi teoriche che potrebbero essere d’aiuto nella spiegazione dei risultati.

The research project “Looking for Legislative Intent in Judicial Reasoning: An Empirical Account” aims to study the use of the Legislator's Intent (IdL) argument in Italian apex courts through an empirical analysis of rulings published between 2014 and 2023. This article presents specific results concerning the jurisprudence of the Joint Sections of the Civil Court of Cassation during the specified period. After formulating some considerations relating to the epistemology of empirical research in the social sciences, the theoretical assumptions that guided this research will be illustrated. Subsequently, the procedures followed will be described and some of the results obtained will be illustrated, both through quantitative analysis and through qualitative analysis of some judgments considered particularly interesting. In the last part of the paper, some theoretical hypotheses that could help explain the results will be mentioned.

KEYWORDS

intenzione del Legislatore, ragionamento giuridico, Corte di Cassazione, ricerca empirica, epistemologia delle scienze sociali

legislative intent, legal reasoning, Court of Cassation, empirical research, epistemology of social sciences

L'argomento dell'intenzione del legislatore nella giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione Civile, anni 2014-2023. Uno studio empirico

LEONARDO MARCHETTONI

1. *Introduzione* – 2. *Considerazioni epistemologiche* – 3. *Assunti teorici di partenza* – 4. *Descrizione delle procedure seguite* – 4.1. *Selezione delle sentenze da analizzare* – 4.2. *Analisi delle sentenze* – 5. *Risultati ottenuti* – 5.1. *Analisi quantitativa* – 5.2. *Analisi qualitativa* – 6. *Interpretazione dei risultati* – 7. *Conclusioni*.

1. *Introduzione*

Il progetto Prin “Looking for Legislative Intent in Judicial Reasoning: An Empirical Account” è un progetto empirico che si propone di mappare l’uso che le Corti apicali italiane fanno dell’argomento dell’Intenzione del Legislatore (IdL) attraverso l’analisi di un campione statistico di sentenze pubblicate nel decennio 2014-2023¹.

In questo lavoro mi accingo a illustrare alcuni risultati ottenuti nell’ambito del progetto. Più in particolare, l’articolo presenta i risultati relativi alla giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione Civile, negli anni 2014-2023. Per quanto l’analisi delle pronunce di questa autorità sia stata effettuata unicamente dall’estensore di queste pagine, è opportuno sottolineare che la fisionomia complessiva del progetto e un gran numero di scelte metodologiche e contenutistiche sono maturate all’interno di un lavoro di squadra che si è rivelato estremamente proficuo.

Il contenuto del presente articolo è il seguente. Dopo aver formulato alcune considerazioni relative all’epistemologia della ricerca empirica nell’ambito delle scienze sociali, verranno illustrati gli assunti teorici di partenza che hanno guidato questa ricerca. Successivamente, verranno descritte le procedure seguite e verranno illustrati alcuni risultati ottenuti, sia attraverso l’analisi quantitativa, sia attraverso l’analisi qualitativa di alcune pronunce ritenute particolarmente interessanti. Nell’ultima parte del lavoro, si accennerà ad alcune ipotesi teoriche che potrebbero essere d’aiuto nella spiegazione dei risultati.

2. *Considerazioni epistemologiche*

Come si è detto, il progetto “Looking for Legislative Intent in Judicial Reasoning: An Empirical

* L’autore ringrazia i partecipanti al progetto “Looking for Legislative Intent in Judicial Reasoning: An Empirical Account” per molte utili occasioni di incontro e di discussione. In particolare, ringrazia Damiano Canale e Giovanni Tuzet, che hanno seguito più da vicino la stesura di queste pagine. Infine, ringrazia due anonimi referees di *Diritto & Questioni Pubbliche*. Questa ricerca è stata finanziata dall’Unione Europea - Next Generation EU, Missione 4, Componente 1, CUP J53D23006110001, Bando PRIN 2022 prot. 2022ZPA2N4.

¹ Il progetto coinvolge cinque università italiane: Università Bocconi (capofila, *Principal Investigator* Damiano Canale), Università di Brescia, Università di Milano Statale, Università di Siena e Università di Venezia. Nell’analisi delle sentenze è stato perseguito un approccio il più possibile obiettivo. Per quanto l’assoluta obiettività e avalutatività siano ovviamente inattinibili, si è cercato di adottare criteri di indagine intesi a minimizzare gli elementi di variabilità individuale.

Account” è un progetto empirico nell’ambito delle scienze sociali. Per coglierne la specificità si richiamano qui alcune elementari assunzioni epistemologiche. L’obiettivo non è ovviamente quello di presentare un inventario di principi cui la ricerca nelle scienze sociali si deve attenere ma quello di esplicitare una serie di assunti rilevanti per la nostra indagine.

L’evoluzione dell’epistemologia post-empirista nel secondo dopoguerra è segnata da una cesura rispetto al positivismo logico. A partire dagli anni Cinquanta, il paradigma neopositivistico – fondato sull’idea che la conoscenza scientifica proceda per accumulo lineare di dati verificabili – viene progressivamente sostituito da modelli che riconoscono la storicità della conoscenza. Le riflessioni di Thomas Kuhn, Imre Lakatos e Paul Feyerabend evidenziano che le teorie scientifiche non si susseguono per mera falsificazione, come sostenuto da Karl Popper, ma si trasformano entro comunità disciplinari che condividono linguaggi, valori e criteri di rilevanza. L’epistemologia post-empirista introduce così una concezione dinamica della scienza, in cui la verità non rappresenta un punto d’arrivo assoluto ma una costruzione intersoggettiva fondata su pratiche di giustificazione². Questo mutamento incide anche sulle scienze sociali, che si configurano come campi di indagine nei quali la dimensione interpretativa è ineliminabile³.

Naturalmente, questo complesso di trasformazioni tocca quasi ogni ambito della riflessione in merito alla pratica scientifica: la rivalutazione del ruolo dei valori in rapporto all’indagine scientifica⁴; lo statuto delle leggi scientifiche, fra l’aspirazione a formulare teorie generalizzabili e l’importanza di comprendere le specificità legate ai contesti particolari⁵; i limiti del realismo (in particolare nell’ambito della ricerca nelle scienze sociali⁶); la revisione del concetto di oggettività⁷. Tuttavia, per quanto concerne la nostra ricerca, gli aspetti più rilevanti riguardano il rapporto tra teoria, osservazione ed esperimento.

In generale, l’epistemologia post-empirista ha riconosciuto che non è possibile operare una netta demarcazione tra concetti teorici e concetti osservazionali, con la conseguenza che il momento sperimentale e osservativo non può essere visto come un’istanza di verifica obiettiva delle ipotesi teoriche⁸. Non esiste un linguaggio osservativo neutro o indipendente dalla teoria. Ciò che percepiamo e il modo in cui lo descriviamo dipendono sia dall’input sensoriale che dalle teorie accettate. Tuttavia, questa dipendenza non preclude la possibilità del controllo empirico e dell’apprendimento oggettivo. Questa assunzione vale a maggior ragione per le scienze sociali, nelle quali non interviene, se non in parte marginale, la mediazione di un linguaggio tecnico e del simbolismo matematico⁹.

Sempre in una prospettiva post-positivista, il ruolo dell’esperimento non consiste nel verificare o falsificare una volta per tutte una qualche teoria ma piuttosto nel fornire elementi per elaborare nuove versioni della teoria stessa, che consentano predizioni e spiegazioni sempre più accurate¹⁰. In particolare, le scienze sociali non fondano la loro validità su esperimenti controllati o predizioni puntuali, bensì sulla capacità esplicativa e comprensiva dei loro modelli. Le teorie nelle scienze sociali – e, fra queste, anche le teorie dell’interpretazione giuridica – mirano a fornire schemi concettuali che permettano di comprendere il senso delle azioni umane, più che di prevederne con esattezza l’esito. La nozione di spiegazione si arricchisce quindi di una compo-

² Fra le molte risorse utili per ricostruire questa storia, si può vedere KUIPERS 2007.

³ Per una visione d’insieme delle problematiche connesse alla ricerca nelle scienze sociali, si possono vedere i saggi contenuti in MCINTYRE, ROSENBERG (eds.) 2017.

⁴ DOUGLAS 2011.

⁵ Sullo statuto delle leggi scientifiche nelle scienze sociali, vedi REISS 2017.

⁶ Vedi HARP, KHALIFA 2017.

⁷ Vedi MONTUSCHI 2017. In particolare, sul problema dell’oggettività in rapporto al diritto, vedi MARCHETTONI 2023.

⁸ Vedi BONIOLI, VIDALI 2003, cap. II.

⁹ In relazione a questo plesso di problemi, continuo a ritenere particolarmente stimolante il modello “reticolare” del rapporto tra teoria e osservazione introdotto negli anni Settanta del secolo scorso da Mary Hesse – HESSE 1974 – e sviluppato in Italia da Paolo Parrini e Roberta Lanfredini – PARRINI 1998; LANFREDINI 2024.

¹⁰ Vedi BONIOLI, VIDALI 2003, capp. 4-5.

nente ermeneutica: spiegare significa anche rendere intelligibile, ricostruendo le ragioni che orientano i comportamenti e le istituzioni¹¹.

Quest'ultimo punto possiede una particolare rilevanza per il tipo di indagine cui ci siamo dedicati: in una prospettiva post-empirista, la ricerca nelle scienze sociali è essa stessa uno strumento che affina la comprensione delle pratiche, guidandone allo stesso tempo gli aggiustamenti¹². In questo senso, descrizione e prescrizione si presentano come strettamente intrecciate: la ricerca nelle scienze sociali abita uno spazio in cui le dimensioni descrittiva e prescrittiva interagiscono dinamicamente. Essa fornisce approfondimenti empirici sul funzionamento dei sistemi sociali, dando al contempo forma a dibattiti su come questi sistemi dovrebbero essere strutturati o migliorati.

Il rilievo di questo plesso problematico apparirà nella sua evidenza a proposito del nesso che lega l'attività di costruzione della griglia teorica per la raccolta dei dati e l'attività di raccolta stessa.

3. Assunti teorici di partenza

Come è stato evidenziato nella sezione precedente, ogni ricerca empirica viene costruita a partire da alcune convinzioni teoriche che si intende mettere alla prova. Per questo motivo, è opportuno esplorare da subito le nostre assunzioni di partenza. Non è questa certo la sede per una rassegna neppure sommaria degli orientamenti intorno all'argomento IdL. Sarà sufficiente dare conto dell'impostazione che ha guidato la progettazione della ricerca e la definizione delle categorie osservabili¹³.

Come è noto, l'argomento IdL trova la sua base normativa nell'art. 12, comma 1 del Codice civile, che, nel disciplinare l'interpretazione della legge, stabilisce: «Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore».

Secondo Damiano Canale e Giovanni Tuzet la funzione dell'argomento IdL è quella di porre rimedio a un difetto di determinatezza della legge, nel senso che il riferimento all'intenzione del legislatore consente di discriminare tra diverse norme astrattamente riconducibili a una medesima disposizione¹⁴. Questa osservazione si lega alla considerazione, già avanzata da Riccardo Guastini, secondo cui l'impiego dell'argomento è particolarmente calzante, quando si vuole accreditare un'interpretazione *diversa da quella letterale*¹⁵. Secondo Giorgio Pino la «matrice culturale dell'argomento è di tipo imperativistico: rimanda all'idea che la legge sia identificabile con una manifestazione di volontà di un sovrano». In questo senso, la legge può essere concettualizzata come un comando emanato dall'autorità sovrana, comando di cui bisogna ricavare il contenuto attraverso un'indagine sulle intenzioni/volontà del legislatore. D'altra parte, dal momento che la sovranità appartiene al *demos*, l'argomento può anche essere associato ai valori della democrazia e della separazione dei poteri¹⁶.

L'argomento IdL si presenta in diverse varianti, le quali dipendono dalle accezioni di “intenzione” e di “legislatore” di volta in volta considerate. Per quanto riguarda le diverse accezioni di

¹¹ In particolare, sul ruolo degli esperimenti nelle scienze sociali, vedi GUALA 2011.

¹² Come Hesse stessa ammette, questa circostanza introduce un'ulteriore difficoltà per l'epistemologia delle scienze sociali, dal momento che il carattere interattivo del nesso tra teoria e mondo sociale comporta che quest'ultimo può essere modificato dal processo di raccolta dei dati o dall'adozione stessa delle categorie teoriche da parte degli attori sociali. Ciò significa che l'input empirico diventa, in parte, un prodotto dell'apprendimento, rendendo problematico il concetto di “validità esterna”. Su questi temi vedi i saggi raccolti in HESSE 1980.

¹³ Coerentemente con la natura di questo lavoro verranno forniti soltanto alcuni riferimenti a opere che trattano l'argomento dell'interpretazione giudiziale dalla prospettiva della filosofia del diritto. I lavori che sono stati utilizzati per elaborare il quadro teorico che fa da sfondo all'implementazione della ricerca sono i seguenti GUASTINI 1993; GUASTINI 2011; DICIOTTI 1999; CHIASSONI 2007; VELLUZZI 2013; CANALE, TUZET 2020; PINO 2021.

¹⁴ Vedi CANALE, TUZET 2020, 99.

¹⁵ Vedi GUASTINI 2011, 272.

¹⁶ Cfr. PINO 2021, 282.

“intenzione”, in letteratura si distingue abitualmente fra:

1. *Intenzione semantica*. Si concentra sul significato dei termini utilizzati nella disposizione.
2. *Intenzione teleologica*. Riguarda lo scopo o l’obiettivo che il legislatore intendeva raggiungere¹⁷.

Invece, per quanto riguarda il tipo di legislatore considerato, è possibile distinguere:

1. *Legislatore storico*. L’autorità responsabile della stesura della legge¹⁸.
2. *Legislatore ideale*. Un legislatore ipotetico, connotato da razionalità o giustizia che legifera in modo ottimale, spesso utilizzato contrapponendolo al legislatore storico.
3. *Legislatore attuale*. L’autorità attualmente in carica, talvolta invocata per sostenere una reinterpretazione alla luce dei contesti moderni.

Infine, per quanto riguarda i contesti, è possibile distinguere:

1. *Intenzione fattuale*. In questo caso la ricerca dell’IdL insiste su uno scenario coincidente con il mondo attuale e si applica a fattispecie effettivamente disciplinate dalla legge.
2. *Intenzione controfattuale*. La ricerca dell’IdL si applica a fattispecie non disciplinate dalla legge, entro uno scenario controfattuale, che prende in considerazione il comportamento ipotetico del legislatore storico o di un legislatore ideale in un mondo alternativo a quello attuale¹⁹.

Come osserva Guastini, mentre il ricorso all’IdL nei contesti fattuali è idoneo soprattutto a suggerire un’interpretazione diversa da quella letterale, l’argomento IdL controfattuale è in sostanza una tecnica per colmare le lacune. A questa sottovariante “produttiva” – se il legislatore disciplinasse/avesse disciplinato la materia lo farebbe/avrebbe fatto diversamente, pertanto la materia va disciplinata diversamente dal caso generale – si può accostare una sottovariante negativa, o *a contrario* – se il legislatore volesse/avesse voluto disciplinare la materia lo farebbe/avrebbe fatto (ma non lo fa/ha fatto), pertanto si applica la disciplina generale²⁰. In generale, l’argomentazione nei contesti controfattuali pone rilevanti problemi di controllabilità – dal momento che nella logica classica e intuizionista vale il principio *ex falso sequitur quodlibet*, come si fa a decidere se un condizionale la cui premessa è falsa è impiegato validamente²¹ – che rischiano di spalancare la strada all’arbitrio dell’interprete²².

¹⁷ All’intenzione semantica e teleologica Canale e Tuzet aggiungono anche un’intenzione *sistemática*, relativa alla collocazione della disposizione all’interno dell’ordinamento giuridico. Vedi CANALE, TUZET 2020, 101.

¹⁸ La ricostruzione dell’intenzione del legislatore storico incorre in problemi di difficile risoluzione: (a) problema ontologico – qual è lo statuto ontologico delle intenzioni del legislatore; (b) problema epistemico – in che modo veniamo a conoscenza delle intenzioni del legislatore; (c) problema di astrazione – a quale livello di astrazione va formulata l’intenzione legislativa; (d) problema politico – perché dovremmo seguire l’intenzione del legislatore storico quando essa confligge con quella del legislatore attuale.

Vedi CANALE, TUZET 2020, 105-108. Recentemente, Richard Ekins ha tentato di superare queste difficoltà facendo appello alle teorie dell’intenzionalità collettiva. Cfr. EKINS 2012.

¹⁹ Riprendo la dicotomia intenzione fattuale/intenzione controfattuale da Guastini: cfr. GUASTINI 2011, 275-76.

²⁰ Cfr. CANALE, TUZET 2020, 103-05.

²¹ Il corposo dibattito filosofico in tema di condizionali controfattuali testimonia questa difficoltà. Vedi STARR 2022.

²² Più specificamente, sulle difficoltà dell’argomento IdL controfattuale, vedi CANALE, TUZET 2014.

Incrociando le due accezioni di “intenzione” e le tre accezioni di “legislatore” e i due contesti fattuale/controfattuale, si ottengono in totale dodici varianti che astrattamente l’argomento IdL può assumere. Dal momento però che l’intenzione controfattuale può presentarsi in due sottospecie distinte al conteggio vanno aggiunte altre sei varianti, per un totale di diciotto. Tuttavia, sarebbe impossibile concepire l’applicazione in un contesto fattuale di un argomento IdL che chiamasse in causa un legislatore ideale o attuale, dal momento che ragionare intorno al comportamento di un legislatore ideale (o attuale in un caso non effettivamente disciplinato) può avvenire soltanto in un contesto controfattuale. Pertanto, in concreto, le varianti possibili sono soltanto quattordici – due fattuali e dodici controfattuali²³.

4. Descrizione delle procedure seguite

Di seguito verrà fornito un sintetico resoconto delle procedure seguite. Per una descrizione più estesa, si rinvia alle *Linee guida alla compilazione della griglia di analisi*, che verranno rese disponibili sul sito del Progetto.

4.1. Selezione delle sentenze da analizzare

In ogni ricerca empirica i momenti essenziali della fase di raccolta dei dati consistono nell’individuazione della popolazione che sarà il target della ricerca, nella selezione delle osservazioni da compiere e nella formazione del dataset²⁴.

Nel caso che ci occupa la popolazione, costituita da sentenze delle autorità considerate è stata individuata attraverso l’impiego di 23 chiavi di ricerca, elementi potenzialmente permeabili ai bias teorici. Questo passaggio si è reso necessario per ridurre la numerosità dell’insieme di partenza – nel nostro caso le centinaia di migliaia di sentenze prodotte dalle corti indagate – ma presenta senz’altro alcune criticità che si rende opportuno esplicitare. Va detto chiaramente, infatti, che la riduzione della popolazione di partenza tramite l’impiego di chiavi di ricerca fornisce nel migliore dei casi un limite inferiore della consistenza numerica del fenomeno da indagare, dal momento che è possibile che una parte degli eventi significativi per l’indagine non siano stati catturati.

L’individuazione delle sentenze da analizzare è avvenuta attraverso una ricerca effettuata sulla banca dati *One LEGALE* immettendo 23 chiavi di ricerca nel formato <parola1 NEAR/5 parola2>, dove l’ordine in cui si presentano le due parole è indifferente²⁵. Tutte le sentenze che riportavano al loro interno una o più delle chiavi di ricerca sono state incluse nel campione.

Sono stati così prodotti sette files aggregati, depurati dei duplicati, corrispondenti alle sette Autorità la cui prassi è stata oggetto di indagine²⁶. I sette files contengono in totale oltre 28.000 sentenze. In particolare, il file relativo alla Corte di Cassazione Civile – Sezioni Unite, di cui stiamo attualmente trattando, contiene 564 sentenze.

²³ Diversamente Chiassoni enumera non meno di nove varianti, ottenute, tuttavia incrociando criteri differenti da quelli cui qui si è fatto riferimento. Cfr. CHIASSONI 2007, 88-90.

²⁴ EPSTEIN, DAVIS 2014, 64 ff.

²⁵ Le chiavi di ricerca impiegate sono le seguenti: <volontà legislatore>, <intenzione legislatore>, <intenzioni legislatore>, <scopo legislatore>, <obiettivo legislatore>, <proposito legislatore>, <intento legislatore>, <finalità legislatore>, <finalità riforma>, <intenzione riforma>, <scopo riforma>, <obiettivo riforma>, <intento riforma>, <volontà novella>, <intenzione novella>, <intento novella>, <legislatore voluto>, <legislatore inteso>, <scelta legislatore>, <assemblea costituente>, <revisione costituzionale>, <legislatore intende>, <scelta politica>.

²⁶ Corte Costituzionale, Consiglio di Stato – Adunanza Plenaria, Corte di Cassazione Civile – Sezioni Unite, Corte di Cassazione Penale – Sezioni Unite, Consiglio di Stato – altre sezioni, Corte di Cassazione Civile – altre sezioni, Corte di Cassazione Penale – altre sezioni.

4.2. Analisi delle sentenze

I dati ricavati dalle sentenze da analizzare sono stati registrati su un'apposita griglia ricavata su un foglio Excel. In particolare, per ciascun argomento censito, sono stati annotati, oltre ai riferimenti anagrafici alla sentenza nella quale esso è contenuto, i dati relativi al soggetto che introduce l'argomento, al suo oggetto, all'uso che ne viene fatto, al tipo di intenzione, alla fonte, giustificazione e peso dell'argomento, sulla base delle distinzioni elaborate dalla letteratura secondaria ed esposte nella sezione precedente.

Per quanto riguarda l'uso dell'argomento, si è distinto tra: argomenti *interpretativi*, argomenti *solo menzionati* e *falsi positivi*. Ciascuno degli argomenti considerati cade in una e una sola di queste categorie. L'argomento si considera *interpretativo* nei casi in cui l'Autorità giudicante introduce un nuovo argomento IdL o si appropria di un argomento IdL introdotto da altro soggetto. Tipicamente, l'argomento interpretativo non costituisce un elemento accessorio ma è parte integrante dell'iter argomentativo del giudicante. Si parla invece di argomenti *solo menzionati* per designare i casi in cui l'Autorità giudicante fa riferimento a un argomento IdL introdotto da altro soggetto senza che esso diventi parte integrante dell'iter argomentativo del giudicante: un argomento IdL si considera solo menzionato nei casi in cui l'Autorità giudicante fa riferimento a un argomento introdotto da altro soggetto senza appropriarsene²⁷. Infine, i *falsi positivi* ricorrono in quei casi nei quali l'impiego delle parole che compongono la chiave di ricerca non è evidentemente collegato all'attribuzione di intenzioni al legislatore²⁸. Argomenti solo menzionati e falsi positivi si differenziano per il fatto che solo nel primo caso

Per quanto riguarda il peso dell'argomento, si è deciso di distinguere tra argomenti: *determinanti*, argomenti non accompagnati da altri argomenti in quanto ritenuti sufficienti a dimostrare l'assunto interpretativo o comunque imprescindibili nella ricostruzione dell'iter argomentativo del giudicante; *concorrenti*, argomenti accompagnati da altri argomenti – letterali, teleologici, sistematici, per principi, ecc. – aventi una rilevanza pari o superiore²⁹; *respinti*, argomenti che il giudicante ritiene soccombano ad altre strategie argomentative.

Da ultimo, vale la pena di ricordare che la definizione dei contenuti della griglia che deve raccogliere i risultati delle osservazioni riveste un'importanza decisiva, alla luce delle considerazioni svolte nella sezione 2. in relazione al nesso tra osservazione e teoria. Da un lato, infatti, la fisionomia della griglia riflette inevitabilmente l'approccio teorico seguito. Dall'altro, li-

²⁷ È opportuno precisare che gli argomenti introdotti dal ricorrente, dal P.M. o da altra Autorità possono incontrare sorti differenti. In molti casi essi non vengono ripresi nel prosieguo della sentenza, rimanendo così “Argomenti solo menzionati”. In alcuni casi, tuttavia, essi rivestono un ruolo attivo nell'iter argomentativo del giudicante e vengono considerati “Argomenti interpretativi”.

²⁸ In generale, i falsi positivi, sono situazioni nelle quali non è possibile rintracciare alcun argomento IdL. Ciò può verificarsi perché la chiave di ricerca è stata usata in modo generico per indicare il contenuto della legge in astratto, senza alcun riferimento a una norma specifica e senza la costruzione di un argomento – es. Cass. Civ. SU, sent. n. 10078/2023: «Il Consiglio di Stato, [...] avrebbe deciso, in violazione delle disposizioni richiamate in rubrica, in base a norme da esso stesso prodotte, sostitutive della volontà del legislatore ...»; o perché non sussiste connessione fra i due termini che formano la chiave di ricerca – es. Cass. Civ. SU, sent. n. 1914/2016: «... indirettamente ricavabili dal sistema delineato in proposito dal legislatore»; oppure ancora perché l'impiego delle chiavi di ricerca avviene nell'ambito di una citazione dell'art. 12 cc, senza che nessun argomento IdL venga sviluppato – es. Cass. Civ. SU, sent. n. 18984/2017: «Sostiene il ricorrente che vi è stata un'erronea applicazione della vecchia normativa in materia di sospensione cautelare con violazione della previsione dell'art. 12 preleggi, secondo il quale non si può attribuire alla legge altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore».

²⁹ Può essere utile ricorrere alla distinzione tra argomenti “a catena” e argomenti “a fune” introdotta in CANALE, TUZET 2020, 71-72. Gli argomenti determinanti corrisponderebbero a singoli anelli di una catena argomentativa, mentre gli argomenti concorrenti corrisponderebbero a singole fibre entro un argomento “a fune”.

mitando l'ambito dei dati osservativi che possono essere registrati, influenza anche i risultati che possono essere ottenuti.

5. Risultati ottenuti

Qui di seguito verranno presentati i risultati ottenuti al termine del processo di analisi delle pronunce della Corte di Cassazione Civile, Sezioni Unite, degli anni 2014-2023.

5.1. Analisi quantitativa

a) Popolazione analizzata

Il primo dato da evidenziare riguarda la popolazione complessiva che è stata il nostro oggetto di ricerca: la Corte nel periodo considerato ha depositato 3.372 sentenze, 3.125 ordinanze e 3 ordinanze di rimessione, per un totale di 6.500 provvedimenti (Fig. 1a). Di questa popolazione di partenza, le nostre chiavi di ricerca hanno intercettato 565 provvedimenti: 402 sentenze, 161 ordinanze e 2 ordinanze di rimessione (Fig. 1b). Da questi valori, detratti i falsi positivi e gli argomenti soltanto menzionati si ottengono 337 provvedimenti in cui è impiegato l'argomento IdL: 254 sentenze, 82 ordinanze e una ordinanza di rimessione, rispettivamente il 7,5%, il 2,6% e il 33,3% del totale (Fig. 1c). È opportuno ricordare che questi valori rappresentano un limite inferiore rispetto ai valori reali, dal momento che le chiavi di ricerca impiegate non hanno verosimilmente colto tutti gli argomenti IdL presenti nel *corpus* giurisprudenziale.

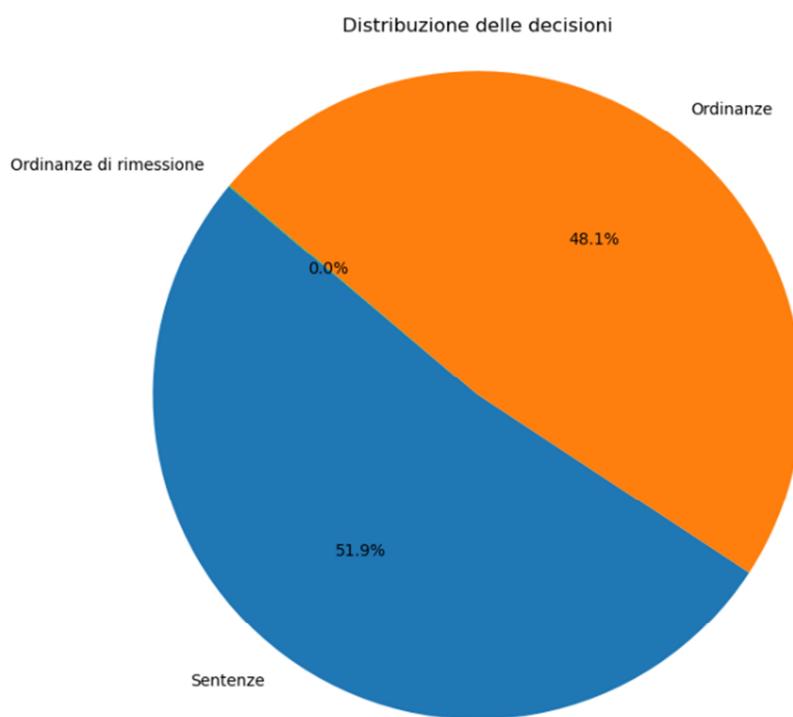


Fig. 1a: Numero totale dei provvedimenti emessi nel periodo 2014-2023

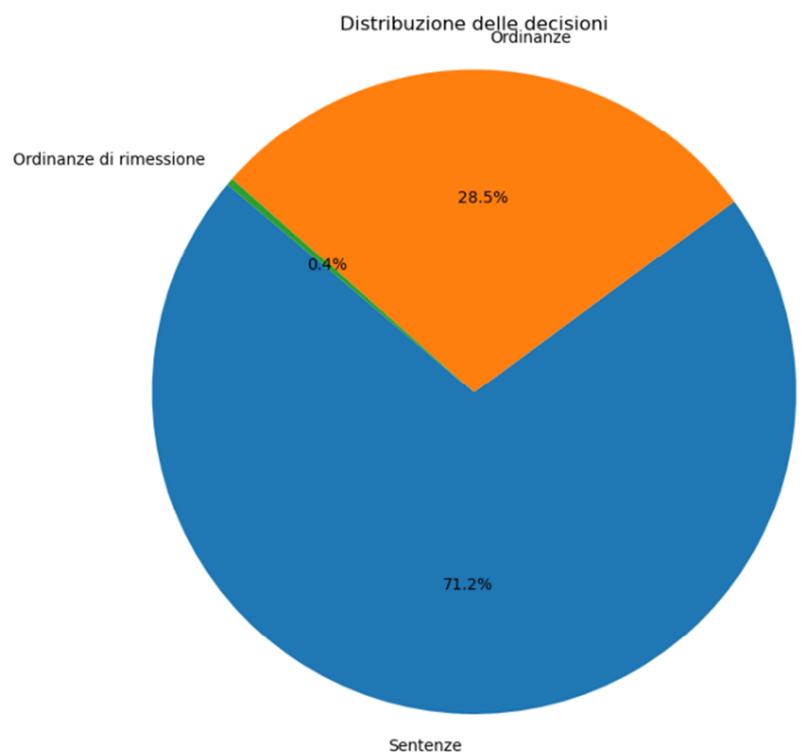


Fig. 1b: Popolazione analizzata

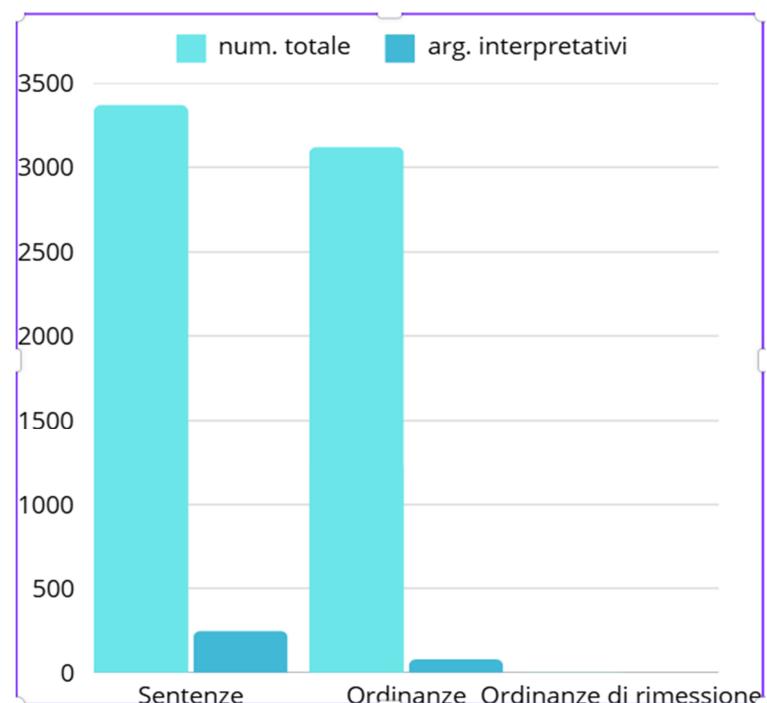


Fig 1c: Rapporto tra il numero totale dei provvedimenti e i provvedimenti che riportano argomenti interpretativi

b) Argomenti interpretativi

Dal momento che in una singola sentenza possono ricorrere più argomenti IdL il numero complessivo degli argomenti è più elevato di quello delle sentenze, attestandosi a 768 unità: 444 argomenti interpretativi, 204 argomenti solo menzionati e 120 falsi positivi.

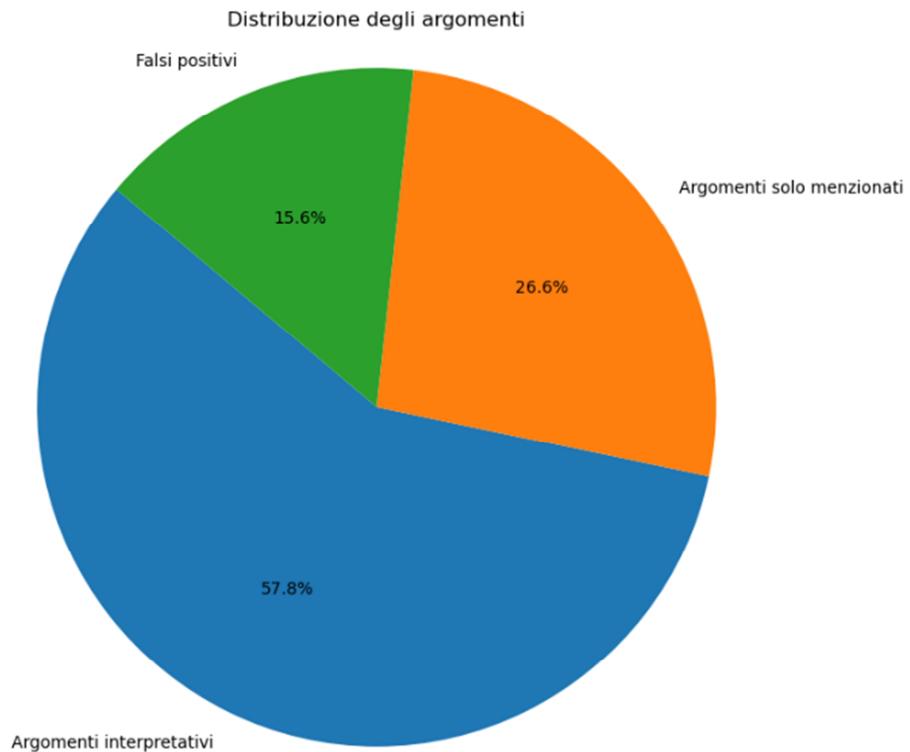


Fig. 2a: Distribuzione di tutti gli argomenti

Nel seguito, prenderò in considerazione soltanto i dati relativi agli argomenti interpretativi. La scelta si basa sulla seguente considerazione: gli argomenti solo menzionati si riferiscono ad argomenti IdL sviluppati dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione civile, da altra autorità oppure da altri soggetti che a vario titolo intervengono nel processo. Pertanto, essi potrebbero già figurare nel campione da analizzare. Se venissero considerati argomenti già inclusi nel campione alcuni argomenti potrebbero essere conteggiati due volte. Per questo motivo, sembra preferibile non includerli nel conteggio, concentrandosi unicamente sugli argomenti interpretativi.

Di tutti gli argomenti interpretativi censiti, quelli considerati concorrenti sono 300 – 237 sentenze, 61 ordinanze e 2 ordinanze di rimessione –, quelli determinanti sono 81 – 60 sentenze, 19 ordinanze e 2 ordinanze di rimessione e quelli respinti sono 63 – 52 sentenze e 11 ordinanze – (Fig. 2b).

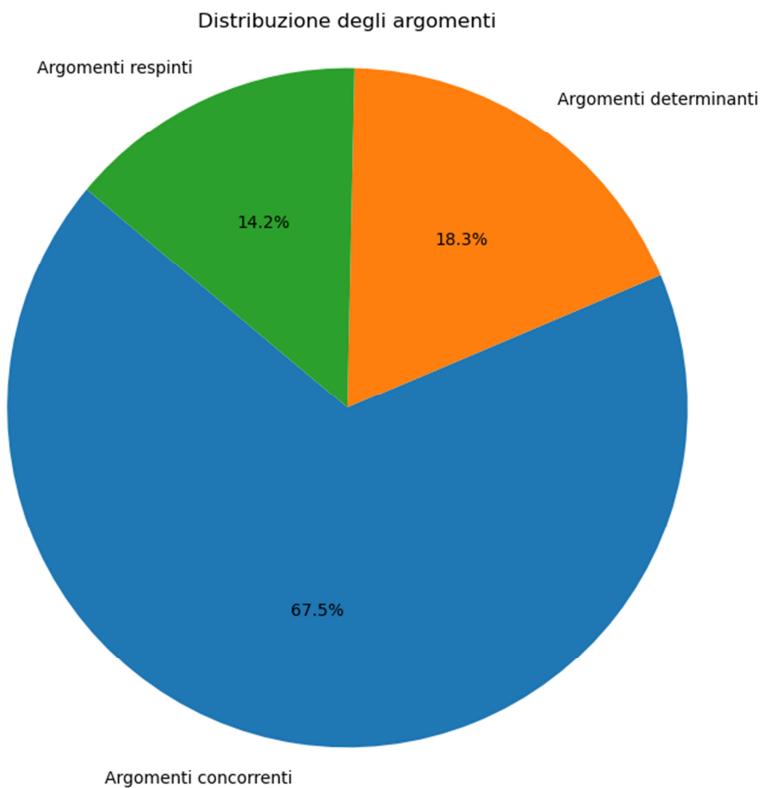


Fig. 2b: Distribuzione degli argomenti interpretativi

Vale la pena di sottolineare che la distinzione tra argomenti concorrenti e argomenti determinanti è spesso sottile, dipendendo dal modo in cui viene ricostruito il percorso argomentativo della Corte e da quali presupposti si ritengono indispensabili per il suo successo.

Come si può vedere, oltre due terzi degli argomenti censiti sono stati qualificati come concorrenti. Tuttavia, la categoria degli argomenti concorrenti risulta abbastanza variegata. Una frazione consistente è rappresentata quegli usi che propongo di denominare “a bassa intensità”, vale a dire quelle situazioni nelle quali il giudicante ha impiegato le chiavi di ricerca in una maniera che astrattamente potrebbe veicolare il riferimento all’IdL ma che nella sostanza è dichiarativa del contenuto testuale della disposizione³⁰.

Il numero di argomenti a bassa intensità nel senso specificato è alto: 83, pari al 27,7% del totale degli argomenti concorrenti.

Tipicamente, gli argomenti IdL a bassa intensità sono contraddistinti dal fatto che l’inten-

³⁰ Si tratta di situazioni in cui le chiavi di ricerca ricorrono in contesti nei quali sussiste un astratto riferimento alle intenzioni del legislatore ma quel riferimento è del tutto generico e si risolve in una prestazione sostanzialmente dichiarativa del contenuto della legge. Per esempio, in Cass. Civ. SU, sent. n. 32914/2022 si dice che: «Già per effetto della L. n. 74 del 1987, artt. 8 e 23, di modifica della L. n. 898 del 1970, si è previsto che, nel procedimento di divorzio come in quello di separazione, “per la parte relativa ai provvedimenti di natura economica la sentenza di primo grado è provvisoriamente esecutiva”, anticipandosi la scelta poi operata dal legislatore in via generale nel nuovo testo dell’art. 282 c.p.c.» Qui, a rigore si attribuisce al legislatore della L. 26 novembre 1990, n. 353, art. 33, di riforma dell’art. 282 c.p.c. una scelta e dunque una specifica intenzione; tuttavia, la locuzione è utilizzata per introdurre il contenuto del nuovo art. 282.

zione è di tipo comunicativo, mentre non sono indicate né la *Fonte*, né la *Giustificazione*. In pratica, essi sono concettualmente vicini ai falsi positivi e non forniscono molte informazioni per sviluppare una teoria dell'impiego dell'argomento IdL.

Agli argomenti concorrenti a bassa intensità possono essere accostati gli argomenti respinti. Si tratta di argomenti proposti da un soggetto diverso dal giudicante o dal giudicante stesso per anticipare una possibilità interpretativa che si intende scartare, dal momento che da essi, per come vengono riferiti dal giudicante, è difficile estrarre informazioni interessanti.

Utilizzando la distinzione tra argomenti interpretativi a bassa intensità e non a bassa intensità, si ottiene la partizione illustrata in Fig. 2c.

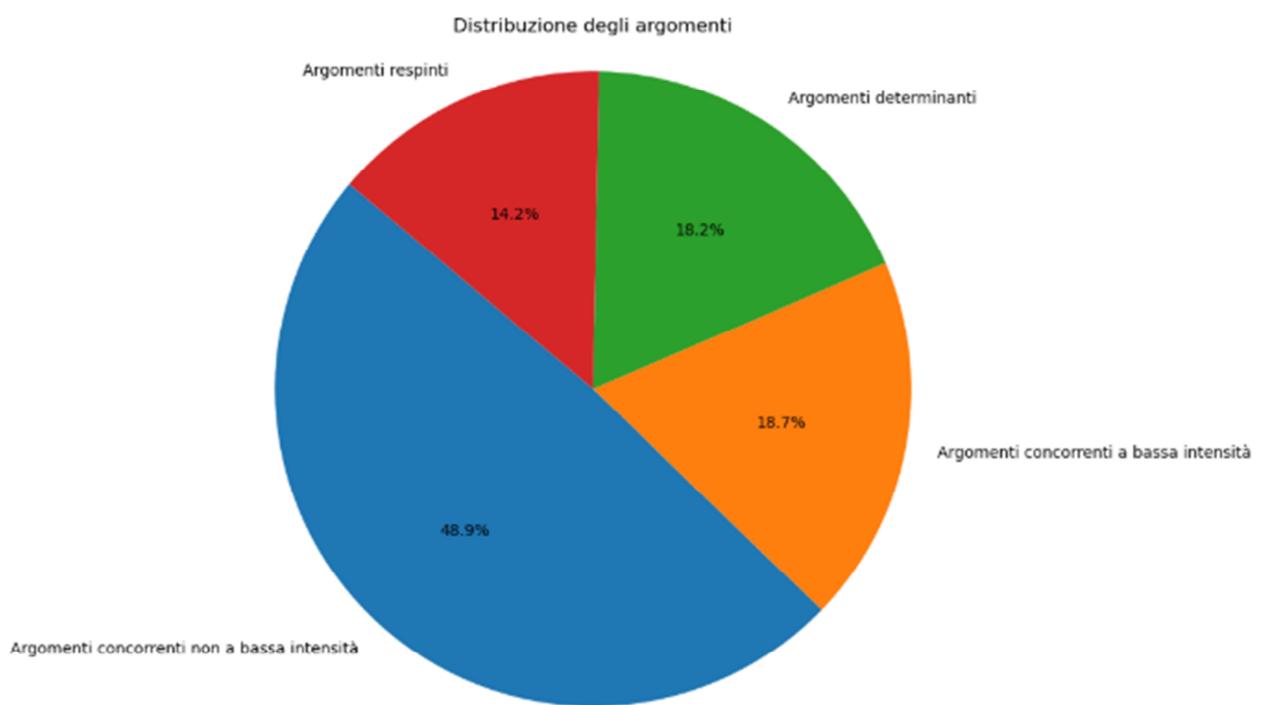


Fig. 2c: Distribuzione degli argomenti interpretativi

c) *Tipo di legislatore*

Il giudizio riguardo al *Tipo di legislatore* si riferisce a quale tipo di soggetto il collegio giudicante abbia imputato l'intenzione o la volontà che è in discussione. Può trattarsi di un “Legislatore storico”, di un “Legislatore attuale” o di un “Legislatore ideale”, secondo la tassonomia che si è illustrata nella terza sezione. Da un punto di vista metodologico, la decisione riguardo al tipo di legislatore è solitamente non problematica, dal momento che dal testo della sentenza si può ricavare in maniera pressoché immediata in quali circostanze il collegio giudicante impieghi la parola “legislatore” per riferirsi all'autore della legge e in quali invece abbia in mente una figura più astratta.

L'opzione largamente prevalente si è rivelata quella del “Legislatore storico”, che ricorre in 419 casi – 76 argomenti determinanti, 282 argomenti concorrenti e 61 argomenti respinti –, pari al 94,4%, mentre l'opzione “Legislatore ideale” si incontra 25 volte – 5 argomenti determinanti, 19 argomenti concorrenti e 2 argomenti respinti – pari al 5,6%. L'opzione “Legislatore attuale” non è stata mai rintracciata: in nessuna occasione il giudicante si è spinto a congetturare cosa avrebbe fatto il legislatore in carica se si fosse trovato nella situazione in esame.

In altre parole, nella quasi totalità dei casi, il giudicante ha utilizzato il sintagma “il legislatore” per riferirsi all’autore della legge. Il riferimento a un legislatore idealizzato, distinto dall’autorità che ha approvato la legge ricorre soltanto nelle argomentazioni controfattuali, in cui la figura del legislatore non può essere evidentemente quella dell’autore della legge.

d) *Tipo di intenzione*

Nella colonna “Tipo di intenzione”, sono state previste di nuovo tre opzioni: “Intenzione comunicativa”, “Intenzione teleologica” e “Intenzione controfattuale”, in stretta aderenza alle distinzioni già sviluppati dalla letteratura secondaria. Sempre da un punto di vista metodologico, anche l’identificazione del tipo di intenzioni si presenta generalmente non problematica per l’interprete che analizza l’impiego dell’argomento IdL.

Si è ritenuto che l’“Intenzione comunicativa” sia presente ognualvolta si attribuisce al legislatore un’intenzione inerente alla chiarificazione del testo della legge, regolamento, ecc. L’“Intenzione teleologica”, invece, è l’intenzione attinente al conseguimento di un obiettivo al cui raggiungimento è finalizzata la norma. Infine, l’“Intenzione controfattuale” si caratterizza per il fatto di muovere da un’ipotesi “contraria ai fatti”, relativa a un evento che non si è realizzato. L’“Intenzione controfattuale” si differenzia dall’“Intenzione comunicativa” e dall’“Intenzione teleologica” in quanto, mentre queste ultime sono congiuntamente esaustive e mutuamente esclusive, l’“Intenzione controfattuale” consiste in una modalità di espressione che può assumere contenuti comunicativi o teleologici. Anche per queste distinzioni ci si può utilmente riferire a quanto riportato nella terza sezione.

L’“Intenzione comunicativa” ricorre in 287 casi – 196 argomenti concorrenti, 52 argomenti determinanti e 39 argomenti respinti – pari al 64,6% dei casi, mentre l’“Intenzione teleologica” è presente in 157 casi – 103 argomenti concorrenti, 30 argomenti determinanti e 24 argomenti respinti – pari al 35,4%. Infine, l’“Intenzione controfattuale” è presente in 39 casi, pari al 8,8% di tutti gli argomenti interpretativi: 24 argomenti concorrenti, 6 argomenti determinanti e 9 argomenti respinti.

Relativamente all’impiego dell’“Intenzione controfattuale” si rende opportuno presentare due considerazioni. La prima ha a che fare con un aspetto già notato nella sottosezione precedente. Come si è detto, tutte le circostanze nelle quali il giudicante non si riferisce al “Legislatore storico”, autore della legge, coincidono con contesti controfattuali. D’altra parte, i casi nei quali il giudicante fa riferimento a contesti controfattuali per congetturare cosa avrebbe deciso il “Legislatore storico” sono numericamente minori dei casi nei quali utilizza il contesto controfattuale per speculare sul comportamento di un “Legislatore ideale”. Più precisamente, nel caso di “Intenzione controfattuale”, il legislatore è ideale in 25 su 42 casi. Peraltra, anche nei casi in cui il giudicante fa riferimento a una figura storica di legislatore, argomenta sempre *a contrario*. Vale a dire, argomenta a partire da ciò che il legislatore *non ha fatto* per dedurre che una certa distinzione non è rilevante e che al caso specifico si deve applicare la regola più generale. Per esempio, in Cass. Civ. SU, sent. n. 6028/2022, «Se il legislatore avesse voluto distinguere tra iscrizioni, nel Registro e iscrizioni nel REA, avrebbe senz’altro inserito una disposizione specifica, ma non ha ritenuto di farlo [...].».

In definitiva, in nessuna delle ipotesi di argomentazione controfattuale considerata si riscontra il modello di “Intenzione controfattuale” in cui la funzione dell’argomento è quella di fornire un metodo per riempire le lacune attraverso la congettura su come in una data situazione, si sarebbe comportato il legislatore (storico o ideale)³¹. È discutibile se in questi casi si abbia ancora un vero e proprio argomento IdL, o una forma di argomentazione *a contrario*, in ossequio al brocardo *Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*³², anche perché di solito l’inferenza è parcamente giusti-

³¹ Cfr. GUASTINI 2011, 275-76.

³² Sull’argomento *a contrario*, vedi in particolare CANALE, TUZET 2010.

ficata dal giudicante, spesso solo tramite l'indicazione delle altre disposizioni nelle quali il legislatore è intervenuto in modo attivo³³.

e) Giustificazione degli argomenti

Per quanto riguarda la *Giustificazione dell'argomento* è stato annotato, per ogni argomento IdL censito, se e quale giustificazione l'interprete adduce per l'introduzione dell'argomento. Tuttavia, non sono molti i provvedimenti che includono riferimenti a questa voce. La citazione dell'“Art. 12 *Preleggi*” ricorre in 17 casi – 14 concorrenti, 2 determinanti e 1 respinto – pari al 3,8% del totale; mentre il riferimento ai “Principi o valori dell'ordinamento” ricorre in 2 argomenti determinanti – pari allo 0,4% del totale. In 425 casi non è stata fornita alcuna giustificazione per l'uso dell'argomento.

5.2. Analisi qualitativa

Prima di fornire alcune sommarie indicazioni sull'interpretazione dei risultati raggiunti sarà forse utile illustrare sinteticamente alcuni casi particolarmente significativi compresi nella popolazione analizzata.

a) Cass. Civ. SU, sent. n. 5489/2014

Questa è la prima di una serie di 35 pronunce nelle quali emerge in modo evidente la matrice giurisprudenziale che fa da sfondo alla ricostruzione dell'intenzione del legislatore in molte sentenze della Cassazione Civile.

La disposizione al centro della controversia è l'art. 69, comma 7 del D.Lgs. n. 165 del 2001, che recita:

«Sono attribuite al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, le controversie di cui all'articolo 63 del presente decreto, relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro successivo al 30 giugno 1998. Le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore a tale data restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000».

In numerose occasioni, come nel caso in esame, la Suprema Corte si è trovata a decidere questioni di giurisdizione sorte nell'ambito di controversie in tema di pubblico impiego contrattualizzato che avevano avuto inizio prima del 30 giugno 1998 ma che si erano protratte anche al di là di quella scadenza. La questione, in questo caso come in molti altri, viene risolta tramite un appello alle intenzioni del legislatore del D.Lgs. n. 165/2001. L'aspetto rilevante per il nostro discorso è che questa ricostruzione dell'intenzione del legislatore storico viene mutuata da una precedente pronuncia delle Sezioni Unite – Cass. Civ. SU, sent. n. 3183/2012 – che, fra l'altro, aveva stabilito che:

«la sopravvivenza della giurisdizione del giudice amministrativo in tema d'impiego pubblico contrattualizzato ha costituito, nelle intenzioni del Legislatore, un'ipotesi assolutamente eccezionale che impone di leggere la norma in chiave restrittiva, il D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 69, comma 7, dev'essere inteso nel senso che in caso di fattispecie sostanzialmente unitaria dal punto di vista giuridico e fattuale,

³³ Si potrebbe sostenere che, proprio perché questo modo di argomentare non istanzia una forma di argomento IdL, non incorra nelle criticità che Canale e Tuzet segnalano in rapporto alla variante controfattuale dell'argomento IdL. Vedi CANALE, TUZET 2014.

la protrazione della vicenda anche oltre il 30/6/1998 radica la giurisdizione dell'AGO pure per il periodo precedente, non essendo ammissibile che sul medesimo rapporto abbiano a pronunciarsi due giudici diversi con conseguente possibilità di risposte differenti ad un'identica domanda di giustizia».

In questo modo, la ricostruzione dell'IdL del legislatore del 2001, operata da un'autorità giudicante nel 2012, diventa il momento fondante di una pluralità di pronunce, che ne ripetono *verba**tim* il principio di diritto. È opportuno sottolineare che il giudice del 2012 non adduceva specifiche *Fonti* né *Giustificazioni* che accreditassero la propria proposta ermeneutica. Quindi, il ricorso all'argomento IdL viene introdotto come una sorta di *trump card*, in assenza di quelle condizioni minime che dovrebbero consentire il controllo dell'*iter argomentativo* seguito dal giudicante.

b) *Cass. Civ. SU, sent. n. 28575/2018*

La sentenza n. 28575 del 2018 è molto più complessa. Per i nostri fini è sufficiente concentrarsi sugli argomenti IdL che vi vengono sviluppati. Vi si trovano infatti un argomento determinante, un argomento respinto e non meno di tre argomenti concorrenti (più due argomenti soltanto menzionati).

Tutto l'*iter argomentativo* si snoda intorno a un argomento IdL proposto direttamente dal ricorrente e attinente all'interpretazione dell'art. 19, comma 9, del D.Lgs. n. 150 del 2011, come modificato dall'art. 27, let. f, del D.Lgs. n. 142 del 2015, che disciplina le forme prescritte per introdurre l'appello, proposto ex art. 702-quater c.p.c., contro la decisione del tribunale di rigetto della domanda volta al riconoscimento della protezione internazionale o contro la decisione di accoglimento.

Secondo l'orientamento prevalente al tempo della pronuncia l'appello doveva essere introdotto con citazione, nonostante l'impiego da parte del legislatore del termine "ricorso", che veniva letto come un'espressione atecnica. Viceversa,

«[s]econdo il ricorrente sia il tenore testuale della modifica normativa che la sua finalità di garantire una più rapida trattazione dei giudizi relativi alle domande di protezione internazionale inducevano a ritenere, al contrario, che il legislatore del 2015 avesse voluto effettivamente optare per la proposizione dell'appello con ricorso».

Questa tesi ermeneutica è accolta dal Collegio giudicante, che la formalizza espressamente come un argomento IdL.

«Tuttavia, ancorando il *dies a quo* di quel tempo all'atto di proposizione dell'appello individuato come ricorso [...] evidenziava, sebbene non tramite una altrettale disposizione espressa [...], bensì in modo tale da giustificare la necessaria valorizzazione dell'intenzione del legislatore (evocata dall'art. 12, primo comma, delle disposizioni del codice di procedura civile [evidente *lapsus calami* per art. 12, comma 1 c.c.]), una volontà di disciplinare innovativamente la forma dell'atto di impugnazione, così sottraendola all'efficacia dell'art. 702-quater, altrimenti giustificata dal comma 1 dell'art. 19».

Qui, il riferimento all'art. 12 delle *Preleggi* e l'impiego dei lemmi "intenzione del legislatore" e "volontà", testimoniano inequivocabilmente che ci troviamo nel territorio dell'argomento IdL – concorrente, per esplicita ammissione del giudicante, con l'argomento letterale e con quello teologico. La ricostruzione proposta della volontà del legislatore in rapporto alla lettera della disposizione è doviziamente giustificata sulla base di considerazioni di natura sistematica, espresse tuttavia con una prosa convoluta e sovrabbondante.

Accanto all'argomento IdL principale, la sentenza ospita peraltro un argomento determinante, utilizzato per stabilire un punto preliminare rispetto alla questione principale – cioè che l'atto con il quale viene introdotto il ricorso, indipendentemente dalla forma scelta, deve produrre ef-

fatti equivalenti a quelli realizzati dal tipo di atto previsto dal legislatore *entro la scadenza del termine previsto per l'impugnazione* – ed espresso con ricorso alla nozione di “scopo del legislatore”.

Inoltre, in essa trova posto un argomento respinto, presentato in forma controfattuale *a contrario*:

«l'opzione che qui si prospetta, d'altro canto, non potrebbe essere contraddetta adducendo che nel comma 9 il legislatore, se avesse voluto introdurre la forma del ricorso, avrebbe dovuto disciplinare anche il modo di procedere di fronte al deposito del ricorso [...]»

oltre ad altri due argomenti concorrenti. Il primo viene qualificato dal giudicante come argomento teleologico – in questo argomento va sottolineato che lo scopo è desunto dalla relazione ministeriale, al D.Lgs. n. 142 del 2015. Il secondo fa appello alla nozione di “legislatore consapevole” per sostenere che il legislatore non poteva ignorare che secondo l'interpretazione prevalente l'impugnazione della decisione del tribunale sulla domanda volta al riconoscimento della protezione internazionale doveva essere proposta con citazione.

«In fine si deve aggiungere anche la rilevanza dell'argomento c.d. del legislatore consapevole, il quale esigeva di intendere il nuovo comma 9 nel senso che, se il legislatore aveva inteso usare il temine ricorso, doveva essere consapevole che usava per la forma dell'appello un termine diverso da quello che, secondo la Corte di Cassazione, identificava anteriormente quella forma, che era la citazione».

Con ogni evidenza, dunque, la sentenza n. 28575/2018 esibisce un particolare spessore e una peculiare ricchezza dal punto di vista argomentativo. Essa permette anche di formulare alcune considerazioni. L'unico argomento che il giudicante etichetta esplicitamente come argomento IdL attraverso la citazione dell'art. 12 *Preleggi* è l'argomento relativo alla distinzione tra citazione e ricorso. Esso possiede un'importanza strutturale e viene presentato dal giudicante come concorrente con l'argomento letterale e teleologico.

Gli altri argomenti, benché sicuramente rilevanti nell'economia del percorso argomentativo della sentenza, non sono presentati dal giudicante come argomenti IdL;

c) *Cass. Civ. SU, sent. n. 25021/2019*

Si tratta di una sentenza ampiamente discussa e commentata, in tema di divisione ereditaria. Anche in questo caso, della sentenza esaminerò unicamente i profili attinenti all'impiego dell'argomento IdL.

In primo luogo, si osserva un argomento introdotto dalla chiave di ricerca *<scopo legislatore>* per sostenere che la L. n. 47 del 1985, art. 40, comma 2 ha la medesima estensione applicativa dell'art. 46 del D.P.R. n. 380, argomento che viene qualificato dal giudicante come teleologico:

«In secondo luogo, poi, sul piano della interpretazione teleologica e avuto riguardo allo scopo perseguito dal legislatore, va considerato che sia l'art. 46 che l'art. 40 disciplinano comunque atti tra vivi aventi per oggetto diritti reali relativi ad edifici abusivi o a loro parti [...] Nulla autorizza a ritenere che la comminatoria di nullità prevista dalla L. n. 47 del 1985, art. 40, comma 2, abbia un ambito oggettivo diverso da quello della comminatoria prevista da l D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46, comma 1 [...] nulla autorizza a ritenere che il legislatore abbia inteso prevedere una disciplina differenziata per gli atti di scioglimento di comunione aventi ad oggetto edifici, a seconda che la costruzione sia stata realizzata in data anteriore o successiva rispetto all'entrata in vigore della L. n. 47 del 1985».

Vi sono poi due argomenti concorrenti catturati dalla chiave *<legislatore inteso>*, etichettati entrambi come argomenti letterali. Il primo ha forma controfattuale e intenzione comunicativa.

«Conferma della correttezza di tale conclusione si ricava, d'altra parte, sempre sul piano dell'interpretazione letterale della legge, dalla considerazione che il legislatore, quando ha inteso sottrarre le divisioni ereditarie all'applicazione della normativa dettata in tema di controllo dell'attività urbanistico-edilizia, lo ha detto espressamente. [...] Orbene, tale previsione non può non riflettersi nella interpretazione delle altre norme del D.P.R. n. 380 del 2001, dovendo ritenersi che il legislatore, ogni volta che ha inteso escludere un determinato tipo di atto dall'applicazione della normativa sanzionatoria dettata in via generale, lo ha detto espressamente. L'interprete, perciò, non può estendere la deroga al di là dei casi espressamente previsti dalla legge (“*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*”»).

Il meccanismo argomentativo è tipicamente *a contrario* e fa leva su intuizioni sistematiche. Il secondo viene introdotto verso la fine della sentenza per motivare un punto accessorio. Come dicevo, anche questo argomento viene etichettato come argomento letterale.

Il quarto argomento concorrente è quello cui il Collegio giudicante dà più risalto e viene introdotto per motivare un punto nodale della sentenza, vale a dire l'affermazione che

«l'inclusione degli atti di scioglimento della comunione ereditaria relativa a fabbricati abusivi tra quelli colpiti da nullità ai sensi del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 46 e L. 28 febbraio 1985, n. 47, art. 40 è coerente con la *ratio legis* e con la scelta del legislatore di contrastare gli abusi edilizi mediante sanzioni civilistiche che colpiscono la negoziabilità dell'immobile».

Quest'affermazione viene giustificata sia sul piano dell'interpretazione letterale, sia sulla base dell'intenzione del legislatore.

«Anche l'interpretazione “secondo lo spirito della legge”, secondo la c.d. “intenzione del legislatore” (art. 12 *Preleggi*, comma 1, seconda parte), corrobora tale conclusione. [...] Il fatto che il legislatore abbia ritenuto di sottrarre le divisioni ereditarie al regime giuridico dettato dal D.P.R. n. 380 del 2001, art. 30 per le lottizzazioni di terreni ed abbia ritenuto, invece, di sottoporre le stesse al regime giuridico previsto per i fabbricati abusivi dal D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46, comma 1, e L. n. 47 del 1985, art. 40, comma 2, corrisponde ad una precisa, quanto razionale, scelta di politica legislativa. [...] In particolare, per la divisione di terreni provenienti da eredità, laddove su di essi non sia stato consumato alcun abuso edilizio, il legislatore ha inteso far prevalere l'intento dei coeredi di sciogliersi da una comunione che – in quanto originata da una successione *mortis causa* – essi non hanno voluto; ritenendo di non poter presumere che i *coheredes*, che intendano sciogliersi dalla comunione dei beni ereditari, abbiano – per ciò stesso – l'ulteriore intento di destinare il terreno ricevuto in eredità a scopo edificatorio illecito. [...] In sostanza, la diversa “*ratio*” della nullità di cui all'art. 30, comma 2, del D.P.R., rispetto a quella di cui all'art. 46, comma 1, dello stesso D.P.R., spiega perché la legge escluda la communitaria di nullità solo per lo scioglimento della comunione ereditaria relativa a terreni, e non anche per lo scioglimento della comunione ereditaria relativa ad edifici abusivi, prevalendo in tale ultimo caso l'intento del legislatore di sanzionare l'illecito già consumato».

Ho citato per esteso i passaggi più rilevanti per evidenziare la pluralità di chiavi di ricerca che vi ricorrono. In definitiva, anche l'analisi di questa sentenza conferma come l'autocomprendensione della Corte di Cassazione colga come argomenti IdL, unicamente quelle strategie interpretative nelle quali ricorre il riferimento espresso all’“intenzione del legislatore”.

6. Interpretazione dei risultati

Il primo dato da evidenziare è che l'argomento dell'IdL ha rivestito un ruolo marginale nell'economia dell'argomentazione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione Civile nel decennio

2014-2023. Come ho ricordato nella sezione 5.1 la nostra ricerca ha portato a evidenziare 444 argomenti interpretativi in 337 provvedimenti – 254 sentenze, 82 ordinanze e 1 ordinanza di rimessione – a fronte di 6.500 provvedimenti complessivi³⁴.

Questo dato, tuttavia, non tiene conto del fatto che almeno alcuni argomenti catturati dalle nostre chiavi di ricerca, pur esibendo una scelta terminologica che astrattamente potrebbe veicolare il richiamo all'IdL, vengono percepiti dal Collegio giudicante come argomenti di diverso genere.³⁵

Per cercare di produrre una valutazione più accurata possiamo domandarci, in primo luogo, quali dei quattordici tipi di argomenti IdL che sono astrattamente configurabili sulla base delle variabili che abbiamo ammesso, possiamo vedere realizzati.

Preliminariamente, si deve però notare che qui si rende evidente la circolarità che lega teoria, osservazione ed esperimento, su cui ho richiamato l'attenzione nella seconda sezione di questo lavoro: i tipi di argomenti IdL che sono identificabili sulla base dei dati che sono stati raccolti dipendono dalle stipulazioni teoriche che sono state anticipate nella terza sezione. Se da un lato ciò comporta che stipulazioni teoriche differenti avrebbero verosimilmente condotto a osservazioni diverse, dall'altro, si deve pur notare che le osservazioni compiute posseggono un potenziale trasformativo rispetto allo stesso quadro teorico che le ha rese possibili, conducendo alla revisione dell'impalcatura concettuale nei punti in cui non si mostra adeguata a rendere conto dell'esperienza.

A questo proposito si deve ricordare che nelle nostre osservazioni non è stata mai riscontrato il tipo “Legislatore attuale” e che il tipo “Legislatore ideale” è stato riscontrato soltanto in corrispondenza di costruzioni controfattuali. Di conseguenza, restano soltanto sei tipi, e precisamente:

- a. *Tipo di legislatore*: “Legislatore Storico”, *Tipo di intenzione*: “Intenzione comunicativa”, *Intenzione fattuale*.
250 argomenti interpretativi – 174 concorrenti, 46 determinanti e 30 respinti – pari al 56,3% di tutti gli argomenti interpretativi.

Es.: Cass. Civ. SU, sent. n. 22184/2023:

«Deve ormai considerarsi *jus receptum* che la sopravvivenza della giurisdizione del giudice amministrativo in materia di lavoro costituisce, nelle intenzioni del legislatore, ipotesi eccezionale (Cass., sez. un., 21 dicembre 2018, n. 33212), mentre la regola generale è quella dell'applicabilità al personale delle società sottoposte a controllo pubblico della disciplina privatistica del lavoro nell'impresa»³⁶.

- b. *Tipo di legislatore*: “Legislatore Storico”, *Tipo di intenzione*: “Intenzione teleologica”, *Intenzione fattuale*.
153 argomenti interpretativi – 101 concorrenti, 28 determinanti e 24 respinti – pari al 34,5% di tutti gli argomenti interpretativi.

³⁴ Bisogna riconoscere, tuttavia, che la rilevanza degli argomenti IdL è molto più spiccata nel caso in cui il giudicante si trovi ad affrontare questioni *latu sensu* “politiche”. Per esempio: le due sentenze in cui la Suprema Corte ha affrontato organicamente il tema della procreazione medicalmente assistita nel decennio 2014-2023 – n. 12193/2019 e n. 38162/2022 – sono state entrambe catturate dalle nostre chiavi di ricerca e riportano entrambi argomenti IdL determinanti; dei venticinque casi nei quali essa ha affrontato questioni relative ai presupposti della protezione umanitaria nel decennio 2014-2023 – inclusi quelli in cui affrontava questioni inerenti al riparto di giurisdizione – sei – n. 29459/2019, n. 29460/2019, n. 29461/2019, n. 5425/2021, n. 18486/2021, n. 18487/2021 – riportano argomenti IdL; infine in tutte le 9 sentenze nelle quali la Suprema Corte ha affrontato il tema delle unioni civili, il giudicante ricorre o menziona argomenti IdL.

³⁵ D'altra parte, abbiamo ricordato a più riprese che l'insieme degli argomenti catturati dalle nostre chiavi di ricerca inevitabilmente non include quegli argomenti IdL che sono formulati utilizzando termini diversi.

³⁶ Vedi *supra* 5.2.a.

Es.: Cass. Civ. SU, sent. n. 17541/2023:

«Quest'ultima ipotesi appare integrare la fattispecie in esame in ordine alla quale il legislatore del 2008/2009 aveva espresso la volontà di un regime più rigoroso per differenziare il servizio taxi da quello di NCC».

c. *Tipo di legislatore*: “Legislatore Storico”, *Tipo di intenzione*: “Intenzione comunicativa”, *Intenzione controfattuale*.
14 argomenti interpretativi – 6 concorrenti, 1 determinante e 7 respinti – pari al 3,1% di tutti gli argomenti interpretativi.

Es.: Cass. Civ. SU, sent. n. 6028/2022:

«Se il legislatore avesse voluto distinguere tra iscrizioni, nel Registro e iscrizioni nel REA, avrebbe senz'altro inserito una disposizione specifica, ma non ha ritenuto di farlo, essendo chiaro l'intento perseguito».

d. *Tipo di legislatore*: “Legislatore Storico”, *Tipo di intenzione*: “Intenzione teleologica”, *Intenzione controfattuale*.
2 argomenti interpretativi – 1 concorrente e 1 determinante – pari allo 0,4% di tutti gli argomenti interpretativi.

Es.: Cass. Civ. SU, sent. n. 3556/2017:

«Se, nell'introdurre dell'art. 360 c.p.c., il comma 3 l'intento del legislatore fosse stato quello di vietare l'impugnazione immediata della sentenza confermativa di quella non definitiva di primo grado resa dal giudice d'appello, sarebbe stato coerente che quello stesso legislatore, specie di fronte agli altri indici contrari che si sono individuati, intervenisse sull'art. 129-bis mutandone l'esordio, che induce il convincimento che la fattispecie colà disciplinata si inserisce in una di normale ricorribilità delle sentenze rese dal giudice d'appello sull'appello immediato ai sensi dell'art. 340 c.p.c. Invero, la permanente previsione del “se” ha questo significato».

e. *Tipo di legislatore*: “Legislatore Ideale”, *Tipo di intenzione*: “Intenzione comunicativa”, *Intenzione controfattuale*.
23 argomenti interpretativi – 17 concorrenti, 4 determinanti e 2 respinti – pari al 5,2% di tutti gli argomenti interpretativi.

Es.: Cass. Civ. SU, sent. n. 14925/2016:

«Del resto, il legislatore, quando ha voluto estendere la giurisdizione della Corte dei conti oltre i rapporti pensionistici in senso stretto, ha emanato al riguardo puntuale disposizioni di legge, come ha fatto per le pensioni di guerra con del D.P.R. 23 dicembre 1978, n. 915, art. 116 [...]».

f. *Tipo di legislatore*: “Legislatore Ideale”, *Tipo di intenzione*: “Intenzione teleologica”, *Intenzione controfattuale*.
nessun argomento interpretativo rinvenuto.

Come si vede, gli argomenti controfattuali hanno una rilevanza assolutamente marginale e seguono del resto lo schema *a contrario* che si è già visto: se il legislatore avesse voluto/inteso *x*, allora avrebbe prodotto la disposizione *n*, ma non lo ha fatto, quindi... D'altra parte, anche limi-

tandoci a considerare i 403 argomenti interpretativi afferenti ai modelli *a* e *b*, si deve ricordare che in relazione alle diverse chiavi di ricerca si riscontrano differenti gradi di intensità, che vanno da argomenti che inequivocabilmente sono riconducibili al *genus* degli argomenti IdL ad argomenti più agevolmente etichettabili – e spesso etichettati dal giudicante – come interpretazioni letterali o teleologiche.

7. Conclusioni

In questo lavoro, ho cercato di presentare i risultati relativi all’analisi della giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione Civile negli anni 2014-2023. Nella seconda sezione ho formulato alcune sintetiche riflessioni relative all’epistemologia della ricerca nell’ambito delle scienze sociali. Successivamente, sono stati illustrati gli assunti teorici di partenza che hanno guidato questa ricerca e le procedure seguite. Nella quinta e nella sesta sezione sono stati presentati alcuni risultati ottenuti, sia attraverso l’analisi quantitativa, sia attraverso l’analisi qualitativa di alcune pronunce ritenute particolarmente interessanti. Adesso, a conclusione del mio discorso, mi sia consentito di formulare alcune considerazioni teoriche sollecitate dal lavoro svolto.

È abbastanza banale sostenere che sussiste un rapporto strutturale tra interpretazione e applicazione del diritto, nel senso che l’attività di attribuzione di significato a un enunciato giuridico viene normalmente svolta tenendo presenti casi possibili o reali di applicazione³⁷. Su questa strada ci si può spingere fino a sostenere che la disposizione si presenta all’interprete come un oggetto insaturo che attende di essere saturato attraverso la sussunzione di casi specifici al di sotto della norma che da esso è stata ricavata.

Ma questa attività di saturazione richiede la messa in campo di argomenti che possano delimitare quali atti di sussunzione sono leciti. L’argomento IdL è uno di questi. Esso è in sostanza un tentativo di radicare l’interpretazione tramite il riferimento a un legislatore, che non può non essere il prodotto di una *fictio*, dal momento che il legislatore storico è generalmente costituito da un insieme di persone, cui non è possibile, se non metaforicamente, ascrivere intenzioni.

Nella sezione precedente si è visto che questa strategia può concretizzarsi in vari modelli, nei quali il richiamo all’IdL assume coloriture differenti. In ogni caso, l’attività di costruzione della figura del legislatore deve istituire una dialettica con il contenuto testuale della disposizione, in modo che l’IdL costituisca un punto di caduta del tentativo di andare oltre la lettera della disposizione.

Se questo rappresenta senz’altro un criterio generale per valutare le condizioni di “felicità” del riferimento all’IdL, è necessario comunque fornire indicazioni più concrete. A questo proposito, si deve sottolineare che il giudice ha sempre a che fare con testi scritti – oltre ai testi legislativi, i lavori preparatori, le precedenti sentenze, ecc. In questo senso, può risultare utile fare appello alla nozione di *intentio operis* sviluppata negli anni Ottanta del secolo scorso da Umberto Eco. Dopo la rivoluzione di *Opera aperta* e dei lavori degli anni Settanta³⁸, che avevano enfatizzato soprattutto la centralità del lettore nel processo di decodifica del messaggio letterario, Eco si trovò negli anni Ottanta e Novanta a restringere la portata del ruolo attivo del destinatario del messaggio, coniando la nozione di *intentio operis* come punto intermedio tra l’*intentio auctoris* e l’*intentio lectoris*³⁹. In pratica, si tratta di riconoscere che, se il lettore non è vincolato dalle intenzioni dell’autore empirico, è nondimeno costretto dal contenuto dell’opera e dal contesto in cui essa si inserisce, contenuto e contesto che ammettono soltanto alcune interpretazioni e non altre.

³⁷ Vedi PINO 2021, 45 ss. per una disamina analitica dei vari nessi fra i due concetti.

³⁸ ECO 1962; ECO 1979.

³⁹ ECO 1990.

Applicata al nostro ambito, la nozione di *intentio legis* potrebbe essere adottata per segnalare che la ricerca delle IdL non si esaurisce in uno sforzo psicologico, ma rimane sempre confinata nel perimetro ermeneutico della lettura di testi. Una lettura che deve trovare la propria misura nella esplicitazione di ciò che il testo consente⁴⁰.

D'altra parte, se si ragiona in questi termini si corre il rischio di sovrapporre la nozione di IdL a quella di *ratio legis*. Per tenere distinti i due concetti, può essere utile investire sulla dimensione temporale. In altri termini, la nozione di *intentio operis/legis* aggiunge a quella abituale di *ratio legis* l'idea che la *ratio* del provvedimento vada rintracciata interrogando non solo il testo della legge stessa ma anche gli altri testi che la accompagnano – relazioni illustrate, precedenti giurisprudenziali, ecc. – e più in generale il contesto che alla sua approvazione fa da sfondo. Cosicché questo modo di categorizzare l'argomento IdL verrebbe a configurarsi come una sorta di versione diacronica e oggettivizzante della *fictio* che attribuisce a una volontà soggettiva il contenuto della legge.

È importante sottolineare che l'*intentio legis* come plausibile instanziazione dell'IdL possiede un duplice spessore sincronico e diacronico, che vale a differenziarla dalla *ratio legis*. Mentre quest'ultima consiste nella rilevazione di un nesso di scopo obiettivo e atemporale, insito nella formulazione della disposizione, l'*intentio legis* costituisce un costrutto diacronicamente articolato: non si riduce al tessuto di relazioni che la lega ad altri luoghi dell'ordinamento, relazioni di tipo sincronico, colte, per esempio, dal ragionamento sistematico, ma si spinge a investigarne la dimensione temporale. L'*intentio legis* non è un flash istantaneo che illumina un tutto già dato ma consiste nel lavoro continuo di rinegoziazione dei contenuti normativi che acquisiscono sempre nuove determinazioni mano a mano che l'insieme delle fattispecie, il lavoro giurisprudenziale e quello dottrinario si arricchiscono.

Dovrebbe essere pienamente evidente, a questo punto, la natura artificiale, esito di molteplici negoziazioni, di questo strumento interpretativo, che si serve della simulazione di una volontà storica per avallare le conclusioni di un interprete. In questa prospettiva, la finzione di una volontà storica si rivela compatibile con i risultati empirici esposti nei capitoli precedenti: la ricorrenza prevalente dei modelli del “legislatore storico” e dell’“intenzione comunicativa” va letta non nel senso che la Corte di Cassazione adoperi l'IdL per inseguire un passato statico, ma nel senso che l'appello genealogico si dimostra funzionale ad ancorare il discorso giuridico a una continuità temporale controllabile. Le ricostruzioni interpretative operano dunque su un piano diacronico, dove la “volontà del legislatore” diventa un dispositivo che consente di stabilire nesi fra testo originario e contesti applicativi. In tal modo, la dimensione temporale dell'interpretazione si trasforma in uno strumento di legittimazione: il giudice, evocando un legislatore storico, negozia nel tempo il significato della norma, realizzando l'evoluzione del diritto senza rinunciare al vincolo del testo.

⁴⁰ A questo proposito è importante, tuttavia, sottolineare che la definizione del discriminio tra interpretazioni ammesse e interpretazioni aberranti non risiede *in rebus* ma è piuttosto il risultato di un'interpretazione ulteriore., contrariamente a quanto lo stesso Eco avrebbe suggerito in un testo più tardo. Cfr. ECO 2012.

Riferimenti bibliografici

BONILO G., VIDALI P. 2003. *Introduzione alla filosofia della scienza*, Bruno Mondadori.

CANALE D., TUZET G. 2010. *Struttura inferenziale e assunzioni ontologiche dell'argomento a contrario*, in «Ars Interpretandi», 15, 2010, 189 ss.

CANALE D., TUZET G. 2014. *Intenzioni del legislatore e ragionamento controfattuale*, in «Analisi & Diritto», 2014, 195 ss.

CANALE D., TUZET G. 2020. *La giustificazione della decisione giudiziale*, Giappichelli.

CHIASSONI P. 2007. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, il Mulino.

DICIOTTI E. 1999. *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli.

DOUGLAS H. 2011. *Facts, Values, and Objectivity*, in JARVIE I.C., ZAMORA-BONILLA J. (eds.), *The SAGE Handbook of The Philosophy of Social Sciences*, SAGE, 513 ss.

ECO U. 1962. *Opera aperta. Forma e indeterminazione nelle poetiche contemporanee*, Bompiani.

ECO U. 1979. *Lector in fabula*, Bompiani.

ECO U. 1990. *I limiti dell'interpretazione*, Bompiani.

ECO U. 2012. *Di un realismo negativo*, in DE CARO M., FERRARIS M. (a cura di), *Bentornata realtà. Il nuovo realismo in discussione*, Einaudi, 93 ss.

EKINS R. 2012. *The Nature of Legislative Intent*, Oxford University Press.

EPSTEIN L., DAVIS A.D. 2014. *An Introduction to Empirical Legal Research*, Oxford University Press.

GUALA F. 2011. *Experiments*, in JARVIE I.C., ZAMORA-BONILLA J. (eds.), *The SAGE Handbook of The Philosophy of Social Sciences*, SAGE, 577 ss.

GUASTINI R. 1993. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè.

GUASTINI R. 2011. *Interpretare e argomentare*, Giuffrè.

HARP R., KHALIFA K. 2017. *Realism and Antirealism*, in MCINTYRE L., ROSENBERG A. (eds.), *The Routledge Companion to Philosophy of Social Sciences*, Routledge, 254 ss.

HESSE M.B. 1974. *The Structure of Scientific Inference*, Macmillan.

HESSE M.B. 1980. *Modelli e analogie nella scienza*, Feltrinelli.

KUIPERS Th.A.F. 2007. *Laws, Theories, and Research Programs*, in KUIPERS Th.A.F. (ed.), *Handbook of the Philosophy of Science: General Philosophy of Science: Focal Issues*, North Holland, 1 ss.

LANFREDINI R. 2024. *Paolo Parrini's Third Way: The Network Model*, in «HUMANA MENTE», 45, 2024, 1 ss.

MCINTYRE L., ROSENBERG A. (eds.), 2017. *The Routledge Companion to Philosophy of Social Sciences*, Routledge.

MARCHETTONI L. 2023. *Objectivity and Law*, in KIRSTE S., SELLERS M. (eds.), *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Sciences*, Springer, 2582 ss.

MONTUSCHI E. 2017. *Objectivity*, in MCINTYRE L., ROSENBERG A. (eds.), *The Routledge Companion to Philosophy of Social Sciences*, Routledge, 281 ss.

PARRINI P. 1998. *Knowledge and Reality: An Essay in Positive Philosophy*, Springer.

PINO G. 2021. *L'interpretazione nel diritto. Come un trattato*, Giappichelli.

REISS J. 2017. *Are There Social Scientific Laws?*, in MCINTYRE L., ROSENBERG A. (eds.), *The Routledge Companion to Philosophy of Social Sciences*, Routledge, 295 ss.

STARR W. 2022. *Counterfactuals*, in ZALTA E.N., NODELMAN U. (eds.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Winter 2022 Edition. Disponibile in: <https://plato.stanford.edu/archives/win2022/entries/counterfactuals/> (consultato il 28 luglio 2025).

VELLUZZI V. 2013. *Le Preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica*, ETS.

L'intenzione del legislatore nella giurisprudenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato: un'indagine empirica

Legislative Intent in the Jurisprudence of the Plenary Session of the Council of State:
An Empirical Investigation

MARIA FRANCESCA **TROPEA**

Università degli Studi di Brescia.

E-mail: maria.tropea@unibs.it

ABSTRACT

Il presente saggio rende noti i risultati di una ricerca empirica sull'uso dell'argomento dell'intenzione del legislatore nella giurisprudenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato. La ricerca evidenzia come l'*intentio legislatoris* sia generalmente impiegata in modo concorrente con altri argomenti interpretativi, dando così luogo a un ragionamento più ampio, fondato su una lettura sistematica delle norme ancorata ai principi costituzionali e alla giurisprudenza. L'argomentazione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si configura dunque come una ricerca della *voluntas legis* razionale e astratta, che non si limita alla una mera ricostruzione del processo volitivo del legislatore.

This essay presents the findings of an empirical study on the use of the argument from legislative intent by the Plenary Session of the Italian Council of State. The analysis reveals that the *intentio legislatoris* is employed in conjunction with other interpretative tools, thereby contributing to a broader reasoning framework grounded in a systematic reading of legal norms, which is anchored in constitutional principles and established case law. Accordingly, the argumentative approach reflects a search for a rational and abstract *voluntas legis*, rather than a mere reconstruction of the legislator's subjective will.

KEYWORDS

intenzione del legislatore, argomento interpretativo, adunanza plenaria, Consiglio di Stato

intention of the legislator, interpretive argument, plenary session, Council of State

L'intenzione del legislatore nella giurisprudenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato: un'indagine empirica

MARIA FRANCESCA TROPEA

1. *Introduzione: cenni sull'intenzione del legislatore come argomento interpretativo* – 2. *Il campione analizzato* – 3. *La metodologia adottata* – 3.1. *I dati identificativi della pronuncia* – 3.2. *La citazione* – 3.3. *La collocazione* – 3.4. *Il soggetto che introduce l'argomento interpretativo* – 3.5. *L'oggetto dell'argomento interpretativo* – 3.6. *La materia dell'argomento interpretativo* – 3.7. *L'uso dell'argomento interpretativo* – 3.8. *Il tipo di legislatore* – 3.9. *Tipi di intenzione* – 3.10. *La fonte dell'argomento* – 3.11. *La giustificazione dell'uso dell'argomento* – 3.12. *Il peso dell'argomento* – 4. *I risultati della ricerca* – 4.1. *La ricorrenza delle chiavi di ricerca nella parte in fatto o in diritto* – 4.2. *L'Adunanza plenaria come soggetto che nella gran parte dei casi introduce l'argomento interpretativo* – 4.3. *Le fonti statali come oggetto esclusivo dell'argomento interpretativo: la funzione nomofilattica dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato* – 4.4. *L'uso nel campione analizzato dell'argomento interpretativo dell'intenzione del legislatore* – 4.5. *Il legislatore storico come tipo di legislatore privilegiato* – 4.6. *Il tipo di intenzione: la scarsa incidenza delle ipotesi di tipo controfattuale* – 4.7. *La fonte dell'argomento: il significato di altre disposizioni come fonte privilegiata* – 4.8. *L'uso dell'argomento giustificato in prevalenza attraverso il ricorso a principi o valori dell'ordinamento* – 4.9. *Il peso prevalentemente concorrente e determinante dell'argomento dell'intenzione del legislatore* – 5. *Conclusioni*.

1. *Introduzione: cenni sull'intenzione del legislatore come argomento interpretativo*

L'intenzione del legislatore costituisce uno dei criteri fondamentali dell'interpretazione giudiziale o decisoria¹, che, nel nostro ordinamento, è positivizzato ai sensi dell'art. 12, comma 1, disp. pref. c.c.².

In questo senso, l'intenzione del legislatore è comunemente concepita come un argomento interpretativo di tipo “psicologico”, attraverso il quale si attribuisce alla disposizione interpretata il significato corrispondente alla volontà del “soggetto” che ne è autore. L'argomento trova infatti il suo fondamento storico nella concezione imperativistica del diritto, in base alla quale la legge si sostanzia nel comando del sovrano³.

Il ricorso a tale criterio ermeneutico non è esente da criticità applicative.

Anzitutto, l'intenzione legislativa può intendersi, tanto quale intenzione comunicativa, che risponde alla domanda “che cosa ha inteso dire il legislatore?”, quanto come intenzione teleologica⁴, che risponde alla domanda “che cosa ha inteso ottenere il legislatore?” con una determinata disposizione.

* Questa ricerca è stata finanziata dall'Unione Europea - Next Generation EU, Missione 4, Componente 1, CUP D53D23007610006, MUR bando PRIN 2022 prot. 2022ZPA2N4.

¹ GUASTINI 2004, 183, ove si parla di “interpretazione decisoria” e segnatamente “giudiziale”; MODUGNO 1998, 82.

² Art. 12, *Disposizioni sulla legge in generale*, approvato con Regio decreto 16 marzo 1942, n. 262 Pubblicato nella G.U. n. 79 del 4 aprile 1942. “*Interpretazione della legge*”. «*Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato*». Per un commento all'art. 12 disp. pref. c.c., si veda VELUZZI 2012, 215 ss.

³ Sul punto, TARELLO 1980, 364.

⁴ Si potrebbe qui osservare che ogni intenzione, in quanto tale, è orientata ad un oggetto ed ha dunque un *telos*. Nel linguaggio della teoria del diritto, tuttavia, per intenzione teleologica si intende una variante dell'argomento

L'intenzione del legislatore, poi, può essere declinata come argomento controfattuale, attraverso il quale l'interprete, mediante un enunciato condizionale, ipotizza come il legislatore avrebbe inteso disciplinare un certo caso generico, sebbene questo non sia espressamente contemplato dalla disposizione.

Ebbene, l'utilizzo dell'argomento dell'intenzione del legislatore non è privo di problemi applicativi, ravvisabili, altresì, nella difficoltà di identificare l'autore della disposizione oggetto di interpretazione e, in secondo luogo, nella complessa attività di accertamento dell'intenzione dell'autore medesimo, non sempre definibile con precisione. A livello teorico e dottrinale, tali questioni sono state ampiamente dibattute. Tuttavia, non pare aver costituito oggetto di attenta analisi l'uso dell'argomento dell'intenzione del legislatore nelle pronunce giurisprudenziali.

A partire da tale consapevolezza, il presente saggio, che non intende occuparsi delle annose questioni teoriche sinora solo accennate, rende noti i risultati di una ricerca⁵ volta appunto ad indagare sul ruolo assunto dall'intenzione del legislatore nell'argomentazione delle decisioni rese dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

2. Il campione analizzato

La ricerca ha avuto ad oggetto un campione statistico di sentenze pubblicate dalle Corti apicali (nella specie: Corte costituzionale; Consiglio di Stato – Adunanza Plenaria e Sezioni semplici; Corte di Cassazione Civile – Sezioni Unite e Sezioni semplici; Corte di Cassazione Penale – Sezioni Unite e Sezioni semplici) dall'anno 2014 all'anno 2023.

Il campione di analisi è stato costituito attraverso la banca dati giuridica “One Legale – Wolters Kluwer”, sulla base della ricorrenza di una o più chiavi di ricerca⁶, considerate indicatori della possibile presenza dell'argomento dell'intenzione del legislatore all'interno delle motivazioni delle decisioni giurisprudenziali.

Nella specie, sono state impiegate 23 chiavi di ricerca formate da due parole, in ordine casuale e non necessariamente l'una accanto all'altra, purché ricomprese in un intervallo di 5 parole.

Il campione di riferimento delle decisioni dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, estratto dalla scrivente attraverso *One Legale* è composto da 53 pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, di cui 50 sentenze e 3 ordinanze⁷.

dell'intenzione del legislatore, in base al quale il significato attribuito alla disposizione interpretata è giustificato se corrisponde allo stato di cose che il legislatore intendeva realizzare per mezzo della norma. Si veda, sul punto, per tutti, CHIASSONI 2007, cap. 2, §II.2.

⁵ Si tratta del progetto PRIN 2022 dal titolo *Looking for Legislative Intent in Judicial Reasoning: An Empirical Account* che coinvolge cinque università italiane: Università Bocconi (principal investigator, prof. Damiano Canale), Università degli Studi di Brescia, Università degli Studi di Milano Statale, Università degli Studi di Siena e Università Cà Foscari di Venezia.

⁶ Di seguito, vengono riportate le chiavi di ricerca impiegate: “volontà – legislatore”, “intenzione legislatore”, “intenzioni – legislatore”, “scopo – legislatore”, “obiettivo – legislatore”, “proposito – legislatore”, “intento – legislatore”, “finalità – legislatore”, “finalità – riforma”, “intenzione – riforma”, “scopo – riforma”, “obiettivo – riforma”, “intento – riforma”, “volontà – novella”, “intenzione – novella”, “intento – novella”, “legislatore – voluto”, “legislatore – inteso”, “scelta – legislatore”, “assemblea – costituente”, “revisione – costituzionale”, “legislatore – intende”, “scelta – politica”.

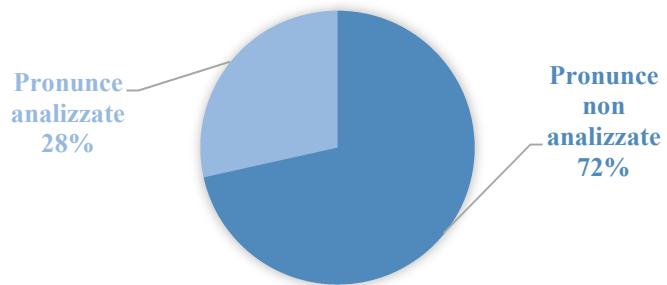
Un precedente rispetto alla ricerca di cui al presente contributo è dato dal progetto di ricerca – anch'essa qual-quantitativa – avente ad oggetto lo studio sistematico dell'argomentazione costituzionale di 19 corti costituzionali e 760 sentenze fondamentali (CONREASON research project partito a settembre del 2011 e culminato a settembre 2016, finanziato da VolkswagenStiftung sotto forma di Schumpeter Fellowship presso l'istituto “Max Planck” Institute per il diritto pubblico comparato e il diritto internazionale di Heidelberg) i cui risultati sono stati pubblicati in un volume di particolare interesse, in senso comparatistico, JAKAB, DYEVRE, ITZCOVICH (eds.) 2017.

⁷ Più precisamente, sono state analizzate 5 pronunce emesse nel 2023; 7 emesse nel 2022, di cui solo una pronuncia non fa uso dell'argomento dell'intenzione del legislatore come argomento interpretativo; 7, nel 2021, di cui 2 pronunce non fanno uso dell'argomento del legislatore come argomento interpretativo; 8, nel 2020; nessuna, nel 2019; nel 2018, 10 pronunce, di cui 3 non fanno uso dell'argomento del legislatore come argomento interpretativo; nel 2017, 5 pronunce; nel 2016,

Si precisa che, nell'intervallo temporale preso in considerazione, sono state emesse 154 sentenze e 32 ordinanze, per un totale di 186 pronunce emesse dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

Tramite le chiavi di ricerca, da un totale di 186 pronunce, solo 53 sono state evidenziate come decisioni nelle quali potenzialmente avrebbe potuto presentarsi l'intenzione del legislatore come argomento interpretativo.

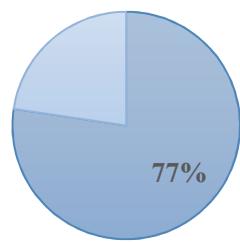
Percentuale pronunce analizzate (53)
rispetto a pronunce totali (186)



Più nello specifico, assumendo la bontà della scelta delle parole chiave, si è osservato che, dall'anno 2014 all'anno 2023, le pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che hanno fatto ricorso all'intenzione del legislatore come argomento interpretativo sono 41 su 53 pronunce costituenti il campione (39 sentenze e 2 ordinanze), per una percentuale pari al 77,35% della totalità delle pronunce sottoposte ad analisi.

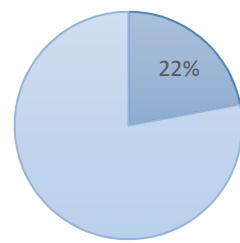
Dunque, su 186 pronunce emesse nel lasso di tempo preso in considerazione, solo 41 fanno uso dell'intenzione del legislatore come argomento interpretativo, per una percentuale pari al 22,04% della totalità delle pronunce emesse dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

Incidenza dell'intenzione del legislatore
come argomento interpretativo
nel campione analizzato



■ Idl come argomento interpretativo

Incidenza dell'intenzione del legislatore
come argomento interpretativo
nella totalità delle pronunce



■ Idl come argomento interpretativo

La ridotta percentuale di sentenze e ordinanze che si avvalgono dell'intenzione del legislatore evidenzia come il giudice amministrativo tenda a privilegiare altre modalità di interpretazione, come l'interpretazione letterale o sistematica, piuttosto che ricorrere all'*intentio legislativa*.

Questo potrebbe riflettere una preferenza per un approccio più oggettivo e meno influenzato

5 pronunce, di cui solo una pronuncia non fa uso dell'argomento dell'intenzione del legislatore come argomento interpretativo; nel 2015, 2 pronunce, di cui una pronuncia non fa uso dell'argomento dell'intenzione del legislatore come argomento interpretativo e, da ultimo, nel 2014, 4 pronunce.

da considerazioni soggettive, legate al soggetto-legislatore.

Da ultimo, preme precisare che, su 23 chiavi di ricerca individuate, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ne utilizza solo 12⁸.

3. *La metodologia adottata*

Per poter procedere con l'analisi quantitativa e qualitativa dei risultati ottenuti attraverso la ricerca, occorre preliminarmente illustrare la metodologia adottata.

Nello specifico, i dati ricavati dalle pronunce analizzate sono stati inseriti all'interno di un'apposita griglia ricavata su un foglio *Excel*, composto da 21 colonne⁹.

3.1. *I dati identificativi della pronuncia*

Le prime sei colonne della griglia *Excel* sono relative ai dati identificativi della pronuncia da esaminare.

Tali colonne sono state precompilate grazie all'utilizzo di un *software* e, nella specie, riguardano: l'"Autorità" che ha pronunciato la sentenza – che, nel caso in esame, evidentemente, è sempre l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato; il "Tipo di provvedimento" (sentenza o ordinanza); la "Data dell'udienza"; la "Data della sentenza" (data di pubblicazione); il "Numero della sentenza" e la "Chiave di ricerca" ricorrente, grazie alla quale la pronuncia è stata inserita all'interno del campione analizzato.

In alcuni casi, ove ricorrono più chiavi di ricerca nella medesima pronuncia, la stessa ricorre in più righe del foglio *Excel*.

3.2. *La citazione*

L'attività di ciascun componente del gruppo di ricerca, pertanto, ha riguardato la compilazione delle ulteriori colonne, a partire dall'indicazione della "Citazione" del testo della pronuncia ove ricorre la chiave utilizzata.

Sotto la colonna "Citazione", pertanto, è stato riportato il periodo della pronuncia nel quale è presente la chiave di ricerca.

3.3. *La collocazione*

Quanto alla "Collocazione", sotto tale colonna, che presenta due possibilità di scelta da un "menu a tendina", è stato indicato se il periodo nel quale ricorre la chiave di ricerca, si trova nella parte in "Fatto", ovvero nella parte in "Diritto".

⁸ Si riporta di seguito, per ogni chiave di ricerca, il numero di risultati, sottolineando nuovamente che, sulle 23 chiavi di ricerca, solo 12 ricorrono. "Finalità - legislatore": 10 risultati; "Volontà - legislatore": 18 risultati; "Legislatore - voluto": 17 risultati; "Legislatore - intende": 4 risultati; "Scelta - legislatore": 29 risultati; "Finalità - riforma": 1 risultato; "Legislatore - inteso": 29 risultati; "Legislatore - intento": 3 risultati; "Intenzione - legislatore": 6 risultati; "Obiettivo - legislatore": 2 risultati; "Scelta - politica": 1 risultato; "Proposito - legislatore": 1 risultato.

⁹ Di seguito, si riportano i contenuti delle colonne che costituiscono la griglia *Excel*: Autorità; Tipo provvedimento; Data udienza; Data sentenza; N. sentenza; Parola chiave; Citazione; Collocazione; Soggetto che introduce l'argomento – con specifica eventuale; Oggetto dell'argomento – con specifica eventuale; Materia – con specifica eventuale; Uso dell'argomento – con specifica eventuale; Tipo di legislatore – con specifica eventuale; Intenzione comunicativa; Intenzione teleologica; Intenzione controfattuale – con specifica eventuale; Fonte dell'argomento – con specifica eventuale; Giustificazione dell'uso dell'argomento – con specifica eventuale; Peso dell'argomento – con specifica eventuale; Dubbi sulla qualificazione dell'argomento; Osservazioni libere.

3.4. Il soggetto che introduce l'argomento interpretativo

La griglia riporta poi il “Soggetto che introduce l’argomento”, o, *rectius*, il soggetto che introduce l’argomento interpretativo dell’intenzione del legislatore.

Anche in riferimento a tale colonna, ai fini della compilazione della griglia, v’era la possibilità di scegliere tra varie opzioni precostituite e, nella specie, tra “Attore/parte ricorrente/PM”; “Convenuto/parte resistente/difesa”; “Autorità giudicante – autorità che emette la sentenza”; “Autorità giudicante – altra autorità (specificare)”; “Altro soggetto (specificare)”.

3.5. L’oggetto dell’argomento interpretativo

Successivamente, viene indicato l’“Oggetto”, che può consistere in “Inter. [i.e. interpretazione] Costituzione”, “Inter. fonti statali primarie”, “Inter. fonti statali secondarie”; “Inter. diritto internazionale (inclusa CEDU)”; “Inter. diritto UE”; “Inter. diritto straniero”; “Inter. altro documento normativo (specificare)”.

3.6. La materia dell’argomento interpretativo

Nella colonna successiva all’oggetto dell’argomento, viene valorizzata la “Materia”, a scelta tra “Dir. civile – Dir di famiglia e successioni”; “Dir. civile – Contratti e obbligazioni”; “Dir. civile – Diritti reali”; “Altre dir. civile”; “Dir. commerciale”; “Dir. lavoro”; “Dir. process. Civile”; “Dir. tributario”; “Dir. amministrativo – Procedimento amministrativo”; “Dir. amministrativo – Enti pubblici e pubblico impiego”; “Dir. amministrativo – Enti locali”; “Dir. amministrativo – Ambiente, urbanistica ed edilizia”; “Altre dir. amministrativo”; “Giustizia amministrativa”; “Dir. penale generale”; “Dir. penale – Delitti contro la p.a. e l’amministrazione della giustizia”; “Dir. penale – Delitti contro la persona”; “Dir. penale – Delitti contro il patrimonio”; “Dir. penale – Stupefacenti”; “Altre dir. Penale”; “Dir. Process. Penale – Giurisdizione e competenza”; “Dir. Process. Penale – Diritti di difesa”; “Dir. Process. Penale – Misure cautelari”; “Dir. Process. Penale – Giudizio di primo grado e riti speciali”; “Dir. Process. Penale – Impugnazioni”; “Altre Dir. process. penale”; “Dir. costituzionale – Diritti soggettivi”; “Dir. costituzionale – Ordinamento dello Stato”; “Dir. costituzionale – Rapporto Stato/Regioni – enti locali”; “Dir. costituzionale – Esecuzione penale – ordinamento giudiziario”; “Dir. costituzionale – Ambiente – paesaggio – edilizia”; “Dir. costituzionale – Pubblico impiego – previdenza sociale”; “Dir. costituzionale – Bilancio – contabilità pubblica – imposte/tasse”; “Altre dir. Costituz.”; “Dir. dell’Unione Europea”; “Dir. internazionale”; “Dir. straniero”; “Altre”.

3.7. L’uso dell’argomento interpretativo

A seguire, la griglia indica l’“Uso dell’argomento”, con ciò riferendosi all’argomento dell’intenzione del legislatore, quale “Argomento interpretativo”; “Argomento solo menzionato”, ovvero “Falso positivo”. Tali possibilità di scelta in ordine all’“Uso dell’argomento” dell’intenzione del legislatore meritano un approfondimento. Occorre preliminarmente definire cosa si intenda con argomento interpretativo. L’argomento interpretativo è la ragione che un interprete pone a sostegno della propria tesi interpretativa¹⁰. L’argomento dell’interpretazione rap-

¹⁰ In questo senso, cfr. GUASTINI 2011, 267, ove si precisa che, ai fini delle decisioni giudiziali, l’argomentazione dell’interpretazione appartiene alla giustificazione esterna della decisione, ed è parte integrante della motivazione; GUASTINI 2004, III, ove, invero si parla di “ragionamento”, al quale si equipara l’“inferenza”, l’“argomentazione” e l’“argomento”. L’A. distingue, sulla scorta della duplice definizione del vocabolo “ragionamento”, in termini di “processo mentale” o “discorso”, tra il “processo psicologico attraverso il quale il giudice perviene alla decisione” e il «di-

presenta l'aspetto più problematico della giustificazione esterna¹¹ della decisione giudiziale, vale a dire la scelta della norma applicabile (premessa normativa)¹².

La giustificazione esterna consiste in due catene di ragionamenti; l'una costituita dagli argomenti a sostegno della scelta della norma da applicare e l'altra costituita dall'insieme degli argomenti a sostegno della premessa in fatto, da intendersi come la proposizione, o insieme di proposizioni, che descrivono i fatti del caso e che sono state provate nel processo¹³.

La catena di argomenti che qui ci occupa, evidentemente, è quella relativa alla premessa normativa.

Uno tra i più comuni argomenti interpretativi usati nella cultura giuridica è appunto l'intenzione del legislatore¹⁴, oggetto della ricerca in questione. Effettuata tale premessa a livello teorico, si tratta ora di capire come è stata operata la scelta tra le tre opzioni disponibili.

Nella specie, ove l'argomento dell'intenzione del legislatore è stato utilizzato dall'interprete al fine di fornire un'interpretazione di un testo normativo, la scelta è ricaduta su "Argomento interpretativo".

Si è optato invece per "Argomento solo menzionato", nei casi in cui l'argomento dell'intenzione del legislatore non è stato utilizzato per giustificare l'interpretazione del testo normativo da parte dell'Autorità giudicante.

Ricorre la medesima ipotesi dell'"Argomento solo menzionato", anche ove l'Autorità giudicante abbia solo fatto riferimento a un argomento dell'intenzione del legislatore introdotto da altro soggetto senza tuttavia appropriarsene ai fini della decisione del giudizio e senza neppure ripercorrere l'argomento introdotto da altri per respingerlo in favore di altre tesi.

Diversamente, il "Falso positivo" si è ravvisato quando, a fronte di una parafrasi della porzione di testo che contiene la chiave di ricerca, sostituendo le parole che compongono la chiave di ricerca stessa non permane il riferimento a un'intenzione del legislatore che esplicita un'ambiguità del testo normativo.

3.8. Il tipo di legislatore

Nella colonna successiva, viene indicato il "Tipo di legislatore" e, anche in tal caso, sono state individuate diverse opzioni tra "Legislatore storico", "Legislatore attuale", "Legislatore ideale - legislatore razionale", "Legislatore ideale - Buon/giusto legislatore", "Legislatore ideale - Altro (specificare)" e "Non determinabile". Il "Legislatore storico" si ravvisa ove l'uso dell'argomento si riferisce all'autorità che, dotata di competenza normativa all'interno del sistema normativo, ha prodotto la disciplina oggetto d'interpretazione¹⁵. Diverso è il legislatore attuale, che si confi-

scorso attraverso il quale egli la argomenta o giustifica pubblicamente». Tale distinzione, corrisponde a quella esistente in tema di teorie scientifiche tra "scoperta" e "giustificazione" (cfr. sul punto MAZZARESE 1995, 145-196, *passim*).

¹¹ Sulla giustificazione esterna, PECZENIK 2008, 159 ss..

¹² Così, GUASTINI 2004, 123, 133. Per completezza espositiva, si precisa che nel ragionamento giudiziale si distinguono due livelli di argomentazione, l'uno che si definisce "giustificazione interna" (o giustificazione di primo ordine) e l'altro che si definisce "giustificazione esterna" (o giustificazione di secondo ordine). «La giustificazione interna è costituita dall'insieme delle premesse per sé necessarie e sufficienti a fondare logicamente la decisione (il dispositivo della sentenza). Tali premesse, [...], devono includere una norma. La giustificazione esterna è costituita dall'insieme delle ulteriori premesse che sono necessarie a fondare la scelta delle premesse, che a loro volta costituiscono giustificazione interna».

¹³ Così, GUASTINI 2004, 125, 127.

¹⁴ Sul punto, GUASTINI 2011, 267-306, ove vengono analizzati i più importanti e ricorrenti argomenti interpretativi e, nella specie, l'argomento del significato comune delle parole (interpretazione letterale); l'argomento "a contrario" (interpretazione non estensiva); l'argomento dell'intenzione del legislatore; l'argomento dell'analogia (interpretazione estensiva); l'argomento "a fortiori"; l'argomento della dissociazione (interpretazione restrittiva); l'argomento sistematico (interpretazione sistematica e interpretazione adeguatrice, quale *species* del *genus* interpretazione sistematica) e l'argomento della ragionevolezza.

¹⁵ Così, CANALE, TUZET 2019, 101.

gura ove l'interprete intenda andare oltre l'intenzione del legislatore storico. Si tratta infatti del legislatore in carica al tempo dell'interpretazione della disposizione, la cui intenzione potrebbe differire da quella del legislatore storico. Infine, il legislatore viene configurato dall'interprete in termini ideali quando il riferimento va al "legislatore razionale" ovvero al "buon-giusto legislatore". La distinzione tra le due figure di legislatore è sottile ma rilevante ai fini della ricerca.

È legislatore "razionale" quello che sceglie i mezzi più efficaci per il perseguimento degli obiettivi, che non genera antinomie nel sistema e che non genera vuoti normativi. Il "buon" o "giusto" legislatore è l'autorità legislativa la cui intenzione è orientata a garantire decisioni giuste¹⁶.

Si precisa che in nessun caso concreto del campione analizzato il legislatore è stato qualificato come buono o giusto, mentre in soli tre casi, di cui si dirà meglio nel prosieguo, si è configurato come razionale.

Il legislatore ideale, sebbene si ponga anch'esso nella prospettiva di oltrepassare il legislatore storico, si differenzia dal legislatore attuale poiché il riferimento è a un legislatore diverso da quello presente ed esistente.

3.9. Tipi di intenzione

Continuando nell'analisi della griglia *Excel*, le colonne successive sono dedicate alla valorizzazione del tipo di intenzione.

Ai fini dell'analisi, sono stati distinti tre tipi di intenzione: "Intenzione comunicativa", "Intenzione teleologica" e "Intenzione controfattuale".

L'intenzione si dice comunicativa quando si riferisce a ciò che il legislatore intende dire e non a ciò che intende fare od ottenere. All'intenzione comunicativa, pertanto, non vengono associati gli scopi perseguiti dal legislatore. In dottrina, l'intenzione comunicativa è stata definita come intenzione "semantica", ovverosia come intenzione relativa al contenuto linguistico del testo interpretato¹⁷. Non necessariamente l'intenzione comunicativa si riferisce al solo legislatore storico, poiché può riguardare tanto l'intenzione del legislatore che ha emanato il provvedimento legislativo, quanto l'intenzione del legislatore attuale ricercando ciò che il legislatore avrebbe detto se avesse emanato la disposizione normativa al tempo dell'argomentazione¹⁸.

Diversamente, si dà il caso di una intenzione teleologica quando l'intenzione è relativa al fine (o ai fini) che il legislatore intende perseguire con la disciplina oggetto di interpretazione.

L'intenzione teleologica, definita anche argomento psicologico-teleologico, si atteggia in senso soggettivo¹⁹ e si riferisce al legislatore concreto e, pertanto, non va confusa con la *ratio legis*, vale a dire con la ragione intrinseca della legge, intesa come intenzione teleologica astratta e oggettiva²⁰.

La scelta ricade invece sull'intenzione controfattuale²¹ ove la ricostruzione dell'intenzione del legislatore muove da un fatto ipotetico che non si è realizzato né potrebbe realizzarsi nel mondo attuale.

¹⁶ Così, CANALE, TUZET 2019, 102-103.

¹⁷ Sull'intenzione comunicativa o semantica, cfr. VELUZZI 2024, 17, 145 ss..

¹⁸ Così, VELUZZI 2012, 502.

¹⁹ Sulla distinzione, ai fini dell'intenzione del legislatore intesa in senso teleologico, tra *ratio* soggettiva e *ratio* oggettiva, si trovano alcune esemplificazioni di rilievo in CANALE, TUZET 2010, 97-110.

²⁰ Sul punto, DICIOTTI 1999, 422 ss.; PINO 2021, 284-285.

²¹ L'intenzione controfattuale sussiste nei casi in cui ricorre un "enunciato (condizionale) controfattuale", il cui antecedente non ha avuto luogo nel passato, ancorché avrebbe potuto avere luogo. Normalmente, tali enunciati sono fraseggiati, in italiano, al congiuntivo nell'antecedente e al condizionale nel conseguente [...] Ecco alcuni esempi [...] (V) "Se il legislatore avesse preso in considerazione questa situazione, l'avrebbe disciplinata in modo diverso" (VI) "Se il legislatore avesse preso in considerazione questa situazione, l'avrebbe lasciata priva di disciplina" [...] è chiaro che la scelta di derivare dalla mera assenza di intenzione reale del legislatore una certa interpretazione o l'interpretazione opposta è totalmente discrezionale". Così, RATTI 2012, 167-193. Per una posizione non così negativa rispetto all'intenzione controfattuale del legislatore vedi CANALE, TUZET 2014, 195-209.

3.10. *La fonte dell'argomento*

La compilazione del foglio excel prosegue con l'indicazione della “Fonte dell'argomento”, che valorizza, appunto, la fonte utilizzata dall'interprete per ricostruire l'intenzione del legislatore.

In tal caso, la scelta è tra le seguenti opzioni: “Lavori preparatori”; “Significato delle parole al tempo in cui la disposizione venne prodotta”; “Occasio legis”; “Storia legislativa”; “Significato di altre disposizioni - stesso documento normativo”; “Significato di altre disposizioni - altri documenti normativi - fonti statali primarie”; “Significato di altre disposizioni - altri documenti normativi - fonti statali secondarie”; “Significato di altre disposizioni - altri documenti normativi - diritto UE”; “Significato di altre disposizioni - altri documenti normativi - diritto internazionale (compreso CEDU)”; “Significato di altre disposizioni - altri documenti normativi - diritto straniero”; “Significato di altre disposizioni - Principi”; “Significato di altre disposizioni - Valori”; “Conseguenze dell'applicazione della norma”; “Giurisprudenza”; “Altro (specificare)”; “Nessuno”.

3.11. *La giustificazione dell'uso dell'argomento*

Successivamente, viene indicata la “Giustificazione dell'uso dell'argomento”, tra “art. 12 Preleggi”; “Principi o valori dell'ordinamento”; “Altro - Direttive interpretative di preferenza (specificare)”; “Altro - Direttive interpretative procedurali (specificare)” o “Nessuna”. Con tale voce, ove sussistente, si indica quale giustificazione l'interprete adduce per l'uso dell'argomento dell'intenzione del legislatore.

Occorre precisare cosa si intenda con “Direttive interpretative di preferenza” e con “Direttive interpretative procedurali”. Tali direttive, dette anche argomenti interpretativi di secondo livello, hanno la funzione di regolare l'uso degli argomenti interpretativi di primo livello, i quali giustificano l'attribuzione di significato alle disposizioni giuridiche. Il ricorso a tali direttive è motivato dal fatto che nella maggior parte degli ordinamenti giuridici gli argomenti di cui il giudice può avvalersi in sede interpretativa sono numerosi e potenzialmente in conflitto tra loro²². Le direttive fornite dagli argomenti interpretativi di secondo livello possono essere distinte in due gruppi principali: le direttive procedurali e le direttive di preferenza. Le direttive procedurali determinano l'ordine secondo il quale devono essere applicati gli argomenti interpretativi di primo livello. Ne costituisce un esempio la seguente direttiva: «Attribuisci alla disposizione il suo significato letterale; se il significato letterale è indeterminato, ricorri all'intenzione del legislatore; se l'intenzione del legislatore non è chiara, ricorri all'interpretazione sistematica»²³.

Le direttive di preferenza giustificano invece la scelta della norma da applicare al caso tra quelle ricavabili dalla medesima disposizione sulla base degli argomenti interpretativi di primo livello.

Eccone un esempio: «Tra il significato che la disposizione assume in base alla lettera della legge e quello corrispondente all'intenzione del legislatore, va preferito il secondo»²⁴.

3.12. *Il peso dell'argomento*

Nella colonna successiva, viene indicato il “Peso dell'argomento”, a scelta tra “Argomento determinante”; “Argomento concorrente” e “Argomento respinto”. L'argomento si definisce “determinante”, per convenzione ai fini della ricerca *de qua*, ove l'argomento dell'intenzione del legislatore ha avuto un peso prevalente rispetto agli altri argomenti utilizzati. In questo senso, si è

²² Così, CANALE, TUZET 2019, 73.

²³ Così, CANALE, TUZET 2019, 73.

²⁴ Così, CANALE, TUZET 2019, 73.

definito “determinante” anche un argomento dell’intenzione del legislatore non autosufficiente ai fini della giustificazione della premessa in diritto.

L’argomento si definisce “concorrente” ove insieme a quello dell’intenzione del legislatore vengono utilizzati con pari rilievo altri argomenti ai fini della decisione. Da ultimo, si è optato per “argomento respinto” ove, sebbene l’argomento dell’intenzione del legislatore sia stato richiamato dall’Autorità giurisdizionale, questo non sia stato poi utilizzato ai fini della decisione o, addirittura, sia stato considerato subvalente rispetto ad altro argomento contrario.

4. I risultati della ricerca

Definita la metodologia utilizzata, occorre ora sottoporre ad analisi i risultati della ricerca.

4.1. La ricorrenza delle chiavi di ricerca nella parte in fatto o in diritto

Andando con ordine ripercorrendo idealmente la griglia di cui al foglio excel, va subito chiarito che la ricorrenza delle chiavi di ricerca nella gran parte dei casi si è osservata nella parte in diritto delle pronunce oggetto di analisi. Solo in 5 casi è stata evidenziata la ricorrenza delle chiavi di ricerca nella parte in fatto. In 4 di questi 5 casi, peraltro, la ricorrenza della chiave di ricerca nella parte in fatto ha evidenziato l’uso di un argomento dell’intenzione del legislatore respinto dall’Autorità giudicante.

Una simile correlazione, quindi, ha evidenziato come, ove la chiave di ricerca trovi collocazione nella sola parte in fatto, ciò è generalmente indicativo della circostanza del fatto che l’intenzione del legislatore è stata utilizzata come argomentazione a sostegno di un’altra tesi che poi non ha trovato condivisione da parte dell’Adunanza plenaria (che non l’ha neppure richiamata nella parte in diritto)²⁵.

4.2. L’Adunanza plenaria come soggetto che nella gran parte dei casi introduce l’argomento interpretativo

Nella gran parte dei casi, ad introdurre l’argomento è stata la medesima autorità giudicante che emette la sentenza. In 15 casi ad introdurre l’argomento è stata un’altra autorità rispetto a quella

²⁵ A titolo esemplificativo, si riporta quanto evidenziato nell’analisi della sentenza del Cons. Stato, Ad. Plen. 25 maggio 2016, n. 10, in *Foro It.*, 2017, 3, 5, 262. In tale ipotesi, la citazione che si legge è la seguente. «Secondo un primo filone giurisprudenziale, avallato dal Tar Veneto nella fattispecie di cui è causa, l’art. 31 comma 8 D.L. n. 69 del 2013 farebbe emergere la volontà del legislatore di favorire la massima partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici: per tale ragione la stazione appaltante non dovrebbe limitarsi a prendere atto della irregolarità emersa dal d.u.r.c., ma dovrebbe procedere a valutarne autonomamente il carattere definitivo (cfr. Consiglio di Stato, sentenza, Sez. V, 14 ottobre 2014 n. 5064)». La citazione, appunto, ricorre nella parte in “Fatto” e il soggetto che introduce l’argomento è un’altra autorità, vale a dire il Consiglio di Stato nell’ordinanza di rimessione n. 4799 del 21 ottobre 2015. L’argomento, che è stato definito come “Argomento solo menzionato”, è stato considerato quale “Argomento respinto”, poiché l’Adunanza plenaria è pervenuta a soluzioni opposte rispetto a quelle sostenute nel filone giurisprudenziale richiamato dall’ordinanza di rimessione. Secondo l’Adunanza plenaria, infatti, a differenza di quanto sostenuto dal primo orientamento giurisprudenziale richiamato nella parte in fatto: «Anche dopo l’entrata in vigore dell’art. 31, comma 8, D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla L. 9 agosto 2013, n. 98, non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l’impresa essere in regola con l’assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell’offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la Stazione appaltante, restando dunque irrilevante, un eventuale adempimento tardivo dell’obbligazione contributiva, con la precisazione che l’istituto dell’invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC negativo), già previsto dall’art. 7, comma 3, D.M. 24 ottobre 2007 e ora recepito a livello legislativo dall’art. 31, comma 8, D.L. 21 giugno 2013, n. 69, può operare solo nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale, ossia con riferimento al documento unico di regolarità contributiva chiesto dall’impresa e non anche al DURC richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell’autodichiarazione resa ai sensi dell’art. 38, comma 1, lett. i), D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 ai fini della partecipazione alla gara d’appalto».

che ha emesso la sentenza. In 2 casi ad introdurre l'argomento è stato invece il ricorrente, entrambi corrispondenti ad argomenti interpretativi e concorrenti. In un solo caso ad introdurre l'argomento è stato il resistente e ciò corrisponde ad un argomento solo menzionato e respinto.

4.3. Le fonti statali come oggetto esclusivo dell'argomento interpretativo: la funzione nomofilattica dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato

In tutti i casi analizzati, l'oggetto dell'argomento interpretativo è stato costituito dall'interpretazione di fonti statali. Le ragioni di un risultato così rilevante sono palesi. L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 99 c.p.a.²⁶, svolge funzione nomofilattica a livello nazionale, garantendo l'osservanza della legge, l'uniformità della sua interpretazione e l'unità del diritto²⁷. La nomofilachia è funzione svolta a livello di fonti interne, come confermato anche nell'art. 65 della Legge sull'ordinamento giudiziario italiano (R.D. 30 gennaio 1941 n. 12)²⁸, ove – sebbene venga descritta la funzione della Suprema Corte di Cassazione, – si fa riferimento al ruolo di assicurare «[...] l'unità del diritto oggettivo nazionale», perseguiendo obiettivi di certezza del diritto interno²⁹.

Si ritiene opportuno chiarire sin da ora come il perseguitamento di obiettivi di certezza del diritto e l'esigenza di aumentare la prevedibilità delle decisioni giurisdizionali, in un contesto di lacunosità dell'ordinamento giuridico e di oscurità dei testi legislativi, porti l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, come appurato con tutta evidenza dai risultati della ricerca empirica qui riportati, a decidere le controversie sottoposte alla sua attenzione in termini “oggettivi”, ovvero sia ancorando il ragionamento giudiziale al significato delle parole e all'analisi del contesto ordinamentale mediante una lettura sistematica delle disposizioni oggetto di interpretazione.

4.4. L'uso nel campione analizzato dell'argomento interpretativo dell'intenzione del legislatore

In 41 pronunce delle 53 costituenti il campione, l'argomento dell'intenzione del legislatore si è configurato come argomento interpretativo. In 12 pronunce, l'argomento si è configurato come argomento solo menzionato³⁰. In nessun caso, infine, si è individuato un falso positivo³¹. Il risul-

²⁶ Per un commento all'art. 99 c.p.a., si veda il commentario al codice del processo amministrativo, CHIEPPA (ed.), 2022, 612 ss.. Le funzioni devolute all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato vengono ivi efficacemente delineate in tale senso: «Nella giustizia amministrativa, come avviene per la Cassazione con le Sezioni Unite, il ruolo di nomofilachia viene svolto dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato a cui possono essere deferite le controversie vertenti su questioni che hanno dato luogo o possono dare luogo a contrasti giurisprudenziali. Il ruolo di nomofilachia dell'Adunanza plenaria è rafforzato dalla previsione, secondo cui se la sezione cui è assegnato il ricorso ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dall'adunanza plenaria, rimette a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso. Non è quindi possibile una decisione diversa in assenza di remissione, anche se il principio è attenuato quando viene in gioco una questione di diritto dell'Unione europea. In caso di rimessione all'Adunanza plenaria, questa decide comunque l'intera controversia, salvo che ritenga di enunciare il principio di diritto e di restituire per il resto il giudizio alla sezione remittente. In analogia con quanto previsto per la Cassazione, se ritiene che la questione è di particolare importanza, l'adunanza plenaria può comunque enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge».

²⁷ MONTEDORO 2023.

²⁸ Il potere, che il regio decreto del 1941 attribuisce alla Corte Suprema di Cassazione, è condiviso, nell'ambito del diritto amministrativo (e giuscontabile), dal Consiglio di Stato (e dalla Corte dei Conti).

²⁹ Parla di perenne aspirazione alla certezza del diritto, DE ONATE 1968, *passim*.

³⁰ A titolo esemplificativo, si riporta un caso concreto nel quale l'argomento dell'intenzione del legislatore è stato solo menzionato: Cons Stato, Sez. VI, 30 settembre 2015, n. 4547, ove si legge che: «la violazione dell'articolo 45 del D. Lgs. n. 59 del 2010 e dell'articolo 20 della L. n. 241 del 1990. Ciò in quanto il Consiglio Direttivo del Collegio dei Geometri, in data 8 settembre 2010, si è pronunciato negativamente sull'istanza del signor F. presentata il 3 settembre 2010 e in quanto il primo giudice ha illegittimamente esteso, di fatto, le ipotesi di recettività dei provvedimenti amministrativi che, invece, il legislatore ha inteso circoscrivere, tipizzandole con l'articolo 21 bis della L. n. 241 del 1990». La citazione riportata ricorre nella parte in fatto e il soggetto ad introdurre l'argomento interpretativo dell'intenzione del legislatore è il ricorrente. L'argomento è stato configurato come “Argomento solo menzionato”, poiché tale tesi non viene più presa in considerazione dal Giudicante che opta per un'altra tesi ai fini della decisione.

tato mette in luce l'efficacia delle parole chiave prestabilite ai fini della rilevazione dell'intenzione del legislatore come argomento interpretativo. Ciononostante, non è dato sapere se, al di fuori delle sentenze selezionate attraverso le parole chiave, vi siano altre pronunce degne di nota ai fini della presente ricerca, pur se non riportanti le parole chiave predeterminate.

4.5. *Il legislatore storico come tipo di legislatore privilegiato*

I risultati della ricerca con riferimento al tipo di legislatore cui fa riferimento l'argomento interpretativo sono nettamente a favore del legislatore storico. In 50 pronunce, infatti, il tipo di legislatore è stato configurato come legislatore storico. Solo 3 pronunce fanno riferimento al legislatore ideale-razionale.

È di interesse riportare, a titolo di esempio, un caso di rilievo entro il quale il legislatore è stato configurato come “legislatore ideale”. Il riferimento è alla pronuncia del Cons. Stato, Ad. Plen., 2 aprile 2020, n. 10³¹.

La parola chiave grazie alla quale è stata individuata la pronuncia è “legislatore – inteso”, ricorrente nella seguente citazione, collocata nella parte in diritto della sentenza e introdotta dalla medesima autorità delibante:

«Una siffatta lettura, ancora una volta, sconta una logica di separatezza anzi che di integrazione tra le diverse tipologie di accesso che il legislatore ha inteso lasciar coesistere nel nostro ordinamento. Per contro, è proprio questa logica ermeneutica di integrazione che induce a ritenere che la obbligatoria pubblicità di determinati atti (c.d. disclosure proattiva) è solo un aspetto, pur fondamentale, della trasparenza, che tuttavia si manifesta e si completa nell'accessibilità degli atti (c.d. disclosure reattiva) nei termini previsti per l'accesso civico generalizzato.»

L'oggetto dell'argomento, qualificato senza dubbio come interpretativo, è stato individuato nell'interpretazione di fonti statali primarie e, in particolare, nella speciale disciplina in materia di accesso agli atti di gara, di cui all'art. 29 D.lgs. n. 50/2016.

Il tipo di legislatore è stato configurato come ideale – razionale, nel senso che se il legislatore storico distingue le discipline in materia di accessi, quello ideale le integra. L'intenzione è teleo-

³¹ Cons Stato, Sez. III, 6 marzo 2015, n. 1150, ove si legge che: «Se, dunque, l'obiettivo del sistema delineato dall'art. 1, comma 796, lett. o), L. n. 296 del 2006 cit. è quello di contenimento della spesa pubblica, del tutto congrua con lo stesso si rivela la discussa determinazione dell'Amministrazione di corrispondente riduzione del budget, rientrando nella discrezionalità amministrativa, in presenza della ineludibile esigenza di rendere compatibile la spesa sanitaria con la limitatezza delle disposizioni finanziarie (Corte cost., sentenza n. 94 del 2009), la scelta di acquistare dai privati lo stesso già programmato numero di prestazioni (e dunque di garantire egualmente a tutti i cittadini il diritto fondamentale alla salute nella misura già a suo tempo stabilita e non contestata), ma per una spesa complessiva, in virtù dello sconto introdotto dal legislatore, inferiore. Né risulta poi in proposito fondata la censura di omessa comunicazione dell'avvio del procedimento pure rivolta avverso questa parte della deliberazione oggetto del giudizio, stante la natura generale e programmativa dell'atto impugnato». È evidente in tal caso che non v'è alcun riferimento all'intenzione del legislatore quale argomento interpretativo, ma, semplicemente, le parole “legislatore” e “proposito” si trovano in un intervallo di 5 parole, senza tuttavia essere tra loro connesse.

³² Cons. Stato, Ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10, in www.giustizia-amministrativa.it. Si tratta di un caso in cui è stato ritenuto fondato il ricorso avverso il rigetto di una istanza di accesso alla documentazione relativa all'esecuzione di un servizio pubblico. Fra le due posizioni contrastanti emerse nella giurisprudenza, si è ritenuto di prediligere l'orientamento che, fermi i divieti temporanei e/o assoluti di cui al d.lgs. n. 50/2016, reputa applicabile l'accesso civico generalizzato ai documenti inerenti ai contratti pubblici, inclusi quelli relativi all'esecuzione dei medesimi. Non osta in tal senso l'eccezione del comma 3 dell'art. 5-bis, d.lgs. n. 33/2013, in combinato disposto con l'art. 53 del d.lgs. n. 50/2016 e con le previsioni della l. n. 241/1990, che non esenta in toto la materia dall'accesso civico generalizzato, ma resta ferma la verifica della compatibilità dell'accesso con le eccezioni relative di cui all'art. 5-bis, comma 1 e 2, a tutela degli interessi limite. L'accesso civico generalizzato, pertanto, non solo è consentito in questa materia, ma è doveroso perché connesso all'essenza stessa dell'attività contrattuale pubblica, perché operi, in funzione della trasparenza reattiva, soprattutto in relazione a quegli atti rispetto ai quali non vigono i numerosi obblighi di pubblicazione.

logica e la fonte dell'argomento è data dal significato di altre disposizioni e, nella specie, della disciplina in materia di accesso civico e in materia di accesso ai documenti amministrativi di cui alla L. n. 241/1990.

La giustificazione dell'uso dell'argomento è individuata nel principio di trasparenza dell'azione amministrativa. L'argomento interpretativo dell'intenzione del legislatore, in tal caso, è stato considerato determinante.

4.6. *Il tipo di intenzione: la scarsa incidenza delle ipotesi di tipo controfattuale*

Quanto al tipo di intenzione, solo in 7 casi è stata individuata un'intenzione di tipo controfattuale.

In tutti gli altri casi, più o meno in pari misura, è stata individuata un'intenzione comunicativa o teleologica.

L'intenzione comunicativa, sempre a titolo esemplificativo, è stata ravvisata nella sentenza del Cons. Stato, Ad. Plen., 30 luglio 2018, n. 10, dalla quale emerge la seguente citazione: “Da qui la scelta del legislatore di utilizzare formule di sintesi (“mancanza del contraddirittorio” o “violatione del diritto di difesa”), che non presentano, però, i profili di indeterminatezza valutativa tipici delle clausole “aperte”.

Occorre fare attenzione, nella scelta tra intenzione comunicativa e intenzione teleologica, a non dare per scontata l'opzione per l'una o per l'altra intenzione solo a fronte dell'utilizzo di termini che potrebbero a prima vista giustificare tale qualificazione.

Un esempio sul punto è indispensabile per comprendere tale ultima affermazione. Si pensi al caso della pronuncia del Cons. Stato, Ad. Plen., 8 settembre 2021, n. 15, ove potrebbe fuorviare l'utilizzo della coppia di parole chiave “legislatore - voluto”. In tale ipotesi, si è comunque ravvisata una intenzione comunicativa in quanto il verbo “voluto” è stato utilizzato solo a enfatizzare l'argomentazione del giudicante. Eliminando, con una sorta di finzione, il verbo “voluto”, infatti, la citazione di seguito riportata non cambia e con ciò ne discende che l'intenzione vada correttamente indicata come comunicativa.

«Emerge quindi con chiarezza che il legislatore ha voluto attribuire una specifica competenza al T.R.G.A. Sezione Autonoma di Bolzano a esprimersi su azioni relative a questo fondamentale strumento di tutela delle minoranze linguistiche»³³.

L'intenzione teleologica, per esempio, è stata ravvisata nella sentenza del Cons. Stato, Ad. Plen., 13 settembre 2022, n. 14³⁴, ove si legge la seguente citazione: «ciò che il legislatore intende ottener è una valutazione unitaria e complessiva di tutti i singoli fatti dei quali il dipendente pubblico è incolpato».

Di seguito, si riporta un esempio, rinvenuto nella pronuncia del Cons. Stato, Ad. Plen., 30 agosto 2018, n. 13³⁵, nel quale l'intenzione è stata definita come controfattuale.

«Fra i principali argomenti a sostegno di tale tesi (peraltro, puntualmente indicati dall'ordinanza di rimessione), si richiamano qui: - l'argomento (di carattere testuale) secondo cui se il Legislatore avesse inteso escludere le offerte che residuano dopo il taglio delle ali, oltre che nel calcolo della media, anche ai fini della determinazione del “fattore di correzione”, avrebbe dovuto stabilirlo in maniera espressa, senza far ricorso alla generica locuzione “ribassi offerti dai concorrenti ammessi”».

³³ Cons. Stato, Ad. Plen., 8 settembre 2021, n. 15, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁴ Cons. Stato, Ad. Plen., 13 settembre 2022, n. 14, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁵ Cons. Stato, Ad. Plen., 30 agosto 2018, n. 13, in www.giustizia-amministrativa.it.

Un altro esempio interessante è dato invece dalla seguente citazione rinvenuta nella sentenza Cons. Stato, Ad. Plen., 29 febbraio 2016, n. 6³⁶.

«Già il dato letterale, rafforzato dal confronto tra i vari commi che compongono l'articolo in esame, supporta, quindi, la conclusione che laddove il legislatore del 2013 ha inteso occuparsi dei contratti pubblici, apportando modifiche alla relativa disciplina, lo ha detto espressamente, attraverso un richiamo esplicito».

La frase menzionata può considerarsi come una interpretazione sistematica e/o a contrario, nel senso che: «Tutte le volte che il legislatore si è occupato di contratti pubblici, lo ha detto espressamente; non avendolo detto espressamente, quindi, nel caso di specie, non si è occupato di contratti pubblici».

Nonostante il Giudice amministrativo usi una formula dubitativa che potrebbe fuorviare e portare a soluzioni errate, nel caso di specie, non si tratta di un'intenzione controfattuale: si parla, infatti, di ciò che il legislatore ha effettivamente voluto o non voluto dire, precisando che non si è voluto occupare di contratti pubblici.

4.7. *La fonte dell'argomento: il significato di altre disposizioni come fonte privilegiata*

Nella gran parte dei casi, l'argomento interpretativo ha trovato la propria fonte nel significato di altre disposizioni. Più precisamente: in 12 casi, la fonte è stata rinvenuta nel significato dello stesso documento normativo; in 10, nel significato della Costituzione; in 9, nel significato di altre fonti statali primarie; in 9, nella giurisprudenza; in 7, nei principi; in 7 casi, nella storia legislativa; in 6, nelle conseguenze dell'applicazione della norma; in 6, nel significato delle parole al tempo in cui la disposizione venne prodotta. In soli 2 casi, inoltre, la fonte dell'argomento interpretativo è stata individuata nei lavori preparatori; in un caso soltanto, nel significato di disposizioni del diritto dell'Unione europea, e ancora in un unico caso, rispettivamente, nei valori dell'ordinamento e nell'occasione legis³⁷.

Ancora una volta, si osserva una netta prevalenza di casi nei quali il massimo consenso della Giustizia amministrativa ha fatto ricorso a elementi considerati “oggettivi”, non discrezionali, al fine di giustificare le proprie decisioni. Più nello specifico, la fonte dell'argomento interpretativo dell'intenzione del legislatore è stata individuata nella gran parte dei casi nel significato di altre disposizioni.

Va segnalato, quale ulteriore dato significativo, il gran numero di casi nei quali la fonte dell'argomento è data dalla giurisprudenza. Questo risultato si pone perfettamente in linea con la stessa natura dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e con il ruolo ad essa attribuito. Come noto, ai sensi dell'art. 99 c.p.a., l'Adunanza plenaria oltre a «risolvere questioni di massima di particolare importanza», si occupa di «dirimere contrasti giurisprudenziali». Proprio in tal senso, è scontato il risultato per il quale la fonte dell'argomento è stata individuata nella giurisprudenza, poiché,

³⁶ Cons. Stato, Ad. Plen., 29 febbraio 2016, n. 6, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁷ Per distinguere tra principi e valori, pare opportuno richiamare un esempio relativo al singolo caso concreto nel quale la fonte dell'argomento è stata rinvenuta nel valore “ambiente”. Il riferimento è alla sentenza, Cons. Stato, Sez. V, 28 luglio 2015, n. 369, ove si legge che: «La possibilità di avvalersi della struttura aziendale dell'impresa ausiliaria non soddisfa quindi i requisiti previsti dalla normativa in materia a tutela del bene ambientale anche perché non può essere rimessa alla libera scelta dell'impresa ausiliata l'individuazione delle modalità (e della quantità) di utilizzo delle risorse della struttura aziendale ausiliaria che è in possesso dell'autorizzazione a svolgere l'attività di che trattasi, il che non è conciliabile con interessi di primario rilievo come la tutela dell'ambiente che, nel caso di specie, il legislatore ha voluto garantire prevedendo, per i soggetti che gestiscono rifiuti, l'obbligo di iscrizione all'Albo in questione». La fonte dell'argomento, in tal caso è stata individuata nel “Significato di altre disposizioni – Valori”, e, nello specifico nel valore della tutela ambientale, consacrato formalmente come tale a seguito di un percorso giurisprudenziale tracciato dalla Consulta. In questo senso, in dottrina, LOMBARDI 2023, 1, 93.

in genere, l'Adunanza prende le mosse proprio dall'illustrazione degli opposti orientamenti giurisprudenziali esistenti su una data materia, al fine di addivenire poi all'individuazione del principio di diritto da reputarsi prevalente in ragione della propria funzione di nomofilachia.

Un esempio in questo senso è quello di seguito illustrato inerente alla pronuncia del Cons. Stato, Ad. Plen., 27 maggio 2021, n. 10³⁸, sulla possibilità o meno di sostituzione interna del mandatario o del mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese con un altro soggetto del raggruppamento stesso (art. 48, commi 17 e 18 del D.lgs. n. 50/2016, Codice dei contratti pubblici).

In tale sentenza, si legge che:

«L'ordinanza ritiene di trarre elementi a favore di tale interpretazione anche dalla sentenza della Corte costituzionale n. 85 del 7 maggio 2020, che sembrerebbe avvalorare la tesi secondo cui il legislatore avrebbe inteso distinguere l'ipotesi in cui la procedura concorsuale coinvolga l'impresa mandataria (comma 17) da quella in cui la medesima colpisca l'impresa mandante (comma 18), prevedendo solo in quest'ultimo caso la possibilità che un soggetto esterno all'a.t.i. subentri alla mandante colpita dalla causa di esclusione».

In tal caso, l'argomento dell'intenzione del legislatore è stato configurato come “solo menzionato” e “respinto”. L'Adunanza plenaria, infatti, perviene a soluzioni opposte rispetto a quelle della pronuncia richiamata della Corte costituzionale e, nella specie, esclude che l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter, del D.Lgs. n. 50 del 2016, nella formulazione vigente all'epoca della delibazione, consenta la sostituzione esterna del mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese.

4.8. *L'uso dell'argomento giustificato in prevalenza attraverso il ricorso a principi o valori dell'ordinamento*

Nella gran parte dei casi, la giustificazione dell'uso dell'argomento dell'intenzione del legislatore è stata rinvenuta nei principi o valori dell'ordinamento (28 casi). In 25 casi, la giustificazione non è stata rinvenuta; in soli 6 casi, la giustificazione è stata individuata nell'art. 12 delle Preleggi, e in 5 casi soltanto in direttive interpretative procedurali.

In linea con la tendenza oggettivizzante dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, i casi in cui s'è fatto ricorso alle direttive interpretative procedurali sono limitati. Infatti, gli argomenti interpretativi di secondo livello possono entrare in conflitto tra loro, fornendo all'interprete direttive incompatibili tra loro, fallendo così l'obiettivo di stabilizzare la prassi interpretativa e renderla maggiormente prevedibile³⁹.

A titolo esemplificativo, si riporta di seguito quanto emerso nella pronuncia del Cons. Stato, Ad. Plen., 22 dicembre 2017, n. 13⁴⁰, ove si legge:

«escludendo l'esistenza di proposte con un effetto inibitorio permanente (così premiando proprio quell'inerzia dell'amministrazione che il legislatore intende escludere)».

La pronuncia, in materia di beni culturali (art. 157, D.lgs. n. 42/2004, Notifiche eseguite, elenchi compilati, provvedimenti e atti emessi ai sensi della normativa previgente) è di particolare interesse anche in ragione del fatto che il legislatore è stato configurato come ideale-razionale, in quanto l'Adunanza plenaria precisa che l'interpretazione nel senso prospettato in pronuncia evita macroscopiche irrazionalità⁴¹.

³⁸ Cons. Stato, Ad. Plen., 27 maggio 2021, n. 10, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁹ Così, CANALE, TUZET 2019, 73.

⁴⁰ Cons. Stato, Ad. plen., 22 dicembre 2017 n. 13, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴¹ Cons. Stato, Ad. plen., 22 dicembre 2017 n. 13, cit.: «In tal modo, infine, viene fatta corretta applicazione alla fattispecie del

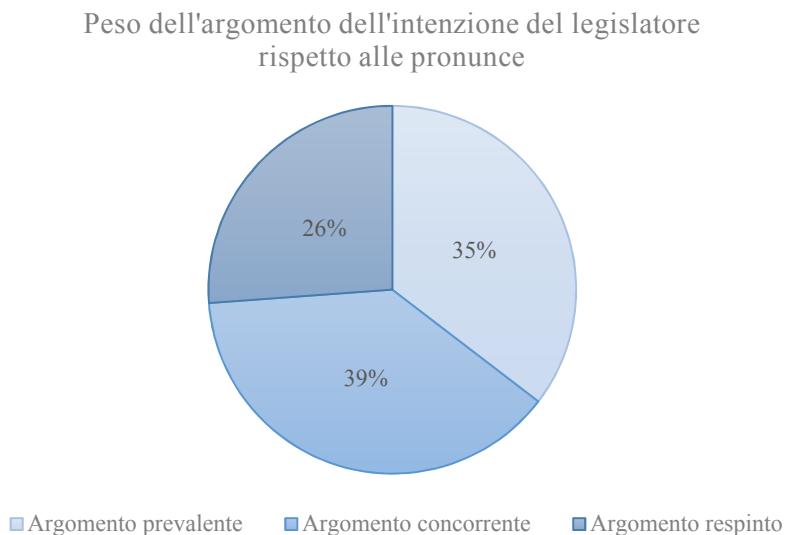
La giustificazione dell'uso dell'argomento dell'intenzione del legislatore viene individuata in direttive interpretative procedurali⁴², nel senso che, in primo luogo, l'Adunanza fa applicazione dei comuni metodi dell'interpretazione: “letterale (sub (...)); logico-sistematica (sub (...)); teleologica (sub (...))”; poi, fa riferimento alla natura delle norme, dando vita così a un'interpretazione basata su argomenti non autosufficienti, ma necessariamente concorrenti tra loro: l'argomento dell'intenzione del legislatore, nella specie, è stato considerato concorrente con gli argomenti letterale e sistematico.

4.9. Il peso prevalentemente concorrente e determinante dell'argomento dell'intenzione del legislatore

Il peso dell'argomento dell'intenzione del legislatore, nella gran parte dei casi (25), è concorrente rispetto ad altri argomenti di vario tipo – in particolare letterale e sistematico.

Un simile risultato può considerarsi connaturato alla tecnica argomentativa tipica dell'Adunanza plenaria chiamata a dover argomentare in maniera puntuale le proprie decisioni nell'espletamento della propria funzione nomofilattica⁴³.

Tuttavia, quasi nello stesso numero di casi (23), il peso dell'argomento è stato definito come prevalente. In via residuale, si colloca l'argomento respinto (17 casi).



principio tempus regit actum, dal momento che la nuova disciplina viene applicata alla fase del procedimento (valutazione della proposta ai fini dell'assunzione del provvedimento definitivo) ancora in corso. Va rilevato, infine, che una interpretazione del senso sopra prospettato evita macroscopiche irrazionalità: a) escludendo l'esistenza di proposte con un effetto inibitorio permanente (così premiando proprio quell'inerzia dell'amministrazione che il legislatore intende escludere); b) escludendo un paradossale mutamento di natura delle proposte anteriori alla novella, dal momento che una mera norma di salvaguardia delle proposte antecedenti (art. 157) avrebbe sostanzialmente trasformato queste in provvedimenti definitivi di vincolo, ed una tutela interinale in una tutela definitiva».

⁴² Su cosa debba intendersi con direttive procedurali si rinvia al § 3.11 del presente contributo e a quanto affermato da CANALE, TUZET 2019, 73.

⁴³ Sul punto, si richiama quanto affermato da PINO 2024, 209, ove si legge che: «Nella nostra cultura giuridica l'interpretazione è considerata come un'attività razionale: una attività che deve essere sostenuta da idonee ragioni. Queste ragioni sono i cd. “argomenti interpretativi”, o “tecniche interpretative”: l'argomento letterale, l'argomento dell'intenzione del legislatore, l'argomento teleologico, l'argomento sistematico, etc. Una buona interpretazione – o forse una interpretazione tout court – è tale solo se sostenuta da uno o più di questi argomenti, i quali peraltro, quasi tutti possono essere utilizzati in modi diversi: possono esserci modi diversi di intendere la nozione di “significato letterale”, di ricostruire l'intenzione del legislatore, di individuare la ratio legis o il sistema rilevante, etc. E inoltre, se all'interprete è tendenzialmente precluso utilizzare argomenti interpretativi diversi da quelli convenzionalmente ammessi dalla cultura giuridica di riferimento (ad esempio, qui e ora, farsi ispirare dalla lettura del fondo di una tazza di caffè, o dal volo degli uccelli), è anche vero che l'interprete ha una possibilità di scelta più o meno ampia tra i diversi argomenti interpretativi astrattamente ammissibili. In una cultura giuridica minimamente complessa, dunque, gli argomenti interpretativi sono molteplici, e spesso utilizzabili in modi diversi».

Quanto al peso determinante attribuito all'intenzione del legislatore, occorre fare una precisazione.

Si è scelto di configurare l'argomento dell'intenzione del legislatore come determinante quando lo stesso ha avuto un rilievo, se non necessariamente autosufficiente, prevalente o comunque particolarmente rilevante. Infatti, se si fosse deciso di indicare il peso dell'argomento come prevalente solo in presenza dell'argomento utilizzato in modo autosufficiente ai fini dell'argomentazione della pronuncia, il peso non sarebbe quasi mai stato configurabile come determinante.

Occorre poi sottolineare che, per quanto riguarda il peso dell'argomento respinto, tale ipotesi si è ravvisata nei casi in cui l'intenzione del legislatore è stata richiamata con riferimento all'orientamento giurisprudenziale respinto nel caso di specie dall'Adunanza plenaria, la quale, come noto, spesso è chiamata a dirimere questioni oggetto di contrasti giurisprudenziali.

A titolo esemplificativo, si riporta di seguito un caso nel quale quanto sopra riportato risulta di tutta evidenza. Il riferimento è alla sentenza del Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5⁴⁴, ove l'Adunanza plenaria si pronuncia sulla riconoscibilità del risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c., in caso di esercizio di autotutela legittima da parte della Stazione Appaltante intervenuto prima dell'individuazione del contraente a mezzo del provvedimento di aggiudicazione. L'intervento dell'Adunanza Plenaria viene sollecitato dall'ordinanza del 24 novembre 2017, n. 5492, con la quale il Consiglio di Stato ravvisa un contrasto giurisprudenziale tra la tesi che ammette la tutela risarcitoria ex art. 1337 c.c. anche prima dell'aggiudicazione del contratto e la tesi che, viceversa, siffatta responsabilità espressamente esclude, quantomeno nella fase pubblicistica di scelta del contraente.

Nella pronuncia in questione, si leggono le seguenti citazioni di interesse ai fini della ricerca.

«Tale premessa teorica sembra, in effetti, trovare un supporto nella formulazione testuale dell'art. 1337 cod. civ., che pone il dovere di correttezza in capo alle "parti" della "trattativa" e del "procedimento di formazione del contratto", a maggior ragione se tale norma viene letta alla luce dell'intenzione del legislatore storico, quale emergente dalla Relazione al Codice civile (paragrafo n. 612). (...)»

Nell'intenzione originaria dei compilatori del Codice civile del 1942, l'art. 1337 cod. civ. rappresentava un'espressione tipica della c.d. solidarietà corporativa, vale a dire di quel tipo di solidarietà che, come esplicitato nel citato paragrafo della relazione illustrativa, unisce tutti i fattori di produzione verso la realizzazione della massima produzione nazionale. (...)

L'originario legame che il legislatore storico aveva inteso instaurare tra il dovere di correttezza e i valori della c.d. solidarietà corporativa trovava una ancora più manifesta enfasi nell'art. 1175 c.c. che, nel prevedere il dovere di comportarsi secondo correttezza in capo ad entrambe le parti del rapporto obbligatorio, nella sua originaria formulazione (poi modificata dall'art. 3, secondo comma, del D.Lgs. 14 settembre 1944, n. 287), richiamava testualmente "le regole della correttezza in relazione ai principi della solidarietà corporativa"».

Le richiamate citazioni dell'argomento dell'intenzione del legislatore sono del Consiglio di Stato, III⁴⁴ Sez., ordinanza collegiale 24 novembre 2017, n. 515, di rimessione all'Adunanza plenaria, secondo cui, nelle procedure ad evidenza pubblica, è soltanto l'aggiudicazione (definitiva) il momento a partire dal quale il partecipante alla gara può fare un ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto e, dunque, può dolversi del "recesso" ingiustificato dalle trattative che la stazione appaltante abbia posto in essere attraverso l'esercizio dei poteri di autotutela pubblicistici sugli atti di gara.

L'argomento è stato indicato come respinto, poiché l'Adunanza plenaria rigetta l'orientamento più restrittivo cui l'ordinanza di rimessione ha mostrato di aderire a favore dell'opposta tesi secondo la quale, ad oggi, leggendo in modo costituzionalmente orientato la norma, non può

⁴⁴ Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018 n. 5, in *Urb. & app.*, 2018 X, 639.

che affermarsi che la responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto della Stazione Appaltante sussista in relazione a tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica, anche prima e a prescindere dell'aggiudicazione, e può derivare non solo da comportamenti anteriori al bando, ma anche da qualsiasi comportamento successivo che risulti contrario – all'esito di una verifica da condurre necessariamente in concreto – ai doveri di correttezza e buona fede.

5. Conclusioni

Illustrato quanto emerso dall'analisi dei risultati della ricerca, è possibile delineare alcune tendenze nell'uso dell'argomento dell'intenzione del legislatore nella giurisprudenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

In generale, può dirsi che questo argomento è utilizzato in via concorrente con altri argomenti interpretativi e il tipo di intenzione è in prevalenza di tipo comunicativo e teleologico, e solo in via residuale di tipo controfattuale. Il tipo di legislatore individuato è quasi esclusivamente il legislatore storico. Su questo aspetto, va fatta però una precisazione. Il richiamo all'intenzione del legislatore storico è infatti solo il punto di partenza nella gran parte delle argomentazioni delle decisioni dell'Adunanza plenaria, che risultano ulteriormente motivate tramite richiami ad altre fonti di diritto, alla Costituzione, ai principi generali e ai precedenti giurisprudenziali.

Se si volesse attribuire un'etichettatura ideale a tale tipologia di argomentazione (di fatto privilegiata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato), si potrebbe affermare che, nel complesso, una simile argomentazione affonda le proprie radici nella c.d. *voluntas legis*, riferibile invero al legislatore astratto o razionale.

Ancora.

La fonte dell'argomento più ricorrente è costituita dal riferimento ad altre disposizioni, coerentemente con la modalità di argomentazione delle pronunce da parte dell'Adunanza plenaria, che, al fine di meglio corroborare le proprie decisioni, si preoccupa di effettuare una lettura sistematica del quadro normativo di riferimento. La tendenza è quella di oggettivizzare l'intenzione del legislatore, ancorando le statuzioni, più che al legislatore quale soggetto, ad elementi oggettivi ricavati dai principi costituzionali e dai principi della materia. L'Adunanza plenaria, per converso, nella propria argomentazione non ricostruisce puntualmente il percorso volitivo del legislatore, ad esempio, facendo riferimento ad elementi ricavati dai lavori preparatori⁴⁵.

In definitiva, può dirsi comunque che l'argomento dell'intenzione del legislatore è argomento interpretativo rilevante nelle motivazioni delle decisioni dell'Adunanza plenaria che, pur tuttavia, non riduce la propria argomentazione al mero richiamo dell'*intentio legislatoris*, ma la riconduce anche ad altri elementi sistematici e teleologici, allo scopo di rafforzare il ragionamento giuridico.

Grazie alla ricerca condotta, infine, è stato possibile osservare forti interrelazioni tra *jus positum* e funzione di interpretazione delle norme, tra fonte legislativa e formante giurisprudenziale. Tali interrelazioni, a loro volta, si dipanano in svariati rivoli tematici, tra cui quelli che coinvolgono i profili della certezza del diritto e dell'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica, quali principi-valori comunque serventi di quel principio-valore che è architrave di un ordinamento costituzionale democratico, ossia l'eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge⁴⁶.

Il giudice amministrativo, nelle decisioni sottoposte ad analisi nell'ambito della ricerca di cui in oggetto, ha individuato la *regula juris* facendo uso dei suoi poteri di rinvenimento della norma applicabile attraverso l'interpretazione della disposizione posta dal legislatore, in tal senso dispie-

⁴⁵ Sull'importanza dei lavori preparatori o “*travaux préparatoires*”, PECZENIK 2008, 284 ss.

⁴⁶ Così, VINCENTI 2021, I, 128.

gando il proprio compito interpretativo, volto alla ricerca della *voluntas legislatoris* applicabile nel caso concreto, desunta non necessariamente dal tenore letterale delle singole disposizioni, ma dalla *ratio* che esprime il loro coordinamento sistematico.

Va chiarito che tale attività di individuazione interpretativa, che è connotato tipico e impre-scindibile dello *jus dicere*, non può affatto qualificarsi come eccesso di potere giurisdizionale ai danni del legislatore. In linea di principio, infatti, una simile interpretazione della legge non trasmoda di per sé in eccesso di potere giurisdizionale, perché essa rappresenta, per l'appunto, il *proprium* della funzione giurisdizionale e non può, dunque, integrare di per sé sola la violazione dei limiti esterni della giurisdizione da parte del giudice amministrativo, purché non si trasmodi nell'applicazione di una norma creata *ad hoc* dal giudice speciale⁴⁷.

Ciò al più può dare luogo a un *error in iudicando*, ma non alla violazione dei limiti esterni della giurisdizione speciale⁴⁸. Così, non può dirsi sussistente un eccesso di potere giurisdizionale, nemmeno quando l'attività di interpretazione giudiziale posta in essere dall'Adunanza plenaria si è spinta a designare il tipo di legislatore come ideale-razionale⁴⁹, come nell'esempio già preso in considerazione con la pronuncia dell'Adunanza plenaria n. 10/2020.

In tale caso, l'interpretazione del giudice ha assunto una vocazione “evolutiva” o “storico-evolutiva”, caratterizzantesi per la propria

«forza propulsiva (...) affinché l'ordinamento giuridico risponda, in ogni momento, alle esigenze cangiante della realtà socio-economica di riferimento, nei confronti della quale l'interprete deve sempre tendere lo sguardo attento a cogliere l'emersione di nuove ed effettive esigenze meritevoli di tutela»⁵⁰.

L'attività di interpretazione c.d. evolutiva o storico-evolutiva delle norme, comunque, non supera «quei limiti che si impongono nel suo svolgimento e che danno la misura della distinzione di piani sui quali operano, rispettivamente, il legislatore e il giudice»: Il legislatore, da un lato, è deputato a introdurre «nell'ordinamento un *quid novi* che rende obbligatorio per tutti un precetto o una regola di comportamento».

Il giudice, dall'altro, è chiamato ad applicare «al caso concreto la legge intesa secondo le comuni regole dell'ermeneutica (Corte cost. n. 155 del 1990)» e in tal modo a disvelarne «il significato corretto, pur sempre insito nella stessa, in un dato momento storico, quale espressione di un determinato contesto sociale e culturale».

⁴⁷ Cass., Sez. Unite, 31 maggio 2016 n. 11380, in *Giustizia Civile Massimario*, 2016; Id., 21 febbraio 2017 n. 4395, in *dejure.it*; Id., 5 giugno 2018 n. 14437, in *Giustizia Civile Massimario*, 2018; Id., 27 giugno 2018 n. 16957, in *Diritto & Giustizia*, 2018; Id., 30 luglio 2018 n. 20169; Id., 31 ottobre 2018 n. 27755, tutte in *Dejure.it*.

⁴⁸ Cass., Sez. Unite, 12 dicembre 2012 n. 22784, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2013, 1, 62; Id., 5 settembre 2013 n. 20360, in *Giustizia Civile Massimario*, 2013; Id., 4 dicembre 2020 n. 27770, in *Guida al diritto*, 2020, 50, 71; Id., 28 dicembre 2020 n. 29653, ove si legge il seguente principio di diritto: «È inammissibile il ricorso in cassazione per eccesso di potere giurisdizionale avverso la sentenza con cui il Consiglio di Stato abbia disapplicato l'art. 3 della l. n. 458 del 1988 per contrasto con la CEDU e con l'art. 42 Cost. in virtù di una interpretazione volta alla ricerca della “*voluntas legis*” applicabile nel caso concreto desumendola dal coordinamento sistematico della stessa con i principi di rango superiore (costituzionale ed europeo), attività ermeneutica che potrebbe, in ipotesi, dare luogo ad un “*error in iudicando*”, ma non alla violazione dei limiti esterni della giurisdizione speciale», in *Riv. giur. edilizia*, 2021, 2, I, 445. Più di recente, Cass. civ., Sez. Unite, 28 dicembre 2024 n. 34786, in *Giustizia Civile Massimario*, 2025; Id., 22 gennaio 2025 n. 1626, in *Dejure.it*.

⁴⁹ Si pensi, per esempio, al caso descritto sub § 4.5 (Cons. Stato, Ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10, cit.).

⁵⁰ Cass., Sez. Unite, 28 gennaio 2021 n. 2061, in *Dejure.it*; Cass. civ., Sez. III, 24 gennaio 2025 n. 1792, *ivi*.

Riferimenti bibliografici

CANALE D., TUZET G. 2010. *What is the Reason for this Rule? An Inferential Account of the Ratio Legis*, in «*Argumentation*», 2, 97 ss.

CANALE D., TUZET G. 2014. *Intenzioni del legislatore e ragionamento controfattuale*, in «*Analisi e diritto*», 195 ss.

CANALE D., TUZET G. 2019. *La giustificazione della decisione giudiziale*, Giappichelli.

CHIASSONI P. 2007. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, il Mulino.

CHIEPPA R. (ed.) 2022. *Commentario al Codice del Processo Amministrativo*, Giuffrè.

DE ONATE L. 1968. *La certezza del diritto*, Milano.

DICIOTTI E. 1999. *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli.

GUASTINI R. 2004. *L'interpretazione dei documenti normativi*, in CICU A., MESSINEO F., MENGONI L. (eds.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, 183 ss.

GUASTINI R. 2011. *Interpretare e argomentare*, Giuffrè.

JAKAB A., DYEVRE A., ITZCOVICH G. (eds.) 2017. *Comparative constitutional reasoning*, Cambridge University Press.

LOMBARDI P., *Ambiente e generazioni future: la dimensione temporale della solidarietà*, in «*Federalismi.it*», 2023, 1, 93 ss.

MAZZARESE T. 1995. *Scoperta vs giustificazione. Una distinzione dubbia in tema di decisioni giudiziali*, in COMANDUCCI P., GUASTINI R. (eds.), *Analisi e diritto 1995. Ricerche di giurisprudenza analitica*, 145 ss.

MODUGNO F. 1998. *Appunti dalle lezioni di teoria dell'interpretazione*, Cedam.

MONTEDORO G. 2023. *La funzione nomofilattica: orizzonti e illusioni. Un “allegro non troppo”*, disponibile in: <www.giustizia-amministrativa.it>.

PECZENIK A. 2008. *On Law and Reason*, Springer, 284 ff.

PINO G. 2021. *L'interpretazione nel diritto. Come un trattato*, Giappichelli.

PINO G. 2024. *Il paradosso del giudice (im)politico*, in «*Questione Giustizia*», 1-2, 209 ss.

RATTI G.B. 2012. *Diritto, indeterminatezza, indecidibilità*, Marcial Pons.

TARELLO G. 1980. *L'interpretazione della legge*, Giuffrè.

VELUZZI V. 2012. *Commento agli artt. 12, 13 e 14 delle Preleggi*, in BARBA A., PAGLIANTINI S. (eds.), *Commentario del Codice civile* (Vol. I, *Delle persone*), Giappichelli, 502 ss.

VELUZZI V. 2024. *Gli argomenti nell'interpretazione giuridica. Una rassegna critica*, in «*Stato, Chiese e pluralismo confessionale*», 17, 145 ss.

VINCENTI E. 2021. *L'invasione della sfera del legislatore come eccesso di potere giurisdizionale: una sintetica ricognizione e taluni spunti di riflessione*, in «*Questione Giustizia*», 1, 127 s.

STUDI

Lo specchio di Hobbes. Note sul narcisismo politico

Hobbes's Mirror. Notes on Political Narcissism

ALBERTO ANDRONICO

Professore Ordinario di Filosofia del diritto, Università degli Studi di Catania.

E-mail: andronico@lex.unict.it

ABSTRACT

Il testo esplora il rapporto tra rappresentanza politica e costruzione dell'identità collettiva, a partire da un confronto teorico tra Thomas Hobbes e Jacques Lacan. L'ipotesi centrale è che tanto il popolo quanto il soggetto individuale emergano come effetti di una rappresentazione unificante: nel primo caso attraverso il meccanismo simbolico della rappresentanza politica; nel secondo attraverso l'identificazione immaginaria nello stadio dello specchio. Questa struttura comune consente di leggere il populismo contemporaneo come una forma di narcisismo politico, in cui la mediazione simbolica viene rifiutata a favore di un'identificazione paranoica tra rappresentante e rappresentato. Il risultato è una regressione del discorso politico verso la logica dell'unità compatta, dell'immediatezza autoritaria e dell'esclusione dell'alterità.

The essay investigates the relationship between political representation and the construction of collective identity by means of a theoretical comparison between Thomas Hobbes and Jacques Lacan. Its central claim is that both the people and the individual subject arise as effects of a unifying representation: in the former case, through the symbolic mechanism of political representation; in the latter, through the imaginary identification characteristic of the mirror stage. This structural parallel allows contemporary populism to be interpreted as a form of political narcissism, in which symbolic mediation is rejected in favour of a paranoid identification between representative and represented. The outcome is a regression of political discourse toward the logic of compact unity, authoritarian immediacy, and the exclusion of alterity.

KEYWORDS

identità, rappresentanza, moltitudine, popolo, populismo

identity, representation, multitude, people, populism

Lo specchio di Hobbes. Note sul narcisismo politico

ALBERTO ANDRONICO

1. *Io sono il popolo* – 2. *Una finzione costitutiva* – 3. *L'unità del rappresentante* – 4. *Una persona civile* – 5. *Lo stadio dello specchio* – 6. *C'è dell'Altro* – 7. *Una deriva paranoica* – 8. *Il ritorno del mostro*.

«Interrogato se Narciso sarebbe giunto a vedere una lunga, tarda vecchiaia, l'indovino aveva risposto: "Se non conoscerà se stesso"».

(OVIDIO, *Metamorfosi*, III, 346-348)

1. *Io sono il popolo*

Comincio con un aneddoto personale. Un giorno mio figlio rientra a casa dopo aver passato il pomeriggio in compagnia dei miei genitori e dice: Il nonno mi ha detto che qui comando io. Panico. Scarto subito l'ipotesi di rispondergli: No, qui comando io. Non ci avrebbe creduto, e non avrei potuto dargli torto. Valuto la possibilità di dirgli: No, qui comanda la mamma. Ma, per quanto più credibile della precedente, scarto anche questa risposta. E trovo una soluzione che mi sembra tenere insieme una lucida presa d'atto della fine del patriarcato a casa nostra e una prima lezione di educazione civica. E gli dico: No, qui la sovranità appartiene al popolo (art. 1 Cost.). Per un attimo, mi illudo di essermela cavata alla grande. Ma, appunto, solo per un attimo. Perché mio figlio mi gela subito con questa battuta, tanto folgorante quanto inquietante: Io sono il popolo!

Ora, non ricordo con esattezza quanti anni avesse, so solo che era molto piccolo e che nel frattempo lui è guarito (o almeno, credo), mentre non mi sentirei di dire la stessa cosa del sottoscritto. Comunque sia, non è questa la sede per sdraiarmi sul lettino di un analista e meno che mai per addentrarmi nei meandri di un'autoanalisi che rischierebbe davvero di risultare interminabile. Il motivo per cui ho ricordato questo episodio è un altro. L'ho fatto solo per cominciare a entrare, con una parziale cadenza d'inganno, in quello che chiamerei il campo del narcisismo politico. Al termine di questo lavoretto, infatti, intendo occuparmi di uno spettro che si aggira oggi con sempre maggiore insistenza nelle pieghe delle nostre care democrazie. Uno spettro che prende il nome di populismo e che a mio avviso si presta bene a essere inquadrato, appunto, nei termini di una sorta di delirio narcisistico del discorso politico contemporaneo¹. Solo che per arrivarcì devo scrivere alcune pagine, ricominciando da questa faccenda del popolo. E dell'Io.

2. *Una finzione costitutiva*

A proposito di popolo, dico subito una cosa, in forma di tesi, che poi proverò a spiegare. Quando parliamo di popolo, parliamo di una costruzione simbolica, frutto di una specifica rappresentazione, che prende forma attraverso una tappa immaginaria. E aggiungo: l'inganno del populismo risiede nel fermarsi a questa tappa, ovvero a una identificazione narcisistica di una moltitudine di

* Contributo elaborato nell'ambito del progetto PIA.CE.RI. UNICT 2024-2026 Linea 1 "CRIDEM" - UPB: D4722082185.

¹ Intendo limitare al minimo i riferimenti alla cd. letteratura secondaria (anche) per non appesantire troppo il testo, ma non posso fare a meno di ricordare che la nozione di narcisismo circola ormai da tempo nelle scienze politiche e sociali. Consiglio, così, almeno la lettura di questi tre testi: LASCH 2020; ORSINA 2018 e CESAREO, VACCARINI 2012.

umani con un'immagine coesa e idealizzata che pretende di prescindere dalla mediazione simbolica necessaria alla loro costituzione come soggetto politico. L'insofferenza nei confronti delle mediazioni istituzionali (e non solo) costituisce, del resto, uno dei tratti distintivi del nostro presente. E da questo punto di vista il populismo non è altro che uno dei tanti sintomi di questa diffusa tendenza a saltare le mediazioni in vista di un presunto accesso immediato alla realtà: o, per meglio dire, al Reale. Sto parlando la lingua di Jacques Lacan, come alcuni avranno già notato. Ma sto pensando a Thomas Hobbes: il padre indiscutibile della scienza politica moderna. Ed è proprio da Hobbes che vorrei prendere le mosse. Nessuno meglio di lui, infatti, ci consente di capire la centralità della rappresentanza politica nella costituzione di quel soggetto a cui diamo il nome di popolo².

Prima di leggere Hobbes, però, è il caso di precisare una distinzione. Attenzione a non confondere la rappresentanza politica con la rappresentanza giuridica, la cui figura tipica nel diritto privato è quella del mandato. Come sottolineato ormai da più parti, seppur non unanimemente, queste due forme della rappresentanza non costituiscono semplicemente due specie di un unico genere (la rappresentanza, appunto), quanto piuttosto due generi diversi che chiamano in causa due ordini del discorso radicalmente differenti. E se ci si chiede perché, la risposta - almeno inizialmente - è piuttosto semplice: in un caso, quello della rappresentanza giuridica, il rappresentante agisce in nome e per conto di un rappresentato già esistente, nell'altro, quello della rappresentanza politica, è il rappresentante a mettere in forma il rappresentato, rendendo presente un soggetto collettivo originariamente assente (o quantomeno frammentato)³.

In altri termini, riprendendo ancora una grammatica lacaniana, nella rappresentanza politica entra in gioco un'azione propriamente morfogena, che crea un'unità simbolica, estranea alla figura del mandato di diritto privato. Qui si tratta semplicemente di rappresentare interessi particolari di un soggetto che decide di farsi rappresentare da un altro nella gestione dei suoi affari, lì invece di dar vita, nella sua totalità, a un soggetto che non esiste prima e al di fuori della sua rappresentazione. Questo, almeno, se si vuole restare fedeli al concetto di rappresentanza politica così come è stato originariamente costruito all'interno di quell'architettura che ha fatto la storia del pensiero (non solo) politico moderno e che ha (avuto) nella centralità riconosciuta allo Stato-nazione la propria chiave di volta: una grammatica che, pur facendo fatica da qualche anno a questa parte a far presa sulla realtà, resta comunque ancora l'unica di cui disponiamo. Basti pensare all'art. 67 della nostra Costituzione: «Ogni membro del Parlamento rappresenta la Nazione ed esercita le sue funzioni senza vincolo di mandato». Sarebbe stato impossibile scriverlo meglio di così. Contrariamente a quel che si pensa abitualmente, i singoli membri del parlamento non sono chiamati dalla nostra Costituzione a rappresentare gli interessi particolari di coloro che li hanno eletti o dei partiti (il che vuol dire: delle parti) a cui appartengono, ma - appunto - della nostra Nazione, la cui unità prende forma solo e soltanto in virtù di questa finzione costitutiva propria del meccanismo della rappresentanza politica.

² Come scrive Ernesto Laclau: «La costruzione di un “popolo” risulta impossibile [...] senza che siano all’opera meccanismi di rappresentazione» (LACLAU 2008, 153). E ancora, più avanti: «La costruzione di un “popolo”, insomma, non è semplicemente l’applicazione a un caso particolare di una teoria generale della rappresentazione che potrebbe essere formalizzata a un livello più astratto; è viceversa un caso paradigmatico, giacché è l’unico che ci rivelà la rappresentazione per ciò che essa è: il terreno primario di costituzione dell’oggettività sociale» (LACLAU 2008, 154-155). Approfitto di questa nota per segnalare che, contrariamente a come viene spesso letto e usato, in questo testo ormai classico di Laclau non si trova a ben vedere una rivalutazione del populismo, quanto piuttosto una vera e propria (e raffinatissima) teoria del politico (cfr. BENVENUTO 2021, 144). È sempre Laclau, del resto, a scrivere che la ragione populista «equivale alla ragione *politica tout court*» (LACLAU 2008, 212). Nelle pagine che seguono, invece, parlerò del populismo nei termini di una deriva puramente immaginaria di quella logica simbolica che giustamente Laclau individua come costitutiva del popolo come soggetto politico.

³ Sul tema della rappresentanza politica la bibliografia è, notoriamente, pressoché sterminata. Mi limito, dunque, a ricordare un ormai classico lavoro di DUSO 2003. Imprescindibile, tuttavia, anche il rinvio a HOFMANN 2007. Si veda, inoltre, MENGA 2009. Per uno specifico inquadramento della distinzione tra la responsabilità giuridica e quella politica, invece, si veda un breve, ma illuminante saggio di RESCIGNO 1995, 543-560.

3. L'unità del rappresentante

Ora, quanto appena detto credo si presti bene a essere riletto attraverso quello stadio dello specchio introdotto da Jacques Lacan per spiegare la costituzione della soggettività umana, sulla scia del lavoro già compiuto da Freud nella sua analisi del narcisismo⁴. Del resto, è proprio da qui che prende le mosse il suo ritorno a Freud⁵. Prima di leggere Lacan, però, leggiamo Hobbes. O meglio: uno dei suoi (tanti) capolavori. Un capitolo, in particolare. E nel dettaglio, un paragrafo di questo capitolo. Il paragrafo è il tredicesimo. Il capitolo, il sedicesimo. E il capolavoro – mi verrebbe voglia di dire: ovviamente – è *Il Leviatano*. Hobbes pubblica questo testo destinato a diventare un monumento del pensiero occidentale nel 1651, a Londra. Due anni prima, sempre in Inghilterra, era stato giustiziato Carlo I e due anni dopo Oliver Cromwell diventerà Lord Protettore. Il contesto è dunque quello della guerra civile inglese e della nascita (e degenerazione) del Commonwealth. E il problema di Hobbes è, infatti, essenzialmente quello dell'ordine politico. Un ordine non più inteso nei termini di un dato puramente e semplicemente naturale, sulla scorta del lascito aristotelico e tomista, ma nei termini di un prodotto strutturalmente artificiale: fatto dagli uomini, e per gli uomini.

L'uomo, lo Stato, uno Stato cristiano, il regno delle tenebre. Sono queste le quattro sezioni in cui è suddiviso *Il Leviatano*. Scansione, peraltro, che illustra come meglio non si potrebbe la rivoluzione metodologica tipicamente hobbesiana (e cartesiana): prima la parte – o meglio: le parti – e poi il tutto. Tant'è che del contratto sociale, quel patto (ipotetico, non dimentichiamolo, e propriamente simbolico) che costituisce il fondamento del legame sociale, in cui gli uomini sono chiamati a «conferire tutto il loro potere e la loro forza a un solo uomo o a un'assemblea di uomini, che possa ridurre tutte le loro volontà, con la pluralità di voci, ad un'unica volontà»⁶, Hobbes se ne occupa soltanto nel diciassettesimo capitolo, il primo della seconda sezione: quella dedicata, appunto, allo Stato.

Come già anticipato, però, più che questo capitolo a noi interessa quello che lo precede, chiudendo la sezione dedicata all'uomo. E in particolare – anche questo l'ho già detto – un paragrafo di quest'ultimo: il tredicesimo. Titolo di questo paragrafo: Come una moltitudine di uomini diventa una persona. Ed è qui che Hobbes scrive: «Una moltitudine di uomini diventa una persona quando viene rappresentata da un uomo o da una persona e ciò avviene con il particolare consenso di ogni singolo componente di tale moltitudine»⁷. Per poi, immediatamente, aggiungere: «Infatti, è l'unità del rappresentante e non l'unità del rappresentato che fa una la persona, ed è il rappresentante che sostiene quella persona ed essa soltanto, non potendo altrimenti l'unità essere compresa nella moltitudine»⁸. Si tratta di un passaggio decisivo: è grazie all'unità di un unico rappresentante che per Hobbes la moltitudine dei singoli rappresentati diventa una persona. Detto in altri termini: una moltitudine di uomini diventa «un popolo» soltanto quando si trova rappresentata da un unico rappresentante, che agisce peraltro in nome e per conto del popolo, e non della moltitudine degli uomini che lo compongono. Ed è proprio un'operazione di questo tipo che, come vedremo tra poco, Lacan individua alla radice della soggettività, per quanto individuale, e non collettiva. Prima, però, ancora qualche parola su Hobbes.

4. Una persona civile

Lo Stato è una persona civile, dice Hobbes. E il sovrano è colui che se ne fa carico. Non certo a caso, del resto, è proprio dalla definizione di questo termine che Hobbes prende le mosse nel ca-

⁴ Mi riferisco ovviamente a FREUD 1977, 443-472.

⁵ Cfr. LACAN 2014.

⁶ HOBBS 2001, 281-283.

⁷ HOBBS 2001, 271.

⁸ HOBBS 2001, 271.

pitolo di cui ci stiamo occupando (più o meno) nel dettaglio: «UNA PERSONA è colui le cui parole o azioni sono considerate o come sue proprie o come rappresentative delle parole o azioni di un altro uomo oppure di ogni altra cosa a cui vengono attribuite in verità o per finzione»⁹. Precisazione importante perché introduce un elemento propriamente scenico, per non dire immediatamente teatrale, nel concetto di rappresentanza. Come Hobbes non manca di ricordare, infatti:

«Persona è una parola latina; al suo posto i Greci usano próspon, che significa viso, come persona in latino indica la maschera o l'apparenza esterna di un uomo che simula sul palcoscenico e a volte, più in particolare, quella parte di lui che copre il viso, come una maschera o una visiera»¹⁰.

E ancora: «La persona coincide con l'attore, sia sulla scena che nelle conversazioni comuni, e personificare è recitare o rappresentare se stessi o altri e si dice che chi rappresenta un altro sostiene la sua persona o recita in suo nome»¹¹.

Ecco, dunque, chi è il sovrano: è – in senso proprio – l’“attore” che, attraverso la dinamica della rappresentanza, dà voce alla volontà dello Stato, rendendo in tal modo “una” la persona di quest’ultimo e trasformando così la moltitudine frammentata degli individui in un unico corpo politico dotato di un’unica volontà: la sua. Questo punto merita di essere sottolineato¹². Ciò a cui il sovrano è chiamato a dare voce non sono le volontà particolari dei singoli individui che, attraverso il contratto sociale, gli hanno ceduto il loro diritto ad autogovernarsi. E neanche la pura e semplice somma di tali (frammentate) volontà. Ma qualcosa di diverso. E precisamente la volontà di quel corpo politico che non esiste prima, e al di fuori, dell’individuazione del sovrano come suo unico rappresentante. È l’unità del rappresentante, non dimentichiamolo, a rendere “una” la persona del rappresentato. Il che vuol dire che non è il popolo a precedere il sovrano, ma al contrario è grazie al sovrano che ne rappresenta la volontà che il popolo acquista la propria identità come soggetto politico. Del resto, sia detto per inciso, se per Hobbes la volontà sovrana è assoluta, vale a dire sciolta da qualsivoglia legame e sottratta a qualunque giudizio, lo è proprio in quanto – letteralmente – “incorpora” la persona dello Stato, vale a dire di quel grande Leviatano la cui essenza altro non è se non questa:

«Una persona dei cui atti una grande moltitudine si è resa autrice in ogni suo singolo componente, attraverso dei patti reciprocamente stipulati, al fine di metterla in condizione di usare la forza e i mezzi di tutti loro nel modo che riterrà opportuno per la loro pace e la loro difesa comune»¹³.

5. *Lo stadio dello specchio*

Riassumendo: una moltitudine di uomini diventa un popolo solo in virtù del meccanismo della rappresentanza politica, vale a dire nel momento in cui un attore (il sovrano) ne rappresenta la volontà. Questo è ciò che mi serviva ricordare di Hobbes. E ora, passiamo a Lacan. È proprio questa genesi di un soggetto come effetto di una rappresentazione che unifica ciò che è frammentato che ritroviamo, sebbene a livello individuale e in un primo momento puramente immaginario, nel suo ormai celebre stadio dello specchio¹⁴. Solo qualche rapido cenno per ricordarci di cosa stiamo parlando.

⁹ HOBBS 2001, 265.

¹⁰ HOBBS 2001, 265.

¹¹ HOBBS 2001, 265.

¹² Per un approfondimento, consiglio vivamente la lettura di GAZZOLO 2020, 231-279.

¹³ HOBBS 2001, 283.

¹⁴ In quest’ottica risulta decisamente interessante (e convincente) la proposta introdotta e dettagliatamente articolata da Guy Le Gaufey di spostare lo sfondo dell’origine storica della psicanalisi dal piano scientifico a quello politico, pro-

Com'è noto, appoggiandosi ai lavori sulla percezione nella psicologia evolutiva di Wallon e agli studi etologici sui piccioni di Harrisson, Lacan sostiene che tra i sei e i diciotto mesi si situa un crociera strutturale nel processo dello sviluppo psichico del bambino¹⁵. Si tratta di un'esperienza davvero elementare: il bambino acquista per la prima volta consapevolezza della propria identità nel momento in cui si riconosce nella propria immagine. Elementare, ma tutt'altro che banale. Ciò che lo specchio restituisce al bambino è un'immagine unitaria del proprio corpo, che compensa l'angoscia generata dalla percezione inizialmente disorganica delle proprie sensazioni cinestetiche. La percezione frammentata del proprio corpo cede così il passo a un'immagine della sua totalità e infine, aggiunge Lacan, «all'assunzione dell'armatura di un'identità alienante»¹⁶. Questa è una delle lezioni che Lacan ci consegna: alla radice di ogni identità troviamo una sua costitutiva alienazione, come conseguenza di una azione letteralmente morfogena dell'immagine riflessa nello specchio¹⁷.

Provo a spiegare rapidamente perché. In questo stadio è l'immagine che agisce sul soggetto, mettendolo in forma. E non il soggetto ad agire attraverso l'immagine. E ciò per la semplice ragione che, se è vero che lo specchio (inteso in un primo momento, freudianamente, nei termini delle attese immaginarie dei genitori) consente al soggetto (*Je*) di individuarsi come un *Io* (*moi*), questo *Io* non esiste al di fuori (e prima) della sua rappresentazione, essendo piuttosto istituito da quest'ultima (proprio come il popolo, sia detto per inciso, che appunto non esiste prima della sua rappresentazione politica). L'immagine cattura il soggetto e così facendo lo consegna a un'irreversibile scissione: quella che lo separa dalla sua proiezione ideale. «Lo stadio dello specchio è un dramma», afferma infatti Lacan¹⁸. E lo è proprio in quanto inaugura questa lacerazione originaria tra il soggetto dell'inconscio e la sua identificazione narcisistica: una lacerazione destinata a restare aperta, con buona pace di qualsivoglia ortopedia dell'*Io* (o del popolo, aggiungo io), che Lacan indica con la sua celebre scrittura del soggetto barrato (\$).

«L'essere umano vede la propria forma realizzata, totale, il miraggio di se stesso, unicamente fuori di sé», scrive Lacan¹⁹. Ed è per questo che non c'è identità senza alienazione. Perché il soggetto si riconosce come un *Io* nel momento in cui si vede dove non è e come non è: si vede, insomma, come un altro. *Je est un autre*, scriveva Rimbaud. E Lacan lo riprende in più luoghi. È “alienandosi” nella propria immagine che l'*Io* si costituisce come effetto della «funzione di misconoscimento che lo caratterizza»²⁰. Ciò che lo specchio restituisce al soggetto è, infatti, un'immagine idealizzata, anticipata rispetto alla sua effettiva esperienza del corpo e del desiderio. Il soggetto si identifica in qualcosa che non è lui, insomma, ma che lui vuole essere: vale a dire in quell'*Io*-ideale (*Idealich*) di cui aveva già parlato Sigmund Freud in relazione alla identifi-

prio attraverso una ripresa del lavoro hobbesiano intorno alle nozioni di rappresentazione e autorizzazione (e dei concetti di persona fittizia, di autore di attore), con particolare riferimento alla questione del transfert: «Giustamente, si è già molto insistito sul fatto che la psicanalisi è potuta nascere solo appoggiandosi sul discorso della scienza galileiana; ma questo aspetto delle cose, grazie a cui la psicanalisi può giustificare e sostenere numerose ipotesi, limita gravemente la comprensione del transfert. Peraltra, misurare il transfert privilegiando il metro dell'amore/odio e delle passioni in generale, come si usa fare, significa predisporsi a non comprendere niente del suo valore "grammaticale", del suo modo peculiare di allestire la scena della terza persona. Se invece collochiamo l'abbozzo di terza persona prodotto dal transfert nel solco della frattura aperta dalla "persona fittizia" di Hobbes, possiamo vedere come il transfert opera riguardo alla questione del terzo, e come di conseguenza la chiarisce» (LE GAUFÉY 2018).

¹⁵ Cfr. LACAN 2014. Come ho detto in apertura, mi sono ripromesso di evitare riferimenti alla letteratura secondaria, ma ovviamente non posso non ricordare questi due volumi di Massimo Recalcati, che costituiscono una preziosa guida per entrare nell'opera di Jacques Lacan: RECALCATI 2012a e RECALCATI 2012b. Più agile, ma altrettanto prezioso: BENVENUTO, LUCCI 2014.

¹⁶ Cfr. in particolare LACAN 2002, 91.

¹⁷ Cfr. LACAN 2002, 185.

¹⁸ LACAN 2002, 91.

¹⁹ LACAN 2014, 166.

²⁰ LACAN 2002, 93.

cazione narcisistica primaria, in cui il soggetto aderisce a un'unità immaginaria che tampona e compensa la sua originaria frammentazione, situandolo lungo una «linea di finzione»²¹.

6. *C'è dell'Altro*

Nello stadio dello specchio interviene, dunque, una rappresentazione immaginaria: quella di un Io-ideale, un modello di identità che il soggetto assume come forma unificante del proprio corpo. Questa immagine, proprio perché esterna e mediata, non è il riflesso di un'identità già data: al contrario, è ciò che consente la costituzione di un *Moi*, un Io immaginario, che organizza la percezione disarticolata delle esperienze corporee iniziali. In questo senso, come nel caso hobbesiano, l'unità del soggetto non precede la rappresentazione, ma ne è l'effetto: è la rappresentazione stessa a conferirle esistenza, imponendo una forma a ciò che era frammentato. Ma non finisce qui. Oltre a questa identificazione narcisistica primaria del soggetto con la propria immagine, immediata e semplicemente speculare, c'è dell'altro. O meglio: c'è l'Altro.

Già a partire dal suo secondo seminario, Lacan comincia a lavorare, e lo fa con sempre maggiore insistenza nei seminari successivi, sull'autonomia e sul primato del registro simbolico rispetto a quello immaginario, ripensando lo statuto dell'alienazione proprio della soggettività umana²². L'alienazione non trova la sua sede soltanto nel rapporto del soggetto con la sua immagine speculare, vale a dire con l'immagine di un altro Io, quanto piuttosto nella sua cattura da parte dell'Altro, inteso come campo dei significanti, ovvero (per farla breve) come l'ordine del linguaggio: un campo che Lacan nomina con l'iniziale maiuscola proprio per distinguerlo dall'altro (con la minuscola) come altro Io, luogo dell'alienazione immaginaria. È l'Altro, infatti, a confermare e legittimare l'immagine riflessa, ratificandone l'identità. Il processo di costituzione della soggettività non si esaurisce, dunque, nel semplice (e immediato) riflesso narcisistico speculare, ma implica piuttosto una mediazione inscritta in un campo simbolico: oltre al rapporto con l'altro (i genitori, l'immagine speculare del proprio corpo), entra così in gioco anche il rapporto con l'Altro (vale a dire, sempre in estrema sintesi, con le leggi del linguaggio e della cultura).

Qui si gioca la possibilità stessa della soggettivazione individuale, così come in Hobbes si giocava la possibilità di una soggettività politica collettiva: non intesa come entità naturale, ma come effetto di una rappresentazione (simbolica, e non puramente immaginaria) che la costituisce. Da qui il parallelo: ciò che lega la rappresentanza politica e lo stadio dello specchio è la loro funzione strutturale e strutturante. Entrambi agiscono come operatori di unificazione, dispositivi simbolici che producono identità a partire dalla dispersione originaria. In Hobbes, la moltitudine caotica degli individui viene unificata dalla figura del sovrano, che sostiene la persona dello Stato, costituendo l'unità del popolo: non è il popolo a generare il sovrano, lo ripeto, ma il sovrano a generare il popolo. Così, nello specchio lacaniano, è l'immagine riflessa – aliena, esterna, ma strutturata – a offrire al soggetto un primo riconoscimento di sé. Ma questo riconoscimento, non dimentichiamolo, è una *méconnaissance*: un frantendimento strutturale, perché ciò che viene riconosciuto non è il sé reale, ancora diviso, ma una totalità immaginaria, anticipata e idealizzata.

7. *Una deriva paranoica*

Sia in Hobbes che in Lacan, insomma, si assiste alla medesima logica: un'unità simbolica prende forma attraverso una rappresentazione unificante che funge da luogo finzionale dell'identità. La

²¹ LACAN 2002, 88.

²² Cfr. LACAN 2006.

rappresentanza politica e lo specchio agiscono come dispositivi di coerenza: introducono ordine dove regnerebbero molteplicità, ambiguità, frammentazione. Per entrambi, pur all'interno di registri profondamente differenti, non c'è identità senza rappresentazione, né soggetto senza mediazione. L'identità non è mai un'origine, ma sempre il risultato di un processo che passa attraverso l'altro. O meglio, attraverso l'Altro: un'istanza che resta costitutivamente esterna e irriducibile, proprio perché inscritta nel luogo della mancanza e dell'impossibile, quel punto di opacità che per Lacan non è altro che il Reale. E, come scrive Lacan, «il reale è l'impossibile»²³.

Ma cosa accade quando questa funzione strutturante della rappresentazione si irrigidisce? Quando la mediazione simbolica si eclissa e il soggetto si fissa alla propria immagine come a un'identità compatta, indubitabile, autosufficiente? Secondo Lacan, il rischio è quello di una fissazione immaginaria: il soggetto si identifica con la propria immagine in maniera assoluta, senza mediazione simbolica, e proprio per questo, in modo strutturalmente paranoico²⁴. L'immagine, che dovrebbe fungere da punto di sutura provvisoria, diventa ciò a cui ci si aggrappa, nella pretesa di un'identità piena, autosufficiente, priva di mancanze. Ed è in questo irrigidimento della scena speculare, dove il *Moi* si confonde con il *Je*, che Lacan ritrova anche la radice dell'aggressività umana: l'altro, che inizialmente funge da termine di identificazione, diventa ora un ostacolo, un rivale, una minaccia alla coerenza immaginaria del soggetto. Non c'è più gioco dialettico tra sé e l'altro, ma solo opposizione: o io o lui²⁵.

Bene (anzì: male), è proprio questa deriva propriamente paranoica che, a mio avviso, si trova all'opera sul piano del discorso politico nella logica del populismo contemporaneo, che può appunto essere letto nei termini di un sintomo collettivo di una soggettività fissata all'immagine unitaria di sé, incapace di riconoscere l'alterità come condizione della propria costituzione. Basti pensare al tipico leader populista, che proprio come mio figlio, ma senza l'attenuante dell'infanzia, si presenta come colui (o colei) che incarna un'identità immaginaria che si vuole già data, omogenea, unitaria, saltando ogni mediazione simbolica (come luogo di articolazione dell'alterità). L'immagine del popolo prende qui il posto della molteplicità senza alcuna mediazione simbolica. E la figura del leader si trasforma in uno specchio che restituisce al corpo sociale una versione idealizzata – e per questo tanto più aggressiva – di sé²⁶. A ben vedere, del resto, questo è proprio ciò che accade in tutti i momenti di crisi (reale o percepita, se non addirittura prodotta dal potere stesso): secondo una tipica logica paranoica, il popolo si serra intorno a una immagine unitaria della propria identità, scatta il meccanismo dell'identificazione persecutoria e un nemico immaginario prende il posto della divisione interna che non si riesce a tollerare.

²³ LACAN 2001, 151.

²⁴ Sulla paranoia politica, segnalo due testi ormai classici, sebbene non di marca freudiana (né lacaniana), ma jungiana: HILLMAN 1985, 11-88 e ZOJA 2011. Si vedano anche: FORTI, REVETTI 2007 e TARIZZO 2007. Imprescindibili, inoltre, le riflessioni di CANETTI 1981, 449-561.

²⁵ Cfr. LACAN 2002, 95-118. Si veda, in particolare, la Tesi IV: «L'aggressività è la tendenza correlativa a un modo di identificazione che chiamiamo narcisistico e che determina la struttura formale dell'io dell'uomo e del registro di entità caratteristico del suo mondo» (LACAN 2002, 104, corsivo nel testo).

²⁶ Sul tema risultano davvero preziose le riflessioni di Sergio Benvenuto, presenti in un suo testo dedicato a una raffinata analisi della *Psicologia delle masse e analisi dell'Io* di Sigmund Freud (e non solo): «Con la svolta populista, non ci si affida più a politici necessariamente diversi da me, siano essi dei vice-preti, degli intellettuali emancipazionisti, dei politici esperti che mi dispensano dal pensare, a condottieri, ma a uomini che mi riflettono come in uno specchio. Solo che l'uomo nello specchio non è quel mediocre che io sono, ma ciò che vorrei essere. È il leader che chiamerò *Leader Me Idealizzato*» (BENVENUTO 2021, 138-139). Con questa ulteriore precisazione, che spiega come meglio non si potrebbe la differenza tra la figura del leader all'interno delle tradizionali narrazioni politiche democratiche e quella propria del leader populista: «Usando il termine di Freud, questi leader incarnano l'Ideale dell'Io (*Ich-ideal*), qualcosa che mi trascende, mi supera. Invece, Il Leader Me Idealizzato si pone come Io Ideale (*idealich*): immagine speculare, ma esaltata e magnificata di me stesso. Nei termini di Lacan, potremmo dire: mentre il leader democratico dei quattro tipi non-populistici è un leader simbolico, il leader populista è un leader immaginario» (BENVENUTO 2021, 142).

8. *Il ritorno del mostro*

Ciò che entra in gioco nel populismo, insomma, non è soltanto una semplice crisi della rappresentanza, ma un suo collasso immaginario: la rappresentanza non è più riconosciuta come finzione costitutiva, ma come usurpazione o tradimento. Si genera così una logica binaria, amico/nemico, interno/esterno, che disattiva la funzione simbolica del conflitto e la riduce a pura opposizione speculare. L’Altro scompare. E resta solo l’altro minaccioso e perturbante che occupa la scena paranoica del sospetto e dell’identificazione difensiva. Come nell’identificazione narcisistica primaria, il soggetto (qui il popolo) si riconosce in un’immagine che non tollera scarti, discontinuità, o mancanze. E così l’identità, anziché aprire allo spazio del desiderio e della mediazione, si chiude nella rivendicazione di un “noi” compatto e autosufficiente.

Il populismo non è semplicemente anti-elitista, come spesso si tende a credere, ma anti-simbolico: rifiuta la legge della mediazione, dello scambio, del compromesso. È in gioco qui una identificazione narcisistica in cui il soggetto (collettivo) non tollera più la differenza, l’alterità, la distanza e pretende una pienezza che il simbolico, per definizione, non può garantire. In questo senso, il populismo non è soltanto una degenerazione della democrazia rappresentativa, ma la sua caricatura speculare: un tentativo di far coincidere perfettamente rappresentante e rappresentato, senza resto, senza scarto e senza simbolo. Il rappresentante non è più visto come un attore, come colui che sostiene la persona di un soggetto collettivo che prima non c’era, ma come colui che si fonde con quel soggetto, che ne diventa la voce diretta, l’emanazione immediata: Io sono il popolo, appunto.

Eppure, Lacan lo aveva detto: «L’io è strutturato esattamente come un sintomo. Non è altro che un sintomo privilegiato all’interno del soggetto. È il sintomo umano per eccellenza, la malattia mentale dell’uomo»²⁷. Questa è la follia più grande, per noi umani: quella di credersi un Io. E credo che la stessa cosa possa dirsi del popolo: la cui follia più grande, appunto, è proprio quella di credere di essere un popolo. Del resto, ancora Lacan: «Se un uomo che si crede un re è pazzo, un re che si crede un re non lo è meno»²⁸. Per la semplice ragione che non c’è soggetto senza mancanza, così come non c’è politica senza attraversamento del conflitto, potremmo aggiungere noi²⁹. «Ogni verità ha una struttura di finzione», afferma Lacan³⁰. E sul piano politico questo ce lo ha insegnato Hobbes: la rappresentanza è una finzione, sì, ma una finzione necessaria. Non è un trucco, né una truffa. Ma il dispositivo attraverso cui una moltitudine si dà forma, un ordine simbolico si istituisce, un soggetto collettivo diventa capace di parola. Rigettare questa finzione significa voler accedere a una verità del popolo che, in realtà, non c’è. O che c’è solo sotto forma di fantasma, di mito identitario, di godimento immaginario. È a questo punto che il Leviatano si trasforma. E resta il volto nudo del potere. Non più quello dell’attore, che sostiene la persona del popolo, ma quello del mostro: la pura forza, l’immediatezza autoritaria, la voce che non rappresenta più nessuno perché pretende di rappresentare tutti. Come dicevo all’inizio, mio figlio è cresciuto. Ma noi abbiamo ancora un bel po’ di lavoro da fare...

²⁷ LACAN 2014, 20.

²⁸ LACAN 2002, 164-165.

²⁹ Sulla scia di MOUFFE 2024.

³⁰ LACAN 1986, 17.

Riferimenti Bibliografici

BENVENUTO S. 2021. *Soggetto e masse. La psicologia delle folle di Freud*, Castelvecchi.

BENVENUTO S., LUCCI A. 2014. *Lacan, oggi. Sette conversazioni per capire Lacan*, Mimesis.

CANETTI E. 1981. *Massa e potere*, Adelphi.

CESAREO V., VACCARINI I. 2012. *L'era del narcisismo*, Franco Angeli.

DUSO G. 2003. *La rappresentanza politica. genesi e crisi del concetto*, Franco Angeli.

FORTI S., & REVELLI M. (eds.) 2007. *Paranoia e politica*, Bollati Boringhieri.

FREUD S. 1977. *Introduzione al narcisismo*, in ID., *Opere*, vol. 7, Bollati Boringhieri.

GAZZOLO T. 2020. *Ius/Lex. Hobbes e il diritto naturale*, Editoriale Scientifica.

HILLMAN J. 1985. *Sulla paranoia*, in ID., *La vana fuga dagli dei*, Adelphi.

HOBBS T. 2001. *Leviatano*, Bompiani. (ed. or. 1651)

HOFMANN H. 2007. *Rappresentanza-rappresentazione. Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento*, Giuffrè.

LACAN J. 2014. *Il seminario. Libro I. Gli scritti tecnici di Freud (1953-1954)*, Einaudi.

LACAN J. 2001. *Il seminario. Libro XVII. Il rovescio della psicoanalisi (1969-1970)*, Einaudi.

LACAN J. 2002. *Discorso sulla causalità psichica*, in ID., *Scritti*, vol. I, Einaudi.

LACAN J. 2002. *L'aggressività in psicoanalisi*, in ID., *Scritti*, vol. I, Einaudi.

LACAN J. 2002. *Lo stadio dello specchio come formatore della funzione dell'io*, in ID., *Scritti*, vol. I, Einaudi.

LACAN J. 2006. *Il seminario. Libro II. l'Io nella teoria di Freud e nella tecnica della psicoanalisi (1954-1955)*, Einaudi.

LACAN J. 1986. *Il seminario. Libro VII. L'etica della psicoanalisi (1959-1960)*, Einaudi.

LA CLAU E. 2008. *La ragione populista*, Laterza.

LASCH C. 2020. *La cultura del narcisismo. L'individuo in fuga dal sociale in un'età di disillusioni collettive*, Neri Pozza.

LE GAUFNEY G. 2018. *Appartenere a sé stessi. Anatomia della terza persona*, Polimnia Digital Editions.

MENGA F.G. 2009. *Potere costituente e rappresentanza democratica. Per una fenomenologia dello spazio istituzionale*, Editoriale Scientifica.

MOUFFE C. 2024. *Il paradosso democratico. pluralismo agonistico e democrazia radicale*, Mimesis.

ORSINA G. 2018. *La democrazia del narcisismo. Breve storia dell'antipolitica*, Marsilio.

RECALCATI M. 2012a. *J. Lacan. Desiderio, godimento e soggettivazione*, Raffaello Cortina.

RECALCATI M. 2012b. *J. Lacan. La clinica psicoanalitica: struttura e soggetto*, Raffaello Cortina.

RESCIGNO G.U. 1995. *Alcune note sulla rappresentanza politica*, in «Politica del diritto», 4, 543-560.

TARIZZO D. 2007. *Giochi di potere. Sulla paranoia politica*, Laterza.

ZOJA L. 2011. *Paranoia. La follia che fa la storia*, Bollati.

Tu chiamale, se vuoi, narrazioni. Tre differenze fra Shoah e Gaza

Call them Narratives, if You Like.
Three Differences between Shoah and Gaza

MAURO **BARBERIS**

Ordinario di Filosofia del diritto, Università di Trieste.
E-mail: barberis@units.it

ABSTRACT

La Memoria diventerà solo una narrazione? La questione è sollevata, fra molte altre, dal massacro israeliano di Gaza, che ci costringe ad allargare lo sguardo dalla Shoah a tutti gli olocausti che stanno avvenendo sotto i nostri occhi in giro per il mondo. Le narrazioni che li accompagnano, in particolare, ci costringono a chiederci se, quando la Memoria si sarà completamente trasferita online, non rischia di diventare una narrazione come tutte le altre. In questo contributo, peraltro, si perseguono solo tre obbiettivi: riflettere sul passaggio all'età della scrittura all'epoca della rete; analizzare il lessico della Memoria; esaminare tre principali differenze fra Shoah e Gaza.

Will Memory become just a narrative? Such a question, among many others, is raised by the Israeli massacre in Gaza, which forces us to broaden our gaze from the Shoah to all the holocausts that are taking place before our eyes worldwide. The narratives accompanying them, in particular, force us to worry if, when Memory will move completely online, it don't risk to become a narrative like all the others. Here, however, only three ends will be pursued: to reflect on the transition from the age of writing to the age of the web; to analyze the lexicon of Memory; to examine three main differences between the Shoah and Gaza.

KEYWORDS

narrazioni, Shoah, Memoria, Gaza, genocidio

narratives, Shoah, Memory, Gaza, genocide

Tu chiamale, se vuoi, narrazioni

Tre differenze fra Shoah e Gaza

MAURO BARBERIS

1. *Prologo* – 2. *Una rete di narrazioni* – 3. *Il lessico della Memoria* – 4. *Tre differenze* – 5. *Conclusione*.

*Oggi tutto può essere decostruito
[in] narrazioni concorrenti*

R.D. Kaplan,
Adriatico, 2022, p. 324

1. *Prologo*

La Memoria per antonomasia – la memoria della Shoah –, non finirà per diventare una delle tante narrazioni in rete? Questo è uno degli interrogativi sollevati, ad agosto 2025, dalle stragi israeliane a Gaza, sempre più spesso paragonate alla Shoah, da un lato, e taciute oppure minimizzate dall’altro: in entrambi i casi attivando dinamiche discorsive simili a quelle comuni per l’Olocausto. In entrambi i casi, d’altra parte, alla comparazione fra Gaza e Shoah diviene difficile sfuggire: specie per chi, come chi scrive, s’è formato nella venerazione della Memoria, e da un certo momento in poi si è impegnato a coltivarla e preservarla.

Di fronte a interrogativi così laceranti, peraltro, qui si potranno fare poco più di tre cose. Primo, ipotizzare che la diluizione della Memoria in narrazioni sia solo uno dei tanti sintomi di un processo davvero epocale: il passaggio dall’età della scrittura all’epoca della rete. Poi, cercare di mettere un po’ d’ordine nel lessico della Memoria: “Shoah” “Olocausto”, “(anti-)sionismo”, “anti-semitismo”, “crimini contro l’umanità”, “genocidio”... Infine, dopo aver ricordato tre differenze fra Shoah e Gaza, tanto ovvie da risultare quasi invisibili, suggerire un criterio distintivo altrettanto ovvio-e-invisibile per distinguere Memoria e narrazioni.

2. *Una rete di narrazioni*

Il termine “narrazione” (ingl. *narratives*) proviene dallo strutturalismo francese della seconda metà del Novecento: movimento di pensiero che partecipa alla trasformazione novecentesca della filosofia generale, o senz’altra qualifica, in critica della scienza e della società. Apparentemente, l’unico elemento comune agli esponenti di tale movimento sono tesi metodologiche quali l’anti-umanismo: la sostituzione dell’Uomo, come oggetto d’indagine, con le strutture discorsive che, parlandone, lo costituirebbero¹. “Narrazioni” indicherebbe solo questo: discorsi la cui struttura narrativa è più importante di ciò a cui si riferiscono.

In realtà, anche lo strutturalismo, fra anni Cinquanta e Settanta del Novecento, ha partecipato a un processo più ampio, che può ben dirsi di liberazione sociale. Partendo da settori progressivamente sempre meno periferici del sapere – linguistica (Roman Jakobson), antropologia (Claude Lévy-Strauss), psicologia (Jacques Lacan), carcere e psichiatria (Michel Foucault), economia e politica (Louis Althusser) – lo strutturalismo sottopone a critica l’intero processo di omologazione e normalizzazione tipico della società capitalistica occidentale: che allora, dopo gli

* Una precedente versione del lavoro, frutto d’una relazione tenuta al convegno annuale *Convivere con Auschwitz* (27.1.2025) e intitolata *Olocausti e narrazioni*, è leggibile in «Materiali per una storia della cultura giuridica», LV/2, 2025, 221-231.

¹ Così FOUCAULT 1971, specie 16 e ss., che trae conseguenze più generali dai suoi testi degli anni Sessanta.

anni del boom, pareva abbastanza vincente da potersi rimettere in discussione.

Dalla critica delle scienze, soprattutto sociali o umane, lo strutturalismo passa così alla critica dell'intera società: problematizzando la relazione fra sapere e potere, considerati due facce della stessa medaglia. È anche questo ad attrarre nei suoi confronti l'attenzione della cultura nordamericana, favorendone prima l'esportazione nei campus nordamericani, la re-importazione sul vecchio continente e la proliferazione in forme nuove. Negli anni successivi, infatti, la critica/decostruzione (post-)strutturalista, à la Jacques Derrida, si espande dalle università a tutti gli stereotipi sociali: di genere, razza, abilità, salute, specie...

Tutti questi movimenti differenzialisti e multiculturalisti vengono oggi cumulativamente denigrati come *politically correct*, *cancel culture* o *woke*, da parte del populismo mediatico dominante: altro effetto, quest'ultimo, della transizione dalla scrittura alla rete². Sul web, nozioni originariamente critiche come narrazione, servite a decostruire anche "grandi narrazioni" come Occidente, progresso o umanità, acquistano implicazione nichilistiche; tutto, anche gli oggetti delle scienze naturali, diventa narrazione al servizio di strutture di potere vecchie e nuove. Il sospetto nato dai testi dalla triade Marx-Nietzsche-Freud³, in rete s'estende a tutto.

Il passaggio antropologicamente decisivo è la transizione dal computer al cellulare multi-funzione, dispositivo di controllo che apparentemente rende ogni essere umano libero di (dis-)informarsi, non più riflessivamente, su libri e giornali, ma compulsivamente, in rete⁴. Di fatto, il termine "narrazione" entra nel lessico ordinario, e degli stessi fatti diviene non solo possibile, ma anche legittima, una narrazione "di destra" e una "di sinistra": o piuttosto, oggi, una *liberal* e una populista. Nel frattempo, sin dai primi anni Novanta "narrazione" si converte in "post-verità": poi eletta dall'*Oxford Dictionary* parola dell'anno nel fatale 2016.

Quell'anno, la politica della post-verità⁵, ormai del tutto dichiarata e quindi sfuggente a ogni critica/decostruzione, espugna la capitale dell'Occidente con la conquista della presidenza Usa da parte di Donald Trump: con il quale la strategia comunicativa diviene "credete a quel che più vi piace, anzi a quel che piace a me". Da strategia di contro-information, ancora d'opposizione, così, la politica della post-verità assurge definitivamente a strategia di governo con la seconda presidenza Trump. Da tecnica per catturare l'attenzione, in particolare, diviene arma di distrazione di massa, teorizzata come tale da spin doctor quali Steve Bannon⁶.

La prova generale di questa politica della post-verità è stata la pandemia planetaria di Covid-19 (2020). Da un lato c'erano fatti, magari sopravvalutati in Italia, primo paese occidentale a esserne colpito: fatti che però, proprio perché spettacolarizzati come discussioni scientifiche fra esperti, hanno finito per alimentare i peggiori sospetti. D'altro lato, c'erano narrazioni o post-verità quasi dichiarate, come il negazionismo *no vax* e tutti i complottismi relativi: il cui risultato mediatico effettivo, però, oltre a generalizzare il sospetto, è stato equiparare definitivamente fatti e narrazioni, rendendoli perfettamente fungibili.

È in un questo contesto comunicativo avvelenato che si svolgono, oggi, le comparazioni fra Gaza e la Shoah: divenute sempre più frequenti anche, se non soprattutto, a partire dalla potente e influente comunità ebraica statunitense. Il dibattito in rete da ultimo s'è polarizzato attorno alla questione: Gaza uguale genocidio, sì o no? Prima di esaminare, nella penultima sezione, tali comparazioni, che per una sorta di "effetto Tocqueville" si sono ormai propagate da Israele e dal mondo anglosassone all'Europa, consideriamo nel prossimo paragrafo il lessico usato: di cui "genocidio" risulta, per così dire, solo la punta dell'iceberg.

² Cfr. BARBERIS 2020 e BARBERIS 2024, specie 195 ss.

³ Così RICOEUR 1967 [1965], nonché, sul tema del presente lavoro, RICOEUR 2003 [2000].

⁴ Cfr. INNERARITY 2024.

⁵ HANNON 2003.

⁶ Cfr. HASKI 2025, dove Bannon, ex spin doctor di Trump, dichiara senza infingimenti: «[...] i mezzi di comunicazione [indipendenti] sono il nemico».

3. Il lessico della Memoria

Nei giorni in cui questo lavoro è stato scritto infuriava in rete la discussione su Gaza, polarizzata fra chi, come David Grossman, ha finito per accettare l'applicazione alle stragi israeliane del termine “genocidio”, e chi invece, come Liliana Segre, l'ha respinta come puramente polemica⁷. Qui, al fine più conoscitivo che normativo di accettare quanto conti ancora l'appello alla Memoria in rete, e d'ipotizzare quanto potrà mai contare in futuro, si farà poco più che riepilogare alcuni dei termini impiegati nel dibattito: da “Shoah” e “Olocausto” ad “(anti-)zionismo” e “antisemitismo”, sino a “crimini contro l'umanità” e “genocidio”.

Ognuno di tali termini, ovviamente, è abbastanza controverso da renderne contestabile l'uso; destino cui non sfuggono neppure termini parzialmente giuridicizzati come “genocidio”: il cui uso, anzi, produce solo un surplus di polemiche. Agli occhi del giurista la parziale giuridicizzazione di tali termini, in effetti, riflette l'incompiuta evoluzione del diritto occidentale-e-moderno. Dall'archetipo della soluzione di liti fra privati, caso paradigmatico di diritto, “diritto” s'è esteso prima ai conflitti di sangue (diritto penale), poi ai conflitti politici (diritto costituzionale), sino, ma con difficoltà sempre maggiori, ai conflitti internazionali (diritto internazionale)⁸.

Il primo termine da considerare è proprio “Shoah”, in ebraico, originariamente, termine di genere per “catastrofe” – proprio come l'arabo “Nakba” per l'espulsione iniziale di 250.000 palestinesi dal neo-costituito Stato di Israele (1947)⁹ – ma subito trasformatosi, per antonomasia, in nome proprio di un evento singolo. Si tratta ovviamente dello sterminio programmato e parzialmente realizzato dai nazisti: il quale, a sua volta, è diventato una sorta di “memoria fondante” dell'Occidente odierno¹⁰. Di fatto, “Shoah” è oggi il termine più usato, in Occidente, e non solo dagli ebrei: da chiunque voglia mostrarsi rispettoso dell'ebraicità dell'evento.

In vista della comparazione compiuta nella prossima sezione, ma anche della proposta di sostituire “Shoah” con “olocausti”, consideriamo i numeri dell'Olocausto. Nel 1933, anno dell'ascesa al potere di Hitler, risiedeva in Germania mezzo milione di persone di religione ebraica: in percentuale, lo 0,75%, su una popolazione di 67 milioni di abitanti¹¹. L'irrilevanza numerica, peraltro, ne accresceva l'importanza simbolica; di origine ebraica, infatti, erano molti esponenti di punta della finanza e dell'intellighenzia tedesca: esponenti che, a partire dalla prima emigrazione di 37.000 persone nel 1933, andranno ad arricchire soprattutto gli Usa.

Questa élite, proprio nel senso oggi usato spregiativamente dai populisti, si prestava facilmente a venir collegata, insieme, alla grande finanza internazionale e ai quadri dirigenti della rivoluzione bolscevica. Mischiandosi ai pregiudizi antisemiti comuni in particolare nelle regioni orientali, nelle campagne e nella piccola borghesia più che nell'alta, questo collegamento faceva degli ebrei il capro espiatorio ideale per i problemi della Germania post-prima guerra mondiale. Personalmente, il sottoscritto ha sempre usato per l'Olocausto proprio “Shoah”: termine che però, specie dopo Gaza, pare implicare un duplice equivoco.

Il primo equivoco, nient'affatto irrilevante ma non decisivo, consiste nel fatto che usare l'ebraico “Shoah” finisce per ignorare le vittime non ebree dei lager nazisti: rom, omosessuali, semplici oppositori... Molto più importante, però, è il secondo equivoco: capace da solo di spiegare molti dei fraintendimenti che ingombrano la discussione odierna. “Shoah”, di fatto, implica l'autentico dogma della Memoria: l'unicità della Shoah, eretta a evento unico nella storia¹². Per mostrare che si tratta davvero di un dogma, forse, è sufficiente richiamare la disputa tardo-

⁷ Cf. a CAFERRI 2025, e la replica in DAZZI 2025.

⁸ Anche qui devo rinviare a BARBERIS 2025b.

⁹ Cfr. BASHIR, GOLDBERG 2023 [2018].

¹⁰ Così CONFINO 2011.

¹¹ Enciclopedia dell'Olocausto, <https://encyclopedia.ushmm.org/content/it/article/germany-jewish-population-in-1933>.

¹² Il dogma s'è affermato sin da WIESEL 1980 [1958]: cfr. PISANTY 2019, specie 71.

ottocentesca fra sostenitori degli approcci idiografico e nomotetico ai fatti storici.

Ogni evento si presta a essere considerato sia unico, come pretendevano per i fatti storici i seguaci dell'approccio idiografico, sia esempio di una classe più generale: come ribattevano invece i seguaci dell'approccio nomotetico, assimilando i fatti storici a fatti naturali. Detto nella terminologia di Max Weber, forse l'esito più noto della disputa: tipi ideali come “carisma”, “rivoluzione”, e anche “genocidio”, si costruiscono a partire da tipi reali. E questo anche quando – come nella versione migliore del dogma – il tipo ideale serve pure ad avvertire che eventi come la Shoah, verificatisi nella civilissima Germania, ben potrebbero ripetersi altrove.

Maggiore concorrente di “Shoah” e secondo termine da esaminare è “Olocausto”, indicante sacrifici anche umani. Usato maiuscolo e al singolare, peraltro, esso presenta lo stesso difetto di “Shoah”: incorpora il dogma dell’unicità. Sin dal titolo di un lavoro recente Gilles Kepel, maggiore arabista vivente, ci ricorda invece che “olocausto” può usarsi minuscolo e al plurale, come nome di genere per tutti i sacrifici umani: uso che, rispetto a “Shoah”, presenta un duplice pregio. Intanto, non cancella l’infinita varietà dei sacrifici; poi, può estendersi agli infiniti massacri che costellano la storia umana in genere, e la storia medio-orientale in specie¹³.

In occasione dell’edizione 2025 di *Convivere con Auschwitz*, convegno annuale di cui è responsabile scientifico, chi scrive ha proposto di continuare a usare “Shoah” come nome proprio dello sterminio nazista degli ebrei; si tratta infatti dell’autentico paradigma dei tanti olocausti della storia, nel senso linguistico di “paradigma”: degli altri si può anche dubitare, ma della Shoah no. Compiuto tale gesto inevitabile, peraltro, chi scrive ha proposto allora e ripropone oggi di considerare il Giorno della Memoria – il 27 gennaio di ogni anno – come l’occasione per gettare luce su tutti gli olocausti di volta in volta in corso: a cominciare da Gaza¹⁴.

E non si dica che Gaza è l’effetto non intenzionale di altri eventi, come il pogrom del Sette Ottobre: lo è, ma questo non la distingue dalla Shoah. Adolf Heichmann, pianificatore dell’Olocausto, aveva originariamente proposto di deportare gli ebrei in Africa: proposta che forse non sarebbe dispiaciuta del tutto a Theodor Herzl, fondatore del sionismo e disposto anche all’esodo ebraico in Argentina¹⁵. Proprio “sionismo”, comunque, nome di un movimento nazionalista che inizialmente proponeva solo di dare anche al popolo ebraico quello Stato nazionale che non aveva mai avuto in tutto il corso della sua storia, è la *terza* parola da considerare.

La connotazione negativa di “sionismo” s’è aggiunta nel nuovo millennio, a opera della critica anti-colonialista che lo ha utilizzato anche per eludere l’accusa di “anti-semitismo”: *quarta* parola da esaminare. “Anti-semitismo”, racconta Amos Goldberg, maggiore storico israeliano della Shoah, è stata adottata quasi ufficialmente, a partire dal 2016, come «scudo discorsivo» (*discursive Iron Dome*) per immunizzare Israele dalle crescenti accuse di apartheid rivoltegli dopo la Seconda Intifada palestinese¹⁶. Ancor oggi, sui social, funziona esattamente così: critichi Israele? Allora sei anti-semita! Ma no, sono solo anti-sionista!

Trascurando “pulizia etnica”, usata a partire dalle guerre nell’ex Jugoslavia, ma anche “crimini di guerra”, locuzione giuridica inapplicabile a Gaza vista la sproporzione delle forze in campo, occorre ora considerare una *quinta* e *sesta* espressione: “crimini contro l’umanità” e “genocidio”. Coniate da due giuristi ebrei anche in polemica fra loro sin dagli anni Venti, Herschl Lauterpacht e Raphael Lemkin, entrambi laureati all’università di Leopoli, allora in Polonia e oggi in Ucraina, entrambi con famiglie poi sterminate dai nazisti, le due espressioni precedono la Shoah, salvo poi esserne sistematicamente applicate¹⁷.

¹³ KEPEL 2024, specie 88: Gaza è «solo [l’ultimo] di una lunga serie di massacri in Nord Africa e in Medio Oriente».

¹⁴ BARBERIS 2025a.

¹⁵ Cfr. HERZL 1897.

¹⁶ Cfr. l’indispensabile GOLDBERG 2025, specie 6 (l’espressione “scudo discorsivo” è stata coniata dal filosofo israeliano Adi Ophir), ma anche PISANTY 2025.

¹⁷ Cfr. ancora KEPEL 2024, 110 ss.

“Crimini contro l’umanità”, in realtà, fa capolino già nel 1915 nella Dichiarazione congiunta sul genocidio armeno; dopo, compare nei trattati sul Tribunale di Norimberga (1946), sul genocidio (1948), nonché istitutivi della Corte penale internazionale (1998)¹⁸. Come per tutti i reati, dovrebbe potersi ritrovare nella sua definizione un elemento oggettivo (un’attività) e uno soggettivo (l’intenzione di compierla): condizioni soddisfatte nei casi del Sette Ottobre e di Gaza. Di fatto, il Tribunale internazionale dell’Aja ha incriminato per tali crimini sia i vertici di Hamas, organizzazione non-statale, sia Benjamin Netanyahu, premier d’Israele.

Apparentemente “genocidio” – oggetto di gran parte della discussione odierna – presenta condizioni d’impiego più esigenti; l’art. 2 della *Convenzione per la prevenzione e la repressione [di tale] crimine* (1948), infatti, lo definisce come la commissione di atti «con l’intenzione di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso, in quanto tale». Ben più che per i crimini contro l’umanità, però, qui non conta tanto l’elemento oggettivo – i bombardamenti indiscriminati di civili, ormai normali nella guerra tecnologica – quanto l’elemento soggettivo: l’intenzione di distruggere gruppi etnici, religiosi e simili.

E qui bisognerebbe avere il coraggio di ricordare che, come s’è già accennato, neppure la Shoah, paradigma indiscutibile di ogni olocausto, è ascrivibile solo all’intenzione genocida di Adolf Hitler. La stessa Gaza, nata come vendetta israeliana al pogrom del Sette Ottobre, è difficile da ridurre all’intenzione genocida qua e là reperibile nelle dichiarazioni dei ministri ebrei. Il punto, essenziale per comparare olocausti ebraico e palestinese, sta nel carattere anche non-, o preter-intenzionale di entrambi gli eventi; Shoah e Gaza, come qualsiasi altro effetto dell’azione umana intenzionale, sono difficili da considerare solo intenzionali.

Dal punto di vista del diritto penale internazionale, comunque, il problema diviene provare l’intenzione genocida¹⁹. *Probatio diabolica*, però, per la quale non bastano dichiarazioni di fanatici, facili da reperire su entrambi i fronti: da “liberare la Palestina dal mare al Giordano”, di Hamas e pro-Pal, all’invito a fare di Gaza una sorta di Auschwitz avanzato nel 2023 dal sindaco israeliano di Metulla²⁰. Occorrerebbe un progetto, tipo il *Mein Kampf* (1925) di Hitler; senonché, già nell’età della scrittura intenzioni genocide normalmente non si scrivevano; in rete, poi, si trovano anche troppo facilmente ma, proprio per questo, non fanno testo.

Il caso di Gaza, dal punto di vista giuridico, solleva quindi tre problemi, forse solubili in teoria ma non in pratica. Primo problema: è possibile un genocidio preter-intenzionale, se è vero che persino la Shoah, paradigma indiscusso degli olocausti, non fu interamente programmata? L’unica soluzione che ci si sente di proporre è la seguente. L’olocausto palestinese, crimine contro l’umanità, costituisce sì una *minaccia* di genocidio, punibile da una Convenzione del 1948 che si estende alla *prevenzione* del crimine; di fatto, però, pare funzionale alla sola espulsione dei palestinesi dalla Striscia: rivelatosi il vero obbiettivo del governo israeliano.

Questo risponde al secondo problema, circa i limiti della nozione di genocidio. Da un lato, l’unica cosa certa è che non si può escluderlo sollevando solo l’obiezione rituale di antisemitismo: come ha fatto persino la Segre citata sopra. L’obiezione è semmai quella avanzata da Andrea Preziosi, storico di un Holodomor ucraino (1932-33) che si rivela candidato più plausibile al genocidio²¹; qui, infatti, oltre ai milioni di kulaki ucraini sterminati per fame, c’era l’intenzione genocida da parte di Stalin e dei sovietici: intenzione reperibile anche dietro eventi più recenti, come il genocidio dei Tutsi in Ruanda (1994).

¹⁸ Cfr. l’art. 8 dello Statuto di Roma del 1998; inutile riportarlo, però, perché il principale problema non è interpretarne la formulazione, ma prim’ancora applicarlo.

¹⁹ Cfr. Ch. AYDAL 2025.

²⁰ Cfr. la dichiarazione rilasciata da David Azoulai alla radio israeliana 103FM: «L’intera Striscia di Gaza deve essere svuotata. Rasa al suolo. Come Auschwitz», leggibile in “*Gaza dovrà somigliare ad Auschwitz*”. *Bufera sul sindaco israeliano*, «il Manifesto», 19.12.2023.

²¹ GRAZIOSI 2025; 2022.

Terzo problema, che grava come un macigno su tutti gli altri: quanto è effettivo, ossia alla fine giuridico, il diritto internazionale? Problema che non sfiora né le grandi potenze, le quali hanno tutte l'interesse a ignorarlo, né meno che mai la geopolitica, disciplina programmaticamente a-morale e a-giuridica. Di fatto, il maggiore esponente italiano di tale disciplina, combinando realismo politico conoscitivo e anti-europeismo/anti-giuridicismo normativo, ha proposto come soluzione per Gaza l'invio di navi europee per “esfiltrare” i civili più a rischio²²: come se l'obbiettivo finale di Israele non fosse proprio espellere più palestinesi possibile.

Il punto è evidentemente l'ineffettività di un diritto internazionale pattizio al quale i principali attori internazionali – Usa, Russia, Cina e lo stesso Israele –, non aderiscono: sicché discuterne diventa puramente accademico. È questa perdita di effettività, crescente man mano che ci si allontana dal dopoguerra prima e dalla globalizzazione poi, a rendere plausibile l'accusa di “moralizzazione” del diritto internazionale rivolta da Graziosi alla sinistra che denuncia il genocidio di Gaza. Forse, però, è meno il diritto internazionale a moralizzarsi che la realtà dei rapporti di forza internazionali a farlo tornare quella “moralità positiva” che era nell'Ottocento.

Forse, sono le stesse categorie del “politico”, la distinzione di Carl Schmitt fra amico e nemico, a resistere a qualsiasi giuridicizzazione; allo stato attuale delle relazioni internazionali, discutere di categorie giuridiche quali “crimini contro l'umanità” e “genocidio” è inutile. Ci si può anzi chiedere se proprio questo non sia il segno della fine di “grandi narrazioni” come “pace attraverso il diritto”, “globalizzazione” o piuttosto “occidentalizzazione”, “diritto internazionale” e lo stesso “Occidente”²³: tutte destinate a lasciare il posto, apparentemente, alla politica della post-verità, se non alle narrazioni piccole-piccole che imperversano sui social.

4. Tre differenze

Riassumendo le sommarie analisi condotte sin qui, Shoah e Gaza, benché eventi idiograficamente diversi potrebbero anche nomoteticamente accomunarsi, sussurrandoli sotto categorie generali come “olocausto”, “crimini contro l'umanità” e “genocidio”. La stessa Shoah, se non fosse diventata il paradigma indiscutibile di una classe di eventi, potrebbe sempre de-rubricarsi a effetto non-, o preter-intenzionale di atti umani compiuti con altri scopi: figurarsi Gaza. La *probatio diabolica* di un'intenzione genocida, aggiungendosi all'ineffettività del diritto internazionale, mette una pietra davvero tombale sull'intera discussione.

Invece che continuare a discutere se Gaza possa classificarsi come genocidio, in effetti, sarebbe più fruttuoso comparare Shoah e Gaza esaminandone in dettaglio le somiglianze. Già la comparazione, però, è scandalosa per quanti adottano il dogma dell'unicità della Shoah e, come se non bastasse, reagiscono a ogni tentativo di discuterlo con l'accusa di anti-semitismo. Qui, oltretutto, tale comparazione è già stata compiuta implicitamente esaminando il lessico della Memoria; in quella sede, infatti, s'è dovuto ammettere che l'intera discussione in corso obbedisce fatalmente a stereotipi costruiti a partire dalla Shoah.

Più che sulle somiglianze di Gaza con la Shoah, allora, in questa penultima sezione si insisterà sulle differenze: in particolare tre, come vedremo. Ma, attenzione, non allo scopo di mettersi al riparo da un sovrappiù di polemiche inutili, alimentate da quegli autentici *bias cognitivi* che sono unicità della Shoah e scudo discorsivo dell'antisemitismo. Paradossalmente, proprio esaminare tali tre differenze, altra faccia della medaglia delle somiglianze, lungi dal minimizzare le responsabilità di Israele, o di Netanyahu, o di tutti i paesi che li hanno sostenuti dichiaratamente, come gli Usa, o tacitamente, come l'Unione Europa, finisce solo per aggravarle.

²² CARACCIOLLO 2025.

²³ Cfr., sin dal (sotto)titolo, QUINN 2024.

La *prima* differenza, la più ovvia ma non per questo meno importante, consiste nel fatto che, mentre la Shoah aveva solo precedenti noti agli addetti ai lavori, come il genocidio armeno, Gaza ha il *precedente* enorme rappresentato dalla stessa Shoah. Non è un caso che, come noto, i reduci di Auschwitz abbiano taciuto per trent'anni, sino al processo Eichmann e alla prima memorialistica ebraica; l'idea che in uno dei paesi più civili dell'Occidente avesse potuto compiersi il sacrificio di una minoranza, per ragioni razziali e per scopi di conquista, era letteralmente indiscutibile *prima*: sicché ha dovuto essere sdoganata (per così dire).

Niente di tutto ciò, invece, per Gaza; anzi, verrebbe da dire che, se a compiere gli eccidi non fossero stati gli israeliani, con le possibili implicazioni anti-semitiche delle accuse loro rivolte, lo stereotipo dell'Olocausto sarebbe scattato automaticamente: com'era scattato per casi di pulizia etnica come Srebrenica (1995), ma anche per casi di genocidio generalmente ammessi, come il Ruanda. In questo, la rete eredita, non si sa per quanto, le categorie dell'età della scrittura; ogni eccidio su larga scala, da chiunque compiuto, farebbe scattare lo stesso stereotipo: anche se si trattasse di cifre ben minori di quelle della mattanza palestinese.

La Shoah ha davvero cambiato la percezione degli eventi, almeno in Occidente, salvo sempre far scattare lo scudo discorsivo dell'antisemitismo. A mostrare che si tratta davvero solo di scudo discorsivo, peraltro, basterebbe ricordare che prima della Shoah lo stereotipo antisemita era profondamente diverso: sostanzialmente, quello cattolico del popolo deicida. Anche da questo punto di vista, non c'è più l'anti-semitismo di una volta; dopo una lunga serie di guerre vinte, Stato ed esercito israeliani saranno forse più odiati in Medio-Oriente ma sono sempre più ammirati da tutte le destre occidentali: ormai convinte di aver sacrificato l'agnello sbagliato.

Restando allo stereotipo della Shoah, per contro, colpisce come invece la destra di governo israeliana (Likud e partiti ultra-ortodossi), se ne sia mostrata infinitamente più incurante di tutte le altre destre internazionali. Queste – si pensi solo all'italiana – si sono ben guardate dal prendere subito le distanze da Netanyahu: anche perché, visti i precedenti, nel loro caso lo stereotipo antisemita sarebbe scattato immediatamente. La destra israeliana, invece, non sembra essersene mai preoccupata: quasi che persecuzioni subite, unicità della Shoah e scudo dell'antisemitismo potessero preservare per sempre il popolo eletto da ogni sospetto di genocidio²⁴.

La *seconda* differenza fra Shoah e Gaza consiste – detto brutalmente – nell'impossibilità tecnica del genocidio degli ebrei ma non del genocidio palestinese. Ancora più brutalmente, sterminare *tutti* gli ebrei, dopo la Diaspora, era tecnicamente impossibile: beninteso, a meno di una conquista nazista dell'intero pianeta. Questa era comunque la dimensione, tanto universale quanto folle, del progetto genocida di Hitler: la Razza Superiore (“ariana”), sconfitta in guerra, aveva comunque iniziato il lavoro dello sterminio delle Razze Inferiori, a cominciare dai “semiti”; altri avrebbero portato avanti questo compito davvero millenario.

Quel che in Hitler era un progetto di eliminazione di tutte le Razze Inferiori dal pianeta, a partire dal popolo ebraico in Europa e in Occidente, in Netanyahu s'è convertito in una delle tante rese dei conti storiche fra popolazioni medio-orientali: fra israeliani ormai parzialmente ri-orientalizzati, e palestinesi mai del tutto occidentalizzati né occidentalizzabili. Beninteso, neppure Netanyahu può tecnicamente perseguire lo sterminio di tutti i palestinesi: basti pensare agli stessi cittadini israeliani di origine palestinese. Può però espellere più palestinesi possibili da Gaza, sotto la minaccia di genocidio: i gazawi sono tutti concentrati lì.

Stante l'inconcepibilità, in base al dogma dell'unicità, di una Shoah gazawa – ma anche musulmana, ucraina, tibetana... – diviene tecnicamente concepibile una soluzione finale del problema palestinese. Non il genocidio, si ripete, solo minacciato; semmai un esilio che sarebbe simile alla Diaspora ebraica se i vicini di Israele, dall'Egitto alla Giordania, dal Libano alla Siria,

²⁴ Di fatto, quando un oppositore, alla Knesset, ha citato l'accusa di genocidio da parte di Grossman, il presidente dell'assemblea lo ha espulso semplicemente negandola: TRECATIN 2025.

dagli Emirati all'Arabia Saudita, l'avessero mai preso in considerazione. Questo, fra parentesi, è il vero significato dei cosiddetti Accordi di Abramo, firmati da Netanyahu ancora nel 2020 e poi da lui violati; gli arabi avevano detto agli israeliani: "I palestinesi tenetevi voi".

La brutalità di questa seconda differenza – di cui chi scrive è portato a vergognarsi, meno per sé che per quanti stanno davvero valutando i pro e i contra di tutte queste possibilità –, come spesso avviene per le ipotesi brutali, ha almeno un pregio prevalentemente conoscitivo: spiegare il cambiamento dell'opinione pubblica occidentale nei confronti di Israele. Non si dica che il cambio era *in re ipsa*: che bastavano le foto di Gaza rasa al suolo. Si rifletta, invece, che tale opinione pubblica, in settant'anni di conflitti ininterrotti, ha sempre parteggiato per Israele: e progressivamente sempre meno, verrebbe da dire, in virtù della Memoria della Shoah.

Il punto, piuttosto, è che Israele è sempre stato percepito come uno Stato occidentale, democratico e popolato di ebrei anch'essi occidentali: una sorta di testa di ponte dell'Occidente in Medio-oriente, che era poi la stessa ragione per cui Israele era inviso, a dir poco, agli arabi. Bene, se ieri è stato così, oggi non lo è più; l'isolamento attuale di Israele si deve anche a una sua nuova percezione medio-orientale. E forse non si tratta solo di una percezione: settant'anni nel Levante hanno davvero portato Israele a somigliare sempre più agli altri attori mediorientali ai quali, come ai palestinesi, pare estranea l'idea stessa, tutta occidentale, di Stato.

Questo cambio della percezione, per inciso, la dice lunga sull'ipocrisia, cui aderisce ogni ben-pensante occidentale, compreso il sottoscritto, della soluzione "Due popoli, due Stati". Forse, quando a Oslo (1993), nel clima della globalizzazione, il leader palestinese Yasser Arafat e il premier laburista Yitzhak Rabin si sono accordati in tal senso, condividevano ancora, confusamente un progetto di Stato all'occidentale. Quel ch'è certo è che i loro successori odierni, Hamas e il Likud, entrambi finanziati imparzialmente dagli Emirati Arabi, e il cui gioco delle parti è una con-causa nient'affatto minore di Gaza, non potrebbero esserne più lontani.

L'unica cosa certa è che la percezione di Israele come testa di ponte occidentale in Medio-Oriente ha lasciato il posto a narrazioni, se non a realtà, differenti. Come scrive ancora Kepel, «il programma sionista religioso di Itamar Bem-Gvir e di Bezalei Smotrich [i ministri israeliani ultra-ortodossi votati dai coloni cisgiordani, è] sorprendentemente simile a quello dei Fratelli Musulmani, dei salafiti e della *velayat-e fakih* khomeinista, con i primi che [chiedono] l'applicazione della *halakha* e i secondi l'applicazione della *sharia*»²⁵. Altro che Stato palestinese: ormai, per l'Occidente, si tratta di difendere lo Stato democratico israeliano.

La terza differenza, forse la più importante, alla luce del passaggio dall'età della scrittura all'epoca della rete, riguarda proprio le condizioni della comunicazione rispettivamente ai tempi della Shoah e di Gaza. Nel primo caso, nell'età della scrittura, era ancora tecnicamente possibile nascondere i campi di sterminio, appositamente costruiti lontano dalle città tedesche: al punto che gli Alleati, e la stessa Chiesa di Roma, dopo, hanno potuto essere accusati di complicità, per averne saputo e non averne parlato. Accusa plausibile, ovviamente, ma che non tiene conto della prima differenza: lo stereotipo della Shoah, prima della Shoah, non c'era.

Oggi, nascondere Gaza non è più possibile: i palestinesi sono sterminati in diretta, sotto l'occhio delle telecamere. Certo, si è espulsa l'informazione dalla Striscia e affidata la distribuzione degli aiuti a una fantomatica Gaza Humanitarian Foundation: ma si tratta solo di un omaggio automatico alla politica della post-verità. A chi mai si chiedesse come sia stato possibile, per l'attuale governo israeliano, sfidare tale evidenza, inimicandosi l'informazione e l'opinione pubblica occidentale, si possono fornire molte buone ragioni: molte geopolitiche, l'occasione irripetibile per sbarazzarsi dei gazawi, altre puramente comunicative.

Inutile insistere sulle ragioni geopolitiche: quando mai capiterà una congiuntura internazionale più favorevole per chiudere definitivamente la questione di Gaza? Quanto alla ragione co-

²⁵ KEPEL 2024, 65 s.

municativa, nel meraviglioso mondo di Trump ormai tutto è possibile: anche un olocausto compiuto in diretta, alla luce del sole. Quel ch'è certo è che, con l'occupazione della Striscia, si tratterà solo di archiviare la pratica dei sopravvissuti; ad archiviare la Memoria, dopo, ci penseranno gli storici: beninteso se esisterà ancora la storia, e non sarà definitivamente sostituita dalle narrazioni. Allora, l'oblio inghiottirà Shoah e Gaza: ma, si badi, le inghiottirà insieme²⁶.

5. Conclusione

Anche parlare di Gaza, come s'è fatto in questo lavoro, è un modo paradossale di ricordare la Shoah: un altro rimedio disperato contro la perdita della Memoria. Poco meno disperato di quello da me proposto qualche anno fa: discuterne persino con i negazionisti, considerati come l'ultimo omaggio che l'anti-semitismo rende alla Memoria²⁷. Tutte strategie per combattere il vero nemico, comunque: l'oblio. Nemico paradossale anch'esso: non è forse la rete il ricettacolo di tutta l'informazione, anche quella che vorremmo dimenticare, oggetto di un diritto all'oblio? Certo, la rete ricorda: ma solo alla condizione di rendere indistinguibili i fatti dalle narrazioni.

L'unico vero rimedio a questa sorta di oblio digitale sembra allora questo: continuare nella strana pratica di distinguere i fatti dalle narrazioni, le cose dalle parole. Proprio in questo consiste l'unica e ultima distinzione fra Memoria e (altre) narrazioni: perché anch'essa è una narrazione, con i suoi luoghi comuni e i suoi dogmi. La Memoria non si distingue da altre narrazioni perché corrisponde a fatti storici verificati o non falsificati, à la Karl Popper, ma proprio perché coltiva la pratica di verificare/falsificare. Le narrazioni possono limitarsi ad attirare l'attenzione, la Memoria no. La Memoria deve continuare a dubitare anche di sé stessa.

²⁶ Cfr. EL AKKAD 2025, ma soprattutto GIBELLI 2025: «Se il nome di Auschwitz non travolgerà Netanyahu, sarà Netanyahu a travolgere il nome di Auschwitz».

²⁷ BARBERIS 2021.

Riferimenti bibliografici

BARBERIS M. 2020. *Come internet sta uccidendo la democrazia*, Chiarelettere.

BARBERIS M. 2021. *Auschwitz: la Memoria e l'oblio*, in «Ragion pratica», 57,2, 2021, 633-640.

BARBERIS M. 2024. *L'incanto del mondo. Un'introduzione al pluralismo*, Meltemi.

BARBERIS M. 2025a. *Tre domande su Shoah e genocidio*, in <https://www.ilfattoquotidiano.it/2025/01/27/shoah-genocidio-convivere-con-auschwitz-tre-domande/7850078/>.

BARBERIS M. 2025b. *Geo-diritto. Una teoria terra-Terra*, Giappichelli.

BASHIR B., GOLDBERG A. (a cura di) 2023. *Olocausto e Nakba. Narrazioni fra storia e trauma* (2018), trad. it., Zikkaron.

CAFERRI F. 2025. *Grossman e il genocidio: i fatti contano più delle parole*, in «La Repubblica», 1.8.2025.

CARACCIOLI L. 2025. *La mia idea sullo Stato palestinese*, in «la Repubblica», 28.7.2025.

CONFINO A. 2011. *Foundational Pasts. The Holocaust as Historical Understanding*, Cambridge University Press.

DAZZI, Z., 2025. *Gaza, Liliana Segre: la Paola genocidio è troppo carica di odio e viene usata per vendetta*, in «La Repubblica», 2.8.2025.

EL AKKAD O. 2025. *Un giorno tutti diranno di essere stati contro*, Feltrinelli.

Enciclopedia dell'Olocausto, <https://encyclopedia.ushmm.org/content/it/article/germany-jewish-population-in-1933>.

FOUCAULT M. 1971. *L'archeologia del sapere*, Einaudi (ed. or 1969).

GIBELLI A. 2025. *Dalla Shoah a Gaza*, in mauro.barberis.facebook, 5.8.2025.

GRAZIOSI A 2025. *Genocidio: un grido di propaganda politica*, «il Foglio», 4.8.2025.

GRAZIOSI A. 2022. *La grande guerra contadina in Urss. Bolscevichi e contadini (1918-1933)*, Officina Libraria.

GOLDBERG A. 2025. *Una cattiva memoria dell'Olocausto* (30.7.2025), «il Manifesto», 9.8.2025.

HANNON M. 2003. *The Politics of Post-Truth*, in «Critical Review», 35, 1-2, 2003, 40-62.

HASKI P. 2025. *La strategia comunicativa di Trump travolge il mondo*, <https://www.internazionale.it/opinione/pierre-haski/2025/02/06/trump-strategia-gaza-panama>, 5.8.2025.

INNERARITY D. 2024. *La società dell'ignoranza. Sapere e potere nell'epoca dell'incertezza*, Castelvecchi (ed. or. 2022).

KEPEL G. 2024. *Olocausti: Israele, Gaza e lo sconvolgimento del mondo dopo il 7 ottobre*, Feltrinelli.

PISANTY V. 2019. *I guardiani della memoria e il ritorno delle destre xenofobe*, Bompiani.

PISANTY V. 2025. *Antisemita. Una parola in ostaggio*, Bompiani.

QUINN J. 2024. *Occidente. Un racconto lungo 4000 anni*, Feltrinelli.

RICOEUR P. 1967. *Dell'interpretazione. Saggio su Freud*, il Saggiatore (ed. or. 1965).

RICOEUR P. 2003. *La memoria, la storia, l'oblio*, Raffaello Cortina (ed. or 2000)

TRECATIN R. 2025. *Il deputato cita Grossman e viene cacciato dalla Knesset*, «La Repubblica», 6.8.2025.

WIESEL E. 1980. *La notte*, Giuntina (ed. or. 1958).

Verità storica e memoria collettiva. L'ambiguità di un rapporto necessario

Historical Truth and Collective Memory.
The Ambiguity of a Necessary Relationship

CORRADO DEL BÒ

Professore ordinario di filosofia del diritto, Università degli studi di Bergamo.
E-mail: corrado.delbo@unibg.it

ABSTRACT

L'articolo esamina il rapporto tra storia e memoria, cercando di individuare i punti di contatto, così come le tensioni che si possono creare. Se la conoscenza storica consente di fare i conti col passato, è anche vero che le contingenze politiche possono suggerire strategie evasive rispetto a ciò che di male una comunità politica ha fatto, favorendo così la costruzione di una memoria mutilata. A sua volta, una memoria basata su elementi parziali incide negativamente su una corretta comprensione storica, agevolando falsificazioni più o meno ampie del passato. Scopo dello scritto è chiarire i meccanismi che stanno dietro questi processi, ipotizzando linee teoriche capaci, se non di risolvere i problemi, perlomeno di delinearne efficacemente i contorni.

The article examines the relationship between history and memory, trying to identify the points of contact, as well as the tensions that can arise. If historical knowledge allows us to come to terms with the past, it is also true that political contingencies can suggest evasive strategies with respect to the bad things a political community has done, thus favoring the construction of a mutilated memory. In turn, a memory based on partial elements negatively affects a correct historical understanding, facilitating more or less extensive falsifications of the past. The aim of the paper is to clarify the mechanisms behind these processes, hypothesizing theoretical lines capable, if not of solving the problems, at least of effectively delineating their contours.

KEYWORDS

storia, memoria, passato, negazionismo

history, memory, past, denialism

Verità storica e memoria collettiva. L'ambiguità di un rapporto necessario

CORRADO DEL BÒ

1. *Introduzione* – 2. *La storia e le autorità epistemiche* – 3. *Guardare in faccia alla realtà e fare i conti col passato* – 4. *La storia e la memoria* – 5. *Conclusioni*.

1. *Introduzione*

A cavallo tra il XX e il XXI secolo, in varie forme, un po' in tutta Europa sono stati realizzati, spesso all'interno di politiche culturali di più ampio respiro, numerosi interventi normativi finalizzati alla costruzione e alla protezione, talvolta addirittura con la sanzione penale, di una memoria pubblica condivisa, nella quale l'Olocausto, per il suo significato storico e morale, ha finito inevitabilmente per occupare un posto centrale¹. Nemmeno l'Italia si è sottratta a questa corrente, se consideriamo che, con legge apposita, nel 2000 è stato introdotto nell'ordinamento italiano il «Giorno della Memoria», allo scopo di

«ricordare la Shoah (sterminio del popolo ebraico), le leggi razziali, la persecuzione italiana dei cittadini ebrei, gli italiani che hanno subito la deportazione, la prigionia, la morte, nonché coloro che, anche in campi e schieramenti diversi, si sono opposti al progetto di sterminio, ed a rischio della propria vita hanno salvato altre vite e protetto i perseguitati»².

Non è probabilmente estranea a questo rilievo crescente del tema memorialistico la riconfigurazione politica che, con la fine della contrapposizione tra blocchi, ha subito l'Europa, a Ovest come a Est; è anzi plausibile ritenere che l'edificazione di nuovi assetti, generali e locali, abbia contribuito in maniera decisiva a porre la questione dell'individuazione dei contenuti storici da trasmettere nel discorso pubblico e istituzionale, nel quadro di comunità politiche nuove o rinnovate³.

Obiettivo di questo scritto non è però esaminare le singole memorie, la loro fabbricazione, i loro sviluppi, i loro intrecci; lo scopo è piuttosto svolgere alcune riflessioni di natura teorica sul rapporto tra storia e memoria, precisando l'area di competenza di ciascuna e così delineando tanto le sovrapposizioni quanto i punti di attrito. In particolare, il paragrafo 2 cercherà di chiarire il ruolo della storia, il paragrafo 3 si interrogherà su come la storia possa aiutarci a fare i conti col passato (anche se la storia da sola non basta) e il paragrafo 4 investigherà l'intreccio che tra storia e memoria si viene a creare.

Nell'insieme, intendo restituire un'idea complessiva per cui, se è vero che tra storia e memoria un rapporto non può non esserci, allo stesso tempo si tratta di un rapporto che finisce spesso per mancare di linearità e così produrre cortocircuiti teorici e pratici difficili da risolvere.

¹ Per un quadro generale, si vedano MASTROMARINO 2018 e DELLA MALVA 2020. Per uno sguardo più specifico sulla protezione penale della memoria, si veda invece FRONZA 2018.

² Legge 20 luglio 2000, n. 211, *Istituzione del «Giorno della Memoria» in ricordo dello sterminio e delle persecuzioni del popolo ebraico e dei deportati militari e politici italiani nei campi nazisti*.

³ FLORES 2020.

2. La storia e le autorità epistemiche

Se volessimo riassumere in poche parole la funzione della storia, non si va molto lontano dal vero se si afferma che la storia mira a comprendere senza giudicare; gli storici analizzano quindi i processi storici allo scopo di descrivere che cosa è accaduto e perché⁴. Ciò non implica che non si possa esprimere un giudizio morale o politico su quel che è accaduto, ma propriamente e principalmente non è questo il compito dello storico e della riflessione storica⁵.

Benché sia nei fatti molto difficile, per non dire impossibile, spogliarsi delle proprie convinzioni personali quando si opera come studiosi (di storia o di altra materia) e benché l'avalutatività della scienza rimanga per molti aspetti un orizzonte verso cui camminare, più che un ideale realizzato; e benché non manchi chi abbia messo in dubbio la separazione tra comprensione e valutazione, tra giudizio storico e giudizio morale⁶; cionondimeno nelle scienze sociali, prese nel loro insieme, rimangono un faro le celebri parole di Max Weber per cui

«quando si parla di democrazia in un'assemblea popolare, non si fa mistero delle proprie convinzioni personali. Anzi, proprio quello di prender partito in maniera esplicita e riconoscibile è il terribile compito e dovere di questo genere di riunioni. In esse le parole non sono strumenti dell'analisi scientifica, ma della lotta politica per conquistare l'opinione altrui. Non sono vomeri per dissodare il terreno del pensiero contemplativo, ma spade da usare contro gli avversari, strumenti di lotta. Utilizzare le parole in questo modo durante una lezione o in un'aula universitaria sarebbe sacrilego. [...] La cattedra di un'università non è posto per profeti e demagoghi»⁷.

In ambito storico, l'espressione “che cosa è accaduto” si riferisce naturalmente al come sono andate le cose⁸ e apre pertanto a un'idea di indagine storica come accertamento dei fatti⁹; un accertamento che ovviamente si preoccupa anche del perché le cose sono andate in un certo modo e che cerca quindi delle *ragioni* che spieghino gli eventi e i loro nessi. Da questo punto di vista, dunque, gli storici svolgono un lavoro che punta a ricostruire, tra le altre cose, quali fossero le intenzioni degli attori, quali i processi decisionali che da quelle intenzioni si sono sviluppati, quali gli accadimenti fuori dal controllo umano che possono averli influenzati, quali gli esiti che si sono prodotti. L'intreccio di questi elementi, così come il loro peso specifico, è chiaramente complicato e una spiegazione che punti a essere esauriente richiede tanto il racconto dei fatti quanto la loro interpretazione¹⁰, secondo uno schema che si attua sia per eventi singoli puntuali sia per eventi complessi, sia dunque, per fare un esempio banale, per il delitto Matteotti sia per il fascismo¹¹.

Così facendo, gli storici assurgono al ruolo di autorità, ma non autorità normative, come sono per esempio i giudici, bensì autorità *epistemiche*. In questo senso, gli storici sono studiosi che ricostruiscono i fatti e danno loro un'interpretazione avendo una specifica competenza per farlo: per questo ciò che affermano su una certa materia, si tratti di uno specifico evento storico o di

⁴ BLOCH 2009, cap. 4.

⁵ Sempre BLOCH 2009, 135, rampognando l'idea del “giudice Minosse”, osserva, con una certa ironia sarcastica, che «per lungo tempo lo storico è stato considerato come una specie di giudice degli Inferi, incaricato di distribuire elogi o biasimi agli eroi morti».

⁶ Per esempio, BLOXHAM 2020, che argomenta in favore di una revisione dei criteri storiografici diffusi e un conseguente recupero dell'elemento valutativo nell'attività degli storici.

⁷ WEBER 1997, 105-109.

⁸ Soggiacente a questa tesi, c'è quella che comunemente va sotto il nome di versione realistica di verità. Essa risale al *Cratilo* di Platone ed è stata variamente difesa in storia della filosofia, per esempio in D'AGOSTINI 2011, cap. 5.

⁹ Affronterò più avanti, nel § 3, la questione di come selezionare i fatti e del rapporto tra selezione e accertamento.

¹⁰ Questa distinzione è puramente analitica: difficile pensare che l'interpretazione possa essere separata dal racconto, salvo ridurre il secondo a un mero elenco di avvenimenti.

¹¹ Il tema più generale è chiaramente quello della causalità in storia, su cui, tra i molti, cfr. CARR 2000, 95-116.

una più ampia epoca storica, è valido e importante. In quest'ottica, dunque, se noi vogliamo sapere come sono andate le cose e perché sono andate in quel modo, ci rivolgiamo agli storici e il loro parere conta in una misura nettamente superiore a quello di semplici dilettanti, quelle persone cioè che, per quanto appassionate, hanno delle conoscenze superficiali di questo o quell'evento; né più né meno, per verità, del fatto che di medicina ne sanno i medici e non i pazienti dei medici¹².

Ciò consente di fissare un punto ulteriore: gli storici non sono i testimoni. Ora, è vero che da qualche decennio è diventata centrale la figura del testimone¹³, cioè di colui o colei che racconta quel che ha vissuto alle persone che non c'erano; si tratta di un fenomeno che si è progressivamente cristallizzato in una forma peculiare, per cui possiamo osservare, con le parole di Pisanty (2019, 56), che «la funzione documentaria della testimonianza è stata progressivamente spodestata da una sempre più vistosa sacralizzazione della figura del testimone, la cui parola viene caricata di un valore di verità che esula dai parametri dell'indagine storiografica».

Ovviamente la storia è fatta anche di testimoni e testimonianze, e anzi si può osservare che, per lungo tempo, la storia è consistita nel ripetuto tramandarsi di ciò cui qualcuno degno di fede aveva assistito in prima persona, pur rimanendo costantemente ferma e chiara la distinzione tra racconto storico e favola, tra realtà e immaginazione. La storia come la intendiamo oggi, come disciplina di studio che lavora sulle fonti, è stata però un superamento di questo modo di procedere, grazie a un progressivo spostamento di fuoco sui documenti¹⁴.

In questo nuovo approccio, testimoni e testimonianze perdono così centralità, conservando un rilievo soltanto nella misura in cui possono svolgere una funzione documentaria; la loro veridicità richiede però il filtro del metodo storico, che rimedi, tra le altre cose, al non trascurabile problema della loro affidabilità¹⁵. Come ricorda Marc Bloch,

«che i testimoni non debbano per forza esser creduti sulla parola, i più ingenui fra i poliziotti lo sanno bene. Salvo poi non ricavare sempre da questa conoscenza teorica le debite conseguenze. Parimenti, è molto tempo che ci si è resi conto che non si possono accettare ciecamente tutte le testimonianze storiche. Ce l'ha insegnato un'esperienza antica quasi quanto l'umanità: più di un testo si spaccia di una provenienza diversa da quel che sia in realtà: non tutti i racconti sono veridici e persino le tracce materiali possono essere truccate»¹⁶.

Questo, si noti, vale anche per le testimonianze in assoluta buona fede. Primo Levi fissava il punto con grande chiarezza:

«la memoria umana è uno strumento meraviglioso ma fallace. È questa una verità logora, nota non solo agli psicologi, ma anche a chiunque abbia posto attenzione al comportamento di chi lo circonda, o al suo stesso comportamento. I ricordi che giacciono in noi non sono incisi sulla pietra; non solo tendono a cancellarsi con gli anni, ma spesso si modificano, o addirittura si accrescono, incorporando li-

¹² La possibile difficoltà di catalogare qualcuno come professionista o come dilettante, nonché il fatto che possono talvolta esserci alcuni dilettanti che ne sanno di più di alcuni professionisti, non implica che la distinzione non regga in generale e la competenza, che è quanto dire conoscenza, risieda nei professionisti. Il tema è esplorato acutamente in NICHOLS 2017.

¹³ L'era del testimone, come è stata definita nel notissimo libro omonimo di WIEVORKA 1999.

¹⁴ POMIAN 2001, 53-59.

¹⁵ Celeberrimo il caso del libro del 1995 *Frantumi. Un'infanzia 1939-1948*, scritto da Bruno Dösekkler ma uscito a nome di Benjamin Wilkomirski, in cui l'autore racconta della sua vita da bambino ad Auschwitz, quale unico membro della sua famiglia a scampare alla morte; nel giro di pochi anni la sua menzogna fu scoperta e il libro ritirato dal mercato. Un'altra vicenda assai nota è quella del sindacalista spagnolo Enric Marco, che si spacciò per un sopravvissuto del campo di Flossenbürg; la sua vicenda è raccontata in forma narrativa da Javier Cercas nel suo libro del 1995 *L'impastore*.

¹⁶ BLOCH 2009, 104.

neamenti estranei. Lo sanno bene i magistrati: non avviene quasi mai che due testimoni oculari dello stesso fatto lo descrivano allo stesso modo e con le stesse parole, anche se il fatto è recente, e se nessuno dei due ha un interesse personale a deformarlo»¹⁷.

Da questo punto di vista, vale l'analogia con il diritto: come il giudice decide, emettendo sentenza, anche avendo sentito i testimoni, ma ascoltare i testimoni è soltanto una parte di quel lavoro di ricostruzione, in fatto e in diritto, che conduce alla sentenza e che comprende in ogni caso la verifica dell'attendibilità dei testimoni¹⁸; allo stesso modo, il ruolo dei testimoni è importante ma interrogare i testimoni e accertare che le loro testimonianze siano veridiche non esaurisce il lavoro storico e il lavoro dello storico, sicché, ancora una volta, chi ha assistito a certi eventi o addirittura li ha vissuti in prima persona, per quanto abbia evidentemente contezza dei fatti che lo o la riguardano, non è un'autorità epistemica come lo è invece storico che ha studiato quegli eventi e possiede il quadro d'insieme dei fatti che manca invece al testimone.

L'insistenza su questo ruolo degli storici e su questo loro essere autorità epistemiche è importante perché è essenzialmente grazie al lavoro degli storici che noi siamo in grado di sviluppare una conoscenza storica corretta e così guardare in faccia alla realtà che è stata, senza dunque indulgere a tutti quei luoghi comuni, di carattere storico o a sfondo storico, che non solo affollano, ma anche orientano, la nostra vita sociale¹⁹.

Facciamo qualche esempio. Si suole affermare che “quando c’era lui, i treni arrivavano in orario” e il lui sarebbe Benito Mussolini. Questo è appunto un luogo comune, che sconfina quasi nella falsificazione della realtà e a riguardo del quale la miglior chiosa di sempre rimane quella di Massimo Troisi «Allora dovevano farlo capostazione!»²⁰, evidentemente con ciò riferendosi al fatto che, anche ammesso che i treni in epoca fascista arrivassero in orario, non è comunque questo il punto che dovrebbe attrarre il nostro interesse²¹. Oppure un altro luogo comune, quello degli “Italiani, brava gente”, che in realtà sarebbero rifuggiti dagli eccessi che altri invece non hanno esitato a compiere²². O ancora, un altro luogo comune, il cattivo tedesco e il bravo italiano, per cui erano i Tedeschi i veri cattivi e in fondo gli Italiani non erano così cattivi, hanno fatto un po’ i cattivi ma con dei limiti²³.

Quest’ultimo luogo comune aveva anche, per verità, un significato politico contingente che non va trascurato sul piano del giudizio complessivo. C’era infatti da mobilitare la popolazione contro i Tedeschi durante la seconda guerra mondiale, soprattutto dopo l’armistizio del 1943; c’era l’esigenza di separare i destini di Italia e Germania ed evitare una pace punitiva o eccessivamente punitiva; c’erano, ed era questo in verità un obiettivo meno nobile, da preservare i criminali di guerra italiani da processi e da epurazioni; c’era, e qui invece agiva un elemento ideologico, da salvare la distinzione tra popolo e regime, e quindi anche una certa lettura, marxista sostanzialmente, del fascismo²⁴.

Molte e di vario tipo possono essere le ragioni che si sedimentano nei luoghi comuni, ma riman-

¹⁷ LEVI 2007, 13.

¹⁸ Il film di Sidney Lumet del 1957 *La parola ai giurati* rimane una raffigurazione cinematografica insuperata di come un accertamento dei fatti fondato quasi esclusivamente sulle testimonianze sia, in sede processuale, un percorso irto di insidie.

¹⁹ Sul luogo comune in generale il rimando obbligato è a BARTHES 1998, mentre per una casistica di alcuni luoghi comuni che vanno oggi per la maggiore in storia si può vedere GREPPI 2021. Per un approfondimento sui luoghi comuni e sulla loro diffusione nel mutato contesto tecnologico, cfr. BARTEZZAGHI 2019.

²⁰ La battuta, celeberrima, è pronunciata nel film del 1987 *Le vie del Signore sono finite*.

²¹ FILIPPI 2019 mostra comunque, in maniera efficace, che i luoghi comuni favorevoli al fascismo sono storicamente infondati.

²² Su questo punto ci soccorrono gli studi di Angelo Del Boca, in particolare DEL BOCA 2005.

²³ Su questo tema si veda FOCARDI 2013.

²⁴ FOCARDI 2013, 7-9.

ne comunque che sono luoghi comuni: apparentemente una forma di “saggezza popolare storica”, che però, a un più attento esame, non è molto saggezza e non è nemmeno storica, dal momento che i luoghi comuni sono per loro natura sintesi molto semplificate e semplificatrici, laddove la storia è invece, e prima di tutto, complicazione, essendo la realtà sfaccettata e piena di sfumature.

Se il luogo comune e la semplificazione sono avversari insidiosi, il vero nemico della storia rimane comunque la falsificazione, a maggior ragione se deliberata. Un esempio abbastanza standard di (tentativo di) falsificazione è il negazionismo olocaustico, secondo cui non sarebbe mai esistito un progetto nazista per lo sterminio deliberato degli ebrei né sarebbero conseguentemente esistiti i mezzi, in modo particolare le famigerate camere a gas, con cui attuarlo²⁵. Portate avanti, in genere, in ambienti più o meno apertamente neonazisti, ma credute anche al di fuori di questi circoli²⁶, queste falsità sono state smascherate dal lavoro degli storici, cioè dalle autorità epistemiche: sono gli storici che ci danno gli strumenti per affermare che queste persone stanno spargendo falsità, assassinando la memoria²⁷; e altre figure, anch’esse autorità epistemiche, sono in grado di spiegare i meccanismi che consentono ai discorsi negazionisti di funzionare²⁸.

Certo, questo esempio è facile, perché in questo caso il lavoro storico consente di contrastare le riabilitazioni del regime che incarna il paradigma del male assoluto; in altri casi, però, quello che ci dicono gli storici può non essere affatto consolatorio, può essere anzi fastidioso, per alcuni aspetti addirittura urticante, come è nell’esempio menzionato prima degli “Italiani, brava gente”. Questo perché gli storici spesso mostrano che c’è molto grigio nelle situazioni in cui noi troveremmo maggior conforto a ragionare in termini di bianco e di nero; il compito della storia è però proprio questo, quello di guardare, e farci guardare, in faccia alla realtà, anche quando la realtà, in questo caso una realtà passata, non è piacevole, perché ci racconta delle cose che non ci piace sentirci raccontare.

3. *Guardare in faccia alla realtà e fare i conti col passato*

Sapere come sono andate le cose, senza mistificazioni consolatorie, ci dà anche gli strumenti per evitare che accadano di nuovo? Comprendere che cosa è accaduto e perché, comprendere come è potuto accadere per esempio che l’Europa abbia ospitato campi di sterminio e camere a gas, può funzionare come un vaccino? La consapevolezza consente di prevenire fatti analoghi, di evitare che accadano di nuovo, di dare vigore al “mai più”?

In realtà, non c’è prova che la conoscenza storica funzioni davvero come vaccino, se per esempio consideriamo che negli ultimi venti anni l’incremento di eventi commemorativi e di leggi a protezione della memoria è andata di pari passo con una recrudescenza dell’intolleranza e della xenofobia²⁹. Eppure, rimane diffuso e apparentemente condiviso il richiamo a rinunciare alle narrazioni di comodo e, come usa dire, a “fare i conti col passato”, elaborandolo e così superandolo, secondo uno schema che attinge alla psicologia e che persegue un chiaro intento educativo e pedagogico.

A dispetto delle assonanze, fare i conti col passato non equivale a chiudere i conti con il passato e a sua volta chiudere i conti col passato non necessariamente passa attraverso una resa dei

²⁵ La storia del negazionismo olocaustico è esaurientemente tracciata in VERCCELLI 2013.

²⁶ Anche per questo, in DEL BÒ 2014 ho discusso il tema con riferimento all’ipotesi della figura del negazionista in buona fede, pur sapendo che nella maggior parte dei casi i negazionisti olocaustici in buona fede non sono.

²⁷ La definizione di “assassini della memoria” è il titolo di uno dei primi lavori storici sul tema del negazionismo, VIDAL-NAQUET 2008. A Vidal Naquet risale la distinzione tra discutere con i negazionisti, che allo storico non è concesso, e discutere sui negazionisti, che invece va fatto.

²⁸ Su questo punto, si veda il pionieristico PISANTY 1998.

²⁹ PISANTY 2019.

conti. Vendette ed epurazioni sono esempi di resa dei conti, ma si possono chiudere i conti con il passato anche in altri modi, per esempio con i processi, con le amnistie o con un qualche tipo di riconciliazione³⁰; e tuttavia si possono chiudere i conti senza davvero fare i conti.

Consideriamo il caso della Germania che, nel doversi misurare nel secondo dopoguerra con l'enormità del nazismo, ha optato per la via giudiziaria. Possiamo ricordare, senza pretese di esaustività, il primo processo di Norimberga, quello più noto e celebrato tra il 1945 e il 1946 da corti composte dagli Alleati vincitori della seconda guerra mondiale contro i gerarchi nazisti, che ha portato alla condanna a morte di 12 dei 24 imputati³¹; i cosiddetti processi secondari di Norimberga, che furono celebrati tra il 1946 e il 1948 da corti composte solo da Americani, perché nel frattempo era saltata l'alleanza antinazista, uno dei quali – quello noto come il “processo ai giuristi” – magnificamente raffigurato da Stanley Kramer in *Vincitori e vinti*; i processi che le corti tedesche nella neonata Repubblica federale tedesca, soprattutto per impulso del procuratore dell'Assia Fritz Bauer, hanno istruito per quanti occupavano ruoli minori nel regime; il secondo processo di Auschwitz, quello svolto tra il 1963 e il 1965 a Francoforte contro ventidue collaboratori del campo di sterminio³².

Come è noto, questo tipo specifico di chiusura dei conti, di suo, non si rivelò priva di difficoltà. Innanzitutto, perché la punizione dei colpevoli pose da subito la questione dell'irretroattività della sanzione penale e la questione della competenza delle corti a giudicare³³. Inoltre, alla restituzione dei beni confiscati arbitrariamente e ai risarcimenti per le vittime si frapposero una serie di ostacoli pratici non trascurabili, acuiti a volte dalla resistenza di chi se ne era impadronito e dall'eccessiva timidezza di chi doveva preoccuparsi di darvi attuazione. In terzo luogo, retribuzione e risarcimento non potevano nei fatti essere completamente disgiunti dalla necessità di garantire una felice transizione verso la democrazia. Infine, la via giuridica imponeva una messa in stato d'accusa dell'intera popolazione tedesca, poiché è innegabile che i crimini del nazismo abbiano prodotto benefici per molte persone e che, per esempio, della requisizione dei beni ebraici abbiano beneficiato gli acquirenti, gli intermediari, gli agenti immobiliari, le banche, i banchi dei pegni, i notai, gli avvocati, le case d'asta, e via discorrendo, ovvero una platea più ampia di quella che aveva direttamente o indirettamente ucciso le persone.

Se dunque alla fine i conti furono chiusi presto e in maniera relativamente mite, furono anche fatti i conti col passato? Nell'immediato, sicuramente no³⁴. Il contesto politico nel suo insieme certamente non fu di aiuto per questo e anzi costituì un ostacolo importante. Dopo la fine della seconda guerra mondiale e l'inizio della contrapposizione tra blocchi, la Germania si trovò infatti divisa in due, la Repubblica federale tedesca o Germania ovest che entrò nella sfera d'influenza della Nato, e la Repubblica democratica tedesca o Germania est, che finì per gravitare nell'orbita dell'Unione sovietica, con Berlino che riproduceva in piccolo quel che era stato realizzato in grande per la Germania: una città divisa in due, Berlino Ovest parte della Repubblica federale tedesca ma *enclave* nella Repubblica democratica tedesca, e Berlino Est capitale della DDR al cui interno è geograficamente situata.

Così, mentre la Germania ovest scelse, su impulso del suo primo cancelliere, Konrad Adenauer, la strada di scordare il passato accettando un futuro liberal-democratico, a Est si procedet-

³⁰ Traggo questa articolazione teorica dei diversi modi di chiudere i conti con il passato da PORTINARO 2010. Sul chiudere i conti nelle transizioni politiche, si veda anche ELSTER 2008.

³¹ Sui Processi di Norimberga, si veda per esempio PRIEMEL 2016. Una ricostruzione da “testimone protagonista” è invece quella contenuta in TELFORD 2006.

³² Resta fuori da questo elenco, perché celebrato a Gerusalemme, uno dei processi più noti, quello ad Adolf Eichmann, che si svolse nel 1961 dopo un rocambolesco rapimento realizzato dal Mossad in Argentina, dove Eichmann si era rifugiato, e che si concluse con la condanna a morte dell'imputato. È tuttavia indubbio che quel processo ebbe una vasta eco nell'opinione pubblica mondiale e certo ebbe un ruolo nella presa di coscienza collettiva rispetto a quello che era accaduto sotto il regime nazista. Come è noto, il reportage del processo confluì in ARENDT 2001.

³³ Per una sintesi delle criticità giuridiche del “modello Norimberga”, cfr. ZOLO 2006.

³⁴ SPECCHER 2022.

te a una serie di processi sommari per poi optare per una narrazione di comodo: la denazificazione era terminata, i nazisti rimasti erano tutti a Ovest e quindi anche il muro di Berlino, che di lì a pochi anni sarebbe stato eretto per impedire la fuga verso Ovest, poté essere presentato come il “vallo antifascista” in grado di tenere fuori i fascisti da Berlino est³⁵.

Vicende analoghe avvennero peraltro anche altrove. De Gaulle riuscì a far sedere la Francia al tavolo dei vincitori anche grazie alla narrazione per cui sarebbe stata vittima di un gruppo di criminali, con i correlati miti delle “due Vichy” e della Francia che ha resistito, quando invece sappiamo che buona parte dei francesi collaborò attivamente anche alle operazioni più turpi delle forze di occupazione tedesca³⁶. Oppure l’Austria, che, dopo essersi unita con entusiasmo alla Germania nel 1938, con una vera e propria fusione degli apparati amministrativi, con molti funzionari che poi fecero carriera e furono implicati anche in un numero proporzionalmente molto alto nell’Olocausto, dopo la liberazione fece finta di nulla; gli Austriaci semplicemente smisero di essere nazisti ritenendo di non esserlo mai stati³⁷. O i tifosi dell’Ajax, la squadra di calcio di Amsterdam, che si auto-rappresentano come ebrei, senza esserlo, in un paese che si è a lungo auto-rappresentato come difensore degli ebrei, nonostante proprio in Olanda gli ebrei abbiano subito una delle deportazioni più massicce³⁸.

Potremmo moltiplicare gli esempi, ma il senso del discorso è in definitiva questo: altro che fare i conti col passato, la strada più consueta è piuttosto quella di rimuoverlo, e questo indipendentemente dal fatto che siano stati chiusi i conti, anche eventualmente in forma di resa dei conti. Non è colpa naturalmente della storia, la quale, a chi voglia utilizzarla, permette sempre di fare i conti col passato e di guardare in faccia alla realtà per come è stata; l’incentivo a utilizzarla rimane però basso e spesso si preferisce accantonarla, poiché la realtà cui guardare in faccia può essere troppo spiacevole, sicché risulta più confortante affidarsi a narrazioni depurate delle sgradevolezze della “realità effettuale”.

Ci aveva visto giusto Renan quando ebbe ad affermare che:

«l’oblio, e [...] persino l’errore storico, costituiscono un fattore essenziale nella creazione di una nazione, ed è per questo motivo che il progresso degli studi storici rappresenta spesso un pericolo per le nazionalità. La ricerca storica, infatti, riporta alla luce i fatti di violenza che hanno accompagnato l’origine di tutte le formazioni politiche»³⁹.

Dopotutto, si potrebbe chiosare, nessuna comunità politica ama ammettere di essere nata secondo modalità eticamente spurie, poiché ammetterlo potrebbe significare tanto una minore legittimazione verso l’esterno quanto una ridotta capacità di coesione all’interno.

In questo senso, non è strano che la stessa ricostruzione della Germania dopo la fine della Seconda guerra mondiale scontasse una dose di oblio importante, seppure, come abbiamo visto, declinato diversamente a Ovest e a Est: quel che era accaduto era così enorme, aveva interessato così tante persone, che tacere e fingere che non fosse mai esistito diventava una soluzione obiettivamente desiderabile per tutti. Gli eventi avrebbero però presto dimostrato che questa soluzione non avrebbe potuto durare: troppo grave, del resto, quel che era avvenuto in Germania tra il 1933 e il 1945 perché la coltre del silenzio potesse resistere e inspessirsi.

Quando in Germania ovest fu istruito il già menzionato secondo processo di Auschwitz, si

³⁵ Sul muro di Berlino e le vicende che vi sono ruotate attorno, si veda FALANGA 2017. Il tema dei processi alle “guardie al muro” è oggetto di VASSALLI 2001.

³⁶ PAXTON 1999.

³⁷ SCHWARZ 2019, 267-274.

³⁸ WINNER 2017 ricostruisce questo strano percorso che conduce a una “ebraicità adottiva” che non ha però alcun fondamento storico.

³⁹ RENAN 2004, 7.

innestò infatti un conflitto generazionale per cui i figli volevano sapere dai genitori della loro vita e delle loro azioni sotto il regime nazista: il passato che si era provato a rimuovere ritornava a galla per via della pressione che imprimevano le giovani generazioni⁴⁰. In quel caso fu possibile e anzi necessario guardare in faccia alla realtà e fare i conti col passato, anziché far finta che un manipolo di criminali si fosse impossessato delle leve del potere dello Stato tedesco e tutti gli altri ne fossero vittime.

Riconoscere invece con franchezza che, a vari livelli e nei vari contesti nazionali occupati, il regime nazista aveva trovato un'ampia schiera di persone disposte a collaborare in maniera più o meno solerte, e aveva potuto fare affidamento su molte altre che, pur senza partecipare direttamente ai suoi crimini, voltarono la testa dall'altra parte, non era un punto di poco conto: significava ammettere che il nazismo non era affare di pochi esseri diabolici e che non era perciò praticabile l'ipotesi di ricostruirsi un passato immacolato e per questa via sminuire le proprie colpe, come individui *in primis*, ma anche come membri di una nuova comunità politica⁴¹.

4. *La storia e la memoria*

Questi ragionamenti vanno ora intersecati con la questione della memoria. La memoria non è naturalmente la storia. Questo perché, così si potrebbe essere tentati di pensare, la memoria è una rappresentazione del passato per estrapolazione, frutto, per così dire, di un carotaggio sul passato che ci consente di individuare quegli eventi che, per qualche ragione, rivestono un significato particolare. Da questo punto di vista, dunque, si potrebbe ritener che l'elemento di distinzione stia nel fatto che la memoria collettiva⁴² è innanzitutto *selettiva*, né più né meno di quanto lo sia la memoria individuale: non ci ricordiamo tutto, dimentichiamo anzi molto, ma ci ricordiamo assai bene di quegli eventi che pensiamo che meglio ci rappresentino e definiscano quindi la nostra identità.

In realtà, però, anche la storia è selettiva. Infatti, non tutti i fatti del passato sono anche fatti storici, nel senso che solamente alcuni fatti, tra i molti accaduti, acquisiscono un'importanza che consente loro di assurgere all'empireo della storia. Come ci ricorda Edward Carr, lo storico «ha il duplice compito di scoprire i pochi fatti veramente importanti e di trasformarli in fatti storici, e di trascurare i molti fatti privi di importanza come non storici»⁴³. In questo senso,

«i fatti storici non si possono minimamente paragonare a pesci allineati sul banco del pescivendolo. Piuttosto, li potremmo paragonare a pesci che nuotano in un oceano immenso e talvolta inaccessibile: e la preda dello storico dipende in parte dal caso, ma soprattutto dalla zona dell'oceano in cui egli ha deciso di pescare e dagli arnesi che adopera: va da sé che questi due elementi dipendono a loro volta dal genere di pesci che si vuole acchiappare. In complesso, lo storico si impadronisce del tipo di fatti che ha deciso di cercare. La storia è essenzialmente interpretazione»⁴⁴.

Il punto decisivo per distinguere storia e memoria è piuttosto un altro e consiste nel fatto che, la memoria, nel suo esser selettiva, è *sacralizzante*. Ciò significa che la memoria, più che un mezzo per guardare in faccia alla realtà, diventa un mezzo per guardare alla realtà come vorremmo che fosse, compreso anche e forse soprattutto il nostro ruolo in quella realtà; in tal modo, la memoria

⁴⁰ Questo conflitto generazionale, con conseguente cambio di mentalità rispetto alla questione del passato nazista, è ben raccontato, con uno sguardo che spazia dalla società nel suo insieme alle vicende della sua famiglia, in SCHWARZ 2019.

⁴¹ Non a caso JASPERS 1996 individua nella colpa politica l'unica colpa che a tutti i Tedeschi, anche agli oppositori del regime nazista, non può non essere attribuita collettivamente e senza distinzioni.

⁴² La nozione risale, come noto, a HALBWACHS 2024.

⁴³ CARR 2000, 19.

⁴⁴ CARR 2000, 28-29.

diventa, in ultima analisi, uno strumento di giustificazione per quel che abbiamo fatto, noi di persona o la comunità cui apparteniamo, e di esonero da colpe per quel che è stato compiuto, collocandoci “dalla parte giusta della storia”.

Anche se sono accomunate dall'obiettivo di rapportarsi al passato in modo utile per il presente, memoria e storia imboccano allora, a ben guardare, due percorsi distinti, per quanto in certi punti incrociantisi: la storia serve a comprendere come sono andate le cose, anche eventualmente per evitare che si ripropongano di nuovo, mentre la memoria serve a costruire delle identità e a dire chi siamo, come individui e come comunità politiche. In un certo senso, la memoria è caratterizzata da “presentismo”: usa il passato, ma con una funzione schiaramente legata al presente, ed è per questo rischiosa, dal momento che favorisce lo schematismo e la banalizzazione, allontanando la complessità che è tipica invece del discorso storico.

Oltre a ciò, la memoria sconta un altro problema, che emerge quando scoppiano disaccordi politici profondi, che retroagiscono sulla memoria, spaccandola o addirittura polverizzandola, e trascinando con sé una convivenza sociale più difficile, poiché viene meno quel sostrato ideologico che le dava forza. Lo vediamo oggi con le “guerre della memoria”, quando cioè si inizia a confliggere sui contenuti da dare a certe scelte memoriali, le quali presuppongono un qualche riferimento al passato, che però è selezionato in modo differente dalle parti in conflitto⁴⁵.

Non è detto che non ci siano mai buone ragioni per selezioni memoriali differenti. Per esempio, l'8 maggio 1945, quando la Germania si arrese definitivamente agli Alleati, fu una cosa diversa per la parte Ovest e per la parte Est del Reich: la caduta del nazismo a Ovest fu una liberazione, ma a Est significò il passaggio sotto un altro totalitarismo; è anche per questo che, da quando la Germania si è riunificata, trovare una memoria condivisa sulla fine della guerra è piuttosto complicato⁴⁶.

La polverizzazione della memoria retroagisce però anche sulla storia. Quando si radicalizzano i disaccordi, si tende a produrre versioni dei fatti storici sempre più di parte, che a volte arrivano addirittura alla falsificazione; e quando queste distorsioni entrano in circolo, liberarsene diventa sempre più difficile, poiché, ancora una volta, si affermano come luoghi comuni. Come ricorda Marc Bloch,

«l'errore non si propaga, non si amplia, non vive, infine, che a una condizione: trovare nella società in cui si diffonde un terreno di coltura favorevole. In essa, inconsciamente, gli uomini esprimono i loro pregiudizi, i loro odi, i loro timori, tutte le loro emozioni forti [...] Una notizia falsa nasce sempre da rappresentazioni collettive che preesistono alla sua nascita»⁴⁷.

In questi casi, in un certo senso, si violano le sfere di competenza: quando i confini tra storia e memoria non sono più delimitati in maniera chiara e plausibile, quando salta il punto di equilibrio, ecco che la memoria fagocita pezzi di storia, perché la memoria, mobilitando passioni e ideologie, e in definitiva la politica, è più potente della storia.

Arriviamo così alla questione del dovere della memoria e della memoria come un antidoto all'oblio. Se vale quel che abbiamo osservato poc' anzi, il punto non è semplicemente che la memoria è selezione di ciò che va ricordato e di ciò che va dimenticato; quando parliamo di dovere di memoria, stiamo affermando che certi fatti *devono* essere ricordati perché fanno parte di quell'atto di definizione della comunità politica che vogliamo essere o, guardando al rovescio della medaglia, della comunità politica che non vogliamo essere. Il dovere della memoria è presentato come un invito al sapere, ma più correttamente dovrebbe essere descritto come un invito al *volere*: non è un obbligo epistemico, bensì un obbligo etico-politico.

⁴⁵ Con riferimento al caso italiano, cfr. FOCARDI 2005.

⁴⁶ SCHWARZ 2019.

⁴⁷ BLOCH 1997, 166-167 e 180.

Esiste però anche un obbligo epistemico, un dovere della storia? Utilizzando le autorità epistemiche, abbiamo cioè il dovere di sapere come sono andate le cose, accettando di guardare in faccia alla realtà e impegnarsi a trasmettere così una storia autentica? Pierre Vidal-Naquet pensava di sì, mentre era scettico sul dovere della memoria, e infatti scriveva con chiarezza di credere «al dovere della storia, l'unico che possa alimentare una memoria autentica»⁴⁸. Ma su che cosa si fonda questo dovere della storia? E che cosa significa “memoria autentica”?

Il primo interrogativo apre evidentemente una questione ben più ampia relativa al valore della conoscenza in generale, che esula dagli obiettivi di questo scritto⁴⁹. Con riguardo specifico invece alla conoscenza storica si può argomentare che ricostruzioni affidabili e non menzognere consentono, di trasmettere conoscenze veridiche ai posteri, cioè a chi verrà dopo di noi, e al contempo permettono di evitare una sorta vittimizzazione secondaria, per cui le vittime degli orrori novecenteschi (e non solo) verrebbero uccise una seconda volta, se non venisse riconosciuto che sono state uccise la prima, come per esempio accade con il già menzionato negazionismo olocaustico⁵⁰.

Al riguardo, risuonano inquietanti le sinistre affermazioni delle SS, così efficacemente sintetizzate, ancora una volta, da Primo Levi:

«In qualunque modo questa guerra finisce, la guerra contro di voi l'abbiamo vinta noi; nessuno di voi rimarrà per portare testimonianza, ma se anche qualcuno scampasse, il mondo non gli crederà. Forse ci saranno sospetti, discussioni, ricerche di storici, ma non ci saranno certezze, perché noi distruggeremo le prove insieme con voi. E quando anche qualche prova dovesse rimanere, e qualcuno di voi sopravvivere, la gente dirà che i fatti che voi raccontate sono troppo mostruosi per essere creduti: dirà che sono esagerazioni della propaganda alleata, e crederà a noi, che negheremo tutto, e non a voi. La storia dei Lager, saremo noi a dettarla»⁵¹.

Quanto al secondo interrogativo, “che cosa è una memoria autentica?”, se vale quel che ho suggerito in precedenza, si potrebbe osservare che “memoria autentica” è un sintagma privo di senso e anche di poca utilità; dopotutto, se la memoria è ciò che definisce il tipo di comunità politica che vogliamo essere, basta che noi siamo una buona comunità politica, anche se la costruiamo su una memoria che tace su alcuni aspetti del nostro passato o è addirittura antistorica. Fu, come ricordavo sopra, la strategia di Adenauer per la neonata Germania ovest ed è la tesi di Renan (più descrittiva che prescrittiva, per verità) che pure rammentavo prima. Perché cioè la memoria dovrebbe fondarsi realmente sulla storia? Non è sufficiente che essa dia luogo a comunità politiche decenti?

Risponderei così. È probabilmente vero che l'espressione “memoria autentica” non è molto felice dal punto di vista concettuale, ma il punto sostanziale è che la memoria deve fondarsi sulla storia perché soltanto così è in grado di confutare giustificazioni di assetti politici fondate su errori storici. In altre parole, una memoria ancorata alla storia fa sì che il peso della legittimazione degli assetti politici non si regga su errori storici ed evita che tali errori, in mutate circostanze sociopolitiche, possano essere rinfacciati e così cada il sostegno ideologico di quegli assetti.

Si potrebbe osservare che questa considerazione funziona bene per i regimi cattivi, meno quando gli assetti politico-istituzionali sono buoni: il fine del mantenimento di questi assetti giustifica il mezzo di una giustificazione storicamente fasulla. La mia risposta è che anche in questo caso non va bene: il falso non fa un buon servizio nemmeno agli assetti politico-istituzionali buoni, perché neppure questi assetti sono al riparo dai disaccordi politici profondi, e quando

⁴⁸ VIDAL-NAQUET 2008, 53.

⁴⁹ En passant, osservo tuttavia che, a mio giudizio, la miglior risposta rimane ancora oggi quella di Immanuel Kant: la conoscenza, o meglio osar conoscere, configura l'uscita degli esseri umani dallo stato di minorità (KANT, 2024).

⁵⁰ In questo senso, CUZZI 2013, 66. In modo simile, ma più legato all'idea di dignità umana come fondamento della giustificabilità della criminalizzazione dei discorsi negazionisti, CAPUTO 2014, par. 10.

⁵¹ LEVI 2007, 3.

i disaccordi esplodono, fondamenti storicamente falsi producono un ritorno del rimosso che ci lascia con poche risorse per difendere quegli assetti.

5. *Conclusioni*

La storia consente di guardare in faccia alla realtà e di fare i conti con il passato; in questo senso, la storia è in grado dirci da dove veniamo. La memoria parte dalla storia, ma la rielabora entro un quadro di fini politici più o meno condivisibili; la memoria serve dunque a dirci chi siamo e dove vogliamo andare come comunità politica. Per le ragioni che abbiamo visto in questo scritto non è affatto ovvio che si innesti un circolo virtuoso per cui una migliore comprensione storica consente di generare una migliore memoria e per questa via comunità politiche migliori o almeno decenti; e fare ricorso al diritto, come abbiamo visto parlando delle leggi di protezione penale della memoria, rischia di essere, al di là di ogni altra considerazione, inutile, se non controproducente.

Se dunque non è possibile pensare di innescare l'automatismo “più storia, miglior memoria”, rimane tuttavia importante fare almeno chiarezza sulle sfere di competenza, senza caricare la storia di compiti che non le sono propri e al contempo evitando anche che la memoria incorpori la storia e la pieghi alle proprie esigenze più o meno contingenti. Da questo punto di vista, falsificazione e rimozione sono processi che si assomigliano più di quanto sarebbe lecito attendersi, ed entrambe, in modi diversi, possono ostacolare una corretta rielaborazione del passato, con tutti i problemi che ciò potrebbe comportare.

Riferimenti bibliografici

ARENDT H. 2001. *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme*, Feltrinelli.

BARTEZZAGHI S. 2019. *Banalità. Luoghi comuni, social network e semiotica*, Bompiani.

BARTHES R. 1998. *Il luogo comune*, in Id., *Scritti. Società, testo, comunicazione*, Einaudi, 208 ss.

BLOCH M. 1997. *Riflessioni d'uno storico sulle false notizie della guerra*, in ID., *Storia e storici*, Einaudi, 163 ss.

BLOCH M. 2009. *Apologia della storia o mestiere di storico*, Einaudi.

BLOXHAM D. 2020. *History and Morality*, Oxford University Press.

CAPUTO M. 2014. La “menzogna di Auschwitz”, le “verità” del diritto penale. *La criminalizzazione del c.d. Negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in «Diritto Penale Contemporaneo», 7 gennaio 2014. Disponibile in: <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/2737-la-menzogna-di-auschwitz-le-verita-del-diritto-penale-la-criminalizzazione-del-cd-negazionismo-tra> (consultato il 7 dicembre 2025).

CARR E. 2000. *Sei lezioni sulla storia*, Einaudi.

CUZZI M. 2013. *Il perfezionamento di un Olocausto. Appunti per una storia del negazionismo*, in RECCHIA LUCIANI F.R., PATRUNO L. (eds.), *Opporsi al negazionismo. Un dibattito necessario tra filosofi, giuristi e storici*, Il Melangolo, 51 ss.

D'AGOSTINI F. 2011. *Introduzione alla verità*, Bollati Boringhieri.

DEL BÒ C. 2014. *Menzogne che non si possono perdonare, ma nemmeno punire. Alcune osservazioni filosofiche sul reato di negazionismo*, in «Criminalia», 8, 2014, 285 ss.

DEL BOCA, A. 2005. *Italiani, brava gente?*, Neri Pozza.

DELLA MALVA M. 2020. *Diritto e memoria*, Giuffrè.

ELSTER J. 2008. *Chiudere i conti. La giustizia nelle transizioni politiche*, il Mulino.

FALANGA G. 2017. *Non si può dividere il cielo. Storie dal muro di Berlino*, Carocci.

FILIPPI F. 2019. *Mussolini ha fatto anche cose buone. Le idiozie che continuano a circolare sul fascismo*, Laterza.

FLORES M. 2020. *Cattiva memoria*, il Mulino.

FOCARDI F. 2005. *La guerra della memoria. La Resistenza nel dibattito politico italiano dal 1945 a oggi*, Laterza.

FOCARDI F. 2013. *Il cattivo tedesco e il bravo italiano. La rimozione delle colpe della seconda guerra mondiale*, Laterza.

FRONZA E. 2018, *Memory and Punishment. Historical Denialism, Free Speech and The Limits of Criminal Law*, Springer.

GREPPI C. 2021. *Si stava meglio quando si stava peggio*, Chiarelettere.

HALBWACHS M. 2024. *I quadri sociali della memoria*, Meltemi.

JASPERS K. 1996. *La questione della colpa. Sulla responsabilità politica della Germania*, Raffaello Cortina.

KANT I. 2024. *Che cos'è l'illuminismo*, Editori Riuniti.

LEVI P. 2007. *I sommersi e i salvati*, Einaudi.

MASTROMARINO A. 2018. *Stato e Memoria. Studio di diritto comparato*, FrancoAngeli.

NICHOLS T. 2017. *La conoscenza e i suoi nemici. L'era dell'incompetenza e i rischi per la democrazia*, Luiss University Press.

PAXTON R. O. 1999. *Vichy 1940-1944. Il regime del disonore, il Saggiatore*.

PISANTY V. 1998. *L'irritante questione delle camere a gas*, Bompiani.

PISANTY V. 2019. *I guardiani della memoria e il ritorno delle destre xenofobe*. Bompiani.

POMIAN K. 2001. *Che cos'è la storia*, Bruno Mondadori.

PORTINARO P.P. 2010. *I conti con il passato: vendetta, amnistia, giustizia*, Feltrinelli.

PRIEMEL K. 2016. *The Betrayal: The Nuremberg Trials and German Divergence*, Oxford University Press.

RENAN E. 2004. *Che cos'è una nazione?*, Donzelli.

SCHWARZ G. 2019. *I senza memoria. Storia di una famiglia europea*, Einaudi.

SPECCHER T. 2022. *La Germania sì che ha fatto i conti con il nazismo*, Laterza.

TELFORD T. 2006. *Anatomia dei processi di Norimberga*, Rizzoli.

VASSALLI G. 2001. *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei «delitti di Stato» nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Giuffrè.

VERCELLI C. 2013. *Il negazionismo. Storia di una menzogna*, Laterza.

VIDAL-NAQUET P. 2008. *Gli assassini della memoria. Saggi sul revisionismo e la Shoah*, Viella.

WEBER M. 1997. *La scienza come professione*, Rusconi.

WIEVORKA A. 1999. *L'era del testimone*, Raffaello Cortina.

WINNER D. 2017. *Brilliant Orange. Il genio nevrotico del calcio olandese*, minimum fax.

ZOLO D. 2006. *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Baghdad*, Laterza.

L'ermeneutica di un giurista ermeneutico: Emilio Betti e l'interpretazione

The Hermeneutics of a Hermeneutic Jurist

AURELIO GENTILI

Professore emerito di diritto civile dell'Università Roma Tre.

E-mail: aurelio.gentili@uniroma3.it

ABSTRACT

Il saggio inquadra l'ermeneutica di Emilio Betti nel suo tempo in relazione alle dottrine precedenti e ne valuta l'influsso sulle dottrine contemporanee dell'interpretazione.

The essay frames the hermeneutics of Emilio Betti in his time in relation to previous doctrines and evaluates his influence on contemporary doctrines.

KEYWORDS

interpretazione, legge, contratto

interpretation, law, contract

L'ermeneutica di un giurista ermeneutico: Emilio Betti e l'interpretazione

AURELIO GENTILI

1. *Un programma per un ritratto: l'ermeneutica prima di Betti, al suo tempo e dopo di lui* – 2. *Nascita e tradizione del volontarismo* – 3. *L'opposto indirizzo dell'oggettivismo ermeneutico* – 4. *L'ermeneuticabettiana nelle sue opere maggiori* – 5. *Una valutazione critica* – 6. *Alti e bassi della fortuna postuma di Betti*.

1. *Un programma per un ritratto: l'ermeneutica prima di Betti, al suo tempo e dopo di lui*

A Emilio Betti piacerebbe che io inizi osservando che un giurista si definisce per il suo rapporto con la storia. Che può essere vario: consonanza o dissonanza con il passato, con il proprio presente, con il futuro. Betti fu certamente dissonante con il suo presente ma consonante con il passato remoto, consonante a suo modo con certi indirizzi minoritari e dissonante rispetto a quello a suo tempo dominante, consonante con idee più tardi diffuse ma non promotore di una organica corrente di pensiero. È dunque una figura rilevante ma atipica della nostra scienza giuridica.

Per farne un ritratto, seguirò questo programma: ricordare prima gli orientamenti della dottrina giuridica quando negli anni dieci del novecento egli avviò la sua vita di studioso, poi confrontare per affinità e differenza il suo pensiero con quello dei suoi contemporanei, e infine segnare ciò che di lui è penetrato e ciò che è caduto nella dottrina successiva.

Ma con una limitazione: E.B. è di quegli autori che hanno spaziato dal diritto romano al civile al processuale alla teoria generale ed alla filosofia (vedremo quanto importante nella formazione del suo pensiero)¹. Seguirlo in tutto ciò nell'ambito di una presentazione è impossibile. Per questo mi limiterò ad un solo tema, l'interpretazione, il tema cui egli dedicò gli anni finali e su cui ci restano tre sue ampie opere². Non solo perché non è necessario mangiare tutta la torta per sapere di che sa. Quanto perché, per la formazione, per gli interessi, per la visione del diritto, B. non è mai così bettiano come quando parla di interpretazione.

Le pagine che seguono ne riveleranno le ragioni.

2. *Nascita e tradizione del volontarismo*

Quando Betti cominciò ad occuparsi di ermeneutica dominava il dogma della volontà. La sua formazione era stata lenta e assai risalente. La sua caduta fu rapida e deve molto alla ostilità del nostro Autore.

Le leggi, gli atti, sono fatti di parole. È per loro mezzo che li si intende. Ma forse non solo.

Risale quanto meno a Celso l'ammonimento che *scire leges non hoc est verba earum tenere sed vim ac potestatem*³. E a Papiniano che *in conventionibus contrahentium voluntatem quam verba potius*

¹ Una ampia cognizione della figura e degli interessi e studi di Betti è ora nei due volumi PERLINGIERI, RUGGIERI 2019. Per ragguagli sul ruolo di Betti nella preparazione del codice civile del 1942 v. BRUTTI 2013, 85 ss. Sulla rilevanza del tema dell'interpretazione nel pensiero di Betti v. ora BIROCCHI 2020.

² Nell'ordine, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, prolusione al corso di diritto civile nella romana Sapienza pronunziata il 15 maggio 1948 (BETTI 1948); la monografia *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, edita nel 1949 (BETTI 1949); la *Teoria generale dell'interpretazione* del 1955 (BETTI 1955).

³ D. de legibus, 1, 3.

*spectari placuit*⁴. Di qui l'importanza, sempre sottolineata nell'evo medio da glossatori e commen-tatori, di partire dai *verba* ma per trovare la *mens*, fosse la *mens legis* o la *mens contractus*.

La *mens* ci dice infatti molto di più dei *verba*. Sia nell'interpretazione delle leggi, perché – come noterà un giurista rinascimentale – *per legem scriptam impossibile est omnes casus comprehendere*⁵, e allora per riuscirvi il giurista deve superare lo *scriptum* e ricorrere a uno strumento, la *legis interpretatio*, che dalle leggi scritte deduce *argumenta et rationes*⁶. Sia nei contratti, perché per quanto difficile ne sia l'interpretazione – come si diceva un tempo *quae autem fuit mens vera ipsorum contrahentium Deus novit*⁷ –, comunque *sensus magis quam verba esse spectandum*⁸. Vedremo dopo come da queste premesse sia nato un indirizzo, attento alla riproduzione della *mens*, al cui esito sta anche l'ermeneutica bettiana.

Per ora basterà notare che per cogliere la *mens* occorre l'interpretazione. Con l'interpretazione, osserva Pufendorf, si può trovare il vero significato di leggi e convenzioni in ciò che il loro autore intendeva, almeno nei limiti in cui è riconoscibile da atti sensibili⁹. Ma, correggerà Leibniz, chiedendosi non soltanto *cur lex sit lata*, ma anche *cur sit tuenda*¹⁰; perché il senso non sta solo nelle volizioni ma anche e soprattutto nelle ragioni.

Come condurre, però, in modo scientifico e non arbitrario l'*investigatio mentis per verba aliaque signa*¹¹ postulata dal razionalismo settecentesco? Qui, scartato il metodo rivelatosi impraticabile del *référez legislatif*¹², amato dagli illuministi, praticato dai rivoluzionari francesi, ma una volta messo alla prova presto abbandonato, si propongono regole tecniche – già formalizzate da Dommat e Pothier¹³ nel secolo precedente – la prima delle quali è di non limitarsi alla lettera ma cercare l'intenzione.

Proprio questo è quanto sancisce il *Code civil* nel 1804 riguardo ai contratti, ed il Codice austriaco nel 1811 riguardo alla legge, estendendolo ai contratti: cercare l'intenzione. Lo ripeteranno tutti i codici preunitari e il nostro del 1865, sul punto ricalcato parola per parola sull'austriaco per la legge e sul francese per i contratti.

Di qui il convincimento che interpretare è (ri)conoscere la vera volontà. E per indirizzare l'interprete a riconoscere la vera volontà codici e dottrina prescriveranno di partire dalla lettera, cioè dal senso comune delle parole, ma di non fermarvisi ed investigare l'intenzione attraverso tutti i segni che essa può aver dato di sé.

Ma, dopo i codici, nella ricerca della volontà giuridicamente rilevante si rivela una sostanziale differenza dal passato: poiché diritto è ormai solo la legge e, per estensione, ciò cui la legge dà rilevanza giuridica (come l'atto giuridico), la volontà da ricercare non è più altra che quella che si è manifestata in una disposizione, legale, negoziale, provvidimentale, giudiziale. Si interpreta solo a partire da quei testi, legge, negozio, altri atti, che hanno valore *formale*. L'antico corredo sapienziale scivola nell'ombra. Al massimo, nei limiti in cui sia penetrato nell'ermeneutica prescritta, offre l'intelaiatura dogmatica nel cui quadro l'interprete opera. Vista con sospetto fino a che rispetto ai codici prevarrà l'atteggiamento esegetico; con favore quando esso apparirà insufficiente. Sta in ciò l'essenza di un diritto *positivo*.

⁴ L. 19, ff *de verborum sign.*

⁵ GAMMARO 1584.

⁶ GAMMARO 1584.

⁷ DELLA CORGNA 1572, CCXXXV, n. 4, f. 224 vb.

⁸ DEGLI UBALDI 1585, ad C. 5, 12, 8.

⁹ PUFENDORF 1815, 207.

¹⁰ LEIBNIZ 2020.

¹¹ WOLFF 1740-1748, VI, n. 459.

¹² Adottato da Ferdinando IV di Napoli e Sicilia con il Reale Dispaccio del 1774; riproposto dai rivoluzionari francesi ma poi definitivamente abbandonato in Francia nel 1837.

In tema ALVAZZI DEL FRATE 2004.

¹³ POTIER 1805, 66-73.

Vi sono, in questo approccio positivista, dei punti fermi.

Il primo è che interpretare è una attività cognitiva: il vero senso è un fatto (l'effettiva volontà) che preesiste alla sua ricerca, e interpretare è trovarlo.

Il secondo è che l'interpretazione del diritto diventa interpretazione *nel diritto*¹⁴: il diritto è la legge, o gli atti (come negozi, provvedimenti, sentenze) cui è data "forza di legge".

Il terzo è che il diritto regola la propria interpretazione, che da libera diviene legalmente guidata¹⁵: e quindi "vera" non per corrispondenza alla realtà, ma per corrispondenza al procedimento formalmente imposto all'interprete.

Facile vedere la tendenziale contraddizione tra il primo ed il terzo punto: la verità si cerca con tutti i mezzi, un'ermeneutica legale ne privilegia solo alcuni. Una contraddizione che progressivamente logorerà l'approccio volontarista.

Questi punti, fermi nell'indirizzo *positivista* inaugurato dalle codificazioni e confermato dal positivismo filosofico di metà ottocento, erano ancora fermi nei primi decenni del novecento, e furono gli assunti che anche la dottrina italiana maggioritaria andava ripetendo¹⁶. Non mancarono però accenti diversi: c'era chi dubitava dell'opportunità che la legge regoli l'interpretazione della legge¹⁷, chi rifacendosi ai tedeschi (dopo se ne dirà) pur non rinnegando che il negozio sia nell'intento enfatizzava il ruolo della dichiarazione¹⁸. Ma in quegli assunti consiste comunque nella prima metà del novecento il *mainstream* dell'ermeneutica giuridica.

Ad essi si ispirò la codificazione del 1942. Essa nulla mutò per l'interpretazione della legge, rimasta ancorata al significato proprio delle parole, secondo la loro connessione, ed all'intenzione del legislatore, poste sullo stesso piano. Mentre per quella dei contratti si limitò a "ritocchi": mutare l'ordine espositivo degli articoli del codice previgente, nel nuovo ripetuti praticamente invariati ma in una diversa sequenza, rendere esplicita la rilevanza del comportamento, introdurre il principio di buona fede.

Invarianze (per la legge) e ritocchi (per il contratto) non casuali. Alla metà del novecento era ancora ferma l'idea della norma come imperativo, da che la necessità di chiedersi come in passato cosa abbia veramente voluto il legislatore. Mentre, in un contesto politico-sociale fortemente impregnato di statalismo, il volontarismo iniziava ad essere meno netto per gli atti giuridici: in quel quadro l'idea del negozio come espressione della "signoria del volere" cedeva progressivamente all'idea che la volontà non ha nessuna forza giuridica per sé e la riceve dalla legge, che conforma a suo modo gli effetti¹⁹, ed è questo che bisogna intendere con l'interpretazione.

Vi sono però in questo approccio positivista e volontarista, ancora dominante alla metà del '900 nella dottrina e comune al codice rinnovato, dei gravi punti problematici. Se la legge, che è il diritto, è volontà, come vige quando non c'è più chi volle, quando è antinomica, quando è lacunosa? Le risposte che furono date (e che ora qui non importa ricordare) appaiono fiacche²⁰. E nel contratto,

¹⁴ Un approccio ancora vivo, almeno presso la dottrina che mantiene alta la bandiera del positivismo: cfr. da ultimo, in questo senso, PINO 2021.

¹⁵ L'idea, di origine tedesca e risalente soprattutto a Danz, collegata alla natura di vere norme giuridiche di quelle ermeneutiche, presente già nella dottrina italiana della prima metà del novecento (cfr. DE RUGGIERO 1929, 121), dopo il nuovo codice è divenuta dominante. In tema FERRERI 2000, 229. L'interpretazione del contratto allora non è più tanto ricerca della comune intenzione quanto ricostruzione *sub specie legis* del regolamento che ne nasce (SCOGNAMIGLIO 1961, 172): «diretto intervento dell'ordinamento che comporta una valutazione normativa» (RIZZO 1985, 185).

¹⁶ Tra gli esegetici: PACIFICI MAZZONI 1873, 130; LOMONACO 1887-1888, 227 ss.; tra i sistematici SCIALOJA 1885, 19 ss.; BONFANTE 1909; e per la legge COVIETTO 1915, 62 ss.; tra coloro che spostano la prospettiva dalla volontà del legislatore alla volontà della legge DE RUGGIERO 1929, 130 s.

Per il contratto, un quadro in IRTI 2000.

¹⁷ DE RUGGIERO 1929, 123.

¹⁸ MESSINA 2022.

¹⁹ Idea consolidatasi nella dottrina di mezzo secolo anche in indirizzi non orientati all'ideologia autoritaria: cfr. fra altri CARIOTA FERRARA 1955.

²⁰ DE RUGGIERO 1929, 130.

come trovare la volontà “comune”? Cercandola nella dichiarazione certo²¹. Ma se è oscura, ambigua, infedele? Di qui il rovello della divergenza tra volontà e dichiarazione, che nessuno potrà risolvere in termini di completo predominio della volontà, perché nessuna volontà si offre se non è in qualche modo manifestata, e quindi è “dichiarazione”²². Facile intuire come l'eco di queste critiche al volontarismo risuoni ancora in chi, come B., del volontarismo sarà critico severo²³.

A queste obiezioni “interne” al metodo positivo di stampo dogmatico si aggiungevano poi, già a partire dalla fine dell’ottocento, altre obiezioni, per così dire esterne: metodo storico, interpretazione evolutiva²⁴, giurisprudenza degli interessi²⁵, libera ricerca del diritto²⁶ espressero visioni divergenti della natura del diritto, del ruolo del giurista, e quindi dell’interpretazione, che in questi indirizzi veniva atteggiata in modi del tutto estranei al metodo dogmatico tradizionale²⁷, legato – è utile sottolinearlo – alla comprensione di un testo, sebbene non esaurito in esso. Constatiamo più avanti come anche l’ermeneutica bettiana rifiuti di ridursi alla comprensione di un testo.

Positivismo, dogmatismo e volontarismo hanno tuttavia dominato la dottrina italiana – non senza eccezioni – fino almeno alla metà del novecento. La loro tenuta, nonostante le debolezze teoriche e le proposte alternative, non deve stupire: la politica del diritto difendeva quel che la teoria non riusciva a imporre. Le codificazioni ottocentesche furono infatti anche effetto del coevo predominio del liberalismo e del liberismo. Ed il liberalismo vuole che gli individui possano determinarsi liberamente – e allora il negozio non è che la loro volontà – e che possano conoscere le regole del gioco – e allora diritto è solo quel che la legge stabilisce. Ed il liberismo vuole che il diritto demandi ai singoli la valutazione di ciò che è utile per loro, perché solo il libero gioco delle convenienze determina con la soddisfazione degli interessati anche l’equilibrio economico generale. Talvolta espressi, più spesso sottaciuti, sono questi principi che hanno sostenuto per lungo tempo il volontarismo²⁸.

Comprensibile, a questa stregua, che per una svolta non bastasse un diverso approccio teorico ma occorresse una diversa visione politica. In B. ritroviamo l’uno e l’altra. Resta ora da vedere per quali percorsi gli fossero pervenute.

3. L’opposto indirizzo dell’oggettivismo ermeneutico

In Francia, in Italia, dopo i codici dell’800, per una ermeneutica giuridica che è (incoerentemente) legalista e cognitivista, la volontà è la verità di un testo. Così non poteva essere, quantomeno per l’interpretazione della legge, nei paesi allora di diritto non codificato, come la Germania del tempo.

L’opinione che leggi e negozi siano frutto di volontà vi si diffuse egualmente. Ma, almeno per la legge la volontà non poteva essere ricondotta ad un preciso testo. Priva di codice, la dottrina tedesca dei primi decenni dell’ottocento era ancora legata al diritto romano come *jus commune*. E per-

²¹ KOHLER 1878, 325 ss.; v anche BÄHR 1875, XIV, 401; LEONHARD 2010, § 2; DANZ 1897, spesosi in difesa della tesi che poiché l’atto consiste della dichiarazione e non della volontà interiore, è il contenuto della dichiarazione e non il contenuto della interna volontà del dichiarante che l’interprete deve appurare. E più tardi OERTMANN 1927.

²² Un quadro completo, esteso alla comparazione franco-tedesca, in RIEG 1961, *passim*.

²³ Sull’atteggiamento di Betti verso il volontarismo v. BANFI 2020, spec. 126 ss.

²⁴ KOHLER 1886, 1 ss.

²⁵ HECK 1914.

²⁶ Per un quadro sommario v. GÉNY 1899; EHRLICH 1903.

²⁷ Come sottolinea LARENZ 1966, 82 ss. queste tendenze furono anti-dogmatiche ma egualmente volontariste.

²⁸ Ciò conduceva a vedere nell’autonomia privata, esercitata attraverso il semplice consenso, purché liberamente manifestato, anche un migliore sistema economico, ma prima di tutto un’irrinunciabile garanzia di libertà: WIEACKER 1980, 524; FASSÒ 1970, 21; BARBERIS 1993, 35.

Centrale il rapporto tra proprietà e libertà teorizzato da Locke e dagli illuministi francesi. Per la sua teorizzazione moderna v. i saggi di von Mises, ora raccolti in VON MISES 2007.

ciò ad una tradizione sapienziale invece che ad un testo formale. Poteva dunque, e doveva, pensare che lo “spirito” del diritto potesse manifestarsi anche in mancanza di una specifica “lettera”.

Esso è, come dirà Savigny²⁹, nel *Volksgeist*, che dà al sistema del diritto romano della nazione tedesca il suo senso “attuale”, cioè il suo senso al contempo presente ed effettivo. Senso reperibile attraverso la libera operazione intellettuale intesa a riconoscere la legge nella sua verità. L’accento cade qui sulla libertà interpretativa, e la “legge” non è un testo formale ma un concetto normativo sostanziale, ricavato dalla razionalizzazione della tradizione di un popolo.

Su queste basi tipiche della Scuola storica l’allievo di Savigny, G.F. Puchta³⁰, può coerentemente dire che nell’interpretazione del “diritto scientifico” è la scienza a somministrare le regole, che non si fondano su una esterna autorità, ma valgono solo in quanto si possano logicamente dedurre dai concetti e principi del diritto esistente. È il vero concetto, non la vera volontà, che dà il senso. Anche per chi come Windscheid nel contratto cerca la volontà in senso psicologico, nella legge invece l’interpretazione «ha il compito di arguire, dal senso che il legislatore ha voluto esprimere, il suo vero concetto»³¹. Né potrebbe essere diversamente per un diritto vecchio allora di oltre sedici secoli, in cui si sono stratificate continue reinterpretazioni. Il concetto è vero quando l’interprete può ricondurlo a sistema nel quadro di un ordinamento compiuto e coerente della tradizione sapienziale, fondando una *Allgemeine Rechtslehre*³² che regge questa *Begriffsjurisprudenz*.

Nella scienza giuridica germanica con la ragione storica, cioè la mancanza (e, per lungo tempo, il rifiuto³³) di un codice, concorreva alla visione del diritto come complesso di concetti in cui si è oggettivato lo spirito di un popolo una ragione filosofica. Dove il sistema francese era ancora nell’orizzonte razionalista del XVIII secolo, il tedesco risentiva dell’idealismo. Intendendo Kant a suo modo, Fichte³⁴ aveva posto al centro del mondo l’*Io penso*, quindi lo spirito, più reale della realtà, che non è che sua interpretazione, esortando la “nazione tedesca” a ritrovarlo. E Hegel³⁵ aveva visto il trionfo dello spirito nello Stato, che a sé subordina le volontà degli individui.

Di qui anche una diversa nozione dell’interpretazione. Come si sottolineava, riprendendo la lezione di Schleiermacher³⁶, l’interpretazione ha ad oggetto il pensiero, non il testo, e solo un altro spirito può comprendere lo spirito. Interpretare è riprodurre lo spirito dell’autore nel proprio spirito anche al di là del testo, e non constatarlo nel testo. E poiché – come osserverà più tardi Dilthey³⁷ – lo spirito si oggettiva in forme rappresentative, anch’esso come la realtà può essere studiato scientificamente dal soggetto interpretante. Sono possibili scienze dello spirito.

Comprendere nei fatti storici lo spirito della legge significa per un giurista andare oltre il testo del preceitto in sé. Nei fatti storici il giurista trova da un lato gli interessi – come a metà ottocento sottolineava, Jhering³⁸ – che hanno mosso il legislatore (o le parti), e dall’altro i valori del tempo sottesi al giudizio del diritto su quegli interessi. In questi, cioè nel rapporto tra interessi e valori, al di là del mero intento empirico della legge (o delle parti), sta il vero senso della legge (o del contratto), cioè la *ratio* da ricostruire nell’interpretazione. E poiché quei valori sono storicamente variabili, l’interpretazione può – come osserveranno tra altri Binding, Wach, Kohler – essere evolutiva³⁹.

Si rovesciano in questa visione tutti i punti fermi dell’indirizzo positivista: il diritto non si identifica con la legge, esso può regolare solo il procedimento non l’esito della propria interpretazione, e

²⁹ VON SAVIGNY 1886, § 32, 215 ss.

³⁰ PUCHTA 1854, *Introduzione*, § XIX, 13.

³¹ WINDSCHEID 1930, § 22, 68.

³² Le citazioni potrebbero essere amplissime. Per tutti MERKEL 1920, 164 ss.

³³ Cfr. THIBAUT, VON SAVIGNY 1982.

³⁴ FICHTE 1795.

³⁵ HEGEL 2004, §§ 257-360, 195 ss.

³⁶ SCHLEIERMACHER 1996.

³⁷ DILTHEY 1883; DILTHEY 1910.

³⁸ VON JHERING 1972, spec. 40 ss. e *passim*.

³⁹ BINDING 1885; WACH 1886; KOHLER 1886.

questa non è una attività cognitiva ma costruttiva⁴⁰. La codificazione germanica del 1900 poté dare un correttivo ma non ripudiò questo approccio: essa non regola l'interpretazione della legge, e ri-conduce quella del contratto, fatto un omaggio di dovere alla volontà (ma alla volontà “reale”, che non corrisponde necessariamente a quella dichiarata)⁴¹, al valore della buona fede (*Treu und Glauben*) ed agli interessi socialmente tipizzati che determinano gli usi degli affari (*Werkhersitte*)⁴².

Alla fine dell'ottocento e per tutti i primi decenni del novecento dottrina giuridica e dottrina filosofica tedesche influirono potentemente sui giuristi italiani. Ma in prevalenza l'influsso fu esercitato dalla grande tradizione sistematica dei pandettisti, ancora legati al volontarismo classico, o alle sue revisioni dichiarativiste.

Accanto a questo influsso, però, stava anche la diversa linea di pensiero che muovendo filosoficamente da Schleiermacher e Dilthey si evolse nell'ermeneutica filosofica di Heidegger e poi di Gadamer, e finì per influenzare in qualche caso la dottrina giuridica. Proprio questa linea di pensiero, non troppo diffusa nemmeno in Germania, in Italia trovò in B. un convinto seguace⁴³ (sebbene talora dissenziente su questo o quel punto).

Inoltre, almeno il neoidealismo, già forte per sé, se non anche l'ermeneutica filosofica applicata al diritto, ricevette ulteriore rinforzo dalle vicende storiche. La prima guerra mondiale e poi l'avvento del fascismo mettevano fine allo Stato liberale e liberista, già affievolito dalle istanze sociali connesse alla industrializzazione di fine ottocento, inaugurando una politica autoritaria e dirigista. E B. (come già Heidegger) aderì a questa ideologia politica convintamente e con perseveranza, anche oltre la durata storica del fascismo. Questa fu appunto la visione di Emilio Betti, il cui fine è la società, non la persona. E con questa mentalità il giurista camerte andò costruendo tra gli anni venti e quaranta del Novecento la propria visione dell'ordinamento giuridico, con il deliberato proposito di staccarlo dalla sua matrice liberale e rifondarlo su presupposti sociali⁴⁴. Ma con una visione di destra, autoritaria, statalista e dirigista, perché (come scrive di sé nelle *Notazioni autobiografiche*) egli «... contro i libertari individualisti aspirava ad un regime d'ordine, che riaffermasse l'autorità dello stato»⁴⁵.

In una simile visione il fine di assoggettare le libertà al potere predomina. Una visione perciò facile ad allinearsi alla peculiare ideologia sociale del fascismo – cui Betti aderì formalmente già nel 1929, per iscriversi al partito nel 1932⁴⁶ – per il quale – con le parole di Mussolini – «niente al di fuori dello Stato, nulla contro lo Stato»⁴⁷.

Con inevitabili semplificazioni, questa concorrenza di indirizzi, in contrapposizione al volontarismo liberale, ci fornisce la chiave di comprensione dell'ermeneutica bettiana. Il pensiero di B. sul piano teorico esprime una forte sebbene particolare adesione all'approccio sociale, idealista e dirigista, ed un forte rifiuto del filone liberale, positivista e liberista, e sul piano della politica del diritto rispecchia la sua convinta adesione alle tendenze stataliste ed autoritarie del fascismo⁴⁸.

⁴⁰ STAMPE 1905; e modernamente HASSHOLD 1981.

⁴¹ Cfr. il § 133 del BGB.

Sul punto, contro l'interno volere: OERTMANN 1927, § 133, n. 3a, per il quale il punto di vista del § 133 è strettamente oggettivistico, e la domanda non è cosa il contraente ha voluto dire ma cosa ha detto; PLANCK, 1913, § 133, n. 1; VON STAUDINGER, RIEZLER 1936, § 133, n. 8; PALANDT 1955, § 133, n. 4a.

⁴² Cfr. il § 157 del BGB.

L'interpretazione oggettiva, cioè di buona fede e secondo gli usi degli affari, è valorizzata da LARENZ 1930, spec. 28; PLANCK, 1913, § 133, n. 1, e § 157, n. 1; VON STAUDINGER, RIEZLER 1936, § 133, n. 10; PALANDT 1955, § 133, n. 2.

⁴³ In questo senso ZACCARIA 2020.

⁴⁴ Un quadro in BRUTTI 2013.

⁴⁵ BETTI 2014, 22, nt. 1.

⁴⁶ Cfr. BRUTTI 2015, 86; v. anche MILETTI, 2017, 15.

⁴⁷ Così nel discorso del 28 ottobre 1925 (cit. da BRUTTI 2015, 98).

⁴⁸ Sull'influenza che i mutamenti della cultura giuridica europea ebbero sul pensiero di Betti CERVATI 2020, 301 ss. (e per l'interpretazione 311 ss.).

4. L'ermeneutica bettiana nelle sue opere maggiori

Veniamo ora direttamente all'ermeneutica bettiana.

Va allora ricordato che B. fu, nel tempo, dapprima studioso di filosofia (l'idealismo tedesco e l'intuizionismo francese), da che la sua costante adesione a questi indirizzi; e poi di diritto romano, e quindi di un sistema non codificato e non positivo, da che una *forma mentis* più libera dagli assunti positivisti. Questa formazione ha continuato ad influenzarlo allorché, negli anni tra il Venti e il Quaranta, si dedicò all'obbligazione, all'azione, ed al negozio. Ed è proprio la sua *Teoria generale del negozio giuridico* del 1943, conscia del nuovo codice, a darci (a parte anticipazioni occasionali) le sue prime pagine di ermeneutica.

Per B. il negozio non è accordo di volontà. È invece un “precezzo dell'autonomia privata”, che realizza un “autoregolamento di interessi”, rilevante anzitutto sul piano sociale, cui a certe condizioni la legge dà rilevanza ed efficacia giuridica⁴⁹. Quanto alla sua interpretazione, l'idea guida è che ne sia oggetto non la volontà ma le dichiarazioni ed i comportamenti, da apprezzare nelle circostanze date, considerando il negozio come un tutto coerente.

In tal modo l'interprete, tenuto conto del tipo, legale o sociale, dell'atto, ne intenderà l'intento pratico, rilevante sul piano sociale. Ma poi l'interprete dovrà apprezzare l'intento pratico alla luce del giudizio che il diritto dia degli interessi manifestatisi, valutando se siano meritevoli, e individuandone la tipica funzione economico-sociale.

Nell'intendere l'intento si dovrà seguire il procedimento voluto dalla legge, che guida l'attività ermeneutica anzitutto alla ricerca, “ricognitiva” sì ma non del volere bensì della «concorde determinazione causale» o «concorde intento pratico»⁵⁰, e con ulteriori disposizioni regola, in caso di dubbio, l'interpretazione oggettiva, secondo plurimi criteri: conservazione, buona fede, materia⁵¹.

Questi criteri oggettivi, secondo l'insegnamento di Schleiermacher da B. richiamato, non contraddicono l'interpretazione psicologica del primo gruppo ma la integrano con una ermeneutica tecnica, che indaga la soluzione del conflitto di interessi anche al di là di quanto gli autori possono aver pensato, inquadrandola nell'ambiente sociale e nella funzione dell'atto. È interpretazione integrativa di un autoregolamento non autosufficiente, da completare attraverso la buona fede (ma qui in un senso diverso da quello prevalentemente attribuitole dagli scrittori coevi, perché oggettivo e non soggettivo) e attraverso gli usi, congetturando il proposito degli autori sul punto, soprattutto secondo criteri di tipicità sociale. La legge potrà poi provvedere, oltre questa interpretazione integrativa dell'atto, ad una integrazione degli effetti.

L'interpretazione dei negozi fu per B. solo un primo assaggio. Negli anni dalla fine della guerra alla morte l'interpretazione in generale diventa il principale campo di studi dell'Autore, che anche dopo il ritiro dalla cattedra proseguì i corsi nell'ambito dell'*Istituto di teoria dell'interpretazione* da lui fondato nell'università di Roma. Nel '48 egli legge la sua prolusione *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*; nel '49 pubblica *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, ove annuncia l'indice della successiva *Teoria generale dell'interpretazione*, che uscirà nel 1955.

Nella citata prolusione, con un linguaggio assai ostico, tributario dello spiritualismo filosofico, B. muove dalla distinzione tra “sostegno materiale” (noi diremmo il testo) e “dotazione spirituale” (il senso) per dire che l'interpretazione si ha solo in presenza di una “forma rappresentativa” (un segno) in cui lo spirito si oggettiva. Questa forma, e non la volontà, è il vero oggetto dell'interpretazione. Interpretandola, il soggetto ri-produce in sé quell'oggettivazione dello spirito⁵².

⁴⁹ BETTI 1994, 322.

⁵⁰ BETTI 1994, 347.

⁵¹ BETTI 1994, 350 ss.

⁵² Il concetto di ‘forma rappresentativa’ è da Betti meglio spiegato nella sua *Teoria generale dell'interpretazione*: BETTI 1955, I, 62, come insieme di elementi sensibili in cui al nostro spirito si rende riconoscibile un altro spirito.

Ma qui due esigenze antinomiche: di necessaria oggettività (intendere fedelmente) e di necessaria soggettività (riprodurre in sé il pensiero). A comporre, quattro canoni, tutti reperibili nelle fonti romane. I primi due dell'oggetto: a) la forma rappresentativa deve essere intesa nella sua *autonomia*, cioè nella sua interna razionalità; b) e nella sua *totalità coerente* di ogni parte in funzione del tutto. Gli altri due del soggetto: che deve c) rendere *attuale* il proprio intendere ripercorrendo in sé il processo ideativo e integrandolo secondo la logica di questo, e d) *adeguare* il suo intendere facendolo corrispondere all'incitamento che gli viene dall'oggetto.

Applicata al diritto l'interpretazione deve ritrovare nel pensiero della legge le valutazioni immanenti che ne formano la *ratio juris*, consentono di ricavare le massime di decisione, e di integrare la valutazione normativa secondo il punto di vista della società contemporanea, dando alle norme nuovi significati. Questa attività è al principio *conoscitiva*, cioè cognitiva del pensiero della legge, ma poi *riproduttiva* perché intesa a far intendere, e infine *normativa*, perché intesa a conformare il mondo sociale.

La prolusione era una introduzione. Ad essa è seguita a breve la monografia del '49. Che però frustra le attese di chi presume di trovarvi l'esposizione organica di una concezione ermeneutica e del suo metodo. Occorre perciò non seguirne il filo conduttore.

Quanto alla concezione, basterà dire che vi viene ripetuta quella già esposta nella prolusione, visibilmente derivata dagli indirizzi filosofici cui l'A. aderiva: una ri-produzione nel soggetto dell'interna e completa razionalità del pensiero oggettivato in una forma rappresentativa.

Diciamo piuttosto del metodo, con riferimento all'interpretazione giuridica. B. assume le regole legali ermeneutiche come vere norme⁵³ (una vecchia questione, nell'anteguerra risolta diversamente, al modo dei francesi) che compongono un conflitto di interessi⁵⁴, e così riducono l'incertezza⁵⁵. L'interprete deve riprodurre il pensiero della fonte del diritto ri-creandolo⁵⁶, e in caso di lacune integrandolo in modo subordinato alle valutazioni immanenti dell'ordine giuridico⁵⁷ (che così si auto-integra⁵⁸), ma ripensate in modo conforme all'attualità⁵⁹. Non con ciò egli diviene a sua volta fonte di diritto⁶⁰.

Le regole legali ermeneutiche rivelano per lui una ispirazione unitaria, che le rende comuni a leggi, negozi e altri atti giuridici⁶¹. Ma anche ad ogni altra forma rappresentativa. Per questo le vedremo divenire, nell'opera successivamente pubblicata, parte di una teoria generale dell'interpretazione.

Esse non servono all'interprete per intendere il *quid juris*: qui vale solo il "lume della verità"⁶²; servono invece a prescrivere il procedimento per intendere, grazie a limiti e criteri entro l'ambito dei quali va trovata liberamente la risposta⁶³.

Ciò che risulta dall'interpretazione non è l'individuazione della volontà, ma di un senso oggettivo della legge o dell'atto⁶⁴. Cui concorrono la logica della lingua, la logica della materia, e la logica della legge, vista sotto il profilo sistematico e sotto il profilo teleologico. In tal modo l'interprete riesce ad «intendere per decidere» (per usare la formula che B. userà nella successiva

⁵³ BETTI 1949, 139.

⁵⁴ BETTI 1949, 18.

⁵⁵ BETTI 1949, 137.

⁵⁶ BETTI 1949, 47.

⁵⁷ BETTI 1949, 48.

⁵⁸ BETTI 1949, 70

⁵⁹ BETTI 1949, 49

⁶⁰ BETTI 1949, 51.

⁶¹ BETTI 1949, 152 s.

⁶² È notevole che l'A. non sia neppure sfiorato dall'idea che una teoria ermeneutica debba servire all'interprete proprio a trovare "il lume della verità". Di questo invece Betti non si occupa.

⁶³ BETTI 1949, 150.

⁶⁴ BETTI 1949, 163 ss.

Teoria generale dell'interpretazione, Cap. VIII). Come questo si connetta con il “lume della verità” non è una preoccupazione dell’A.

Il procedimento non è sillogistico e sussuntivo, ma valutativo degli interessi in gioco⁶⁵. Ciò impone l’individuazione degli scopi, e quindi l’interpretazione teleologica in un quadro di coerenza⁶⁶. Che il legislatore, o le parti, non siano stati coerenti, come l’esperienza dimostra spesso, di nuovo non è una preoccupazione dell’A.

Per pervenirvi non bisogna mai assumere la norma come “chiara” a priori. Essa lo è solo a posteriori, quando proiettata nel problema pratico che intende risolvere⁶⁷. Questo però non significa aprire a una libera ricerca del diritto (che è legiferare e non interpretare)⁶⁸.

Ad orientare la ri-creazione interpretativa della norma presiedono i principi generali del diritto⁶⁹, non a loro volta suscettibili di interpretazione⁷⁰. Essi, quali criteri di valutazione immanenti all’ordine giuridico, manifestano una eccedenza di contenuto assiologico rispetto alle singole norme, che li riflettono solo in modo parziale⁷¹. In questo senso va inteso anche il rinvio alla “natura delle cose”⁷² che ha funzione normativa solo in quanto esprima il valore che la coscienza sociale del tempo attribuisce alla materia in questione⁷³. Organo espressivo della coscienza sociale è la giurisprudenza, pratica e teorica⁷⁴.

La stessa prospettazione dell’interpretazione giuridica si ritrova, sei anni dopo, nella *Teoria generale dell’interpretazione*, ma collocata in un orizzonte molto più vasto e molto più caratterizzato dai presupposti filosofici di cui si è detto, e dal dialogo-diattriba con la dottrina filosofica nota sotto il nome di “ermeneutica” e in particolare con Gadamer⁷⁵.

Qui l’ermeneutica giuridica, che occupa solo una parte modesta dell’opera, non riceve una trattazione diversa da quella datale nelle opere precedenti. Piuttosto l’approccio viene esteso con metodo uniforme all’ermeneutica filosofica, letteraria, musicale, teologica, con il dichiarato proposito di elevare l’interpretazione al rango di autonoma disciplina scientifica.

5. Una valutazione critica

Mi pare che la collocazione di B. che avevo anticipato rispetto al passato ed al suo presente riesca confermata dalla sua ermeneutica.

Egli fu certamente dissonante con il passato prossimo: il metodo esegetico, il positivismo, la prima pandettistica. E infatti neppure li cita, se non per criticarli. Ma fu consonante con quello remoto: le fonti romane, continuamente citate.

Fu dissonante dal *mainstream* del suo tempo, cui riserva critiche aspre. Ma consonante con certi indirizzi suoi contemporanei, il neoidealismo, certo storicismo, certa tarda pandettistica.

⁶⁵ BETTI 1949, 181.

⁶⁶ BETTI 1949, 183.

⁶⁷ BETTI 1949, 184.

⁶⁸ BETTI 1949, 185.

⁶⁹ È opportuno segnalare al lettore che i principi generali del diritto cui Betti allude non sono (sebbene egli scrivesse dopo la promulgazione della Costituzione) quelli ivi espressi, ma quei principi che possono ricavarsi dalla legislazione ordinaria come ispirazione comune di più istituti normativi (per fare degli esempi: il principio di tutela dell’affidamento, il principio di conservazione dell’atto giuridico, e simili).

Sul ruolo dei principi nel pensiero di Betti v. ZACCARIA 1992, spec. 202 ss.

⁷⁰ BETTI 1949, 219.

⁷¹ BETTI 1949, 211.

⁷² Al modo pochi anni dopo teorizzato da MAIHOFER 1958, 145; su cui criticamente BOBBIO 1958.

Nella letteratura giusfilosofica italiana BARATTA 1959. V. inoltre KAUFMANN 2003.

⁷³ BETTI 1949, 214.

⁷⁴ BETTI 1949, 218.

⁷⁵ Su questo v. CORRADO 2022.

Consonante, però, in un modo che lo diversifica, come dimostrano le continue rettifiche delle dottrine a lui affini, le prese di distanza da Croce, e dall'ermeneutica filosofica tedesca.

Dirò poi se fu anticipatore di orientamenti successivi. Qui vorrei fare qualche valutazione critica. È utile cominciare dal panorama culturale in cui si muove, venendo dopo ai contenuti.

È anzitutto un panorama fortemente, e ingiustificatamente, selettivo. Per un giurista tanto preso dall'interpretazione è singolare il totale silenzio sugli studi di semantica. In altri giuristi non lo sarebbe: la dottrina giuridica del primo novecento è volutamente autoreferenziale. Citare filosofi, linguisti, semiologi, sarebbe stato per essa contro l'etichetta. Ma B. era diverso: egli cita abbondantemente pensatori non giuristi. E tuttavia tace completamente i semiologi. Eppure il passaggio di secolo aveva prodotto una ricca fioritura di studi: Saussure nella linguistica, Frege nella filosofia del linguaggio, Morris, Wittgenstein, Austin, nella semantica, avevano rivoluzionato con la "svolta linguistica"⁷⁶ l'idea della comunicazione. Eppure B. li ignora; cita solo Peirce. Ovvi i motivi. La svolta linguistica assume che il pensiero è in sé inafferrabile, ma comunicabile attraverso i linguaggi. Spiritualista, B. aborrisca l'idea che lo spirito si colga nei segni che dà di sé. Ne postulava una percezione diretta, da spirito a spirito. Non a caso scriveva «gli uomini non pervengono ad intendersi con lo scambiarsi segni materiali»⁷⁷. Ma questa è una conclamata assurdità.

È, poi, il suo, un panorama metafisico. B. non scrive di ermeneutica, ma di meta-ermeneutica. Sul modo di attribuire significato alle "forme rappresentative" ha poco da dire; e cioè:

- che si deve partire dalle dichiarazioni ed i comportamenti, da apprezzare nelle circostanze date, e questa è una idea scontata;
- che oggetto dell'interpretazione è una forma rappresentativa, e questo è in parte un errore perché come forma è data ed è oggetto ma come rappresentazione è da trovare ed è piuttosto un risultato dell'interpretazione;
- che occorre ri-produrre o ri-creare il pensiero oggettivato, e qui bisognerebbe dire (mentre egli non dice) come farlo senza arbitrio;
- che per intendere il *quid juris* vale solo il "lume della verità" che però non si capisce come si afferri;
- che l'interprete è orientato dai principi generali del diritto, ma senza indicare come scegliere tra molti e confliggenti quello da ritenere pertinente al caso;
- che decisivo è l'ordine giuridico, che però non è un dato acquisito ma (lo ammette anche lui) un mero obiettivo, il che esclude che l'interprete, che ci arriva dopo e non ne dispone prima, possa servirsene per decidere tra più interpretazioni.

Insomma: un giudice che dovesse decidere un caso del contributo di B. si gioverebbe ben poco. E si capisce perché: a B. tutto ciò interessava poco. L'idea stessa di spirito lo trascina nella metafisica e quindi nella meta-ermeneutica. La pratica quotidiana del diritto gli era estranea. Si racconta che quando un suo fattore gli fece causa per mancate retribuzioni ed il pretore, imbarazzato dal Maestro, gli chiese se davvero non lo avesse pagato e perché, tutta la risposta fu: «Perché è un birbone!».

Ma veniamo ai contenuti. B. ha ragione:

- nel qualificare come norme le regole legali ermeneutiche;
- nel considerare l'interpretazione una categoria unitaria;
- nel ricordare che l'interpretazione giuridica non è solo cognitiva ma normativa, "intendere per decidere";
- nel distaccarla (anche se continua impropriamente a parlare di verità della legge) dalla ricerca della verità (le regole, oggi lo sappiamo bene, non sono né vere né false) per ricondurla alla ricerca della composizione di un conflitto di interessi;

⁷⁶ L'origine del nome è in un celebre saggio di SCHLICK 1974, in cui questa veniva ridefinita come l'attività mediante la quale si determina il senso degli enunciati. In tema DUMMETT 1990, 11; RORTY 1994.

⁷⁷ BETTI 1948, 13.

- nel dire che il senso della regola è nel senso del conflitto e nel modo di comporlo, a insistere dunque per l'interpretazione teleologica, a rifiutare l'*in claris*, a vedere nella giurisprudenza la voce della cultura del tempo che innerva il dettato legale.

Ma ha torto a indicare nella coscienza sociale il criterio per definire il contenuto attuale delle norme. Si comprende che egli impieghi i materiali che il suo tempo gli metteva a disposizione. Allo Stato autoritario della prima parte del secolo XX era succeduto lo Stato democratico voluto dalla Costituzione, entrambi (in diverso senso) “sociali”. Un giurista disattento al sociale sarebbe stato fuori del proprio tempo. C’è però qualcosa di irrisolto negli approcci “sociali” – e quindi nel suo – al diritto: che il concetto giuridico derivi dalla sostanza sociale ha dell’assurdo. I fatti, anche sociali, sono solo fatti. Il loro senso (il concetto giuridico) non è in loro ma nel criterio con cui li si giudica. Il diritto, come la morale, come la religione, e in generale tutte le discipline prescrittive, non esiste in natura, e neanche nella prassi sociale (costume, non diritto), perché è dover essere e non essere. E dunque non è nemmeno nel sociale, che è essere. Il diritto non è senza il sociale (l’intersoggettività). Ma non è il sociale né si può derivarlo dal sociale. Per riuscire occorrerebbe trasformare il sociale in un dover essere. Si può farlo invocando la “coscienza” sociale, e così faceva appunto Betti: basti ricordare la sua battaglia per inserire tra le ragioni di invalidità degli atti l’immeritevolezza di tutela, che nella sua visione era tale appunto secondo il giudizio e la diffusione sociale⁷⁸. Ma così si crea un doppione valutativo, coscienza sociale/diritto, che rimbalzando dal sociale al giuridico e viceversa concettualmente confonde il sociale e il giuridico e operativamente offre criteri confliggenti. Egli ce lo avrebbe probabilmente additato come un “circolo ermeneutico”. Resta il sospetto che sia solo un “circolo vizioso”.

Ed ha torto a proporre i principi e il sistema giuridico come ultima *ratio decidendi*. Ancora per poco dopo di lui il “sistema” ha goduto di grande fortuna⁷⁹. Oggi i principi (ma in altro senso da quelli cui egli si richiamava) sono di gran moda. Ma la realtà dovrebbe consigliare più scetticismo.

Il sistema non è mai esistito, visto che come B. stesso ammette è un’aspirazione, non una realtà. Poteva sembrare esistente ai suoi tempi, in cui la maggior parte del diritto privato era nel codice ed il codice era organico. Ma non certo ai nostri, a fronte del pluralismo delle fonti, della sovversione del diritto vigente da parte del diritto vivente, e della critica crescente che da alcuni si fa alle tradizionali categorie giuridiche⁸⁰. Del resto il “sistema”, anche ai suoi tempi, quando invocato per la soluzione di un caso difficile, si riduceva invariabilmente al richiamo di due o tre articoli di legge in più ed alla pretesa del relativo principio. Nessuno ha mai risolto un caso controverso attraverso l’invocazione dell’intero universo normativo.

E quanto ai principi occorre almeno distinguere. Quelli di cui parlava B. erano i principi sot-tesi al codice, mera sintesi logica di regole (come affidamento, responsabilità, conservazione, ecc.). E questi, inutili dove c’è la regola, possono al massimo fornire la *ratio* per l’analogia, cui infatti egli dedica molto spazio. Ma sono del tutto impotenti in un diritto pluricefalo come l’attuale, dove – per fare un esempio – i principi del contratto del codice non sono quelli del contratto del diritto europeo, non sono quelli del contratto internazionale, non sono quelli del *soft Law*, non sono quelli “creati” dal diritto vivente, e via dicendo. Ci sarebbero i principi fondamentali, quelli cioè della Costituzione. Ma B. era di quelli che li consideravano meramente programmatici, e quindi ermeneuticamente vacui.

⁷⁸ Questo aspetto del pensiero di Betti è approfondito da DI MAURO 2019. Sul punto anche BRUTTI 2013, 171 ss.

⁷⁹ Sul concetto di sistema nel pensiero giuridico v. LOSANO 2002.

⁸⁰ Per la crisi delle categorie si sono pronunciati, ma in diverso senso, MEYER CORDING 1973; VINCENTI 2007, IX; GUARNERI 2007, 548-549; PERLINGIERI 1992; PERLINGIERI 2006; GALGANO 2009, I, XXV; IRTI 2014b; IRTI 2014a; IRTI 2015; BUSNELLI 2015, 7; CASTRONOVO 2015, *passim*; LIPARI 2013, 5; LIPARI 2017, 4 ss., e *passim*; GROSSI 2015, IX ss., 28-32. In prospettiva processual-civilistica v. D’ALESSANDRO 2016. Limitatamente al segmento dei mercati finanziari v. DI RAIMO 2014.

6. Alti e bassi della fortuna postuma di Betti

Resta da dire della sua fortuna postuma. Alti e bassi.

È innegabile che egli abbia reso comune la “fattispecie”⁸¹, poi adottata da tutti, che abbia dato una definizione di “causa” del negozio durata decenni, ma oggi ripudiata, che – non unico – abbia richiamato alla considerazione degli interessi (ma questa è una prospettiva giuridica o socio-economica dei fatti giuridici?), che ci abbia convinto che il negozio è giuridicamente autoregolamento più che volontà.

Ma proprio la sua ermeneutica, cui tanto si è dedicato, non ha sfondato. Neppure nell’ambito degli indirizzi affini.

Il carattere anche valutativo dell’interpretazione è ormai generalmente ammesso⁸². Ma gli ermeneutici moderni risolvono diversamente da B. il problema dell’interpretazione migliore: non alla luce della coscienza sociale, ma alla luce della bontà delle conseguenze⁸³. E i teorici dell’interpretazione di indirizzo analitico-linguistico ricambiano l’indifferenza che egli riservava a questo loro indirizzo, ignorandolo⁸⁴. Solo in rari scritti di impronta dogmatica ed ultra-formalista sull’interpretazione⁸⁵ si avvertono ancora echi dell’ermeneutica bettiana. Ma molto mutati.

E comunque è estraneo al pensiero contemporaneo il suo approccio filosofico. Per quanto ne so, nessuno oggi parla di “forme rappresentative” e di “spirito oggettivato”. I lasciti fruttiferi sono l’ammissione di una teoria generale dell’interpretazione, l’idea di una interpretazione creativa⁸⁶ tanto cara all’attuale giurisprudenza⁸⁷ (una giurisprudenza che però a lui non sarebbe piaciuta), l’uso largo ed anche integrativo-correttivo della buona fede, e poco altro.

Insomma: molto spesso anche chi oggi (e non sono molti) si accosta ai problemi giuridici con un atteggiamento analogo a quello del Maestro camerte non ne invoca il nome per giustificare il proprio approccio e il proprio metodo.

Con questo non intendo certo dire che l’apporto di B. alla scienza giuridica ed in particolare all’ermeneutica sia stato trascurabile. Forse è stato solo un po’ trascurato. E si spiega: per “usare” B. bisogna “tradurlo”: il suo linguaggio datato, il suo pensiero non trasparente, il suo spiritualismo fuori moda, ne ostacolano la diffusione.

Per non dire poi della ripulsa che il suo autoritarismo, il suo statalismo, il suo dirigismo legale suscitano in scrittori sensibili alla democrazia, alla non-statualità del diritto contemporaneo, al neo-liberismo imperante.

⁸¹ Cfr. BETTI 1994, 2, nt. 2.

Inventato no: ‘fattispecie’ è la traduzione di *Tatbestand*, termine entrato in uso attraverso la dottrina penalistica tedesca della fine del XVIII secolo (KLEIN 1796, 57), e poi ripreso dalla civilistica tedesca a metà del XIX (THÖLL 1851, 9).

⁸² In ambiente ermeneutico così ESSER 1983, 30. Ma l’idea è diffusa anche in ambiente dogmatico e analitico.

⁸³ MENGONI 1996.

‘Risolvono’ per modo di dire. In realtà solo spostano più avanti il problema. Occorre infatti escogitare, e fondare, il criterio di scelta delle conseguenze, il criterio cioè per cui certe conseguenze sono più giustificate di altre, e quindi legittimano la soluzione ermeneutica che le produrrebbe.

⁸⁴ Non potrebbe essere diversamente: l’ermeneutica di tipo analitico è radicalmente avversa a tutto ciò che Betti esaltava.

Osservazione simile a quanto rilevato nel testo in ZACCARIA 2019.

⁸⁵ Cfr. ad es. IRTI 1996.

⁸⁶ Il cui senso è ben spiegato da LIPARI 2016: «La legge va intesa non in una sua astratta fissità, ma in chiave di effettività, cioè alla stregua di quei parametri valutativi (generalmente condivisi, almeno entro un ragionevole ambito di tempo, in sede giurisdizionale o applicativa) che consentano di individuarne un plausibile significato in un determinato contesto storico e sociale. È proprio questo il senso del riferimento al diritto vivente».

⁸⁷ Senso e ragioni della odierna giurisprudenza creativa (ben diversi dal senso e dalle ragioni che Betti faceva propri) sono spiegati dalla letteratura giuridica proveniente dalla stessa magistratura: LAMORGESE 2016; v. anche GAROFOLI 2019, 2 ss; GIUSTI 2016.

Per un approccio più tradizionale, nella letteratura proveniente dalla magistratura, LUPO 2023.

Ma un occhio attento ritrova nella dottrina contemporanea, anche dove egli non è citato, almeno alcune sue idee, divenute patrimonio comune dei giuristi, sebbene espresse in altro modo: per esempio l'attenzione al “sociale” ed alla correzione dell'autonomia privata, oggi (ma per altri motivi) assai diffusi in certa letteratura.

In definitiva, che Emilio Betti sia ancora, almeno per certi versi, presente nel pensiero contemporaneo lo dimostrano non solo le moderne riedizioni, non solo le molte traduzioni all'estero, non solo gli attuali studi critici, ma anche, semplicemente, il fatto che noi siamo qui a ricordare.

Riferimenti bibliografici

ALVAZZI DEL FRATE P. 2004. *Divieto di ‘interpretatio’ e ‘référez législatif’ nei ‘cahiers de doleance’ del 1789*. Disponibile in: https://alvazzidelfrate.weebly.com/uploads/2/5/3/4/25343223/alvazzi_studi_bellomo.pdf (consultato il 21 novembre 2025).

BANFI A. 2020. *Volontà, individuo e ordinamento. alcune riflessioni sul pensiero di Emilio Betti*, in BANFI A., BRUTTI M., STOLFI E. (eds.), *Dall’esegesi giuridica alla teoria dell’interpretazione. Emilio Betti (1890 – 1968)*, RomaTrePress, 2020, 119 ss.

BÄHR O. 1875. *Über Irrungen in Kontrahiren*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik*, 1875, XIV, Jena, Fischer, 393 ss.

BARATTA A. 1959. *Natura del fatto e diritto naturale*, in «Riv. int. fil. dir.», XXXVI, 1959, 177 ss.

BARBERIS M. 1993. *Filosofia del diritto*, Torino.

BETTI E. 1948. *Le categorie civilistiche dell’interpretazione*, in *Riv. it. per le scienze giur.*, Giuffré.

BETTI E. 1949. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffré.

BETTI E. 1955. *Teoria generale dell’interpretazione*, Giuffré.

BETTI E. 1994. *Teoria generale del negozio giuridico* (1943), Giuffré.

BETTI E. 2014. *Notazioni autobiografiche* (1953), Cedam.

BINDING J. 1885. *Handbuch des Strafrechts*, Duncker&Humblot.

BIROCCHI I. 2020. *Emilio Betti: il percorso intellettuale e il tema dell’interpretazione*, in BANFI A., BRUTTI M., STOLFI E. (eds.), *Dall’esegesi giuridica alla teoria dell’interpretazione. Emilio Betti (1890 – 1968)*, RomaTrePress, 2020, 11 ss.

BOBBIO N. 1958. *Über den Begriff ‘Natur der Sache’*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», 44, 1958, 305 ss.

BONFANTE P. 1909. *Sulla concezione francese e tedesca del contratto*, in «Riv. dir. comm.», 1909, 249 ss.

BRUTTI M. 2013. *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, Giappichelli.

BRUTTI M. 2015. *Emilio Betti e l’incontro con il fascismo*. Disponibile in: romatrepress.uniroma3.it/repository/103/pdf/860d4bf7-7866-41c8-90ad-f8d059f3d12a.pdf (consultato il 21 novembre 2025).

BUSNELLI F. 2015. *Quale futuro per le categorie del diritto civile*, in «Riv. dir. civ.», 1, 2015, 1 ss.

CARIOTA FERRARA F. 1955. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano.

CASTRONOVO C. 2015. *Eclissi del diritto civile*, Giuffré.

CERVATI A.A. 2020. *Emilio Betti e i mutamenti della cultura giuridica europea*, in BANFI A., BRUTTI M., STOLFI E. (eds.), *Dall’esegesi giuridica alla teoria dell’interpretazione. Emilio Betti (1890 – 1968)*, RomaTrePress, 2020, 301 ss.

CORRADO G. 2022. *L’ermeneutica in questione. Il confronto tra Emilio Betti e Hans Georg Gadamer*, Studium.

COVIELLO N. 1915. *Manuale di diritto civile*, I, ESI.

D’ALESSANDRO E. 2016. *L’oggetto del giudizio di cognizione tra crisi delle categorie del diritto civile e evoluzioni del diritto processuale*, Giappichelli.

DANZ E. 1897. *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*, Fischer.

DE RUGGIERO R. 1929. *Istituzioni di diritto civile*, Giuseppe Principato.

DEGLI UBALDI B. 1585. *Commentaria in quartum et quintum Codicis lib.*, Lugduni (s.e.).

DELLA CORGNA P. 1572. *Consiliorum sive responsorum*, Venezia (s.e.).

DI MAURO E.W. 2019. *Emilio Betti e la causa concreta meritevole di tutela*, in PERLINGIERI G., RUGGIERI L. (eds.), *L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa*, II, ESI, 575 ss.

DI RAIMO R. 2014. *Categorie della crisi economica e crisi delle categorie civilistiche. Il consenso e il contratto nei mercati finanziari derivati*, in «*Giustizia civile*», 4, 2014, 1095 ss.

DILTHEY W. 1883. *Einleitung in die Geisteswissenschaften*, Hofenberg.

DILTHEY W. 1910. *Die Aufbau der geschichtlichen Welt in der Geisteswissenschaften*, Teubner.

DUMMETT M. 1990. *Alle origini della filosofia analitica*, il Mulino.

EHRLICH E. 1903. *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, Hirschfeld.

ESSER J. 1983. *Precomprendere e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, ESI.

FASSÒ G. 1970. *Storia della filosofia del diritto*. III. Ottocento e Novecento, il Mulino.

FERRERI S. 2000. *Il giudice italiano e l'interpretazione del contratto internazionale*, Cedam.

FICHTE J.G. 1795. *Grundlage der gesamten Wissenschaftslehre*.

GALGANO F. 2009. *Dir. civ. e comm.*, Cedam.

GAMMARO P.A. 1584. *De extensionibus*, in *Tractatus Universi Juris*, Venezia (s.e.).

GAROFOLI R. 2019. *Il giudice tra creatività interpretativa e esigenze di legalità e prevedibilità*, in «*Federalismi.it*», 20, 2019, 2 ss.

GÉNY F. 1899. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Chevalier Marescq & Cie.

GIUSTI A. 2016. *Giurisdizione e interpretazione in Cassazione*, in «*Questione giustizia*», 2016.

GROSSI P. 2015. *Ritorno al diritto*, Laterza.

GUARNERI A. 2007. *Le categorie ordinanti del diritto civile (a proposito di Rodolfo Sacco, Il fatto, l'atto, il negozio)*, in «*Riv. dir. civ.*», 5, II, 2007, 547 ss.

HASSHOLD G. 1981. *Rechtsfindung durch Konstruktion*, in «*Arch. f. d. civ. Praxis*», 181 Bd., H 1/2, 1981, 131 ss.

HECK PH. 1914. *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, in «*Arch. f.d. civ. Praxis*», 112, 1914, 491 ss.

HEGEL G.W.F. 2004. *Lineamenti di filosofia del diritto (1820)*, Laterza.

IRTI N. (ed.) 2000. *L'interpretazione del contratto*, Cedam.

IRTI N. 1996. *Testo e contesto. una lettura dell'art. 1362 del codice civile*, Cedam.

IRTI N. 2014a. *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in «*Riv. dir. civ.*», 5, 2014, 987 ss.

IRTI N. 2014b. *La crisi della fattispecie*, in «*Riv. trim. dir. proc. civ.*», 1, 2014, 36 ss.

IRTI N. 2015. *Un diritto incalcolabile*, in «*Riv. dir. civ.*», 1, 2015, 11 ss.

KAUFMANN A. 2003. *Analogia e ‘natura della cosa’. Un contributo alla dottrina del tipo*, La scuola di Pitagora.

KLEIN E.F. 1796. *Grundsätze des gemeinen deutschen peinlichen Rechts*, Halle, Hemmerde und Schwetschke.

KOHLER J. 1878. *Studien über Mentalreservation und Simulation*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik*, XVI, 1878, 91 ss.

KOHLER J. 1886. *Über die Interpretation von Gesetzen*, in *Grünhut Zeitschr. f.d. priv. und öff. Recht*.

LAMORGESE A. 2016. *L'interpretazione creativa del giudice non è un ossimoro*, in «*Questione giustizia*», 2016.

LARENZ K. 1930. *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts*, Metzner.

LARENZ K. 1966. *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Giuffré.

LEIBNIZ G.W. 2020. *De legum interpretatione* (1678), Duncker&Humblot

LEONHARD R. 2010. *Der Irrthum bei nichtigen Verträgen nach Römischen Rechte* (1882), Kessinger Publishing.

LIPARI N. 2013. *Le categorie del diritto civile*, Giuffré.

LIPARI N. 2016. *Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in «*Questione giustizia*», 4, 2016.

LIPARI N. 2017. *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffré.

LOMONACO G. 1887-1888. *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*, Riccardo Marghieri.

LOSANO M. 2002. *Sistema e struttura nel diritto*, I e II, Giuffré.

LUPO E. 2023. *Il giudizio interpretativo tra norma scritta e diritto effettivo*, in «*Giustizia insieme*», 2023.

MAIHOFER W. 1958. *Die Natur der Sache*, in «*Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*», 44, 1958.

MENGONI L. 1996. *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffré, 92 ss.,

MERKEL A. 1920. *Juristische Enzyklopädie* (1885), De Gruyter.

MESSINA G. 2022. *L'interpretazione dei contratti. Studi* (1906), ESI.

MEYER CORDING U. 1973. *Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein?*, Mohr Siebeck.

MLETTI M.N. 2017. *Diritto privato e funzione economico-sociale: radici bettiane di una formula*, in MILETTI M.N., MACARIO F. (eds.), *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, RomaTrePress, 9 ss.

OERTMANN P.E.W. 1927. *Bürgerliches Gesetzbuch – Allgemeiner Teil*, Carl Heymanns Verlag.

PACIFICI MAZZONI E. 1873. *Istituzioni di diritto civile italiano*, V, Cammell.

PALANDT O. 1955. *Bürgerliches Gesetzbuch*.

PERLINGIERI G., RUGGIERI L. (eds.) 2019. *L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa*, ESI.

PERLINGIERI P. 1992. *Diritto comunitario e legalità costituzionale: per un sistema italo-comunitario delle fonti*, ESI.

PERLINGIERI P. 2006. *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, ESI.

PINO G. 2021. *L'interpretazione nel diritto*, Giappichelli.

PLANCK G. 1913. *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I Bd., De Gruyter.

POTHIER R. 1805. *Traité des obligations*, I, Le Tellier, 66 ss.

PUCHTA G.F. 1854. *Corso delle istituzioni*, I, Tip. all'insegna del Diogene.

PUFENDORF S. 1815. *Dei doveri dell'uomo e del cittadino secondo la legge naturale* (1673), I-II, F.lli Chianese.

RIEG A. 1961. *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*; Lib. gén. de droit et de jurisp.

RIZZO V. 1985. *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, ESI.

RORTY R. 1994. *La svolta linguistica*, Garzanti.

SCHLEIERMACHER F. 1996. *Ermeneutica*, Rusconi.

SCHLICK M. 1974. *La svolta della filosofia* (1930), in Id., *Tra realismo e neopositivismo*, il Mulino.

SCIALOJA V. 1885. *Responsabilità e volontà nei negozi giuridici. Prolusione al corso di Pandette nella Regia Università di Roma*, Stab. tip. it.

SCOGNAMIGLIO R. 1961. *Contratti in generale*, in *Tratt. di dir. civ.*, dir. da G. Grossi e F. Santoro Passarelli, IV, 2, Zanichelli.

STAMPE E. 1905. *Rechtsfindung durch Konstruktion*, in «Deut. Juristen Zeitung», 10, 1905, 10, 417 ss.

THIBAUT A.F.J., VON SAVIGNY F.C. 1982. *La polemica sulla codificazione*, ESI.

THÖLL H. 1851. *Einleitung in das deutsche Privatrecht*, Dieterichichen.

VINCENTI U. 2007. *Diritto senza identità. La crisi delle categorie giuridiche tradizionali*, Laterza.

VON JHERING R. 1972. *Lo scopo nel diritto* (1877), Einaudi.

VON MISES L. 2007. *Proprietà e libertà*, Rubettino.

VON SAVIGNY F.C. 1886. *Sistema del diritto romano attuale*, I, UTET.

von STAUDINGER J., RIEZLER E. 1936. *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I Bd., Sellier.

WACH A. 1886. *Handbuch des deutschen Civil prozessrechts*, Duncker&Humblot.

WIEACKER F. 1980. *Storia del diritto privato moderno*, I, Giuffré.

WINDSCHEID B. 1930. *Diritto delle pandette*, I, UTET.

WOLFF C. 1740-1748. *Jus naturae methodo scientifica retractatum*, Renger.

ZACCARIA G. 1992. *Creatività e principi nell'ermeneutica di Emilio Betti*, in «Riv. dir. civ.», 1, 1992, 193 ss.

ZACCARIA G. 2019. *Ripensare Emilio Betti, oggi*, in «Mat. per una st. della cultura giur.», 49, 2, 2019, 517 ss.

ZACCARIA G. 2020. *Emilio Betti: un pioniere dell'ermeneutica, misconosciuto. Perché?*, in BANFI A., BRUTTI M., STOLFI E. (eds.), *Dall'esegesi giuridica alla teoria dell'interpretazione. Emilio Betti (1890 - 1968)*, RomaTrePress, 105 ss.

Giustizia, politica e costituzionalismo (inter)nazionale

Justice, Politics, and (Inter)national Constitutionalism

TECLA MAZZARESE

Già professore ordinario di Filosofia del Diritto.

E-mail: tecla.mazzarese@gmail.com

ABSTRACT

Trentacinque anni dopo la pubblicazione di *Diritto e ragione* (1989), in *Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del garantismo penale* (2023), Luigi Ferrajoli torna sulla sua teoria del garantismo penale per proporne una nuova versione congruente con una teoria del garantismo internazionale. Duplice intento di queste pagine è (i) evidenziare un'aporia nella richiesta di Ferrajoli alla magistratura di essere, per un verso, rigorosamente fedele e, per altro verso, puntualmente critica nei confronti delle leggi emanate dal legislatore e (ii) di chiedersi se la teoria delle garanzie internazionali di Ferrajoli non sia eccessivamente influenzata da un modello di diritto interno per potere rendere pienamente conto della pluralità e varietà di forme di produzione giuridica nazionale, sovranazionale, transnazionale e internazionale.

Thirty-five years after the publication of *Diritto e ragione* (1989), in *Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del garantismo penale* (2023), Luigi Ferrajoli returns to his theory of criminal guarantees to propose a new statement of it, consistent with a new theory of international guarantees. The twofold intent of this paper is (i) to point out an aporia in Ferrajoli's request to the judiciary to be both strictly faithful and punctually critical towards the laws enacted by the lawgiver and (ii) to question whether Ferrajoli's the theory of international guarantees is not too much affected by a model of domestic law to fully account for the plurality and variety of forms of national, supranational, transnational and international legal production.

KEYWORDS

Luigi Ferrajoli, costituzione della terra, costituzionalismo internazionale, garantismo penale, garantismo internazionale

Luigi Ferrajoli, constitution of the earth, international constitutionalism, theory of criminal guarantees, theory of international guarantees

Giustizia, politica e costituzionalismo (inter)nazionale

TECLA MAZZARESE

1. *Due ordini di quesiti sulla dimensione (inter)nazionale del garantismo penale* – 2. *Garantismo: una teoria senza qualità?* – 3. *La dimensione internazionale del garantismo penale (e non)* – 3.1. *Criticità nell'individuazione, interpretazione e applicazione del diritto (penale) a livello interno* – 3.2. *Criticità nell'individuazione, interpretazione e applicazione del diritto (penale) a livello internazionale* – 4. *Un'ulteriore sfida al garantismo?*

«Le tante carte internazionali dei diritti umani e le nuove violazioni dei diritti fondamentali e dei beni comuni, messe in atto dai poteri selvaggi degli Stati sovrani e dei mercati globali, impongono [...] la concreta estensione sia del costituzionalismo che del garantismo alla nuova geografia dei poteri disegnata dalla globalizzazione»
[FERRAJOLI 2024, 11]

1. *Due ordini di quesiti sulla dimensione (inter)nazionale del garantismo penale*

Dopo trentacinque anni dalla pubblicazione di *Diritto e ragione* nel 1989, Luigi Ferrajoli torna con *Giustizia e politica* sui termini della propria teoria del garantismo penale, proponendone una duplice rifondazione.

Una duplice rifondazione che, per un verso, mette ordine fra gli interventi con i quali, nei trentacinque anni trascorsi, lui stesso ha rilevato criticità dell'implementazione della propria teoria o, secondo i casi, delle torsioni e manipolazioni di chi l'ha riproposta tradendone i valori dei principi fondanti¹. E, per altro verso, consapevole anche in questo caso dei fattori che ne sollecitano un aggiornamento, torna a proporre, come più volte ha suggerito a partire da *Diritto e ragione* (FERRAJOLI 1989, 889-1003), un modello di garantismo più ampio e comprensivo di quello esclusivamente penale; a proporre, cioè, una teoria generale del garantismo (FERRAJOLI 2024, 166), della quale il garantismo penale diventi «solo un capitolo, e neppure il più importante» (FERRAJOLI 2024, 9); diventi, cioè, uno dei suoi tanti e differenti profili². È convinzione di Ferrajoli, infatti, che

«[n]ato sul terreno dei delitti e delle pene, quale sistema di limiti dell'arbitrio punitivo, il paradigma garantista si [presti] ad essere ampliato, quale garantismo costituzionale, in due direzioni: da un lato nei confronti di qualunque potere, dall'altro a garanzia di qualunque diritto» (FERRAJOLI 2024, 9).

Due, in particolare, i momenti, complementari entrambi alla rifondazione del garantismo penale, che precedono e scandiscono il passaggio al paradigma di un garantismo complessivo e gene-

¹ Il garantismo, rivendica infatti Ferrajoli, non ha «nulla a che vedere con le pretese di impunità e di limitazione dell'indipendenza della giurisdizione, a sostegno delle quali esso è dai poteri politici ed economici invocato e in questo senso perverso insostenibile» (FERRAJOLI 2024, 10).

² Molti, dopo il 1989, i lavori nei quali Ferrajoli scrive di garantismo penale e, più in generale, di garantismo nella pluralità delle sue interazioni con il costituzionalismo (inter)nazionale e/o di una teoria generale del garantismo. Così, ad esempio, in FERRAJOLI 2007, voll. 1 e 2 *passim*, il suo *opus magnum* sulla teoria del diritto e della democrazia; ma così anche in FERRAJOLI 1999 e in FERRAJOLI 2006, volume, questo, nel quale risponde – puntualmente e al tempo stesso in modo organicamente compiuto – ai diversi contributi sulla propria concezione del garantismo raccolti in CARBONELL, SALAZAR (eds.) 2005; e ancora, così anche in FERRAJOLI 2013 *passim*; 2016a; 2018, 62-65; 2020a; 2021a, *passim*. L'unico lavoro nel quale si tematizzano e prefigurano i termini del garantismo penale senza alcun riferimento alla sua possibile espansione in un paradigma più generale è – come mi segnala Dario Ippolito – FERRAJOLI 1985 (ried. in FERRAJOLI 2016c); lavoro fortemente critico nei confronti del sempre più diffuso ricorso, nell'Italia degli anni Ottanta del Novecento, a una legislazione d'emergenza per contrastare prima il terrorismo, poi la mafia e la camorra.

rale: il primo è quello di «un *garantismo sociale e politico* in grado di ridurre le cause materiali sia della criminalità di sussistenza che quella dei potenti»; l'altro è quello di «un *garantismo globale* in grado di ridurre le cause, oltre che della criminalità transnazionale, anche delle altre violazioni dei diritti umani e dei beni comuni che minacciano il futuro dell'umanità più ancora dell'insieme di tutti i delitti» (FERRAJOLI 2024, 9; corsivo mio).

D'altra parte, la rifondazione del garantismo specificamente inerente al diritto penale e alle forme della sua applicazione, prende le mosse dagli assunti fondanti della prima tematizzazione e declinazione del suo modello «tramite il rafforzamento e l'ampliamento delle garanzie sostanziali e processuali in tema di reati, di pene e di processi e, insieme, mediante una ridefinizione e una riforma del ruolo e dei poteri del pubblico ministero» (FERRAJOLI 2024, 9). In particolare, quella che viene proposta è

«[una] rifondazione della legalità penale, sia sul piano quantitativo che sul piano qualitativo; la revisione del catalogo dei beni giuridici meritevoli di tutela grazie a un'applicazione del principio di offensività in accordo con i diritti e i principi stabiliti dalla Costituzione; l'abbassamento e l'umanizzazione delle pene e la soppressione delle diverse forme di carcere duro; la garanzia della struttura triadica del processo penale mediante la separazione tra accusa, difesa e giudizio [...], l'abolizione di tutte le pene *extra o praeter delictum* [...], le garanzie istituzionali e le regole deontologiche, infine, dell'imparzialità e dell'indipendenza, esterna e interna, della giurisdizione» (FERRAJOLI 2024, 165).

Ora, nonostante larga parte di *Giustizia e politica* sia dedicata alla rifondazione del garantismo penale a partire dalla riaffermazione dei capisaldi già individuati nel 1989, la tematizzazione di un più comprensivo paradigma garantista suscita particolare interesse per le molteplici implicazioni – anche se non necessariamente di un doppio legame³ – che esso rivela non solo con le ragioni che sollecitano l'urgenza di una Costituzione della Terra – tema cardine nei lavori degli ultimi anni della produzione di Ferrajoli⁴ – ma, non meno significativamente, perché di una Costituzione della Terra indica il principio regolativo per individuare e definire le istituzioni necessarie a tutelarne valori e principi. Quello auspicato da Ferrajoli è, in altre parole, un

«garantismo che in attuazione della logica universalistica del costituzionalismo e all'altezza delle nuove, catastrofiche sfide globali, si configuri quale sistema di limiti e vincoli ai poteri sovrastatali oltre che a quelli statali, ai poteri economici privati oltre che ai poteri politici pubblici, a garanzia dei beni vitali oltre che dei diritti fondamentali di tutti» (FERRAJOLI 2024, 11).

Da qui, dalla pluralità di interazioni fra garantismo (penale) e progetto di una Costituzione della Terra – fra garantismo e costituzionalismo (inter)nazionale⁵ – due quesiti, o più correttamente

³ È lo stesso Ferrajoli, come si puntualizzerà di seguito (§ 2, nt. 14), a porre l'accento sull'intrinseca connessione fra costituzionalismo e garantismo, se non addirittura la dipendenza del costituzionalismo e della sua attuazione dal garantismo. Non è però necessariamente vero anche l'inverso: non necessariamente, cioè, una teoria del garantismo dipende dal paradigma di uno stato costituzionale di diritto. Nulla esclude, di principio, che le garanzie siano pensate e definite per assicurare l'efficacia non di norme che sanciscono la tutela di diritti e/o la salvaguardia di beni comuni ma, al contrario, di norme che, improntate a un neo-liber(al)ismo selvaggio, non si curino né dell'una né dell'altra.

⁴ Quattro, in particolare, i lavori di Ferrajoli in cui prende corpo il progetto di una Costituzione della Terra: FERRAJOLI 2020b; 2021b; 2022; 2025. Quello del 2022, in particolare, include la redazione, in cento articoli, di quello che potrebbe essere il testo della Costituzione della Terra. Antecedente a questi quattro lavori, è l'appello per l'istituzione di una Scuola per una Costituzione della Terra (si veda LA VALLE et al. 2019).

⁵ Molte le qualificazioni e aggettivazioni che, soprattutto a partire dalla fine degli anni Novanta del Novecento, in letteratura sono state proposte del costituzionalismo del secondo novecento; pluralità di denominazioni suggerite soprattutto per prendere le distanze da un iniziale uso ed abuso del termine «neocostituzionalismo», presto diventato compromesso e compromettente. Anche in Ferrajoli non manca a volte un'oscillazione terminologica – così, ad esempio, là dove usa «giuscostituzionalismo», «guscostituzionalismo garantista», «costituzionalismo principialista», o, ra-

due ordini di quesiti, relativi specificamente alla dimensione (inter)nazionale del diritto penale. Due ordini di quesiti che si pongono, cioè, là dove, accantonata la tentazione di considerare quello fra garantismo in generale e garantismo penale – banalmente e semplicisticamente – come un rapporto di genere a specie, si concentri l'attenzione sulla pluralità di interferenze che ne complicano le reciproche geometrie.

Il primo ordine di quesiti, in particolare, riguarda le possibili interferenze del diritto internazionale – dei principi e valori di cui è espressione – sull'individuazione, interpretazione e applicazione del diritto (penale) nell'ambito del diritto interno di uno Stato. Il primo ordine di quesiti rinvia, in particolare, a quello che Ferrajoli stigmatizza come «il pericolo che la giurisdizione finisce per configurarsi [...] come un'indebita funzione di governo anziché come una funzione di garanzia» (FERRAJOLI 2024, 5). Stigmatizzazione, questa, che invece di mettere in guardia da una pericolosa deriva giudiziaria sembra piuttosto preludere a un'imbarazzante aporia se ed in quanto, come rivendica Ferrajoli, si individui la funzione di garanzia della giurisdizione tanto in una rigorosa soggezione del giudice alla legge – come, in uno *stato di diritto*, vuole il principio della separazione dei poteri – quanto, e non meno significativamente – come richiesto invece in uno *stato costituzionale* di diritto – nella tutela dei principi costituzionali dagli interventi legislativi che ne possano minacciare valenza e portata. Ora, e da qui l'aporia, la tutela giudiziale dei principi costituzionali dagli interventi legislativi che ne possano minacciare valenza e portata non presuppone, né sempre consente, una rigida soggezione del giudice alla legge ma al contrario ne sollecita, legittima e giustifica la possibile deroga⁶. Detto altrimenti, una rigida soggezione del giudice alla legge – posto che essa sia plausibile sotto un profilo giuridico-epistemologico e auspicabile sotto un profilo politico – non consente infatti ma al contrario preclude e inibisce la funzione di garanzia della giurisdizione che trova espressione in un attento e puntuale controllo critico della legislazione.

ramente, anche “costituzionalismo internazionale” come, ad esempio, in FERRAJOLI 2007, vol. 2, *passim* – ma di massima la locuzione più ricorrente nei suoi lavori è (stata) semplicemente “costituzionalismo”. La locuzione usata in questo lavoro è “costituzionalismo (inter)nazionale” perché, come ho già scritto, ad esempio in MAZZARESE 2017a, 44-46, ritengo sia idonea a designare il tratto più significativo del costituzionalismo del secondo Novecento: quello, cioè, della sanzione della tutela nazionale e internazionale dei diritti fondamentali di cui si è positivizzato il catalogo. Tratto, questo, il cui rilievo è evidenziato da FERRAJOLI 1998, 7 s. là dove afferma che i diritti fondamentali «dopo la loro formulazione in convenzioni internazionali recepite dalle costituzioni statali o comunque sottoscritte dagli Stati, [...] sono divenuti [...] limiti esterni e non più solo interni ai pubblici poteri e basi normative di una democrazia internazionale». E ancora, tratto, questo, cruciale là dove si assuma il costituzionalismo del secondo Novecento come paradigma, giuridico e politico, per una Costituzione della Terra.

⁶ Ferrajoli obietta che la formulazione di questa aporia è solo frutto di un grave errore: l'errore di non tener conto e di non render conto dell'assunto che vuole che la Costituzione (italiana) e le norme espresse dalle sue disposizioni siano legge. Nonostante ancora oggi in letteratura (anche ma non solo in quella italiana) questo assunto non sia unanimemente condiviso, né in questa prima formulazione dell'aporia né nei termini usati nell'indicare gli argomenti che ne consentono l'affermazione (v. § 3.1), si ignora la valenza precettivamente normativa – se si preferisce la valenza di legge – della Costituzione (italiana) e delle norme espresse dalle sue disposizioni. Al contrario, per un verso, i termini della sua formulazione si conformano all'uso corrente anche e soprattutto nel linguaggio dei giuristi che distingue fra legge (nel senso della fonte del diritto prodotta dal potere legislativo) e principi costituzionali che in essa (nella produzione legislativa del legislatore) devono trovare la concretizzazione delle forme e dei modi della loro attuazione e tutela. E ancora, per altro verso, al di là di questo uso linguistico ricorrente nello stesso lessico di Ferrajoli, il potere legislativo del quale il principio della separazione dei poteri reclama la distinzione dal potere giudiziale e dal potere esecutivo è palesemente – anche ma non solo in ragione della sua genesi storica – quello del legislatore; potere del quale il costituenti (italiano) individua competenze e funzioni che lo distinguono da quelle degli altri due poteri, senza per questo diventare parte e/o espressione. Il costituenti stabilisce funzioni e limiti reciproci dei tre poteri senza per questo diventare esso stesso espressione dell'uno o dell'altro. E da ultimo, ma non meno importante, lo spirito critico nel quale il costituzionalismo individua il tratto innovativo di una giurisdizione improntata alla (possibile maggiore) tutela dei diritti fondamentali non esclude la possibilità di dover decidere se un diritto sia più pienamente tutelato dalla Costituzione del proprio Paese o, invece, da forme di diritto regionale o internazionale.

Il secondo ordine di quesiti, simmetricamente, riguarda invece le possibili interferenze del diritto interno di uno Stato – dei principi e dei valori sanciti dal suo ordinamento e dalla sua costituzione – sull’individuazione, interpretazione e applicazione del diritto (penale) internazionale. Il secondo ordine di quesiti riguarda, cioè, i termini in cui il diritto interno dei singoli Stati possa e/o debba (non) anteporsi al diritto (penale) internazionale e/o (non) precluderne applicazione ed effettività.

Due ordini di quesiti, quelli appena menzionati, che prospettano un’ulteriore sfida per il garantismo penale (e non solo penale): la sfida, cioè, del carattere sempre meno sistematico tanto del diritto interno dei singoli Stati, quanto della connotazione sempre più complessa e plurale delle sue relazioni sovranazionali e transnazionali. Una sfida, questa, che si comincia ad affermare a partire dalla metà degli anni Quaranta del Novecento in relazione allo sviluppo disorganico e disordinato del diritto internazionale dei diritti fondamentali (il cosiddetto *International Human Rights Law*) e che poi va sempre più rafforzandosi con il moltiplicarsi di nuove forme di produzione giuridica a-statuale, negli anni successivi alla conclusione della guerra fredda; negli anni, quindi, successivi alla pubblicazione di *Diritto e ragione* nel 1989⁷. E, in *Diritto e ragione*, come confermano gli stessi termini in cui è declinata la proposta di una teoria generale del garantismo (FERRAJOLI 1989, 888-1003), quella del garantismo penale è, precipuamente se non esclusivamente, la definizione di un paradigma che si sviluppa entro le coordinate di una teoria dell’ordinamento (statale), e, più precisamente, entro le coordinate dell’ordinamento giuridico italiano, con i peculiari tratti distintivi del suo sistema penale e delle ragioni che nella seconda metà negli anni Settanta del Novecento, ne condizionavano la “crisi di legittimità”⁸.

Da qui, un’impronta “statale” del primo modello di garantismo penale, impronta dalla quale Ferrajoli non riesce del tutto ad affrancarsi nei trentacinque anni successivi – gli anni in cui, cioè, dopo il 1989, con la proliferazione di nuove fonti di diritto (inter)nazionale, si afferma quello che, con felice espressione, Giulio Itzcovich ha denominato “disordinamento giuridico”⁹. Non riesce ad affrancarsene in pieno neppure con la duplice rifondazione che ne viene proposta in *Giustizia e politica*, nonostante, almeno a partire dal 1999¹⁰ e poi ancora più diffusamente dal 2007 con la pubblicazione di *Principia iuris* (FERRAJOLI 2007, vol. 1, 196 e vol. 2, 85), e da ultimo, nel 2021, con *La costruzione della democrazia* (FERRAJOLI 2021, 181), Ferrajoli individui nel “garantismo internazionale” una delle principali forme di sviluppo della “teoria generale del garantismo”.

Sulle difficoltà di affrontare la sfida del carattere sempre meno sistematico sia del diritto interno dei singoli Stati, sia della connotazione sempre più complessa e plurale delle loro relazioni sovranazionali e transnazionali si tornerà a conclusione di queste pagine (§ 4), dopo aver preso in esame le forme in cui essa trova espressione in relazione, rispettivamente al primo e al secondo ordine di quesiti prima anticipati (§ 3.1 e § 3.2) e dopo alcune notazioni terminologico-concettuali relative alle diverse aggettivazioni e/o specificazioni che di “garantismo” ricorrono nelle opere di Ferrajoli, già a partire da *Diritto e ragione* del 1989 (§ 2).

⁷ Sul punto, v. § 3 e, in particolare, nt. 21.

⁸ Come recita l’*incipit* dell’*Introduzione* di FERRAJOLI 1989, xv: «Questo libro vuole contribuire alla riflessione sulla crisi di legittimità che investe gli odierni sistemi penali, e in particolare quello italiano, rispetto ai loro fondamenti filosofici, politici e giuridici». E ancora, in FERRAJOLI 1999, 16 si legge: «l’espressione “garantismo” [...] è nata nella cultura giuridica italiana di sinistra della seconda metà degli anni Settanta, quale replica teorica alla legislazione e alla giurisdizione dell’emergenza che da allora hanno variamente ridotto il già debole sistema delle garanzie del corretto processo».

⁹ La locuzione è usata per la prima volta in ITZCOVICH 2005, 738 e ripresa poi in ITZCOVICH 2017. Locuzione, questa, particolarmente adatta a riassumere gli effetti del disordine delle fonti sul tradizionale apparato teorico-concettuale che si rifà al modello dell’ordinamento (o, secondo i casi, del sistema) nel caratterizzare il diritto e gli elementi dei quali si compone.

¹⁰ Se non l’uso del termine, la tematizzazione del suo concetto è oggetto, infatti, di grande attenzione in FERRAJOLI 1999.

2. Garantismo: una teoria senza qualità?

Sono molti i concetti, giuridici e non, dei quali, in letteratura, si è messo in evidenza il carattere “intrinsecamente controverso” (*essentially contested*)¹¹ per la varietà di concezioni e pluralità di declinazioni che ne sono state proposte da autori diversi quando non addirittura da un unico e stesso autore.

Apparentemente analogo potrebbe sembrare il caso del garantismo – del suo concetto e/o della sua teoria – che sia nei lavori di Ferrajoli, sia nella vasta letteratura italiana e internazionale che ne discute – spesso è usato con una molteplicità di aggettivazioni e/o specificazioni diverse. Così, per menzionare qualche esempio, in *Giustizia e politica*, non solo ricorre “garantismo penale” ma anche: “garantismo sociale e politico”, “garantismo globale”, “garantismo costituzionale”, “garantismo generale”. E ancora, già a partire dal 1989, non mancano esempi altri e diversi. Così, in particolare, in *Diritto e ragione*, ampio spazio è dedicato a una prima declinazione di una “teoria generale del garantismo”, articolata in tre parti ciascuna delle quali corrisponde a uno dei tre significati che Ferrajoli propone di distinguere del termine “garantismo”: (i) quello di *modello normativo di diritto*, (ii) quello di *teoria giuridica* della “validità” e dell’“effettività” e (iii) quello di *filosofia politica*¹².

Nei trentacinque anni che separano *Diritto e ragione* da *Giustizia e politica*, nei molti lavori in cui Ferrajoli torna sia sul paradigma del garantismo penale sia sulle sue possibili espansioni in un paradigma più compiutamente comprensivo di forme altre e diverse dal garantismo penale, non manca né la proposta di nuove aggettivazioni, né la ridefinizione di aggettivazioni già proposte, né, soprattutto, una progressiva rimodulazione dei termini della teoria generale del garantismo, delineata e declinata nel 1989.

Così, in particolare, nel 1999, Ferrajoli torna sull’introduzione e sull’uso di “garantismo” e, senza menzionare questa volta i tre significati che ne aveva distinto nel 1989 né le loro rispettive caratterizzazioni, afferma (i) che il termine è stato coniato e usato con riferimento «alle tecniche di tutela dei diritti fondamentali» (FERRAJOLI 1999, 15 s.); (ii) che il «“garantismo” [...] si oppone a qualunque concezione così dei rapporti economici come quelli politici, così quelli di diritto privato come di quelli di diritto pubblico, fondata sull’idea onirica di un “potere buono” o comunque di una spontanea osservanza del diritto e dei diritti» (FERRAJOLI 1999, 17); e, non da ultimo, (iii) che la «concezione del garantismo si presta ad essere allargata, quale paradigma della teoria generale del diritto, all’intero campo dei diritti soggettivi, siano essi patrimoniali o fondamentali, e all’intero insieme dei poteri, sia pubblici che privati, sia statali che internazionali» (FERRAJOLI 1999, 16).

Nel 2007, poi, con *Principia Iuris*, accanto e oltre all’uso del termine con aggettivazioni diverse¹³, Ferrajoli ripropone una caratterizzazione di garantismo molto simile a quella proposta nel 1999, aggiungendo, però, un’ulteriore connotazione fondamentale: «il garantismo è l’altra faccia del costituzionalismo»¹⁴. Affermazione ribadita, da ultimo, anche in *Giustizia e politica*, dove pre-

¹¹ GALLIE 1956. Quello di essere *essentially contested* è un tratto che caratterizza non solo la nozione di democrazia, oggetto dell’analisi di Gallie ma (quasi) tutte le nozioni chiave della filosofia, pratica e teoretica; che caratterizza, cioè, nozioni quali giustizia, libertà (individuale), egualanza, dignità umana, bene, male non meno che nozioni quali verità, conoscenza, significato, razionalità.

¹² FERRAJOLI 1989, 891-893. Sui termini di questa prima declinazione di una teoria generale del garantismo si incarna, in particolare, le riflessioni di GIANFORMAGGIO 1993 e di GASCÓN ABELLÁN 2005.

¹³ Così, ad esempio, le espressioni: “garantismo patrimoniale”, “garantismo liberale”, “garantismo sociale”, “garantismo internazionale”.

¹⁴ FERRAJOLI 2007, vol. 1, 35 e 196. Una prima prefigurazione dell’interazione fra costituzionalismo e garantismo – in particolare, “fra diritti e garanzie” – si ha già in FERRAJOLI 1998, 8, là dove enuncia la quarta delle quattro tesi sui diritti fondamentali. Sul rilievo di quest’interazione Ferrajoli ritornerà comunque più volte – così, ad esempio, in FERRAJOLI 1999, 19 e 2021a, 67. Rilievo sul quale, anche se in termini non sempre coincidenti, richiamano l’attenzione, ad esempio, PRIETO SANCHÍS 2005; PRIETO SANCHÍS 2021, 39-44; IPPOLITO, MASTROMARTINO, PINO 2021.

cisa che «[i]l garantismo può essere [...] concepito come l'altra faccia – la faccia operativa e attiva [...] – del costituzionalismo, dalla quale dipende interamente l'effettività dei principi costituzionalmente stabiliti» (FERRAJOLI 2024, 10), perché «[p]rendere sul serio i diritti fondamentali ed assumerli come vincolanti equivale, in tutti i settori del diritto incluso quello penale, a configurare come un obbligo l'introduzione e il rispetto delle loro garanzie. Ignorare tale obbligo equivale a non comprendere lo spirito del costituzionalismo» (FERRAJOLI 2024, 10).

Due le ragioni di questa lunga e forse pedante digressione terminologica¹⁵.

La prima è quella di affermare che quello di garantismo è non un concetto intrinsecamente controverso in relazione al quale si confrontano e scontrano posizioni non coincidenti quanto piuttosto, se ed in quanto chiave di volta del costituzionalismo, un concetto plurale e complesso per la molteplicità di contesti – giuridici e meta-giuridici, teorici e meta-teorici – nei quali si rivendica la sua concretizzazione; un concetto tanto complesso e plurale da farne quasi – mutuandone il senso dall'uso di Robert Musil (1930-1942) – un concetto “senza qualità”. Un concetto “senza qualità” proprio in ragione delle sue tante, forse troppe, qualità; un concetto così sovraccarico di connotazioni da condizionare una qualche indeterminatezza della sua denotazione.

La seconda ragione è che proprio la pluralità di connotazioni dei suoi usi, diversamente aggettativi o meno, nella fitta rete di rimandi e interazioni possa contribuire a ingenerare dubbi come nel caso dei due ordini di quesiti relativi alla dimensione internazionale del garantismo (penale).

3. *La dimensione internazionale del garantismo penale (e non)*

In *Diritto e ragione*, come si è già accennato (§ 1), la dimensione internazionale del garantismo (penale) non è ancora tematizzata. In particolare, nel 1989, per un verso, si ha già la proposta e una prima declinazione di una teoria generale del garantismo – pur nell'indeterminatezza se il suo *status* sia quello di una nuova teoria generale del diritto¹⁶ o, piuttosto, quello di un suo capitolo ancora inedito¹⁷ ma, per altro verso, non si prende in considerazione la possibilità di un'estensione del paradigma garantista a livello internazionale o globale (dimensioni peraltro non coincidenti) né si presta attenzione alle complicazioni con le quali il garantismo (penale e non) deve fare i conti riguardo alla varietà e pluralità di interazioni, sovrapposizioni e interferenze fra diritto statale interno e diritto internazionale, sovranazionale e transnazionale. Oggetto della teoria generale del garantismo, delineata nel 1989, infatti, è la possibilità e plausibilità di estendere «a tutti i campi dell'ordinamento giuridico» (FERRAJOLI 1989, 891) i principi che fondano e informano il modello di garantismo penale e non quello di declinarne forme e modi di una possibile dimensione e portata internazionale.

Due, in particolare, i fattori, di carattere storicamente contingente ancor prima che di natura

¹⁵ Digressione lunga e, peraltro, solo esemplificativa.

¹⁶ Interessante al riguardo, la notazione di GIANFORMAGGIO 2005, 25 s., là dove afferma che la teoria del garantismo di Ferrajoli «è irriducibile ad altre teorie del diritto. *Diritto e ragione* non è né l'opera di un giuspositivista, di un giusrealista o di un giusnaturalista, né l'opera di un utilitarista o di un teorico dei diritti, né l'opera di un normativista o di un istituzionalista o di un teorico del rapporto giuridico». Interessante anche se, in questo contesto, “teoria” sembra usato più nel senso di “concezione” del diritto che non di “teoria generale” del diritto. Più pertinente al dubbio formulato nel testo è invece un altro passaggio dello stesso lavoro di Gianformaggio, là dove scrive che «lo sfondo teorico-generale del libro di Ferrajoli è, in gran parte, costituito da un'importante distinzione fra quattro diversi predicati che convengono a norme: giustizia, vigenza, validità, effettività» (GIANFORMAGGIO 2005, 60). Distinzione, questa, che però non è introdotta nella teoria generale del diritto da Ferrajoli quanto piuttosto ripresa e ridefinita da Ferrajoli nelle reciproche interazioni fra i diversi termini. Dal canto suo, sul punto, come già ricordato nel testo, FERRAJOLI 1999, 16, scrive della concezione del garantismo come «paradigma della teoria generale del diritto».

¹⁷ Un capitolo, in particolare, altro e diverso, che va ad aggiungersi, in una pluralità di connessioni e interazioni, a quelli, ormai tradizionali, della teoria della norma, dell'ordinamento, della validità, della sanzione.

teorico-concettuale, che – come si è già anticipato (§ 1) – contribuiscono a spiegare il perché di questa mancata tematizzazione.

Il primo è che la genesi di *Diritto e ragione* è fortemente condizionata dalla necessità, avvertita dalla «cultura giuridica italiana di sinistra della seconda metà degli anni Settanta», di elaborare e mettere a punto una «*replica teorica* alla legislazione e alla giurisdizione dell'emergenza che [...] hanno variamente ridotto il già debole sistema delle garanzie del corretto processo» (FERRAJOLI 1999, 16, corsivo mio). In altri termini, è condizionata dall'esigenza – spazio-temporalmente circoscritta – di proporre una soluzione a uno specifico problema di un *particolare* ordinamento giuridico.

Il secondo fattore è che, indipendentemente dalle ragioni del diritto interno italiano che le hanno condizionate, la genesi, la gestazione e l'elaborazione di *Diritto e ragione* precedono, di fatto, la conclusione della guerra fredda e sono estranee, quindi, alle criticità – giuridiche e politiche – che deriveranno dal nuovo disordine internazionale. Sono estranee, in particolare, al dilagare di una sempre più scomposta globalizzazione dell'economia, della finanza e dei mercati che, negli anni successivi, porteranno al moltiplicarsi di una pluralità, varia ed eterogenea, di forme di diritto transnazionale e sovranazionale che si sovrapporranno e interferiranno, le une e le altre, tanto con il diritto nazionale interno quanto con il diritto internazionale. Una pluralità di nuove forme di produzione giuridica che nel tempo contribuiranno tanto al declino, prossimo all'implosione, del costituzionalismo del secondo Novecento, quanto allo scetticismo sul possibile successo di una sua ridefinizione, vuoi nella direzione di un “costituzionalismo dei bisogni” – come auspicato da Stefano Rodotà¹⁸ – vuoi nella direzione di un “costituzionalismo oltre lo Stato”, nella prospettiva di una Costituzione della Terra – come auspicato invece da Ferrajoli¹⁹.

Di natura teorico-concettuale – e non più di carattere storicamente contingente come nel caso della prima e compiuta formulazione nel 1989 – sono invece i due fattori che nelle analisi successive di Ferrajoli hanno favorito il persistere di una (forse inavvertita) impronta statale del suo paradigma garantista: per un verso, la suggestione nei confronti della matrice illuminista della divisione dei poteri a fondamento del garantismo, e per altro verso, a dispetto della puntigliosa disamina di criticità denunciate della kelseniana teoria del diritto²⁰, l'adesione alla sua concezione della struttura a gradi dell'ordinamento giuridico, necessaria per ricondurre il diritto a unità completa e coerente. Un'impronta statale, in altri termini, se ed in quanto – secondo una forse involontaria riaffermazione della *domestic analogy* – quella del garantismo internazionale si rifà allo stesso modello di quello statale: stesso principio fondante della separazione dei poteri e stessa struttura a gradi per garantire, con la sua rigida gerarchia, l'unità completa e coerente delle diverse fonti dell'istituendo ordinamento giuridico internazionale.

Non che nei suoi lavori successivi al 1989, Ferrajoli sottovaluti la serietà dei problemi relativi a una proliferazione delle fonti del diritto sempre più anarchica e selvaggia; una proliferazione di fonti, in particolare, delle quali è dubbia la legittimità e la validità: la legittimità, perché è incerta la dimensione istituzionale del soggetto, che secondo i casi, le produce; la validità, perché ne è incerta la dimensione spaziale e personale. Nondimeno, pur non sottovalutandola (i) per un verso, ne propone un'analisi che tende a eludere la specificità di forme e modi – legislativi e giudiziari – dello sviluppo asistematico del diritto internazionale dei diritti fondamentali, incentrandosi quasi esclusivamente, sulla pluralità di sempre nuove articolazioni di una *lex mercatoria* che, indifferente quando non in aperto contrasto con il diritto dei diritti e dei beni fondamentali, domina la globalizzazione dei mercati, dell'economia e della finanza²¹, e, (ii) per altro verso,

¹⁸ Cfr., in particolare, RODOTÀ 2012b, 332 e 2018, 35 e 86. Anche ma non solo in riferimento a Rodotà, sul costituzionalismo dei bisogni, cfr. MAZZARESE 2020, 456 s. e CIERVO 2021.

¹⁹ Così, ad esempio, non solo in FERRAJOLI 2017, ma anche in molti dei suoi lavori successivi in cui si reclama la necessità di una Costituzione della Terra, come ad esempio, in FERRAJOLI 2021b e 2022.

²⁰ Il riferimento è a FERRAJOLI 2016b.

²¹ Sulla duplice componente della proliferazione delle fonti – una relativa al disordine asistematico del diritto in-

scartata la possibilità di nuovi modelli del diritto che tematizzino inedite forme di policentrismo e/o di interlegalità²², cerca e propone una soluzione che mira a una ricomposizione del disordine delle fonti attraverso una «costituzionalizzazione del diritto internazionale» che provveda alla «incorporazione, al vertice della struttura a gradi del paradigma costituzionale, delle tante carte internazionali dei diritti umani quali limiti e vincoli ai poteri selvaggi degli Stati sovrani e dei mercati globali»²³. Una soluzione che ripropone, cioè, il kelseniano modello piramidale, gerarchicamente ordinato, del diritto statale: modello che di fatto elude la tensione dialettica delle nuove forme di produzione di diritto statale, regionale e internazionale nelle varianti, *hard* e *soft*, di diritto transnazionale e di diritto sovranazionale.

3.1. Criticità nell'individuazione, interpretazione e applicazione del diritto (penale) a livello interno

Ed ora, finalmente, il primo ordine di quesiti relativo alla dimensione internazionale del garantismo (penale); dei quesiti, cioè, relativi alle possibili interferenze del diritto internazionale – dei principi e dei valori di cui è espressione – con l'individuazione, interpretazione e applicazione del diritto (penale) nell'ambito del diritto interno di uno Stato.

Un ordine di quesiti che consente di revocare in dubbio l'opportunità di continuare a rivendicare il modello che ne è stato prefigurato da Beccaria come punto di partenza e come principale punto di riferimento di un garantismo (penale) che si voglia in grado di contrastare e arginare le odierni criticità del costituzionalismo internazionale.

Consente di revocarla in dubbio perché rende manifesto il carattere non complementare ma alternativo fra la funzione di garanzia della giurisdizione che nel modello di uno stato di diritto come quello di Beccaria²⁴ trova espressione nella soggezione del giudice alla legge e quella, che, imprescindibile per uno stato costituzionale di diritto e il suo principio fondante della tutela (inter)nazionale dei diritti fondamentali, trova espressione in un “ruolo critico” del giudice nei confronti del legislatore²⁵.

Detto altrimenti, fra la funzione di garanzia di matrice illuminista che sancisce la soggezione del giudice alla legge e la funzione di garanzia di matrice costituzionalista che si concretizza con la tutela dei diritti fondamentali non c'è, come reclama Ferrajoli, una “connessione logica”²⁶

ternazionale dei diritti fondamentali, l'altra relativa invece alle forme contrattuali in cui hanno trovato espressione le molteplici forme della moderna *lex mercatoria* della globalizzazione dei mercati – e sulla non necessaria ma di fatto diffusa tensione dialettica fra l'una e l'altra, rinvio a MAZZARESE 2017b; 2018; e 2019.

²² In questa direzione si muovono, ad esempio, le ricerche di KLABBERS, PALOMBELLA (eds.) 2019, CHITI, MARTINO, PALOMBELLA (eds.) 2021, PALOMBELLA (ed.) 2022; una chiara ricostruzione della genesi di questi studi e dei principali aspetti in relazione ai quali si sviluppano è offerto da PAROLARI 2024.

²³ FERRAJOLI 2021, 181. Proposta, questa, che nei termini in cui è formulata conferma, come si è anticipato nel testo, la scarsa attenzione di Ferrajoli per il carattere asistematico, non sempre coerente e spesso ridondante, dell'insieme «delle tante carte dei diritti umani».

²⁴ Come già accennato nel testo (§ 3), e tematizzato in MAZZARESE 2015, sono almeno due i tratti distintivi nel modello di garantismo prefigurato da Beccaria del tutto dissonanti dal costituzionalismo (inter)nazionale: il primo è l'assenza di qualsiasi vocazione internazionale che giustifica i termini nei quali si parla di divisione dei poteri – nella seconda metà del Settecento, la preoccupazione di Beccaria è infatti quella di delineare un modello funzionale alle prime codificazioni di un diritto statale; il secondo, anche ma non solo in conseguenza del primo, è l'assenza di qualsiasi preoccupazione dei termini di un'eventuale tutela internazionale dei diritti fondamentali – nella seconda metà del Settecento, sono pochissimi quelli che sono considerati diritti fondamentali (o, secondo la dizione allora ricorrente, diritti umani) e la loro tutela è circoscritta, a livello nazionale, solo a coloro che siano uomini, bianchi e dotati di censo.

²⁵ Analoghi i rilievi di FIANDACA 2022 quando, con riferimento al pensiero di Domenico Pulitanò, sottolinea «[1]a problematicità, per un interprete vincolato al principio di legalità, della inevitabile incidenza del pluralismo assiologico sul modo di ricostruire e bilanciare gli stessi valori costituzionali».

²⁶ In particolare, secondo FERRAJOLI 2021, 250: «Separazione dei poteri e garanzia dei diritti sono [...] tra loro logicamente connesse. La separazione forma infatti il presupposto della garanzia dei diritti e da questa è giustificata e legittimata» (corsivo mio).

quanto piuttosto un'aporia. Un'aporia perché, come puntuizza lo stesso Ferrajoli, in uno Stato costituzionale di diritto,

«[...]e costituzioni e i principi e i diritti fondamentali in esse stabiliti [...] circoscrivono la sfera dell'individuabile, cioè tutto ciò che nessuna maggioranza può decidere e che nessuna maggioranza può non decidere: da un lato i limiti o i divieti, a garanzia dei diritti di libertà, dall'altro i vincoli o gli obblighi a garanzia dei diritti sociali»,

di conseguenza

«[c]ambia [...] la natura della validità delle leggi, che non coincide più con la loro mera esistenza determinata dal semplice rispetto delle forme e delle procedure [...] e cambia [...] la natura della giurisdizione e della scienza giuridica, non più deputate unicamente all'applicazione e alla conoscenza delle norme di legge quali che siano, ma investite altresì di un ruolo critico nei confronti [...] della loro sempre possibile invalidità» (FERRAJOLI 1999, 20 s., corsivo mio).

Non, quindi, una connessione logica, quanto piuttosto un'aporia, perché il ruolo critico ascritto alla funzione di garanzia della giurisdizione non trova né può trovare espressione nella mera soggezione del giudice alla legge. Principi e diritti fondamentali sanciti nella costituzione, devono infatti essere tutelati anche nei confronti di un legislatore che ne voglia alterare portata e valenza²⁷. Non solo, in virtù del carattere universale dei diritti fondamentali di cui sono titolari tutti gli esseri umani (e non solo i cittadini di uno Stato la cui costituzione li sancisce), al giudice nazionale si pone inoltre il problema dei termini in cui tutelare un diritto sancito a livello internazionale o regionale ma assente nella costituzione dell'ordinamento giuridico del proprio Paese.

Per non contraddirlo il principale assunto dello stato costituzionale di diritto – e più in generale del costituzionalismo (inter)nazionale – la mera soggezione del giudice alla legge potrebbe essere una funzione di garanzia solo là dove il “suo ruolo critico” si rivelasse superfluo; là dove, cioè, il legislatore nazionale fosse sempre rispettoso della “sfera dell'individuabile” – definita dalla propria costituzione – e ci fosse, inoltre, completa coincidenza fra la sfera dell'individuabile stabilita dalla costituzione del proprio Paese e quella individuata da un *corpus* – anch'esso univocamente condito nella sua struttura gerarchica – di diritto internazionale dei diritti fondamentali.

Ma, nel costituzionalismo (inter)nazionale non è soddisfatta nessuna delle due condizioni. Né potrebbe essere altrimenti. Pur non entrando infatti nel merito del problema, di per sé tutt'altro che secondario, della non univocità dei termini della tutela e attuazione di ogni diritto fondamentale in ragione delle sue diverse concezioni²⁸, resta comunque che è nella grammatica di ogni disposizione normativa – anche di quelle costituzionali che sono formulazione di principi e diritti fondamentali – (non la liceità ma) la possibilità fattuale e giuridica della loro violazione. Da qui la necessità, per il costituzionalismo (inter)nazionale, di ascrivere un “ruolo critico” alla giurisdizione, nell'intento di preservare i propri valori e i propri principi da possibili alterazioni, manipolazioni o violazioni da parte del legislatore e degli interessi politici ed economici di cui, di volta in volta, può essere espressione.

Da qui, di conseguenza, una connotazione tanto più ideologica della rivendicazione della soggezione del giudice alla legge²⁹, quanto meno essa riesce a tener conto e a render conto della pro-

²⁷ Sul punto, v. *supra*, nt. 6.

²⁸ Sulla tematizzazione e analisi delle criticità con cui si confrontano tutela e implementazione dei diritti fondamentali in ragione della connotazione valutativa della loro formulazione e della varietà delle loro possibili concezioni, si rinvia a MAZZARESE 1993, in particolare, 208-212; e 2010, in particolare, 530-541.

²⁹ Il termine “ideologia”, in riferimento al principio della separazione dei poteri è usato, ad esempio, da FIANDACA 2017, 118, là dove osserva che «l'avere considerato proprio la “legge” lo strumento idoneo a garantire un esercizio non

gressiva trasformazione del rapporto fra giudice e legislatore³⁰. Una trasformazione – non solo patologica ma anche, e non meno significativamente, fisiologica – condizionata, in particolare, da due fattori: l’uno estraneo, l’altro invece inerente allo stesso costituzionalismo (inter)nazionale; due fattori che, nella loro manifesta eterogeneità, concorrono entrambi a compromettere una piena e compiuta tutela giudiziale dei diritti fondamentali.

Il primo fattore, estraneo al costituzionalismo (inter)nazionale, è relativo alla quasi totale assenza di regimentazione giuridica di uno sfrenato liber(al)ismo che informa la globalizzazione dei mercati, dell’economia e della finanza; il secondo, inerente allo stesso costituzionalismo (inter)nazionale, è relativo, invece, allo sviluppo asistematico, confuso e ridondante, costellato da lacune e antinomie del diritto (inter)nazionale dei diritti fondamentali³¹.

Fra gli aspetti più significativi della dimensione fisiologica di questa trasformazione quello forse più eclatante è quello relativo al ruolo del giudice che da mera soggezione è diventato, addirittura, quello di possibile censura là dove con il controllo di (il)legittimità costituzionale (pur nella varierà delle sue forme diffuse e/o accentrate) è la legge del legislatore ad essere soggetta al giudizio del giudice (costituzionale e/o secondo i casi ordinario) e non il giudizio del giudice ad essere soggetto a quanto stabilito dalla legge.

E ancora, di non poco rilievo è l’aspetto relativo alla progressiva affermazione di un rapporto dialettico³² – anche se non ancora del tutto “cooperativo” –³³ fra giudice e legislatore, là dove le

arbitrario del potere punitivo è stato [...] frutto di una valutazione storico-contingente, a sua volta influenzata dalla diversa storia politico-costituzionale che fa da retroterra ai sistemi rispettivamente riconducibili [ai sistemi di *common law* e di *civil law*]» e sottolinea come «[le] motivazioni ideologiche risalenti all’età dei Lumi» su cui si fonda «[la] fiducia riposta nel corso dei decenni hanno perduto quantomeno una parte del loro valore» (corsivi miei). Non di ideo- logia ma addirittura di una delle “mitologie” del positivismo giuridico parla invece GROSSI 2015, 75 s. che, con riferimento al diritto dell’Unione Europea, scrive che «il principio della divisione dei poteri non ha quella categoricità spasmodica, ossessiva, circolante negli Stati dell’Europa continentale, tant’è vero che il suo supremo organo giurisdizionale, la corte di giustizia sedente a Lussemburgo, è sì un’istituzione giudiziaria ma alla quale è sostanzialmente affidato un ruolo rilevante di promozione e determinazione del progrediente diritto dell’Unione, particolarmente sul tema vitalissimo della individuazione dei diritti fondamentali del cittadino europeo».

³⁰ Sulla progressiva trasformazione del rapporto fra giudice e legislatore in ragione della (maggiore) tutela (inter)nazionale dei diritti fondamentali, rinvio a MAZZARESE 2017b; e 2018, 78-83. Di particolare interesse, al riguardo, anche ma non solo per la insolita narrazione in chiave autobiografica delle successive innovazioni di diritto interno, sovranazionale e internazionale con le quali negli ultimi decenni si è venuto a confrontare nella sua funzione di giudice, CONTI 2024.

³¹ Apparentemente analogo il rilievo di FERRAJOLI 2024, 317, là dove denuncia che «l’ordinamento internazionale va [...] letto come un insieme di antinomie e di lacune: in primo luogo di *antinomie* [...] quali sono le norme liberticide alla base delle repressioni violente del dissenso politico in tanti regimi dispotici; in secondo luogo e soprattutto di *lacune* [...] quali sono quelle consistenti nella mancata introduzione di garanzie della pace, dei diritti sociali e delle relative funzioni e istituzioni globali di garanzia». Apparentemente analogo ma in realtà altro e diverso non solo perché “l’ordinamento internazionale” (quale che ne possa essere l’eventuale caratterizzazione) al quale fa riferimento Ferrajoli non è l’insieme dei trattati internazionali e della giurisprudenza delle Corti sovranazionali che individuano e costituiscono il *corpus* del diritto internazionale dei diritti fondamentali (il cosiddetto *International Human Rights Law*) ma anche perché le lacune e le antinomie alle quali si fa riferimento nel testo non sono quelle relative all’assenza di garanzie dei diritti sanciti o alla loro violazione quanto piuttosto quelle determinate da una sovrapposizione ridondante, non sempre congruente né coerente, di ridefinizioni successive di cataloghi dei diritti – settoriali o generali.

³² Progressiva affermazione di un rapporto dialettico anche là dove ne siano state contestate e stigmatizzate plausibilità e legittimità. Esemplare, al riguardo, il caso discusso in CONTI 2018, relativo alla legge 22 dicembre 2017, n. 219, in tema di consenso informato e fine vita. Legge che di fatto riprende e sancisce gli stessi principi richiamati, dieci anni prima e in assenza di una normativa sul tema dalla sentenza della Cassazione n. 2, 1748 / 2007 (la cosiddetta sentenza Englano). Sentenza, questa, oggetto di aspre polemiche contro la magistratura e il suo presunto attivismo in cui si rivendica che «pur a fronte della [...] carenza di una specifica disciplina legislativa, il valore primario ed assoluto dei diritti coinvolti esige una loro immediata tutela ed impone al giudice una delicata opera di ricostruzione della regola di giudizio nel quadro dei principi costituzionali» (la citazione è ripresa da CONTI 2018, 223).

³³ Di una giurisdizione improntata a un “uso cooperativo” del diritto scrive CONTI 2024. Un uso del quale Conti auspica l’affermazione nonostante o forse proprio in risposta alla «complessità delle prospettive che si fronteggiano

decisioni del giudice nazionale (costituzionale e non) si confrontano e “dialogano” (a) con quelle dei giudici di corti internazionali e regionali che, pur nella varietà delle rispettive competenze, hanno giurisdizione sulla tutela internazionale e regionale dei diritti fondamentali³⁴ e, sempre più spesso, (b) con le decisioni dei giudici nazionali di altri Paesi³⁵.

Non ultimo, forse quello più spigoloso perché più degli altri si presta a critiche e contestazioni contro la magistratura, è l'aspetto relativo al suo ruolo di supplenza là dove, per il principio del *non liquet*, il giudice, con la propria decisione, è tenuto a dare una risposta anche a fronte della latitanza di un legislatore che, spesso per un tornaconto elettorale, evita di disciplinare le materie più controverse³⁶.

3.2. Criticità nell'individuazione, interpretazione e applicazione del diritto (penale) a livello internazionale

Il secondo ordine di quesiti relativo alla dimensione internazionale del garantismo penale – simmetricamente al primo che si incentra sulle possibili interferenze del diritto internazionale sull'individuazione, interpretazione e applicazione del diritto (penale) nell'ambito del diritto interno di uno Stato – riguarda invece la possibile reticenza e/o riluttanza, in nome della soggezione al diritto interno del proprio Paese, a rendere effettivo il diritto internazionale, a condividerne i principi contribuendo alla loro tutela e attuazione.

Diversi i profili in relazione ai quali può trovare espressione questa chiusura nei confronti delle possibili “ingerenze” del diritto internazionale e/o, in particolare, del diritto internazionale dei diritti fondamentali. Profili distinti che, pur nella loro specificità, sono rilevanti, tutti, tanto nella prospettiva dei principi di uno stato costituzionale di diritto quanto nella prospettiva di un garantismo internazionale funzionale a una Costituzione della Terra.

In particolare, un primo profilo, che conferma l'aporia fra le due funzioni di garanzia ascritte alla giurisdizione dal modello di garantismo di Ferrajoli, riguarda, i casi in cui il giudice (i) si astenga dal tutelare un diritto fondamentale che, per quanto sancito a livello internazionale, non trovi esplicita statuizione nell'ordinamento del proprio Paese e/o (ii) si attenga, nella tutela giudiziale di un diritto fondamentale, ai termini sanciti dal legislatore nazionale non prendendo in considerazione forme e modi di una sua maggiore tutela già affermata a livello internazionale³⁷.

sul ruolo del giudiziario e, dunque, sui limiti della sua autonomia decisionale, che sta in bilico fra legislativo, Corte costituzionale e Corti sovranazionali».

³⁴ Non a caso questo rilievo è presente soprattutto nella letteratura giusfilosofica di matrice ermeneutica – così, in Italia, ad esempio in ZACCARIA 2004 e da ultimo 2022; VOGLIOTTI 2007 e 2008; PASTORE 2014 e 2017 – e nelle analisi di quei giuristi che, nello specifico del proprio ambito disciplinare, adottano e ripropongono l'impianto categoriale ermeneutico (e le sue suggestioni) – così, in Italia, ad esempio, in ambito privatistico con LIPARI 2009; 2017 e in ambito costituzionalistico con RUGGERI 2008; 2014; 2016. Non a caso, perché, com'è noto, è un tratto distintivo dell'ermeneutica giuridica, il peculiare rilievo attribuito al ruolo del giudice indipendentemente da qualsivoglia disordine del sistema delle fonti. D'altra parte, invece, in un ambito giuspositivista forse ancora troppo condizionato da una concezione otto-novecentesca del diritto positivo, sorprende la posizione di chi – ad esempio DE VERGOTTINI 2006 e 2010 – considera marginali e poco rilevanti, sotto il profilo teorico, le trasformazioni che da quasi ottant'anni investono le forme e i modi in cui trova espressione il diritto (inter)nazionale.

³⁵ Per un'interessante raccolta di articoli sul tema e per ulteriori riferimenti bibliografici, cfr. ALPA (ed.) 2006, e ancora, in una prospettiva critica, cfr. DE VERGOTTINI 2010, 97-114.

³⁶ Lapidari, al riguardo, i termini usati da RODOTÀ 2012, 60: «[mentre le] omissioni del legislatore, [...] frutto di una scelta politica, possono non essere sanzionate, se non nei modi della politica [il] giudice, invece, si trova di fronte al problema della denegata giustizia, dell'inammissibilità del *non liquet*. [...] [Q]uesto tema classico deve essere ripensato in un contesto nel quale le dinamiche innescate da diversi fattori [...], fanno affluire davanti al giudice molte e impellenti domande sociali, che si aggiungono a quelle che lo stesso legislatore ha trasferito alla magistratura, con un consapevole e silenzioso processo di delega che in molti casi la costituisce come “pattumiera dei conflitti sociali”».

³⁷ Interessante ricordare, nel contesto europeo, che sia l'art. 53 della CEDU sia l'art. 53 della *Carta dei diritti dell'Unione Europea* sanciscono non tanto il principio della tutela dei diritti fondamentali quanto il principio della

Solo per fare qualche esempio, si pensi ai cosiddetti temi “eticamente sensibili” – quali la procreazione assistita, le unioni omosessuali, il testamento biologico – quando, a livello nazionale, sono privi di regolamentazione o ne hanno una che, nel tentativo di trovare un compromesso fra posizioni contrapposte, non tutela compiutamente i diritti in essa coinvolti.

Complementare a questo profilo è quello delle Corti internazionali (europee o comunque regionali)³⁸ là dove, secondo le rispettive competenze e procedure, siano chiamate a pronunciarsi sull’effettiva tutela garantita ai diritti fondamentali dalle decisioni del giudice nazionale; là dove, cioè, siano chiamate a rimettere in discussione le decisioni del giudice nazionale delle quali, nonostante la loro conformità al diritto interno del proprio Paese, sia dubbia una piena e compiuta tutela dei diritti fondamentali³⁹. Pluralità di corti regionali a garanzia di una tutela sovranazionale delle diverse definizioni del catalogo dei diritti fondamentali che, per un verso, mostrano la progressiva diffusione della loro affermazione e tutela giudiziale, ma, per altro verso, nonostante l’esplicita adesione ai diritti enunciati nella *Dichiarazione del 1948*, testimoniano dell’esigenza di una ridefinizione che tenga e renda conto di tratti valoriali e pratiche distinctive di culture differenti.

E ancora, il profilo forse il più problematico e complesso è quello che riguarda la possibilità di mancata ratifica o, secondo i casi, delle riserve che accompagnano la ratifica dello Statuto delle Corti internazionali (regionali o no) e, più in generale, di qualsiasi trattato internazionale. Mancata ratifica o ratifica con riserve che alterano radicalmente, l’una e l’altra, i termini in cui uno Stato, il suo ordinamento giuridico, il suo governo e i suoi cittadini possano (non) essere soggetti alla giurisdizione di una Corte internazionale e/o, secondo i casi, possano (non) non essere esonerati dall’ottemperanza di quanto sancito da un trattato internazionale.

Così, ad esempio, nel caso estremo del cosiddetto *American exceptionalism*: la teoria, che, com’è noto, esclude che cittadini e istituzioni nordamericane possano essere soggetti a norme e a sanzioni del diritto internazionale⁴⁰; e ancora, teoria in ragione della quale si giustifica e si rivendica la mancata ratifica da parte degli Stati Uniti della stragrande maggioranza dei trattati interna-

loro “maggiore tutela”. Per una puntuale ricognizione critica dei termini in cui, in ambito europeo, è sancito il principio della maggiore tutela dei diritti che, nonostante l’indeterminatezza della sua formulazione, costituisce una massima ormai indiscussa nella giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte dei diritti umani, cfr. PAROLARI 2017, 37-39. E ancora anche ma non solo con riferimento all’ambito europeo, cfr., ad esempio, RUGGERI 2014; 2015 e da ultimo 2023; MAZZARESE 2017a, 55; 2018, 78-83; RANDAZZO 2020.

³⁸ Per quanto la letteratura sia precipuamente incentrata sulle due Corti europee, è opportuno non trascurare le Corti istituite a garanzia della tutela giudiziale delle diverse ridefinizioni, a livello regionale, del catalogo dei diritti fondamentali. Così, in particolare, oltre alla Corte europea dei diritti dell’uomo (con sede a Strasburgo) e alla Corte di giustizia europea (con sede a Lussemburgo), è opportuno ricordare la Corte interamericana dei diritti umani (con sede a San José in Costa Rica) e la Corte africana per i diritti dell’uomo e dei popoli (con sede ad Arusha in Tanzania).

³⁹ Una conferma per molti aspetti paradigmatica della problematicità della (mancata) interazione fra diritto interno e diritto internazionale in tema di tutela dei diritti fondamentali è offerta, nell’ambito della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti umani, dalla tematizzazione di una pluralità di canoni interpretativi, diversi e alternativi, ai quali attenersi nelle decisioni da prendere. Fra gli altri, quello oggetto di forse maggiore attenzione è la cosiddetta dottrina del margine di apprezzamento, secondo la quale, come scrive PAROLARI 2016, 122, «fatti salvi alcuni standard minimi di tutela, deve essere riconosciuto a ciascuno Stato un margine di discrezionalità nello stabilire come intendere, attuare e tutelare i diritti sanciti nella Cedù». Della varietà di canoni, diversi e alternativi, e, in particolare, della problematicità della dottrina del margine di apprezzamento, ITZCOVICH 2013 offre un’interessante analisi con riferimento al caso Lautsi, il caso, cioè, relativo del crocifisso nelle classi scolastiche italiane.

⁴⁰ Per una ricognizione sia delle diverse espressioni di quello che in letteratura è denominato *American exceptionalism* (“eccezionalismo americano”) sia dei diversi argomenti che sono stati proposti per spiegarne e/o giustificare le ragioni, cfr. IGNATIEFF (ed.) 2004. In particolare, come puntualizza lo stesso IGNATIEFF 2001, 18 s., «un ordine giudiziario internazionale che abbia la capacità di imporre sanzioni agli stati [...] è contrario alla concezione americana secondo la quale i diritti traggono la loro legittimità dall’esercizio della sovranità popolare nazionale», da qui la ragione per la quale «[d]a quando Eleanor Roosevelt presiedette la commissione che vergò la *Dichiarazione universale*, l’America ha promosso le norme dei diritti umani nel mondo, rifiutando, allo stesso tempo, l’idea che quelle norme si applicassero ai cittadini e alle istituzioni americane».

zionali⁴¹ e regionali⁴² del Novecento, senza per questo rinunciare però alla centralità del proprio ruolo nella fase della loro redazione.

Caso estremo, quello dell'*American exceptionalism*, ma tutt'altro che unico. Anche senza la sua pretesa di un fondamento costituzionale, non è infatti inusuale nella prassi anche e non solo delle grandi potenze, la mancata ratifica dei trattati internazionali, o tutt'al più una ratifica accompagnata da riserve che garantiscono ampi ambiti di elusione e/o di impunità. Esemplari, negli ultimi tre anni flagellati anche ma non solo dal conflitto armato russo-ucraino e da quello israelo-palestinese, le manifeste difficoltà tanto dell'*International Court of Justice* quanto dell'*International Criminal Court*⁴³ ad intervenire con loro risoluzioni anche solo nel tentativo di mettere un argine alle reiterate e sempre più smaccate e provocatorie violazioni del diritto umanitario.

Ma non solo, si pensi alla pluralità di cambiamenti geopolitici che sollecitano una continua (ri)definizione anche dei concetti più basilari del diritto relativo alla guerra e alle forme della sua prevenzione – così, tanto per fare due esempi legati all'attualità, è palese come il concetto di “legittima difesa” definito dall'articolo 51 della *Carta dell'Onu* non consenta più di tener conto di molte nuove forme di conflitto armato (MAZZARESE 2023, 83 s.); così come è palese che sia diventato quasi anacronistico continuare a discutere solo di disarmo *nucleare* a fronte della proliferazione di nuove armi non meno pericolose e non meno distruttive di quelle nucleari.

4. Un'ulteriore sfida al garantismo?

I due ordini di quesiti relativi alla dimensione internazionale del garantismo preludono – come si è già fatto cenno (§ 1) – all'individuazione di un'ulteriore sfida: la sfida, cioè, che deriva dal carattere sempre meno sistematico tanto del diritto interno dei singoli Stati quanto dalla connotazione sempre più complessa e plurale delle sue relazioni sovranazionali e transnazionali con sempre nuove forme di produzione giuridica.

La nuova sfida, in altri termini, è quella che deriva dal disordinamento del diritto interno e internazionale. Sfida, questa, non meno urgente da affrontare di quanto non siano le molte sfide che giustificano la necessità e l'urgenza di un garantismo internazionale a complemento di una Costituzione della Terra.

E ancora, sfida da non eludere, né sottovalutare, perché, come scriveva Norberto Bobbio nella *Prefazione* alla prima edizione di *Diritto e ragione*:

«[i]l garantismo è un modello ideale cui la realtà si può più o meno avvicinare. Come modello rappresenta una meta che rimane tale anche se non è raggiunta e non può essere mai del tutto raggiunta. Ma per costituire una meta il modello deve essere definito in tutti gli aspetti. Soltanto se è ben definito può servire anche da criterio di valutazione e di correzione del diritto esistente» (BOBBIO 1989, ix s.).

Sfida che è dubbio, però, possa essere risolta delineandone una teoria che faccia proprio e riproponga il nucleo ultimo della struttura a gradi dell'ordinamento come irrinunciabile baluardo per

⁴¹ Così, in particolare, come sottolinea HABERMAS 2004, 155, già a partire dalla mancata ratifica del *Trattato di Versailles* del 1919, istitutivo della Società delle Nazioni.

⁴² In particolare, gli Stati Uniti non hanno neppure ratificato la *Convenzione americana sui diritti umani* del 1969.

⁴³ Particolarmente significative le traversie che, sin dalla sua istituzione nel 1998 con il *Patto di Roma*, hanno segnato l'(in)successo dell'*International Criminal Court* e condizionato i limiti alla sua effettiva operatività. Entrato in vigore nel 2002, ad oggi il suo *Statuto* non è stato ratificato da Stati Uniti, Russia, Cina, Israele e Sudan. Ma non solo, dal 2002 al 2018 lo *Statuto* è stato sì in vigore ma in forma dimidiata: nonostante all'articolo 5 fosse indicato fra i crimini di competenza della Corte, il crimine di aggressione ha infatti ottenuto una definizione condivisa solo nel 2010 con gli Accordi di Kampala per entrare poi in vigore addirittura nel 2018.

una rassicurante struttura gerarchizzata che riduca il diritto a unità completa e coerente.

A conferma di questo dubbio, l'aporia segnalata (§ 1 e § 3) fra le due distinte funzioni di garanzia della giurisdizione indicate nel modello di Ferrajoli: la funzione garantista della giurisdizione che non può né deve prescindere da uno spirito critico del giudice nei confronti della legge – del diritto interno e di quello internazionale – e che, nondimeno, è chiamata ad applicare così com'è, per non cedere al rischio di trasformarsi in una funzione di governo; alla quale, cioè, è chiamata ad attenersi anche là dove la legge possa rimettere in discussione principi e diritti sancti dalla Costituzione o dal diritto internazionale dei diritti fondamentali; dalla costituzione del diritto interno di uno stato o dall'auspicata Costituzione della Terra.

Quale che sia l'eventuale rilievo attribuito a questa aporia, la sua segnalazione contribuisce a riflettere sulla necessità di mettere a punto, nella prospettiva di una teoria del garantismo, un apparato categoriale radicalmente nuovo perché, per quanto forse apparentemente rassicurante, quello della struttura a gradi dell'ordinamento, sul quale continua a riposare, non dà più buona prova di sé e non consente più di render conto di una realtà che sollecita nuovi strumenti per affrontare i suoi cambiamenti e le sue trasformazioni.

Un apparato categoriale radicalmente nuovo perché il garantismo non rimanga soltanto, come scriveva Bobbio nel 1989, un ideale, ma abbia la possibilità di essere attuato, per rispondere tempestivamente alle sfide che oggi minacciano il mondo; perché non rimanga solo un ideale ma riesca effettivamente a configurarsi, come auspica Ferrajoli, «quale sistema di limiti e vincoli ai poteri sovrastatali oltre che a quelli statali, ai poteri economici privati oltre che ai poteri politici pubblici, a garanzia dei beni vitali oltre che dei beni fondamentali di tutti» (FERRAJOLI 2024, 10).

Riferimenti bibliografici

ALPA G. (ed.) 2006. *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica*, Giuffrè.

BOBBIO N. 1989. *Prefazione*, in FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, vii ss.

CARBONELL M., SALAZAR P. (eds.) 2005. *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta.

CHITI E., DI MARTINO A., PALOMBELLA, G. (eds.) 2021. *L'era dell'interlegalità*, il Mulino.

CIERVO A. 2021. *Appunti su beni comuni, diritti delle generazioni future e costituzionalismo dei bisogni*, in MAZZARESE T. (ed.), *Ricucire il mondo. La necessaria sinergia fra diritti fondamentali e beni comuni*, Brixia University Press, 65 ss.

CONTI R. 2018. *La legge 22 dicembre 2017, n. 2019. In una prospettiva civilistica: che cosa resta dell'art. 5 del Codice Civile?*, in «Consulta online», 1, 2018, 221ss.

CONTI R. 2024. *Dall'uso alternativo all'uso cooperativo del diritto nell'esperienza di un giudice comune*, in «Sistema penale», 25 giugno 2024. Disponibile in: <https://www.sistemapenale.it/it/ articolo/conti-dalluso-alternativo-alluso-cooperativo-del-diritto-nellesperienza-di-un-giudice-comune> (consultato il 21.11.2025).

DE VERGOTTINI G. 2006. *Garanzia della identità degli ordinamenti statali e limiti della globalizzazione*, in AMATO C., PONZANELLI G. (eds.), *Global Law v. Local Law. Problemi della globalizzazione giuridica*, Giappichelli, 6 ss.

DE VERGOTTINI G. 2010. *Oltre il dialogo tra le Corti*, il Mulino.

FERRAJOLI L. 1985. *Il diritto penale minimo*, in «Dei delitti e delle pene», 3, 1985, 493 ss.; ried. in L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Editoriale Scientifica Napoli, seconda ed. ampliata, 2016, 26 ss.

FERRAJOLI L. 1989. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza.

FERRAJOLI L. 1998. *Diritti fondamentali*, in «Teoria politica» 14, 2, 1988, 3 ss.

FERRAJOLI L. 1999. *Garanzie*, in AA.VV., Numero monografico di «Parole chiave» 19, 1999, 15 ss.

FERRAJOLI L. 2006. *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Trotta.

FERRAJOLI L. 2007. *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza (tre voll.).

FERRAJOLI L. 2013. *La democrazia attraverso i diritti*, Laterza.

FERRAJOLI L. 2016a. *La democrazia costituzionale*, il Mulino.

FERRAJOLI L. 2016b. *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Laterza.

FERRAJOLI L. 2016c. *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Editoriale Scientifica Napoli, seconda ed. ampliata (ed. or. 1985).

FERRAJOLI L. 2017. *Costituzionalismo oltre lo Stato*, Mucchi.

FERRAJOLI L. 2018. *Contro il crezionismo giudiziario*, Mucchi.

FERRAJOLI L. 2020a. *Introduzione. Logica del diritto, metodo assiomatico e garantismo. A partire da Kelsen*, in DI LUCIA P., PASSERINI GLAZEL L. (eds.), *Il dover essere del diritto. Un di battito teorico sul diritto illegittimo a partire da Kelsen*, Giappichelli, 1 ss.

FERRAJOLI L. 2020b. *Per una Costituzione della Terra*, in «Teoria politica. Nuova serie Annali», 10, 2020, 39 ss.

FERRAJOLI L. 2021a. *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, Laterza.

FERRAJOLI L. 2021b. *Per una Costituzione della Terra*, Giappichelli.

FERRAJOLI L. 2022. *Perché una Costituzione della Terra? L'umanità al bivio*, Feltrinelli.

FERRAJOLI L. 2024. *Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del garantismo penale*, Laterza.

FERRAJOLI L. 2025. *Progettare il futuro. Per un costituzionalismo globale*, Feltrinelli.

FIANDACA G. 2017. *Prima lezione di diritto penale*, Laterza.

FIANDACA G. 2022. *Il giurista (penalista) tra interpretazione, scienza e politica – Un confronto con Domenico Pulitanò*, in AA.VV., *Riflessioni sulla giustizia penale. Studi in onore di Domenico Pulitanò*, Giappichelli, 77 ss.

GALLIE W. B. 1956. *Essentially Contested Concepts*, in «Proceedings of the Aristotelian Society», 56, 1956, 167 ss.

GASCÓN ABELLÁN M. 2005. *La teoría general del garantismo: rasgos principales*, in CARBONELL M., SALAZAR P. (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, 21 ss.

GIANFORMAGGIO L. 1993. *Diritto e ragione tra essere e dover essere*, in ID. (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, 25 ss.

GROSSI P. 2015. *Ritorno al diritto*, Laterza.

HABERMAS J. 2004. *Der gespaltene Westen. Kleine Politische Schriften X*, Suhrkamp (trad. it. *L'Occidente diviso*, Laterza, 2005).

IGNATIEFF M. 2001. *Human Rights as Politics*, in GUTMANN A. (ed.), *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton University Press, 3 ss. (trad. it. *Diritti umani come politica*, in ID., *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Feltrinelli, 2003, 7 ss.).

IGNATIEFF M. (ed.) 2004. *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton University Press.

IPPOLITO D., MASTROMARTINO F., PINO G. 2021. *Una filosofía del derecho para el Estado constitucional*, in AA.VV., *Para Luigi Ferrajoli*, Trotta, 9 ss.

ITZCOVICH G. 2005. *L'integrazione giuridica. Un'analisi concettuale*, in «Diritto pubblico», 9, 2005, 749 ss.

ITZCOVICH G. 2013. *One, none, and one hundred thousand margins of appreciations: The Lautsi case*, in «Human rights law review», 13, 2, 2013, 287 ss.

ITZCOVICH G. 2017. *Disordinamento giuridico. Crisi finanziaria e sviluppi costituzionali dell'unione economica e monetaria europea*, in MAZZARESE T. (ed.) *Disordine delle fonti e tutela dei diritti fondamentali*, sezione monografica di «Diritto & questioni pubbliche» 17, 1, 2017, 85 ss.

KLABBERS J., PALOMBELLA G. 2019. *The Challenge of Inter-Legality*, Cambridge University Press.

LA VALLE et al. 2019. *Perché la storia continui. Appello-proposta per una Costituzione della Terra*, in «Il manifesto», 27 dicembre 2019. Disponibile in: <https://ilmanifesto.it/perche-la-storia-continui-proposta-per-una-costituzione-della-terra> (consultato il 21.11.2025).

LIPARI N. 2009. *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 63, 2, 2009, 479 ss.

LIPARI N. 2009. *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè.

MAZZARESE T. 1993. *Judicial Implementation of Fundamental Rights: Three Sorts of Problem*, in KARLSSON M.M., JÓNSSON O.P., BRYNJARSDÓTTIR E.M. (eds.), *Recht, Gerechtigkeit und der Staat*, Duncker und Humblot, 203 ss.

MAZZARESE T. 2010. *Ancora su ragionamento giudiziale e diritti fondamentali. Spunti per una posizione “politicamente scorretta”*, in «Ragion pratica», 35, 2010, 509 ss.

MAZZARESE T. 2015. *Garantismo (penale) di Beccaria e costituzionalismo (inter)nazionale a confronto*, in ROSSI G., ZANUSO F. (eds.), *Attualità e storicità del “Dei delitti e delle pene” a 250 anni dalla pubblicazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, 141 ss.

MAZZARESE T. 2017a. *La giustizia del diritto fra principi del costituzionalismo (inter)nazionale e disordine delle fonti del diritto*, in «Rivista di Filosofia del diritto», Numero speciale: *Limi del diritto*, 2017, 41 ss.

MAZZARESE T. 2017b. *La (mancata) tutela dei diritti fondamentali fra sfide del costituzionalismo (inter)nazionale e disordine delle fonti del diritto*, in ID. (ed.), *Disordine delle fonti e tutela dei diritti fondamentali. Sezione monografica di «Diritto & questioni pubbliche»*, 1, 2017, 109 ss.

MAZZARESE T. 2018. *La giustizia del diritto secondo il costituzionalismo (inter)nazionale e una domanda apparentemente disorientante*, in «Lo Stato», 11, 2018, 69 ss.

MAZZARESE T. 2019. *Le fonti del diritto e il loro (dis)ordine*, in «Lo Stato», 12, 2019, 461 ss.

MAZZARESE T. 2020. *Diritti e beni comuni o fondamentali. Un binomio di riferimento per una risposta sistemica alle sfide dell'era globale*, in «Ragion Pratica», 55, 2020, 441 ss.

MAZZARESE T. 2023. *Guerra in Ucraina e le (in)certeze del pacifismo*, Giappichelli.

MUSIL, R. 1930-1942. *Der Mann ohne Eigenschaften*, Berlin, Rowohlt (trad. it. di Annarita Rho, *L'uomo senza qualità*, Einaudi, 7^a ed., 1957).

PALOMBELLA G. (ed.) 2022. *Approaching Inter-legality*, parte monografica di «Rivista di filosofia del diritto», 11, 1, 2022, 9 ss.

PAROLARI P. 2016. *Culture, diritto, diritti. Diversità culturale e diritti fondamentali negli studi costituzionali di diritto*, Giappichelli.

PAROLARI P. 2017. *Tutela giudiziale dei diritti fondamentali nel contesto europeo: il “dialogo” tra le corti nel disordine delle fonti*, in MAZZARESE T. (ed.), *Disordine delle fonti e tutela dei diritti fondamentali. Sezione monografica di «Diritto & questioni pubbliche»*, 1, 2017, 31 ss.

PAROLARI P. 2024. *Interlegalità*, in BAGNI S., LOCCHI M.C., PICIOCCHI C., RINELLA A. (eds.), *Interculturalismo. Lessico comparato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 387 ss.

PASTORE B. 2014. *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Cedam.

PASTORE B. 2017. *Sul disordine delle fonti del diritto (inter)nazionale*, in MAZZARESE T. (ed.), *Disordine delle fonti del diritto (inter)nazionale e tutela dei diritti fondamentali. Sezione monografica di «Diritto & questioni pubbliche»*, 17, 1, 2017, 13 ss.

PRIETO SANCHÍS L. 2005. *Constitucionalismo y garantismo*, in CARBONELL M., SALAZAR P. (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, 21 ss.

PRIETO SANCHÍS L. 2021. *El constitucionalismo en la teoría del derecho de Ferrajoli*, in AA. VV. *Para Luigi Ferrajoli*, Trotta, 21 ss.

RANDAZZO A. 2020. *Il “metaprincipio” della massimizzazione della tutela dei diritti*, in «Dirittifondamentali.it», 2, 2020, 689 ss.

RODOTÀ S. 2012a. *Il diritto ad avere diritti*, Laterza.

RODOTÀ S. 2012b. *Postfazione. Beni comuni: una strategia globale contro lo human divide*, in MARELLA M.R. (ed.), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Ombre corte, 311 ss.

RODOTÀ S. 2018. *Verso i beni comuni*, in ID., *I beni comuni. L'inaspettata rinascita degli usi collettivi*, La Scuola di Pitagora, 27 ss.

RUGGERI A. 2008. *I diritti fondamentali tra carte internazionali e costituzione (Dalla forza delle fonti alle ragioni dell'interpretazione)*, in VOGLIOTTI M. (ed.), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Giappichelli, 146 ss.

RUGGERI A. 2014. *Sei tesi in tema di diritti fondamentali e della loro tutela attraverso il “dialogo” tra Corti europee e Corti nazionali*, in «Federalismi.it» 18, 2014, 1 ss.

RUGGERI A. 2015. *Maggiore o minor tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali?*, in «Consulta online», 1, 2015, 49 ss.

RUGGERI A. 2016. *Giurisdizione e diritti. Un rapporto complesso, ad oggi largamente inesplorato e bisognoso della sua opportuna chiarificazione*, in «Consulta online», 3, 2016, 349 ss.

RUGGERI A. 2023. *Chi è il garante dei nuovi diritti fondamentali?*, in «Consulta online», 1, 2023, 204 ss.

VOGLIOTTI M. 2007. *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Giappichelli.

VOGLIOTTI M. 2008. *Introduzione*, in ID. (ed.), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Giappichelli, 1 ss.

ZACCARIA G. 2014. *Trasformazione e riarticolazione delle fonti del diritto, oggi*, in PARIOTTI E., TRUJILLO I. (eds.), *Giustizia e mondializzazione*. Sezione monografica di «Ragion Pratica», 22, 2014, 93 ss.

ZACCARIA G. 2022. *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Laterza.

Cultura, valore, giustizia. Alcuni concetti fondamentali della filosofia del diritto di Radbruch

Culture, Value, Justice. Some Fundamental Concepts in Radbruch's Philosophy of Law

VINCENZO OMAGGIO

Professore ordinario di filosofia del diritto, Dipartimento di Scienze Giuridiche ed Economiche, Università degli studi Suor Orsola Benincasa, Napoli.

E-mail: vincenzo.omaggio@unisob.na.it

ABSTRACT

L'autore esplora gli elementi essenziali della filosofia del diritto di Gustav Radbruch, a partire dalla sua opera fondamentale del 1932, ponendo in luce il concetto di diritto come fenomeno culturale. Radbruch definisce il diritto non come un mero fatto (cieco ai valori) né come un valore puro (come la morale), ma come un "fatto riferito a un valore" (wertbezogene Tatsache). Questa impostazione metodologica, che assegna alla "cultura" un posto intermedio tra "essere" e "dover essere", è definita da Radbruch come un trialismo metodico (realtà, valore e riferimento al valore). Il saggio mette in risalto il confronto critico con Hans Kelsen, il quale respinge l'idea di Radbruch di un "terzo regno" della cultura, sostenendo che essa porta alla contraddizione di derivare un concetto normativo del diritto (dover essere) dalla realtà fattuale (essere). Il valore fondamentale a cui il diritto si riferisce è l'idea di giustizia, intesa come l'idea specifica che il diritto tenta di realizzare. La seconda parte del saggio è dedicata alle nozioni di "natura della cosa" in relazione al diritto naturale, da cui si distingue significativamente. Mentre il diritto naturale rimanda a una visione razionalistica, la natura del fatto invece rimanda a una visione in senso lato storico-artistica. Da questa analisi emergono tratti caratteristici della visione di Radbruch, collegati alla sua rivalutazione dello "spirito del diritto inglese".

The author explores the essential elements of Gustav Radbruch's philosophy of law, starting from his fundamental work of 1932, highlighting the concept of law as a cultural phenomenon. Radbruch defines law not as a mere fact (blind to values) nor as a pure value (like morality), but as a "fact related to a value" (wertbezogene Tatsache). This methodological approach, which assigns "culture" an intermediate place between "being" and "ought to be", is defined by Radbruch as a methodological trialism (reality, value, and relation to value). The essay emphasizes the critical comparison with Hans Kelsen, who rejects Radbruch's idea of a "third realm" of culture, arguing that it leads to the contradiction of deriving a normative concept of law (ought to be) from factual reality (being). The fundamental value to which law relates is the idea of justice, understood as the specific idea that law attempts to realize. The second part of the essay is dedicated to the notions of "nature of the thing" (*Natur der Sache*) in relation to natural law, from which it significantly differs. While natural law refers back to a rationalistic view, the nature of the fact instead refers to a broadly historicist view. From this analysis emerge characteristic features of Radbruch's vision, linked to his re-evaluation of the "spirit of English law".

KEYWORDS

cultura, valore, giustizia, natura del fatto (o della cosa), diritto naturale

culture, value, justice, natur der sache, natural law

Cultura, valore, giustizia. Alcuni concetti fondamentali della filosofia del diritto di Radbruch

VINCENZO OMAGGIO

1. *Il diritto come fenomeno culturale* – 1.1 *Cultura e Wertbeziehung: il confronto con Hans Kelsen* – 1.2 *Scienza del diritto come scienza culturale* – 1.3 *Idea e materia del diritto* – 2. *La giustizia* – 2.1 *L'idea specifica del diritto* – 2.2 *Giustizia, utilità, certezza* – 3. *La natura del fatto e il diritto di natura*.

1. *Il diritto come fenomeno culturale*

1.1 *Cultura e Wertbeziehung: il confronto con Hans Kelsen*

È largamente condivisa l'idea che la *Filosofia del diritto* del 1932¹ sia il libro fondamentale di Gustav Radbruch, perché vi ritroviamo gli elementi essenziali della sua concezione del diritto. A partire da quest'opera proverò a mettere a fuoco qualche definizione che giudico molto rilevante nell'economia del discorso radbruchiano. Scelgo di cominciare dal concetto del diritto, delineato in quei passi dei capitoli 1 e 4 in cui Radbruch sostiene due tesi fondamentali, cioè che il diritto è un concetto culturale, vale a dire riferito ai valori, e che il suo valore giuridico di riferimento è l'idea della giustizia.

Sono noti i presupposti di queste tesi: il diritto non è immediatamente un valore, ma neppure un fatto. Se fosse un semplice fatto, sarebbe cieco ai valori (*wertblind*), in quanto la natura non fa altro che rispecchiare il caos di ciò che è dato, senza alcun discernimento concettuale. Se fosse un valore in sé, si confonderebbe con la morale, che è l'attitudine a conferire valore alle cose in modo incondizionato. Il diritto è un fatto riferito a un valore (*wertbezogene Tatsache*) e in quanto tale è distinto dalla morale, ma con il valore tende a stabilire una relazione. Come è noto, per Radbruch ci sono quattro atteggiamenti possibili: un atteggiamento cieco al valore, uno valutativo, uno riferito al valore e infine un atteggiamento trascendente il valore, quello religioso². L'atteggiamento riferito al valore è l'atteggiamento metodico delle scienze della cultura.

Dunque, nel capitolo 1 si legge: «Il diritto è un fenomeno culturale, ossia un fatto riferito al valore. Il concetto di diritto non può essere definito altrimenti che come la datità che ha il senso di realizzare la giustizia»³. Questa tesi ora esposta in una forma piana rappresenta in realtà un nodo teorico molto importante nell'ambito della riflessione neokantiana, a cui Radbruch appartiene, come egli stesso riconosce, facendo esplicito riferimento al dualismo metodologico di Rickert e di Lask nella prima nota del libro⁴, quando deve «mostrare i presupposti filosofici generali della filosofia del diritto». Nel riferirsi a queste posizioni Radbruch ha avuto cura di precisare che per lui deve parlarsi di dualismo solo in quanto è in opposizione al monismo metodico (quello che stabilisce un legame diretto tra essere e dovere), perché in realtà dovrebbe parlarsi più propriamente di trialismo metodico⁵. Non si dà una mera antitesi tra essere e dover essere, tra realtà e valore, ma tra questi due ambiti bisogna riservare un posto al «riferimento al

¹ RADBRUCH 2021a. Un dibattito su quest'opera in prima edizione italiana è stato pubblicato in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2/2022 con contributi di M. Lalatta Costerbosa, P. Portinaro, G. Carlizzi, V. Omaggio e G. Bisogni.

² RADBRUCH 2021a, 7 ss.

³ RADBRUCH 2021a, 10.

⁴ RADBRUCH 2021a, 7.

⁵ RADBRUCH 2021a, 14 nt. 2.

valore”, tra natura e ideale va assicurato un posto alla cultura⁶. L’idea del diritto è il valore, mentre il concetto del diritto è realtà riferita al valore. Quest’orientamento, fondato da Lask, aveva già richiamato l’attenzione di Hans Kelsen. Kelsen nel 1916 pubblica un articolo sugli «Schmollers Jahrbuch» dal titolo *Die Rechtswissenschaft als Norm-oder Kulturwissenschaft*⁷, nel quale sottopone a una critica serrata le tesi del libro di Radbruch del 1914, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*. E la sua critica muove esattamente da questa nozione ambigua e spuria di “cultura”. Kelsen sostiene che in base al dualismo neocriticista a rigore la classificazione in essere e dovere, realtà e valore, natura e scopo, è esaustiva, è una suddivisione di tutto il pensabile. Un terzo regno è impensabile. Ebbene questo terzo regno è proprio quanto Radbruch tenta di costruire, mediante la cultura⁸. Kelsen si domanda: «come può una realtà essere sussunta sotto un concetto di valore se le categorie del valore e della realtà – secondo il dualismo metodico accettato da Radbruch – ricadono in regni separati?»⁹. Di conseguenza, come è possibile ricavare il concetto del diritto dalla giustizia quando Radbruch riconosce che i due concetti sono rigorosamente separati l’uno dall’altro? Tutte queste contraddizioni derivano secondo Kelsen precisamente dal concetto di cultura¹⁰; derivano cioè dall’idea di un sostrato della valutazione, per la quale il concetto di diritto sta a quello di giustizia come il sostrato sta al valore. Ciò comporta anche dover derivare il diritto dalla sua giustizia, cioè derivare un essere da un dover essere. Cosicché si determinano due incongruenze dal punto di vista di Kelsen: in primo luogo, ciò comporta che il diritto deve essere pensato come un essere, una realtà, perché solo la realtà effettiva può presentarsi come sostrato del valore; tuttavia Radbruch nel suo capitolo sulla validità del diritto ha sostenuto correttamente che la scienza giuridica si occupa di norme giuridiche, non di fatti, e che il giurista ha a che fare con il dovere e non con l’effettività dell’ordinamento. In secondo luogo, il presupposto della posizione, accettata anche da Radbruch, secondo cui il diritto resta diritto anche se ingiusto, è dato proprio dal fatto che si prescinda dall’applicare al diritto positivo un criterio extragiuridico come quello della giustizia. Secondo Kelsen la posizione relativista o, se vogliamo, “positivista”, sostenuta da Radbruch, dovrebbe pertanto reggersi sul presupposto di considerare irrilevante la qualità della giustizia per il diritto positivo¹¹. Pur essendo Radbruch convintamente relativista e pur avendo correttamente fondato il suo relativismo nella parte sostanziale della sua teoria, «nel punto decisivo gli è venuta meno la nozione del carattere puramente formale del concetto di dovere o valore, ed è stato spinto a raffigurare il diritto come fatto dell’essere»¹².

Dobbiamo dedurne che la posizione di Radbruch ha una sua originalità, è più complessa e articolata rispetto ai canoni rigorosi di Kelsen, col quale pur condivide l’orientamento neocriticista. Egli ci mostra una compresenza di realtà e valore, di essere e dovere. Prendere sul serio le scienze culturali significa andare alla ricerca delle connessioni tra fatti e valori. La filosofia del diritto è un tipo di indagine che guarda alla realtà, in sé irrazionale, dal punto di

⁶ RADBRUCH 2021a, 33. Contro Stammler, Radbruch supera il dualismo in nome di un trialismo di visioni (a prescindere dalla visione religiosa). «Questo trialismo trasforma la filosofia del diritto in una *filosofia culturale del diritto*» (RADBRUCH 2021, 33).

⁷ KELSEN 1988, 73-136. Nella *Filosofia del diritto* Radbruch segnala questa critica tagliente di Kelsen alla *filosofia culturale del diritto* alla nt. 13 del capitolo 3, *Gli indirizzi della filosofia del diritto*.

⁸ KELSEN 1988, 123-124.

⁹ KELSEN 1988, 125.

¹⁰ KELSEN 1988, 127.

¹¹ KELSEN 1988, 128: «[...] di un diritto positivo si può parlare soltanto in quanto si prescinde dall’applicare il criterio di misura extra-giuridico della giustizia, perché proprio nella eliminazione del problema della giustizia dell’ordinamento giuridico consiste la positività del diritto. È questo il senso del presupposto, accettato anche da Radbruch, che resta diritto anche un diritto ingiusto, che per il diritto positivo la qualità della giustizia è irrilevante!».

¹² KELSEN 1988, 129.

vista di valori assoluti; riflette sul significato metempirico del diritto alla luce di un valore tipico, ossia dell'idea di giustizia.

1.2 Scienza del diritto come scienza culturale

Nell'ambito delle scienze del diritto in generale (*Wissenschaften vom Rechte*) la scienza giuridica in senso stretto (*Rechtswissenschaft*) si distingue dalle altre (teoria sociale del diritto, filosofia del diritto, politica del diritto) perché studia gli ordinamenti giuridici positivi, è scienza del diritto valido, scienza del senso oggettivo del diritto. Essa è a sua volta una scienza culturale. In particolare, presenta tre caratteri: è (a) *comprendente*, (b) *individualizzante* e (c) *riferita al valore*¹³. Su questi aspetti è opportuno qui soffermarsi.

(a) Comprendente vuol dire per Radbruch che non è rivolta all'effettività, ma «al significato oggettivamente valido delle disposizioni giuridiche, alla loro validità»¹⁴.

Indubbiamente le norme sono imperativi e quindi espressioni di un volere; ma il senso oggettivo di un volere è un dover essere, perché una volta depurato del significato psicologico, legato al contenuto dei comandi, non può essere altro che un dovere¹⁵. L'oggetto della scienza giuridica sono i fatti, gli imperativi; ma la scienza non li considera come tali, li considera invece come enunciati deontici, come norme. Egli conclude allora che la scienza giuridica, pur restando in definitiva scienza empirica in quanto scienza culturale, «ha l'oggetto di una scienza empirica e il metodo di una scienza normativa», provocando così l'irritazione di Kelsen, che vi scorgeva una clamorosa contraddizione. Secondo Kelsen si trattava di un errore, in quanto non si può separare l'oggetto dal metodo e costruire una scienza che per un verso è empirica e per altro verso è normativa. L'oggetto è determinato esattamente dal metodo che si adopera¹⁶. Radbruch cade in contraddizione perché da un lato è spinto a intendere il diritto come fatto reale, come fatto culturale, e dall'altro deve riconoscere lo specifico carattere normativo della scienza giuridica.

Siamo intorno al medesimo snodo di questioni a cui anche Kelsen si era applicato nel suo *Problemi fondamentali della dottrina del diritto statuale* (*esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*) del 1911¹⁷, il libro germinale della sua dottrina pura del diritto, l'opera che ne contiene tutte le radici metodologiche e che, nel contempo, mostra i fondamenti filosofici del suo pensiero con una chiarezza che non sarà più dato di riscontrare nelle opere più mature¹⁸.

Il problema del metodo è tema della massima importanza: «difficilmente si potrà fare a meno della sicura bussola di un metodo scientifico senza correre il rischio di abbandonare il campo della propria disciplina per ritrovarsi in un campo limitrofo», come accade per la giurisprudenza, che «ha la peculiare qualità di imbattersi, ad ogni piè sospinto, in tali ambiti di confine, come la sociologia e la psicologia»¹⁹. Le soluzioni dei concreti problemi di dottrina dello Stato per Kelsen sono il terreno di verifica dei suoi assunti metodologici, mediante i quali sottopone a critica le dottrine dominanti. Tali dottrine sono viziose dal sincretismo e dalla confusione originati dalla comunanza di oggetto delle diverse scienze sociali, che impedisce di individuare i diversi metodi necessari a stabilire il confine tra le discipline. In mancanza di un solido criterio metodologico la penetrazione delle discipline diviene inestricabile e il diritto viene assoggettato ai metodi della psicologia e della sociologia. La trattazione della volontà nel diritto, pertanto, rientra pienamente nel perimetro dell'indagine filosofica del libro, intesa come *un'actio finium regundorum*, con

¹³ RADBRUCH 2021a, 133.

¹⁴ RADBRUCH 2021a, 134.

¹⁵ RADBRUCH 2021a, 87.

¹⁶ KELSEN 1988, 134 ss.

¹⁷ KELSEN 2022.

¹⁸ Si veda l'*Introduzione* di CARRINO in KELSEN 2022, IX-X.

¹⁹ KELSEN 2022, 4-5.

l'eliminazione delle impurità di metodo che impediscono di guardare al diritto come a una scienza autonoma. Nel solco della tradizione neokantiana comune a Radbruch, Kelsen sostiene che, colto il dovere in un senso rigorosamente logico, cioè in opposizione all'essere

«non lo si può identificare con nessuno dei suoi contenuti; non può darsi nessun essere, di nessun tipo, come dovere. In particolare non si può, cosa che per la verità accade frequentemente, considerare il dovere come una volontà, cioè come un evento psichico-reale. La volontà appartiene al mondo dell'essere, è un evento psichico e, perciò, qualcosa di essenzialmente diverso dal dovere»²⁰.

La volontà che opera nel campo dell'etica e della giurisprudenza è radicalmente diversa dalla volontà com'è intesa dalla psicologia, che è «un fatto empiricamente accertabile con l'auto-osservazione, un fatto appartenente al mondo dell'essere»²¹. La volontà dell'etica e della giurisprudenza è «una costruzione fatta dal punto di vista della norma, del dovere, una costruzione cui nella vita psichica reale dell'individuo non corrisponde alcun evento concreto»²². Il disconoscimento di tale distinzione rappresenta uno degli errori più gravi della giurisprudenza e contraddice l'essenza intima della scienza moderna, il cui percorso conduce alla fine alla conclusione che diritto è soltanto ciò che viene sancito come tale secondo il diritto positivo²³ senza riferimento a postulati della morale, della religione o della cultura.

Tale obiettivo teorico kelseniano è identificato da Radbruch quando definisce in termini di «eutanasia della filosofia del diritto»²⁴ quell'ascesa della teoria generale del diritto che, scalzando la filosofia, era andata a occupare «il piano mansardato della scienza giuridica positiva»²⁵. Prefiggersi lo scopo di una scienza autonoma fondata sul dover essere kelseniano vuol dire fare un'analisi tutta interna al diritto positivo, usando concetti che «non possono mai fuoriuscire dai suoi binari e condurre a una valutazione del diritto positivo stesso»²⁶. C'è dunque un dover essere, una considerazione del valore, ma il suo «oggetto non è il diritto, bensì la conoscenza del diritto»²⁷. Acutamente Radbruch osserva che la domanda a cui si offre risposta non è «quando un diritto è corretto, ma come un diritto possa essere compreso in maniera corretta»²⁸. È un tentativo che si muove nell'ambito della teoria della conoscenza giuridica, ossia della filosofia teoretica, non della filosofia del diritto, che è un ramo della filosofia pratica²⁹. Opera soltanto su un ambiente formalizzato di norme, non è perciò un sapere pratico come la filosofia del diritto, che invece mette in relazione la realtà dei fatti con i valori.

Con la consueta schiettezza Hans Kelsen aveva scritto: «Le mie ricerche presuppongono due contrasti fondamentali: quello che separa essere e dovere e quello che separa contenuto e forma [...]»³⁰. Il concetto di *Sollen* garantisce la validità della conoscenza prescindendo dal dato reale. Il diritto è il mondo del *Sollen*, la natura il mondo del *Sein*; il diritto possiede la propria struttura

²⁰ KELSEN 2022, 22. Qui ancora: «Come l'agire, anche il dovere può essere contenuto del dovere, ma non può mai essere quello stesso dovere».

²¹ KELSEN 2022, 155.

²² KELSEN 2022.

²³ KELSEN 2022, 337.

²⁴ RADBRUCH 2021a, 29.

²⁵ RADBRUCH 2021a, 28.

²⁶ RADBRUCH 2021a.

²⁷ RADBRUCH 2021a.

²⁸ RADBRUCH 2021a.

²⁹ RADBRUCH 2021a.

³⁰ KELSEN 2022, 5: «Sono del tutto consapevole del fatto che una concezione del mondo monista non riconosce, e non può riconoscere, come un dualismo definitivo, né il dualismo di essere e dovere, né quello di contenuto e forma. [...] ma io non sono monista. Per quanto anche io *percepisca* come insoddisfacente una costruzione dualistica dell'immagine del mondo, nel mio *pensiero* non vedo alcuna via che superi il conflitto insopportabile tra io e mondo, anima e corpo, soggetto e oggetto, forma e contenuto – o in quali altre parole l'eterno dualismo alternativamente possa celarsi».

relazionale, le proprie leggi di collegamento. L'importanza della proposizione giuridica si riverbera anche sulla questione fondamentale dell'obbligo giuridico, che Kelsen legge come forma fenomenica soggettiva della proposizione giuridica. Il significato essenziale della proposizione rispetto ai soggetti giuridici consiste nel fatto di obbligarli: la distinzione fra proposizione e obbligo scaturisce da quella che si dà tra una considerazione oggettiva e una soggettiva. Tutto questo risulterà chiaro una volta depurato il concetto di obbligo giuridico dal carattere distintivo dell'obbligo morale, consistente in uno *status* interiore del soggetto, in una condizione psichico-reale tale da esercitare coazione sulla volontà. L'analogia con la struttura dell'obbligo morale spinge nella rete giusnaturalistica, poiché, legando la pretesa giuridica all'obbedienza, alla capacità di obbligare, deve collegare l'obbligo all'esistenza di una norma cui il potere stesso dello Stato deve sottostare. Questa norma non può essere giuridica, per non dare luogo a una *petitio principii*, e dunque, la norma secondo la quale lo Stato può obbligare può essere solo una norma morale. In definitiva solo la morale può obbligare.

Anche Radbruch professa un dualismo, seppur complicato dal “terzo elemento”. Tra i modi fondamentali di posizione dei valori non c'è alcun ordine gerarchico, per la semplice ragione che i valori non possono essere fatti oggetto di conoscenza scientifica ma solo di *Bekenntnis*. Possono essere soltanto professati. «La filosofia kantiana ci ha insegnato – scrive Radbruch – che è impossibile desumere ciò che dotato di valore (*wertvoll*), ciò che è corretto, ciò che deve essere da ciò che è»³¹ E qui ancora:

«Gli enunciati deontici possono essere giustificati e dimostrati soltanto attraverso altri enunciati deontici. Proprio perciò gli enunciati deontici ultimi non sono dimostrabili, sono assiomatici, possono essere professati, ma non conosciuti. Dunque, là dove vi è una disputa tra affermazioni sugli enunciati deontici ultimi, tra visioni del valore e del mondo contrapposte, non vi è più la possibilità di decidere tra esse con rigore scientifico»³².

Già nei *Grundzüge* egli condanna in effetti le teorie giuspositivistiche proprio in quanto naturalistiche (o fattualistiche) e ne rigetta la riconduzione delle norme a situazioni di fatto³³. Per Bierling, ad esempio, il diritto è valido, in quanto è riconosciuto. Il concetto di riconoscimento psicologico è inteso come un atteggiamento di rispetto continuo, ininterrotto, abituale, come un sentirsi legato e sottoposto in relazione a un certo oggetto. Manca la distinzione tra essere e dovere.

Bene, ma questa distinzione si articola in due versioni³⁴. Nella prima versione l'essere si riferisce ai fatti e alla realtà, mentre il dovere si riferisce ai valori e corrisponde alla distinzione tra realtà e valore dei neokantiani del Baden o al dualismo metodologico. L'inoservanza di questa distinzione porta alla fallacia naturalistica, criticata da Radbruch. Nella seconda versione, quella della separazione di diritto e morale, l'essere si riferisce al diritto positivo vigente, mentre il dovere si riferisce alla morale. Radbruch dunque aderisce alla prima distinzione e critica il giuspositivismo fattualistico, ma non si pronuncia sulla seconda distinzione, neanche quando fa la critica di Kelsen, in quanto include il pensiero di quest'ultimo nel primo ambito, cioè nel giuspositivismo fattualistico.

Nonostante le comuni radici neokantiane e le analogie fra le loro posizioni dualistiche, i due non si intendono. Radbruch rifiuta la variante kelseniana del giuspositivismo, come Kelsen rigetta la variante radbruchiana del dualismo metodologico. Nella *Filosofia del diritto*³⁵ Radbruch definisce quella di Kelsen come una singolare combinazione del positivismo con l'apparentemente contrapposta “teoria normologica” del dovere che punta ad “un'alta polizia della conoscenza”, con

³¹ RADBRUCH 2021a, 13.

³² RADBRUCH 2021a, 16.

³³ PAULSON 2023.

³⁴ PAULSON 2023, 176, nt. 49.

³⁵ RADBRUCH 2021, 34-35.

la quale egli tenterebbe di eliminare tutte le ipostasi e le funzioni nel campo giuridico, finendo così per “annientare sé stessa”. In qualche modo riconosce in Kelsen un’istanza normologica, tuttavia critica la sua posizione come se fosse una forma di naturalismo. Perché?

La spiegazione sta nel fatto che per Radbruch la proposizione giuridica di Kelsen ha un contenuto normativo, ma non è una norma, è un imperativo, ma non un dovere, semmai è un volere; non è un valore, ma è realtà. Vale a dire che Kelsen si troverebbe «dal lato sbagliato della distinzione tra essere e dovere»³⁶. Finché la norma si riferisce all’imperativo, può al più imporre una volontà, ma mai fondare un dovere; non può trovare il suo fondamento se non nella morale. Questa interpretazione radbruchiana di Kelsen è condizionata dal ruolo che nel giurista praghese gioca la *Grundnorm* quale dispositivo atto a realizzare la “trasformazione della forza in diritto”. Poiché per Kelsen è sufficiente che le norme di un ordinamento giuridico, che si suppone fondato sulla *Grundnorm*, siano “obbedite in generale”, la sua posizione resta confinata all’ambito dell’essere, dal momento che l’efficacia è una mera espressione della forza e quindi non può mai trasformare la forza in diritto. La teoria della *Grundnorm* cade nella fallacia di tutti i giuspositivismi.

La separazione tra diritto e morale dettata dalla “seconda versione” in effetti non è neppure presa in considerazione da Radbruch. Non perché diritto e morale vadano confusi, ma perché nel concetto di diritto è insita la prospettiva della giustizia e il concetto di diritto, come sappiamo, ha senso in quanto tenta di realizzarla. È vero che Radbruch formula un relativismo convinto, non solo metodologico ma strutturale³⁷, basato sui limiti della conoscenza: proprio perché lo scopo del diritto e i mezzi necessari al suo raggiungimento non sono riconoscibili in termini scientifici, in quanto la ragione e la scienza sono inadeguate a questo compito, «è necessario che questo sia svolto dalla volontà e dal potere. È necessario che la produzione del diritto spetti a una volontà che abbia anche la possibilità di imporsi a qualunque visione giuridica riottosa»³⁸. Ciò tuttavia non autorizza ad accogliere una “teoria sociologica della validità”, secondo cui il diritto vale solo perché è prescritto da un potere capace di imporlo. Le prescrizioni e il potere possono al più produrre «una necessità ma non un dover essere, forse obbedienza, ma mai un obbligo di obbedienza»³⁹. In definitiva per Radbruch il diritto vale «non perché, bensì se è in grado di imporsi in maniera efficace», perché la certezza è uno degli elementi dell’idea del diritto, non è quello assorbente, non vuol dire che «debba essere preferita in maniera incondizionata alle pretese di giustizia e di utilità»⁴⁰.

È altrettanto vero che Radbruch sostiene una dottrina della soggezione del giudice alla legge. Difatti afferma che, per quanto possa essere ingiusto, il contenuto del diritto soddisfa sempre uno scopo attraverso la sua vigenza, quello della certezza. Con grande chiarezza:

«Noi disprezziamo il pastore che predica contro la sua fede, ma onoriamo il giudice che non consente al proprio riluttante senso giuridico di farlo vacillare nella propria fedeltà: difatti mentre il dogma ha valore solo come espressione di fede, la legge ha valore non solo come riflesso della giustizia, ma anche come garante della certezza, ed è soprattutto in questa forma che essa è affidata nelle mani del giudice»⁴¹.

³⁶ PAULSON 2023, 179.

³⁷ PAULSON 2023, 92.

³⁸ PAULSON 2023.

³⁹ PAULSON 2023, 90. La medesima tesi è esposta nel noto saggio postbellico RADBRUCH 2021, 136: «[...] il positivismo non è nella condizione di fondare con le proprie forze la validità delle leggi. Esso ritiene che la validità di una legge sia già dimostrata dal fatto che essa abbia il potere di farsi ubbidire. Ma sul potere forse si può fondare un dovere (*Müssen*), mai un dovere morale (*Sollen*) e la validità (*Gelten*). Ciò lo si può fondare solo sul valore che inerisce alla legge».

⁴⁰ RADBRUCH 2021b, 94.

⁴¹ RADBRUCH 2021b. Al ruolo del giudice nel pensiero di Radbruch e alle sue qualità intellettuali e morali ha dedicato pagine importanti: LALATTA COSTERBOSA 2024.

Tuttavia di per sé la dottrina della soggezione giudiziale non implica un giuspositivismo legalistico. Si può sostenere che il giudice sia vincolato dal diritto legislativo, e, nello stesso tempo, rigettare l'idea che il diritto non sia nient'altro se non diritto legislativo⁴². Per Radbruch la legge rappresenta una parte del diritto, la sua componente politica, il giuspositivismo invece trasforma la parte nel tutto, fa della certezza l'unico elemento del diritto.

(b) Il secondo carattere della scienza giuridica, anche se essa si occupa di leggi generali, è di essere una scienza individualizzante, una scienza idiografica (non "nomotetica"), in quanto oggetto della scienza giuridica non sono le singole leggi, ma l'intero ordinamento che rappresenta un'esperienza individuale nel suo rapportarsi al valore della giustizia. In fondo ogni ordinamento rappresenta propriamente questo sforzo di tendere alla giustizia ed è perciò individuale. La scienza del diritto è sempre scienza di un certo diritto, di un certo ordinamento giuridico vigente o estinto che sia, sul quale la filosofia del diritto esercita la sua valutazione alla luce dei tratti irrinunciabili di ogni diritto, delle pretese di correttezza che il diritto avanza sotto forma di giustizia formale. Come tutti i processi culturali, ai quali ineriscono senso e valore, stimola il nostro interesse al particolare e all'individuale, al suo irripetibile svolgimento⁴³. In base alla distinzione tra scienza della natura e scienza della cultura il significato culturale di un oggetto non si basa su ciò che esso ha in comune con le altre realtà, ma proprio su ciò che lo distingue dalle altre. Guardato nel suo rapporto con i valori culturali deve essere visto "anche in riferimento al particolare e all'individuale", in quanto «visto come natura, cioè ridotto a concetti generali e leggi, diventerebbe un esemplare di genere indifferente, al posto del quale potrebbe benissimo subentrare un altro genere uguale»⁴⁴.

c) Il riferimento al valore è il terzo elemento definitorio della scienza giuridica e senza tale richiamo alla giustizia la scienza non saprebbe comprendere gli ordinamenti giuridici nella loro individualità e la filosofia del diritto non potrebbe valutarli. Difatti le scienze individualizzanti anegherebbero nella massa dei fatti senza disporre di un criterio per distinguere tra i fatti essenziali e quelli inessenziali. Questo criterio è il riferimento al valore, cioè il criterio che seleziona i fatti favorevoli oppure sfavorevoli al perseguitamento del valore cui la scienza si orienta, ma sempre ad esso non indifferenti⁴⁵. Quindi il suo oggetto può mutare col mutare delle epoche, che modifica la distinzione tra fatti essenziali e inessenziali. «Ogni epoca scrive la storia daccapo»⁴⁶ distinguendo daccapo i fatti "storici" da quelli meramente "antiquari".

1.3 Idea e materia del diritto

Va sottolineato che in questo sistema sia le norme che i fatti giuridici hanno un riferimento al valore: le prime sono concetti immediatamente riferibili al valore della giustizia, hanno il senso di stare al servizio del valore; i secondi sono concetti mediamente riferibili al valore, datità che hanno il senso di dover corrispondere a quelle norme dell'ordinamento giuridico che, a loro volta, sono orientate all'idea di giustizia⁴⁷. In particolare, se guardiamo bene, è qui implicata anche quella tesi radbruchiana della *Natur der Sache*, intesa come la soluzione proposta «da tutti coloro che si sforzano di mitigare il rigido dualismo tra essere e dover essere, tra realtà e valore, che cercano la ragione nelle cose stesse»⁴⁸. Tesi che egli era andato sviluppando progressivamente negli anni non

⁴² PAULSON 2023, 156.

⁴³ RICKERT 1979, 125.

⁴⁴ RICKERT 1979.

⁴⁵ RADBRUCH 2021a, 135.

⁴⁶ RADBRUCH 2021a.

⁴⁷ RADBRUCH 2021a, 124.

⁴⁸ «*Natur der Sache ist die Lösung aller derer, welche den schroffen Dualismus von Sein und Sollen, von Wirklichkeit und Wert zu mildern bemüht sind, welche die Vernunft in den Dingen auchen*», RADBRUCH 1947. Questo articolo, che va

senza oscillazioni nel giudizio e nella prospettiva, a cominciare dall'importante saggio degli anni '20 *Idea e materia del diritto*⁴⁹. La natura del fatto è «il senso di un rapporto di vita riferito a un'idea»⁵⁰, scrive Radbruch nel saggio del '47 *Die Natur der Sache als juristische Denkform* e aggiunge che «il senso di un fatto (*Sinngehalt*) può essere elaborato solo nella relazione con un'idea»⁵¹.

Il riferimento alle tesi rickertiane e weberiane ci permette di interpretare nella loro giusta portata talune affermazioni dell'autore che altrimenti potrebbero essere fraintese come una presenza ontologica del senso o del dover essere nel fatto stesso, quando scrive ad esempio che “il senso è dover essere realizzato nell'essere, è il valore che si manifesta nella realtà”. Tuttavia non bisogna intendere il senso come un elemento della struttura del fatto, ma come il risultato di un'operazione del pensiero (*Denkform*): l'operazione è la messa in relazione con l'idea (*Wertbeziehung*). Cosicché “il senso di un fatto può essere elaborato solo nella relazione con una idea”, come abbiamo letto. Ma poiché la teoria del diritto non ha ancora chiarito l'essenza logica della natura della cosa, la singolare connessione tra accertamento dell'essere e valutazione del valore, Radbruch tenta questo chiarimento seguendo il filo conduttore di tre domande⁵²: che significa “cosa”? cosa vuol dire “natura”? da dove deriva la vincolatività della natura della cosa? La “cosa” a cui si riferisce è il sostrato, il materiale, la materia che il diritto deve plasmare. È indifferente se come materia di valutazione giuridica un caso singolo si presenta al giudice o se al legislatore e al giurista si presenta un intero complesso di casi singoli connessi: il procedimento per l'accertamento della natura della cosa è in entrambi i casi lo stesso. Materia del diritto è la convivenza degli uomini, la totalità dei rapporti di vita e degli ordinamenti di vita all'interno della società, nonché i fatti della vita che sono componenti di quei rapporti e ordinamenti. La nozione di “natura” non va intesa in senso naturalistico o come se fosse un ente. Natura della cosa è la sua essenza, il suo senso, ma non un senso realmente pensato da qualcuno, bensì il senso oggettivo da ricavare unicamente dalla costituzione stessa dei rapporti di vita. Si cerca così il senso giuridico e l'idea di diritto che in esso si realizza. Come aveva sostenuto una volta Savigny, il diritto è “la vita degli uomini stessi, considerata da un punto di vista particolare”; il senso giuridico di una cosa significa quindi la selezione di determinati tratti dalla totalità di un rapporto di vita sotto un determinato aspetto. Ciò che Anselm Feuerbach (il pittore) disse a proposito dello stile, che è la corretta omissione dell'inessenziale, avrebbe potuto impararlo da suo nonno (il giurista): infatti anche lo stile giuridico è la corretta omissione dell'inessenziale⁵³. I tratti giuridici così ottenuti vengono riassunti sotto il dominio di un'idea di diritto in una struttura di senso unitaria, che per lo più, ma non sempre, sarà una struttura teleologica, una struttura di scopi e mezzi giuridici. Così il rapporto di vita viene trasformato in un istituto giuridico nella forma di un tipo ideale mediante il procedimento della costruzione giuridica.

Come si è detto, la convinzione della correttezza metodologica della costruzione giuridica è l'esito maturo di una lunga riflessione iniziata con il conio della nozione di “determinatezza materiale dell'idea”, così come consegnata nel lavoro *Idea e materia del diritto*. L'idea vale per una determinata materia, è rivolta a una certa materia ed è dunque determinata dalla materia che vuole dominare. Come l'idea artistica si adatta al materiale, si trasforma a seconda che debba incorporarsi nel bronzo oppure nel marmo, così ogni idea è congenitamente corrispondente alla materia⁵⁴. Sicché in questa fase Radbruch abbozza un primo concetto di natura della cosa sulla

considerato molto più di un ampliamento del testo del 1941 recante il medesimo titolo (*La natura della cosa come forma giuridica di pensiero*), rappresenta l'approdo conclusivo della sua riflessione.

⁴⁹ RADBRUCH 2016.

⁵⁰ RADBRUCH 1947, 162.

⁵¹ RADBRUCH 1947, 172.

⁵² RADBRUCH 1947, 159 ss.

⁵³ RADBRUCH 1947, 162.

⁵⁴ RADBRUCH 2016, 31.

base del rapporto tra forma e materia dell'idea del diritto. La materia dell'idea del diritto (o la materia del diritto) è «il dato preformato per mezzo di concetti sociali»⁵⁵, non il dato immediato quindi, inutilizzabile in quanto non sussumibile in concetti, ma solo il dato formato concettualmente, l'unico applicabile in termini giuridici. Una decisione giuridica tratta in base alla natura della cosa richiede la materia di un fatto sociale di tipo giuridico⁵⁶.

Nella *Filosofia del diritto* il tema viene ripreso da Radbruch che sostiene che, se è vero che si è tentato di equiparare la determinatezza materiale dell'idea a una preformazione dell'idea nella materia, non può parlarsi però che di «una possibilità psicologica di intuire l'idea nella e fuori dalla materia»⁵⁷. Così come Michelangelo può aver visto in anticipo la figura del David nel blocco di marmo che stava lavorando, lo stesso può accadere al giurista che decide secondo la natura della cosa⁵⁸. Ma si tratta di un «colpo di fortuna dell'intuizione», non di un metodo della conoscenza⁵⁹. Radbruch difende con decisione l'indeducibilità del valore dalla realtà. Sul piano logico naturalmente, non sul piano causale. Il dualismo non esclude affatto che le valutazioni siano influenzate dai fatti reali. I giudizi di valore possono essere causati dai fatti empirici, ma non giustificati da essi⁶⁰. Ma proprio questo passaggio sul «colpo di fortuna» viene fatto oggetto di puntuale revisione nel saggio del 1947, *Die Natur der Sache als juristische Denkform*. Il percorso di questo procedimento che conduce dai rapporti di vita e dalle loro singole regole di comportamento, attraverso la loro interpretazione del senso riferita all'idea, fino al tipo ideale dell'istituto giuridico è giudicato adesso come una costruzione giuridica. Così, scrive Radbruch, «la natura della cosa è il risultato di un metodo rigorosamente razionale, non già un colpo di fortuna dell'intuizione»⁶¹.

In conclusione la natura della cosa, sottolinea Radbruch, non è qualcosa che vale di per sé, non è una fonte del diritto; ha valore solo nella misura in cui una fonte del diritto le concede spazio espressamente o tacitamente. Essa è un mezzo di interpretazione e di riempimento delle lacune, nella misura in cui il senso del rapporto di vita da essa accertato e l'idea su cui si fonda non sono in contraddizione con lo spirito della legge. È l'ultima *ratio* dell'interpretazione e del completamento della legge, che entra in applicazione solo quando per la regolamentazione di un rapporto di vita non si può dimostrare un'idea intesa dal legislatore concreto, ma si è costretti a fare appello al «legislatore in generale», al legislatore *in abstracto*.

Come è noto, il procedimento da cui sorge la natura del fatto è da Radbruch descritto mediante il ricorso al concetto weberiano di tipo ideale⁶², quindi non mediante un processo di generalizzazione dell'individuale, ma di tipizzazione dell'individualità del rapporto di vita considerato. Il tipo ideale è qui ricostruito come tipo giuridico. La natura del fatto è il risultato di questo processo di costruzione giuridica dei rapporti di vita. Weber l'aveva applicato ai fatti storici di cui intendeva procurare un'immagine razionalizzata e concettualizzata attraverso la messa in evidenza di ciò che in essi era rilevante o tipico alla stregua di un particolare interesse conoscitivo. Il tipo è così lo strumento euristico fondamentale della conoscenza storica. Applicando il procedimento weberiano Radbruch eleva la *Rechtsidee* a criterio selettivo delle caratteristiche essenziali del fatto secondo il principio della relazione dei fatti al valore o alle idee.

⁵⁵ RADBRUCH 2016, 36.

⁵⁶ RADBRUCH 2016, 37.

⁵⁷ RADBRUCH 2021a, 14.

⁵⁸ RADBRUCH 2021a.

⁵⁹ RADBRUCH 2021a, 15.

⁶⁰ RADBRUCH 2021a.

⁶¹ RADBRUCH 1947, 162: «Somit ist die N.d S. das Ergebnis einer streng rationalen Methode, nicht etwa ein 'Glücksfall der Intuition'». In nota l'autore aggiunge «wie ich früher meinte» ricordando il suo punto di vista contrario precedentemente espresso nella *Rechtsphilosophie*.

⁶² RADBRUCH 1947, 172.

2. La giustizia

2.1 L'idea specifica del diritto

Il secondo passaggio della definizione riguarda il rapporto con la giustizia. Il diritto è un “concetto culturale riferito al valore”: il valore giuridico di riferimento è l’idea di giustizia⁶³. Nella *Filosofia del diritto* il diritto ha il senso di servire la giustizia. Essa rappresenta un valore assoluto, «in quanto la giustizia è come il bene, il vero, il bello, è un valore assoluto, ossia non deducibile da alcun altro»⁶⁴.

Per capire in che modo si realizzi questo servizio occorre tornare alla *Wertbeziehung* (al riferimento al valore); possiamo pensare ad esempio alla relazione tra scienza e verità. Anche la scienza ha il senso di servire la verità, indipendentemente dal fatto che abbia o meno successo, che scopra la verità oppure non la scopra e si limiti a fare solo un tentativo⁶⁵. Ciò che conta è la pretesa di verità. Allo stesso modo il diritto tende per sua natura verso la giustizia. Ciò consente a Radbruch di sostenere che diritto è dunque tutto ciò che può essere fatto oggetto di un giudizio di giustizia, ma anche di un giudizio di ingiustizia; diritto è ciò che deve essere giusto, anche se in realtà non lo è. Diritto è ciò che persegue lo scopo del diritto ma ciò non comporta che lo scopo debba essere raggiunto; diritto è il tentativo riuscito, ma anche quello fallito, di essere diritto giusto⁶⁶. «Il diritto può essere ingiusto (*summum ius - summa iniuria*), ma è diritto soltanto perché ha il senso di essere giusto»⁶⁷. A ben vedere, il concetto di cultura in generale «non è affatto puro valore, è piuttosto un misto di umanità e barbarie, gusto e mancanza di gusto, verità ed errore; eppure, in tutte queste manifestazioni, [...] essa non è mai priva di riferimento al valore»⁶⁸. Non è la realizzazione del valore, ma esprime l’aspirazione a realizzarlo, e con tale riferimento al valore incarna propriamente l’atteggiamento metodico della scienza della cultura. Secondo il lessico del neokantismo del Baden, Radbruch sostiene che il diritto è quella struttura della realtà, dell’essere, che serve da sostrato o da teatro al valore giuridico, all’idea del diritto. In conclusione ne discende che il concetto di diritto è in pari tempo astrattamente distinto dal diritto giusto, ma è anche qualcosa di determinabile solo a partire da esso. Al fatto corrisponde la realtà del diritto, data dalle norme positive imposte dall’autorità, al valore corrisponde l’idea del diritto (la giustizia), alla cultura corrisponde il concetto di diritto, che ha il suo senso nel servire l’idea del diritto. Il suo concetto è pregiudicato dal problema dello scopo senza coincidere con esso.

Se per Kelsen la giustizia è irrilevante perché è un ideale irrazionale, per Radbruch non lo è; anzi è intimamente razionale, in quanto è un valore e i valori hanno un rilevante ruolo conoscitivo. Dire che il diritto dev’essere giusto, o meglio corretto, come diceva Stammler, vuol dire che deve corrispondere alle pretese normative specifiche del proprio valore di riferimento. Il valore di riferimento non è un bene in sé, è un criterio selettivo per rendere possibile la conoscenza di qualcosa. Come avevano spiegato Rickert e Weber, la valutazione è una forma necessaria a comprendere la realtà. L’atto conoscitivo si identifica con il giudizio di negazione o di affermazione. Conoscere è riconoscere un valore. Altrimenti la realtà rimane un caos, una moltitudine indeterminata, indescrivibile. In altri termini qui Radbruch sta affrontando il problema epistemologico della costituzione della giurisprudenza in scienza del diritto all’interno del tema più generale delle condizioni mediante le quali un determinato sapere si costituisce in

⁶³ «Il diritto è la realtà il cui senso è stare al servizio del valore del diritto, dell’idea del diritto. Il concetto di diritto è dunque rivolto all’idea del diritto. Ora, l’idea del diritto non può che essere la giustizia», RADBRUCH 2021a, 37-38.

⁶⁴ RADBRUCH 2021a, 38.

⁶⁵ RADBRUCH 2021a, 8.

⁶⁶ RADBRUCH 1914, 29 ss ma v. anche RADBRUCH 1989, 89-97.

⁶⁷ RADBRUCH 1914, 10.

⁶⁸ RADBRUCH 1914, 8.

scienza propriamente detta. Nell'ambito della scuola neokantiana sudoccidentale, come sappiamo, la filosofia si attribuisce esattamente questo compito di classificare i saperi, di operare una suddivisione disciplinare nel cui ambito il diritto deve trovare una sua collocazione. Il metodo adatto a tale scopo richiede l'individuazione di un riferimento selettivo che permette la delimitazione di un campo di ricerca. Le realtà, guardate come storia e non come natura, si dividono in elementi essenziali e inessenziali sulla base del "fatto" che uomini di cultura riconoscano alcuni valori⁶⁹. Questo criterio di selezione è chiamato da Rickert "valore": il valore ci consente di selezionare dentro l'esperienza alcuni campi che delimitano l'oggetto di saperi specifici, di cui la filosofia può rendere ragione. Il bene, il vero, il bello, il giusto sono valori, in senso neokantiano, cioè criteri selettivi rispetto al *continuum* indifferenziato dell'esperienza⁷⁰. Il giusto è il riferimento trascendentale del diritto. Il giudizio può essere considerato perciò come "risposta a una domanda": giudicare significa «prendere posizione di fronte a un valore»⁷¹, che può essere visto come indipendente rispetto al soggetto. La conoscenza non riguarda i dati, ma la loro relazione con determinati valori⁷². Cosa interessa di più a noi in questo quadro? Il seguente aspetto: la validità determina le caratteristiche del mondo dei valori ed esprime l'indipendenza della sfera ideale dalle sue realizzazioni concrete, cioè la sua atemporalità. Una sorta di irreale realtà dei valori⁷³, che è la radice del dualismo tra essere e dover essere. I valori non esistono come esiste la realtà (al modo platonico), ma valgono in una dimensione distinta dalla realtà che coincide con il dover essere⁷⁴, con la loro validità. Si stabilisce un rapporto teleologico tra i valori e le prese di posizione verso di essi, che non confonde la relazione al valore con la valutazione pratica. La relazione al valore appartiene alla constatazione dei fatti, dice che alcuni oggetti sono indicati di fatto come beni, mentre la valutazione pratica no⁷⁵. La valutazione comporta lode o biasimo, la relazione ai valori no⁷⁶. Questo metodo prepara le premesse di una concezione del diritto come fenomeno della cultura.

2.2 Giustizia, utilità, certezza

«La giustizia è la specifica idea del diritto, sufficiente per sviluppare il concetto di diritto» scrive Radbruch, per poi aggiungere: «ma anche l'idea del diritto non si esaurisce nella giustizia»⁷⁷. Cosa ci chiede in sostanza la giustizia? L'essenza della giustizia è l'egualianza: eguale trattamento per tutti gli esseri umani in eguali condizioni. Questo elemento, come si vede, non è sufficiente, perché non dice nulla sul punto di vista dal quale uno può essere considerato uguale o diverso dagli altri. Per questo serve un secondo elemento: l'utilità, (*Zweckmässigkeit*) il perseguimento di uno scopo politico. Neppure questo elemento però vanta una definizione univoca,

⁶⁹ RICKERT 1979, 132.

⁷⁰ «Agli oggetti culturali sono sempre inerenti dei valori e noi vogliamo perciò chiamarli beni (*Güter*), per distinguerli così nello stesso tempo, in quanto realtà fornite di valore, dai valori stessi, che considerati in sé, non sono realtà, e dai quali si può anche prescindere. La scienza non pensa gli oggetti naturali come beni, bensì liberi da qualsiasi connessione con i valori, per cui separando nel pensiero ogni valore da un oggetto culturale, si può dire che esso diventa così mera natura o si lascia manipolare scientificamente come un oggetto di natura. Mediante la relazione ai valori (*Wertbeziehung*), che c'è o non c'è, possiamo allora distinguere con sicurezza due tipi di oggetti delle scienze [...]:»: RICKERT 1979, 69.

⁷¹ RICKERT, 1904, 95. In tema cfr. BONGIOVANNI 2016, 157.

⁷² BONGIOVANNI 2016, 159.

⁷³ BONGIOVANNI 2016, 161.

⁷⁴ «I valori non sono realtà, né fisiche né psichiche. La loro essenza consiste nella loro validità (*Geltung*) non nella loro realtà (*Tatsächlichkeit*). Ma i valori sono legati con le realtà [...]. Un valore può essere così "inerente" a un oggetto da renderlo un bene [...]:», RICKERT 1979, 131.

⁷⁵ RICKERT 1979, 132.

⁷⁶ RICKERT 1979, 134.

⁷⁷ RADBRUCH 2021a, 61.

perché l'utile si mostra in forme diverse secondo le differenti concezioni del diritto e dello Stato promosse delle diverse ideologie politiche. Questo relativismo degli scopi, a sua volta, sarebbe in effetti molto pericoloso, se fosse “l'ultima parola della filosofia del diritto”, poiché il diritto ha bisogno di stabilità⁷⁸. Soccorre allora un terzo pilastro, la certezza del diritto: il diritto è certezza, per la sua istanza normativa non può essere lasciato in balia delle diverse opinioni degli individui. «Se non può esser disvelato cosa è giusto, allora è necessario che sia disposto cosa rileva secondo diritto, più precisamente, è necessario che ciò avvenga da un punto che, oltre a disporre qualcosa, è anche in condizione di imporla»⁷⁹.

Questa è la nota tesi radbruchiana.

Ecco quindi il quadro degli elementi: la giustizia e l'utilità costituiscono la dimensione ideale del diritto; la certezza è la sua dimensione reale o fattuale. La dimensione ideale ha un elemento assoluto (la giustizia) e un elemento relativo (utilità). Anche le relazioni gerarchiche tra gli elementi dell'idea di diritto sono relative, nel senso che possono subire modificazioni in base ai tempi e ai luoghi.

Dalla sua *Filosofia del diritto* emerge nel complesso un primato dell'elemento fattuale. La certezza ha la precedenza sulla dimensione ideale. Il diritto deve servire la giustizia, ma l'esistenza di un ordinamento positivo non può dipendere dalla conformità a un ordine dato, perché la sua determinazione non può avvenire in modo univoco e assoluto. In altri termini l'esistenza di un ordine giuridico è più importante della sua giustizia o della sua utilità. Va ricordato però che esistono applicazioni dirette della giustizia, non mediate dall'utilità, come l'uguaglianza di fronte alla legge e il divieto di tribunali speciali⁸⁰; come ci sono casi di leggi scandalose (*Schandgesetze*), ad esempio quelle promulgate da Bismarck con intenti persecutori nei confronti degli esponenti politici socialisti.

Dunque, la relazione tra diritto e morale, che esiste, non ha effetti sulla validità giuridica, tranne i casi rari nei quali talune “leggi vergognose” non possono pretendere di essere vincolanti per i cittadini, e che restano però vincolanti per i giudici che devono applicarle. Come Kant, Radbruch ritiene che l'ingiustizia morale non fa venire meno la validità giuridica: diritto e morale sono connessi ma distinti, in quanto la validità giuridica ha una propria autonomia. Anche Kant, come è noto, ammette il diritto naturale. Ammette il diritto naturale e quello positivo, ma non fonda sul diritto naturale il contenuto del diritto positivo. Così per Radbruch la morale è lo scopo del diritto e proprio perciò è fondamento della sua validità obbligatoria. Nel capitolo *Diritto e morale* della *Filosofia del diritto* scrive che solo la morale è in grado di fondare la forza obbligatoria del diritto⁸¹; gli imperativi giuridici in sé possono dare luogo a una necessità, ma non a un “dover essere”. Ciò non comporta affatto però che il diritto venga incorporato nella morale «come un suo semplice sottoambito», né che «la norma giuridica si trasformi in una norma morale di contenuto determinato»⁸², ma si spiega semplicemente come uno di quei casi in cui «lo stesso materiale viene rivestito di un duplice carattere assiologico»⁸³. Qui Radbruch cita il Kant della *Metafisica dei costumi*: «tutti i doveri appartengono all'etica per il solo fatto di essere doveri; ma ciò non comporta che la loro legislazione sia contenuta una volta per tutte nell'etica, piuttosto per molti di essi si trova all'esterno di quest'ultima»⁸⁴. La morale, dopo aver fondato il diritto come compito morale, si rimette alla sua legislazione. Il diritto è al servizio della morale non attraverso i doveri

⁷⁸ RADBRUCH 2021a, 81.

⁷⁹ RADBRUCH 2021a, 81-82.

⁸⁰ RADBRUCH 2021a, 85.

⁸¹ RADBRUCH 2021a, 52.

⁸² RADBRUCH 2021a, 53.

⁸³ RADBRUCH 2021a.

⁸⁴ RADBRUCH 2021a, 53. Il passo kantiano è in KANT 1989, 20. Su questi aspetti mi sono soffermato più diffusamente in *Idea e realtà del diritto*. OMAGGIO 2022, 360 ss.

che impone, bensì «attraverso i diritti che concede»⁸⁵, dal lato dei diritti dunque non da quello dei doveri. Cosicché il diritto non si fonda sulla morale nel senso che positivizza alcuni doveri provenienti da una determinata morale, ma nel senso che deve lasciarci la libertà, e quindi il diritto, di fare il nostro dovere. «Il mio diritto» è in sostanza «il diritto di fare il mio dovere», ma per questo serve la libertà. Quindi il suo ideale è la libertà. In definitiva Radbruch conclude che il diritto è la possibilità della morale e proprio perciò anche la possibilità dell'immorale; può rendere possibile ma non imporre la morale, che può derivare solo dalla libertà. Se può rendere possibile la morale, inevitabilmente può rendere possibile anche l'immorale.

Dopo il '45 gli elementi fondamentali del quadro rimangono fondamentalmente inalterati: giustizia, utilità e certezza. Nella *Propedeutica alla filosofia del diritto* del '47 Radbruch ribadisce che la giustizia in quanto egualanza rappresenta il primo elemento, ma è indeterminata e necessita di essere completata mediante la decisione politica circa lo scopo (l'utilità)⁸⁶. Il terzo elemento, la certezza, conferma la sua posizione preminente: si ribadisce cioè che, poiché non è possibile identificare con sicurezza ciò che è giusto, è necessario stabilirlo mediante la certezza. I primi due elementi conservano la loro natura ideale e l'ultimo la sua natura fattuale. La giustizia ha ancora il suo carattere assoluto e l'utilità il suo carattere relativo; nel complesso la dimensione ideale ha conservato il suo carattere relativo e la certezza il carattere assoluto. Ma il carattere relativo della dimensione ideale non è più relativo nella stessa misura di prima, in quanto si è evidenziato storicamente un suo nucleo non relativistico, quello dei diritti umani. Si resta nell'alveo della *Filosofia del diritto* del '32, che l'autore non ha mai sconfessato. In via generale sono propenso a credere che le leggi di Norimberga del '35 siano incompatibili anche con il sistema radbruchiano del '32 in virtù della sua etica della libertà, ma non esiste una risposta esplicita, testuale a questa domanda. Una risposta esplicita arriva con gli scritti del dopoguerra, che reagiscono alla sollecitazione teorica con una messa a punto del sistema.

La giustizia, dicevo, presenta adesso un nucleo non relativistico, che è emerso storicamente, rendendosi evidente. In particolare la certezza del diritto, prima assoluta o quasi, adesso ammette alcune eccezioni che vincolano anche il giurista e il giudice e non sono più affidate al giudizio della coscienza individuale, com'era nel sistema della *Rechtsphilosophie*: l'ingiustizia estrema fa venire meno la validità giuridica, l'ingiustizia estrema consapevole e deliberata, che disconosce i fondamentali diritti umani, fa venire meno la stessa natura giuridica delle leggi: la certezza ceda alla giustizia. Ecco il senso della formula di Radbruch, o delle formule di Radbruch, come sarebbe meglio dire. Se si rimane nell'ambito del principio per cui «la legge è legge», una negazione legale del diritto (o legalità senza diritto) non può mai darsi e neppure un diritto sovralegale: sono espressioni in sé contraddittorie. Questo principio annulla il conflitto tra la giustizia e la certezza. Il conflitto invece

«potrebbe essere risolto – cito Radbruch – dando la precedenza al diritto positivo assicurato da statuizione e potere, anche se contenutisticamente ingiusto e disutile, a meno che il conflitto della legge positiva con la giustizia non raggiunga una misura così intollerabile che la legge in quanto «diritto ingiusto» debba cedere il passo alla giustizia»⁸⁷.

In *Cinque minuti di filosofia del diritto*⁸⁸ (1945) e nel più noto *Legalità senza diritto e diritto sovralegale* (1946) si rende più chiaro che i diritti umani sono divenuti parte integrante del sistema di

⁸⁵ RADBRUCH 2021a, 54.

⁸⁶ RADBRUCH 1959.

⁸⁷ RADBRUCH 1946, 137. Il titolo originale *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* ha avuto diverse traduzioni. Controverso è soprattutto il concetto di «Unrecht», reso in molti modi: «torto legale», «ingiustizia legale», «illecito legale», «non-diritto legale», «negazione legale del diritto». Rinvio sul punto a CARLIZZI 2021, XXIX, n. 41.

⁸⁸ RADBRUCH 1945 (RADBRUCH 2021b); RADBRUCH 2021b, 117-121.

Radbruch, sono divenuti elementi necessari di concretizzazione della giustizia, in quanto, anche se il loro contenuto in generale può rimanere indeterminato dal punto di vista conoscitivo, tuttavia “il lavoro dei secoli” ha fissato un nucleo di principi che vantano un consenso così ampio che solo uno scettico intenzionale, deliberato, e in mala fede dunque, potrebbe ancora coltivare dubbi in proposito. Questo consenso supera il dubbio epistemico sui contenuti che aveva indotto sempre Radbruch a dare della giustizia una definizione formale. Il che non vuol dire che la giustizia abbia perduto il suo tratto caratteristico formale, quando non si tratta di casi, quali quelli riguardanti la violazione dei diritti umani, che rappresentano esempi evidenti di violazione della giustizia. A veder bene, una legge non è priva di natura giuridica per il fatto di disconoscere i diritti umani, ma perché, disconoscendo i diritti umani, mostra con la massima evidenza di non tendere all’idea di giustizia. E la legge è legge quando tende alla giustizia, come Radbruch aveva sempre sostenuto fin dalla *Filosofia del diritto*.

3. *La natura del fatto e il diritto di natura*

Vorrei segnalare un aspetto che raramente è messo nella giusta evidenza. Non c’è nessun entusiasmo teorico da parte di Radbruch per questa “vittoria” della giustizia. Questo prevalere della giustizia sulla certezza del diritto denuncia sempre una crisi profonda del diritto positivo, dell’ordinamento giuridico e della certezza del diritto, che deve stare in equilibrio con la giustizia, nel senso che deve riconoscere il principio di positività delle leggi e anche i suoi limiti. Non è questa, a suo giudizio, la modalità fisiologica dell’emersione del diritto naturale, se così vogliamo dire. In *Lo spirito del diritto inglese*⁸⁹ scrive: «La natura delle cose deve essere ricavata dagli ordinamenti costituiti, nei quali il diritto ha trovato forma in una società. Essa è appunto il senso che abita dentro gli istituti giuridici». La natura delle cose non fa violenza ai fatti con la ragione, ma cerca la ragione nelle cose. La ragione è la natura dei fatti⁹⁰.

La natura della cosa (*Natur der Sache*) non è esattamente il diritto naturale. Non si deve frantumare la natura della cosa come una forma di pensiero giusnaturalista. Natura della cosa e diritto naturale sono piuttosto nozioni opposte. Il diritto naturale, derivato dalla natura dell’uomo, dalla ragione, pretende di fondare un diritto uguale per tutti i tempi e tutti i popoli; dalla natura della cosa deriva invece la molteplicità delle formazioni giuridiche storiche e nazionali. Presentano un profondo legame antisoggettivistico ma anche un differente programma, come scrisse Alessandro Baratta⁹¹, nella temperie storica e culturale della Germania del dopoguerra. Le teorie del diritto naturale si distinguono per il loro riferimento a un principio superiore ai fatti dell’umana convivenza e della storia, le teorie della natura del fatto invece indicano un principio inherente agli stessi rapporti di vita. La norma che si ricava dalla natura del fatto non è eterna e immutabile come il diritto naturale, posto al di sopra della storia, ma ha invece un contenuto mutevole, intrinseco alle stesse determinazioni storiche della convivenza. Mentre il diritto naturale rimanda a una visione razionalistica, la natura del fatto invece rimanda a una visione in senso lato storicistica⁹². La norma del diritto naturale è universale e conoscibile dalla ragione; quella della natura del fatto è invece individuale, sempre limitata e riferita a un rapporto di vita o a una istituzione concreta.

Per queste ragioni il diritto naturale ha nei confronti dell’ordinamento giuridico positivo un atteggiamento generalmente polemico, se non rivoluzionario⁹³. Il suo appello a un ordine

⁸⁹ RADBRUCH 1962, 35.

⁹⁰ RADBRUCH 1962, 8.

⁹¹ BARATTA 1959, 182.

⁹² BARATTA 1959, 185.

⁹³ BARATTA 1959, 188.

superiore, a un principio eterno di giustizia, che pone un modello ideale al diritto positivo, svaluta, mina la realtà stessa di questo diritto positivo. Cosicché, nei momenti di crisi e di trasformazione degli ordinamenti, come quello attraversato nel dopoguerra, i diritti naturali e i diritti dell'uomo diventano la bandiera con la quale gli instauratori del nuovo ordine irrompono nella storia. Quando un intero ordinamento appare pervertito e le leggi appaiono ingiuste al punto da essere giudicate prive dello stesso carattere della giuridicità, quando i principi di giustizia vengono contrapposti e sostituiti al diritto positivo, minacciando la sua validità, non è un bel momento per la vita del diritto. È un momento necessario, ma non un bel momento.

Ho ricordato il testo del 1946 *Lo spirito del diritto inglese* e bisognerebbe menzionare anche gli studi preparatori condotti durante il soggiorno inglese⁹⁴. Radbruch trova nello spirito del diritto inglese il superamento del contrasto tra positività e giustizia, che nel sistema giuridico continentale formavano un'antinomia insuperabile. Ammira in Blackstone il "paradosso" di un giuspositivista assertore del diritto naturale e ammira la presenza in Coke di due proposizioni apparentemente contraddittorie: *nihil quod est contra rationem est licitum* ("nulla può andare contro la ragione"), ma anche *neminem oportet esse sapientiorem legibus* ("nessuno può mettersi al di sopra della legge"). La positività e la certezza del diritto non vanno mai disgiunte dalla sua eticità, dalla sua aderenza ai valori più radicati nella coscienza popolare e non sono affatto minacciate, semmai rafforzate e rinsaldate, dal lavoro di un ceto di giudici e di giuristi indipendenti e prestigiosi, che animano la *common law*, intesa come *judge made law*. Il pensiero inglese ha ricercato sempre la ragione dentro le cose, nella natura dei fatti, a cui la ragione non può fare violenza. Il progresso consiste nel sapersi ogni volta correggere di fronte ai fatti nuovi piuttosto che nell'ideare il migliore dei mondi possibili. Come Radbruch ha spiegato, la natura delle cose deve essere ricavata dagli ordinamenti costituiti, nei quali il diritto ha trovato forma in una società. Essa è appunto il senso che abita dentro gli istituti giuridici, poiché il diritto non vuole fare violenza ai fatti. La peculiarità del rapporto tra il fatto e la norma informa anche il tradizionale vincolo del precedente. A questo diritto difatti «ripugna fondare conclusioni sull'aspettativa dei fatti che si devono ancora verificare; esso aspetta che questi sopraggiungano per giudicare solo quando si sono verificati; aspetta [...] che la situazione stessa porti con sé la decisione e costringa ad essa»⁹⁵.

La più profonda ragione della particolarità del diritto inglese sta nel suo senso giuridico, che vuol dire fiducia nell'autonomia delle categorie giuridiche e quindi rifiuto di orientarsi verso un diritto ideale, sovrapositivo, ma piuttosto scelta del diritto inglese vivente con le sue caratteristiche storiche (*laws of the land*). Anche a scapito dell'indagine filosofica. In fondo si riferiva proprio al sistema inglese Radbruch quando scriveva che il positivismo, «per il quale il diritto positivo vigente è l'ultima parola, esclude l'esistenza di una filosofia del diritto»⁹⁶. Egli sosteneva che si possono dividere i pensatori inglesi in due scuole: quelli che credono nella ragione o nella natura e quelli che credono nell'autorità. Alla prima appartengono Coke e Blackstone, alla seconda Hobbes, Bentham e Austin. Ma tutti sono alla stessa maniera dominati dall'idea concretissima della certezza del diritto, dall'affermazione incondizionata del diritto positivo. Anche i giusrationalisti, che nel continente sono i rivoluzionari, gli eversori del diritto positivo, ne sono in Inghilterra gli ossequiosi conservatori. Il giusnaturalista Coke diceva che nulla che sia contro ragione può essere permesso, come abbiamo visto; ma la ragione si trova nel diritto positivo, nella *common law*. Anche Blackstone usa il diritto naturale come strumento per giustificare, conservare e difendere il diritto inglese del suo tempo, in quanto lo considera incorporato nel diritto inglese. *Verum et factum convertuntur*, avrebbe detto Vico. Il vero è una parte del certo.

Sul continente invece il richiamo al diritto naturale si è presentato nella sua forma razionalistica, come fede nella ragione universale e astratta e come accentuazione del motivo dei diritti

⁹⁴ RADBRUCH 1936a; RADBRUCH 1936b; RADBRUCH 1936c.

⁹⁵ RADBRUCH 1962, 8.

⁹⁶ RADBRUCH 1962, 50.

naturali in senso soggettivo in opposizione alla legge naturale della tradizione prima di Hobbes. Sul continente la bandiera del giuspositivismo sarà sventolata contro gli ideali illuministici dai conservatori della Scuola Storica. In Inghilterra proprio in virtù della congenita avversione alla speculazione razionalistica, il diritto naturale prese a significare la difesa della tradizione e dell'ordine esistente. Hobbes ha una grande fortuna in continente ma non in Inghilterra.

Detto questo, si comprende quanto sia difficile applicare a Radbruch le tradizionali etichette di giuspositivismo e giusnaturalismo. Lo aveva scritto Arthur Kaufmann nella sua biografia di Radbruch: se non scorporiamo singoli brani, ma leggiamo tutto insieme, «Radbruch non è né positivista né giusnaturalista, ma si situa al di là del positivismo e del giusnaturalismo»⁹⁷. Pertanto se giuspositivismo vuol dire sostenere che l'unico diritto valido è quello positivo, posto dall'autorità titolare del potere di produzione normativa, e non ve n'è un altro, allora quest'idea è condivisa da Radbruch. Se vuol dire invece che ogni legge è vincolante per il solo fatto di provenire dal potere costituito a prescindere dal suo contenuto e senza riferimento all'idea del diritto, (la tesi di Kelsen secondo cui il diritto può avere qualunque contenuto) allora no, questo giuspositivismo non può essere accolto da Radbruch. Per quanto riguarda il giusnaturalismo, se esso vuol dire che c'è un diritto fondato sulla natura razionale dell'uomo o sulla natura del diritto stesso e che ha valore incondizionatamente, eternamente e dappertutto, allora questa idea è inaccettabile. Ma se vuol dire invece che il concetto di diritto richiama la giustizia in quanto idea del diritto, che si basa a sua volta sull'idea dell'eguaglianza, allora sì, questo giusnaturalismo è accolto Radbruch. Questa in effetti è la vera formula di Radbruch, la formula fondamentale («il diritto ha il senso di servire la giustizia», come ha scritto S. Paulson⁹⁸), che rappresenta il nucleo essenziale della formula, anzi delle formule⁹⁹, del '46, quelle del diritto ingiusto.

Certamente alla base dell'idea del *gesetzliches Unrecht* contenuta in queste formule c'è un forte sentimento di indignazione morale, ma da solo esso non fonda ancora una dottrina della validità etico-giuridica. La sua base teorica consistente risiede nel concetto di diritto di Radbruch, quello che subordina al valore della giustizia il fatto culturale del diritto, definisce la giustizia come idea del diritto e guarda al diritto come a quella realtà che ha il senso di servire la giustizia. E che si ritrova nelle formule del '46. Se nel tempo ci sia stata una correzione della sua teoria, come sostengono alcuni, o una integrazione o una semplice precisazione dopo l'esperienza del dominio nazionalsocialista, non può essere chiarito adesso¹⁰⁰. Certamente era qualcosa che andava detto da parte di Radbruch dopo l'esperienza nazista, se non voleva apparire come un apologeta dell'ingiustizia¹⁰¹. Infatti, l'implicazione più importante del suo concetto di diritto è nel fatto che include anche una pretesa di obbedienza da parte dei cittadini e di applicazione da parte degli organi pubblici. Se le leggi non violano, come scrive Radbruch, principi elementari di giustizia, quindi se non scendono al di sotto di un certo standard etico minimo, appartengono alla sfera delle norme giuridiche valide, e sono quindi da obbedire e da applicare. Questa conseguenza è però vincolante solo se la designazione di determinate norme come diritto valido comporta più di una mera qualificazione tecnico-giuridica, cioè se per validità si intende anche obbligatorietà. Se si nega una connessione tra la validità delle norme giuridiche e la loro pretesa di obbedienza morale, allora diventa pensabile qualificare come diritto anche leggi immorali, senza con ciò designarle come norme giuste o degne di essere obbedite. Su queste premesse si fonda ad esempio la dottrina pura del diritto di Hans Kelsen.

⁹⁷ KAUFMANN 1987, 84-85.

⁹⁸ PAULSON 2023, 133-134: «Tuttavia, il nucleo della celebre formula che introdurrà dopo la seconda guerra mondiale compare già nella sua opera del 1914 – *Lineamenti di filosofia del diritto* – nonché nella *Filosofia del diritto* del 1932. Da allora, si potrebbe parlare di una “Formula fondamentale di Radbruch” [...]».

⁹⁹ CARLIZZI 2016-2018, 51-70.

¹⁰⁰ Ampi ragguagli bibliografici sono rintracciabili nelle introduzioni di G. Carlizzi e V. Omaggio alla *Filosofia del diritto*.

¹⁰¹ DREIER 2015, 1-22.

L’“impenitenza” di Kelsen (la *Kelsens Unbußfertigkeit*)¹⁰² dopo le esperienze del Terzo Reich o la sua coerenza, il suo attaccamento a una descrizione del diritto del tutto neutrale sono giustificate dall'esigenze più ridotte della sua dottrina pura del diritto, che non comporta l'idea del riferimento al valore del diritto in quanto tale. L'affermazione che una determinata norma appartiene all'ordinamento giuridico per Kelsen significa semplicemente che essa si inserisce nel contesto di un ordinamento coercitivo statale nel complesso efficace e di solito obbedito. La validità coincide con la semplice esistenza della norma. Tanto meno si afferma una pretesa oggettiva di obbedienza e – di conseguenza – un dovere di obbedienza al diritto da parte dei soggetti dell'ordinamento. Se si debba obbedire all'ordinamento o se ci si debba ribellare ad esso Kelsen lo rimette di conseguenza al giudizio autonomo di ciascuno. Un dovere oggettivo di obbedienza alla legge semplicemente non esiste. Ciò spiega sufficientemente perché Kelsen non dovette sottoporre la sua teoria a una revisione dopo la Seconda Guerra Mondiale. Non aveva nulla da cambiare nelle sue dottrine, a differenza di Gustav Radbruch, che invece doveva costantemente sorvegliare la tenuta delle sue posizioni, che erano più esigenti, segnate da una obbligatorietà del diritto oggettivamente fondabile e che lui aveva fondato nel proprio sistema¹⁰³. Cosicché nell'articolo *Cinque minuti di filosofia del diritto* Radbruch è condotto ad affermare: «Se le leggi negano consapevolmente la volontà di giustizia, per esempio i diritti umani, allora il popolo non deve loro alcuna obbedienza, allora anche i giuristi devono trovare il coraggio di negare loro il carattere della giuridicità»¹⁰⁴.

È in questo spirito quindi che vanno intesi, a mio avviso, i frequenti richiami di Radbruch a un diritto “naturale”, “razionale” o “superante la legge” presenti negli scritti degli ultimi anni. Nella *Propedeutica alla filosofia del diritto* afferma che «dopo un secolo di positivismo giuridico, è potentemente rinata l'idea di un diritto al di sopra della legge, commisurato al quale anche leggi positive possono rappresentarsi come torto legale»¹⁰⁵. In *Cinque minuti di filosofia del diritto* scrive: «Vi sono principi giuridici che sono più forti di ogni situazione giuridica, per cui una legge che li contraddica è priva di validità. Questi principi sono chiamati diritto naturale o diritto di ragione»¹⁰⁶.

In *Die Erneuerung des Rechts* riconosce la sussistenza di «un diritto sovralegale sulla base del quale il non diritto rimane non diritto anche quando venga veicolato in forma di legge»¹⁰⁷. In *Neue Probleme in der Rechtswissenschaft* sostiene che in questo diritto sovralegale la vecchia idea del “diritto naturale” dopo una morte apparente durata cento anni ha vissuto la propria resurrezione; tuttavia esso non può essere identificato con il diritto naturale precedente, giacché «non condivide l'immutabilità sovranazionale e atemporale del diritto naturale del passato; è un diritto naturale a contenuto variabile, mutevole in base all'epoca e al popolo»¹⁰⁸. Come aveva sostenuto coerentemente dalla *Filosofia del diritto* alla *Propedeutica alla filosofia del diritto*, suo ultimo lavoro sistematico, per Radbruch dopo Kant non c'è nessun diritto corrispondente alla filosofia del diritto naturale.

¹⁰² DREIER 2015, 15.

¹⁰³ DREIER 2015, 16-17.

¹⁰⁴ RADBRUCH 2021b, 119. Come è noto, un dibattito Kelsen – Radbruch sulle leggi naziste non ha mai avuto luogo. HALDEMANN 2005, 162-178, descrive quello che sarebbe stato «*the imaginary Radbruch-Kelsen debate on Nazi law*» (vedi p. 163). Se avesse avuto luogo probabilmente si sarebbe sviluppato lungo la linea di quello svolto tra Hart e Fuller. Kelsen avrebbe difeso una concezione della validità neutrale rispetto ai contenuti, ma avrebbe riconosciuto la possibilità di una critica morale delle leggi; senza dubbio avrebbe rigettato le implicazioni giusnaturalistiche del post-nazismo e avrebbe ritenuto che il modo migliore per punire i crimini perpetrati sotto il regime sarebbe stata una legislazione retroattiva. Radbruch dal canto suo avrebbe sostenuto che leggi intollerabilmente ingiuste del regime non potevano essere considerate che perversioni della legge (p. 172).

¹⁰⁵ RADBRUCH 1959, 233.

¹⁰⁶ RADBRUCH 1945, 120.

¹⁰⁷ RADBRUCH 1947, 108.

¹⁰⁸ RADBRUCH 2002, 234.

Riferimenti bibliografici

BARATTA A. 1959. *Natura del fatto e diritto naturale* in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1959, 177 ss.

BONGIOVANNI G. 2016. *Il diritto come dover essere (Sollen)* in Hans Kelsen, in BONGIOVANNI G., PINO G., ROVERSI C. (eds.), *Che cosa è il diritto. Ontologie e concezioni del giuridico*, Giappichelli, 157 ss.

CARLIZZI G. 2016-2018. *I fondamenti filosofici della “Duplice formula di Radbruch”*, in «Annali dell’Università Suor Orsola Benincasa», 2016-2018, 51 ss.

CARLIZZI G. 2021. “Un sistema filosofico deve somigliare a un duomo gotico”. *Introduzione alla filosofia del diritto di Gustav Radbruch*, in RADBRUCH G., *Filosofia del diritto*, Giuffrè, V ss.

DREIER H. 2015. *Die Radbruchsche Formel, Erkenntnis oder Bekenntnis*, in BOROWSKI M., PAULSON S.L. (eds.), *Die Natur des Rechts bei Gustav Radbruch*, Mohr, 2015, 1 ss.

HALDEMANN F. 2005. *Gustav Radbruch vs Hans Kelsen: A Debate on Nazi Law*, in «Ratio Juris», 8(2), 2005, 162 ss.

LALATTA COSTERBOSA M. 2024. *Il diritto in una formula. Saggio su Gustav Radbruch*, Derive Approdi.

KANT I. 1989. *Metafisica dei costumi*, Laterza (trad. it. G. Vidari).

KAUFMANN A. 1987. *Gustav Radbruch – Leben und Werk*, Rechtsphilosophie, I,1, Muller, 7 ss.

KELSEN H. 1911. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto statuale esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*, ESI (trad. it. A. Carrino; ed. or. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Mohr, 1923).

KELSEN H. 1916. *La giurisprudenza come scienza normativa o culturale. Studio di critica metodologica*, in ID., *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, ESI, 1988 (trad. it. di A. Carrino).

OMAGGIO V. 2022. *La Rechtsphilosophie di Gustav Radbruch*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2, 2022, 357 ss.

PAULSON S.L. 2023. *La filosofia del diritto di Gustav Radbruch*, in PAULSON S.L., BERSIER LADAVAC N., CHIASSONI P., SARDO A. (eds.), *La filosofia del diritto di Gustav Radbruch*, Mimesis, 171 ss.

RADBRUCH G. 1914. *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Quelle & Meyer.

RADBRUCH G. 1923-1924. *Idea e materia del diritto. Uno schizzo*, in CARLIZZI G., OMAGGIO V. (eds.), *L’ermeneutica giuridica tedesca contemporanea*, ETS, 2016, 31 ss.

RADBRUCH G. 1936a. *Anglo-American Jurisprudence through Continental Eyes* in «Law Quarterly Review», 52, 1936, 530 ss. (trad. ingl. A.H. Campbell, W. Friedmann; ed. or. *La theorie anglo-americaine du droit vue par un juriste du continent*, in «Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique», 1-2, 1936, 29 ss.).

RADBRUCH G. 1936b. *La Sécurité en Droit d’après la Théorie Anglais*, in «Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique», 3/4, 1936, 86 ss.

RADBRUCH G. 1936c. *Jurisprudence in the Criminal Law*, in «The Journal of Comparative Legislation and International Law», 18, 1936, 1941, 212 ss.

RADBRUCH G. 1941. *La natura della cosa come forma giuridica di pensiero* in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», XXI, 1941, 141 ss. (trad. it di B. Leoni; ed. ted. *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, Darmstadt, 1948).

RADBRUCH G. 1945. *Cinque minuti di filosofia del diritto* in ID. *Diritto e no. Tre scritti*, Mimesis, 2021, 123 ss.

RADBACH G. 1946. *Legalità senza diritto e diritto sovralegale*, in ID. *Diritto e no. Tre scritti*, Mimesis, 2021, 123 ss.

RADBACH G. 1947. *Die Erneuerung des Rechts*, in ID. *Rechtsphilosophie*, III, Müller, 1990, 107 ss.

RADBACH G. 1949. *Neue Probleme in der Rechtswissenschaft*, in ID. *Kulturphilosophie und Kulturhistorische Schriften*, Müller, 2002, 232 ss.

RADBACH G. 1959. *Propedeutica alla filosofia del diritto*, Giappichelli (trad. it. di D. Pasini, ed. or. *Vorschule der Rechtsphilosophie*, Ziehank, 1947).

RADBACH G. 1962. *Lo spirito del diritto inglese*, Giuffrè (trad. it. A. Baratta; ed. or. *Der Geist des englischen Rechts*, Rausch, 1946).

RADBACH G. 1989. *Il concetto di diritto*, in CARRINO A. (ed.), *Metodologia della scienza giuridica*, ESI, 89 ss.

RADBACH G. 2021a. *Filosofia del diritto*, Giuffrè (trad. it. di G. Carlizzi, V. Omaggio; ed. or. *Rechtsphilosophie*, 1932).

RADBACH G. 2021b. *Diritto e no. Tre scritti*, Mimesis.

RICKERT H. 1904. *Der Gegenstand der Erkenntnis. Einführung in die Transzentalphilosophie* (1892), Mohr.

RICKERT H. 1979. *Il fondamento delle scienze della cultura*, Longo Angelo (trad. it. L. Rossetti, M. Signore; ed. or. *Die Grundlagen der Kulturwissenschaften*, 1926).

DISCUSSIONI

Una violenza necessaria? Il dilemma della pena giusta tra populismo, abolizionismo e garantismo

(A proposito di Philippe Audegean, *Violenza e giustizia. Beccaria e la questione penale*)

Necessary Violence? The Dilemma of Just Punishment Between Populism, Abolitionism and Garantism

LUIGI DELIA

Università degli Studi della Campania – Luigi Vanvitelli.
E-mail: luigi.delia@unicampania.it

ABSTRACT

Nel saggio *Violenza e giustizia*, Philippe Audegean rileggendo il *Dei delitti e delle pene* di Beccaria interroga la legittimità della violenza penale, un paradosso irrisolto: come può una pena, intrinsecamente violenta, essere giusta? Per Beccaria, la pena è un “male necessario”, legittimo solo se riduce la violenza sociale complessiva, evitando crudeltà inutili. Tra il populismo penale, che esalta la pena come spettacolo rassicuratore, e l’abolizionismo, che nega ogni legittimità al sistema punitivo, proponendo alternative come la giustizia riparativa (Hulsman), l’illuminismo penale di Beccaria propone una terza via: quella del diritto penale minimo. Il populismo, alimentando paure, trasforma la giustizia in strumento di controllo; l’abolizionismo, invece, contesta la criminalizzazione come meccanismo di esclusione. Beccaria invita a una giustizia umana ed efficace, che punisca meno per punire meglio, sostituendo la logica punitiva con prevenzione e inclusione. La sfida è conciliare sicurezza e umanità, evitando sia l’eccesso repressivo sia l’utopia di un mondo senza pene. Il libro si propone come manifesto per una giustizia meno crudele, dove la “dolcezza delle pene” diventi misura di civiltà.

In his essay *Violenza e giustizia*, Philippe Audegean re-examines Beccaria’s *On Crimes and Punishments* and questions the legitimacy of criminal violence, an unresolved paradox: how can a punishment, which is inherently violent, be just? For Beccaria, punishment is a “necessary evil”, justified only if it reduces overall social violence by avoiding unnecessary cruelty. Caught between penal populism, which exalts punishment as a reassuring spectacle, and abolitionism, which denies any legitimacy to the punitive system and proposes alternatives such as restorative justice (Hulsman), Beccaria’s Penal Enlightenment offers a third path: that of minimal criminal law. Populism, by fueling fears, transforms justice into a tool of control; abolitionism, by contrast, challenges criminalization as a mechanism of exclusion. Beccaria calls for humane and effective justice, which punishes less in order to punish better, replacing punitive logic with prevention and inclusion. The challenge lies in reconciling security and humanity, avoiding both repressive excess and the utopian ideal of a world without punishment. The book stands as a manifesto for a less cruel justice, where the “mildness of penalties” becomes a measure of civilization.

KEYWORDS

Cesare Beccaria, illuminismo penale, populismo penale, abolizionismo penale, diritto penale minimo

Cesare Beccaria, penal enlightenment, penal populism, penal abolitionism, minimal criminal law

Una violenza necessaria? Il dilemma della pena giusta tra populismo, abolizionismo e garantismo

(A proposito di Philippe Audegean, *Violenza e giustizia. Beccaria e la questione penale*)

LUIGI DELIA

1. *Il paradosso della violenza legale: tra necessità e legittimità* – 2. *Populismo penale: quando la giustizia diventa spettacolo* – 3. *Abolizionismo penale: oltre la pena?* – 4. *Minimalismo penale: la via di Beccaria e Ferrajoli*.

Il saggio *Violenza e giustizia. Beccaria e la questione penale* di Philippe Audegean rappresenta un contributo fondamentale per ripensare, in chiave storica e filosofica, uno dei nodi più controversi del diritto penale moderno: la legittimità della violenza istituzionalizzata. Attraverso una rilettura originale e approfondita dei *Delitti e delle pene*, Audegean non si limita a illustrare le tesi di Cesare Beccaria, ma ne attualizza il messaggio più radicale, costringendoci a interrogarci su un paradosso apparentemente irrisolvibile: come può una pena, che per definizione implica una forma di violenza, essere considerata giusta? E, soprattutto, a quali condizioni questa violenza può essere non solo tollerata, ma anche giustificata in una società che aspira a essere civile? Il merito principale del libro consiste nel mostrare come Beccaria, lungi dal proporre una mera riforma tecnica del sistema penale, abbia posto le basi per una rivoluzione concettuale che ancora oggi interroga la nostra coscienza giuridica e politica. La pena, per Beccaria, non è un fine in sé, ma un “male necessario”¹, la cui legittimità risiede esclusivamente nella capacità di ridurre la violenza complessiva nella società. Questa idea, apparentemente semplice, nasconde una sfida ambiziosa: se ogni sanzione è intrinsecamente violenta, come può lo Stato esercitare il suo potere punitivo senza cadere nella trappola dell’arbitrio e dell’eccesso punitivo?

Audegean ci guida in un percorso che va oltre la semplice esegezi testuale, invitandoci a riflettere sulle condizioni di possibilità di una giustizia penale che sia allo stesso tempo efficace e mai contraria al senso di umanità. La celebre “conclusione” dei *Delitti*: «perché ogni pena non sia una violenza di uno o di molti contro un privato cittadino, dev’essere essenzialmente pubblica, pronta, necessaria, la minima delle possibili nelle date circostanze, proporzionata a’ delitti, dettata dalle leggi»², non è solo un manifesto del diritto penale minimo, ma una provocazione intellettuale che continua a risuonare con urgenza nel dibattito contemporaneo. In un’epoca in cui il diritto di punire è sempre più strumentalizzato da derive populiste o, all’opposto, messo in discussione da correnti abolizioniste, il pensiero di Beccaria, riletto attraverso la lente di Audegean, si rivela sorprendentemente attuale. Non si tratta semplicemente di chiedersi *come* punire, ma *se* e *perché* punire, e soprattutto come limitare la violenza insita in ogni forma di pena senza rinunciare alla funzione di tutela che il diritto penale deve svolgere nei confronti dei più deboli.

1. *Il paradosso della violenza legale: tra necessità e legittimità*

Al cuore della riflessione di Audegean vi è una constatazione sconcertante: «La violenza penale ser-

¹ AUDEGEAN 2023, 21.

² BECCARIA 2009, 296 (in corsivo nel testo). Già in Montesquieu emerge questa idea paradigmatica dell’illuminismo penale, secondo la quale il potere non protegge dalla violenza se non ricorrendo all’uso della violenza istituzionalizzata (si veda IPPOLITO 2016).

ve a combattere quella criminale: ma sempre violenza resta»³. Questa affermazione, che potrebbe sembrare una tautologia, è in realtà il punto di partenza per una critica radicale del sistema punitivo. Beccaria, come ricorda Audegean, non cerca una giustificazione metafisica o morale della pena, ma ne demistifica la funzione, riducendola a un male strumentale, giustificato solo se capace di prevenire mali maggiori. La pena non ha valore in sé, non è un mezzo terapeutico per redimere il reo, ma un meccanismo utilitario il cui unico scopo è minimizzare la violenza sociale. Questa visione disincantata si oppone frontalmente alla cultura teologico-giuridica d'*Ancien Régime*, che vedeva nella pena un atto di espiazione o un mezzo per ripristinare un ordine divino o naturale. Per Beccaria, invece, la pena è sempre un male, e come tale deve essere ridotta al minimo indispensabile.

Ma che cosa significa, concretamente, minimizzare la violenza? Significa, innanzitutto, evitare ogni forma di crudeltà inutile. Le pene devono essere proporzionate, certe e rapide, non per soddisfare un astratto senso di giustizia, ma per dissuadere dal crimine senza aggiungere sofferenza superflua. Significa anche garantire che la violenza dello Stato non superi quella del reato stesso, evitando così che la risposta al crimine diventi a sua volta una nuova forma di ingiustizia. Audegean sottolinea come questa idea sia rivoluzionaria perché rovescia la prospettiva tradizionale: non è il reo che deve essere raddrizzato attraverso la pena, ma è la società che deve essere protetta dalla violenza, sia quella criminale che quella delle reazioni scomposte che il delitto può innescare. In questo senso, il diritto penale non è uno strumento di potere, ma un freno alla violenza, un rimedio che sostituisce la legge del più forte con quella della ragione.

Tuttavia, questa concezione minimalista si scontra con due estremi opposti che animano il dibattito contemporaneo: da un lato, il populismo penale, che esalta la violenza simbolica della pena come deterrente e come mezzo per rassicurare l'opinione pubblica; dall'altro, l'abolizionismo, che nega ogni legittimità al sistema punitivo, accusandolo di essere non solo inefficace, ma addirittura criminogeno. Tra questi due poli, il pensiero di Beccaria, rielaborato da Audegean, offre una terza via: non eliminare la pena, ma limitarla al massimo, trasformandola da strumento di oppressione in garanzia per i più deboli. Questo approccio, «coerente e audacemente controcorrente: quello della “dolcezza delle pene”, espressione inedita dell'umanesimo dei Lumi»⁴, non è una semplice soluzione di compromesso, ma una sfida culturale e politica che richiede di ripensare radicalmente il ruolo dello Stato e del diritto nella gestione dei conflitti sociali.

Il minimalismo penale, quindi, non è solo una teoria, ma diventa pratica concreta che si oppone tanto all'eccesso di violenza quanto alla sua negazione assoluta. Esso si fonda su un principio semplice ma rivoluzionario: la giustizia non si misura dalla severità delle pene, ma dalla loro capacità di ridurre la sofferenza complessiva. Questo principio, però, si scontra con una realtà in cui la pena è spesso usata non per proteggere, ma per controllare, escludere e marginalizzare. È qui che entra in gioco la critica di Audegean alle derive contemporanee del diritto penale, che troppo spesso si allontana dall'ideale beccariano per diventare uno strumento di potere.

2. Populismo penale: quando la giustizia diventa spettacolo

Uno degli usi più attuali del pensiero di Beccaria riguarda la critica al populismo penale, un fenomeno che, lungi dall'essere una novità, affonda le sue radici culturali in una concezione arcaica della giustizia come vendetta. Il recente libro *Le pene e il carcere* di Stefano Anastasia offre una chiave di lettura per comprendere come, negli ultimi decenni, il diritto penale sia stato sempre più piegato a fini politici ed elettoralistici, smarrendo ogni vocazione garantista⁵. Vi si analizza

³ Audegean 2023, 12.

⁴ Audegean 2023, 17. Sul nesso concettuale tra Illuminismo giuridico e umanesimo penale si veda anche IPPOLITO 2025.

⁵ ANASTASIA 2022, cap. 4: «Politica e giustizia penale al tempo dei populismi», 57-82.

il fallimento strutturale dell'istituzione totale penitenziaria, evidenziando come la pena detentiva, oltre a reprimere i bisogni umani del recluso a dispetto del dettato costituzionale di dignità umana e finalità rieducativa, si riveli inefficace nel garantire la sicurezza pubblica⁶. I recenti dati pubblicati dal CNEL a proposito delle carceri italiane continuano ad essere impietosi: nel 2024, il tasso di recidiva in Italia ha superato il 60%, a dimostrazione che il carcere non solo non previene il reato, ma aggrava la condizione dei detenuti, erodendone l'autostima, dissipando il loro tempo vitale e generando sofferenza fisica e psichica. Questa crisi del sistema penitenziario, secondo Anastasia, non è casuale, ma il risultato di una scelta politica che ha privilegiato la repressione alla prevenzione, la spettacolarizzazione della pena alla sua effettiva utilità sociale.

Al centro di questa dinamica vi è l'affermazione di una politica criminale espressiva, sintetizzata dallo slogan *law and order* e ispirata al principio della *zero tolerance*. Nata negli Stati Uniti negli anni Settanta e Ottanta del secolo scorso, questa ideologia ha trovato terreno fertile anche in Europa, dove il diritto penale è sempre più utilizzato non tanto per ridurre la criminalità o promuovere la giustizia, quanto per rassicurare un'opinione pubblica spaventata e guadagnare consenso elettorale. Come già osservato da vari analisti⁷, il populismo penale sfrutta l'insicurezza percepita - spesso amplificata dai media - per legittimare misure repressive che, in realtà, rispondono a logiche elettorali piuttosto che a reali esigenze di sicurezza. Le leggi che ne derivano sono spesso simboliche e irrazionali, in contrasto con i principi costituzionali e con le normative internazionali, tanto da essere disapplicate dai magistrati⁸.

Un esempio tra molti di questa deriva è la riforma della legittima difesa approvata in Italia nel 2019, che ha introdotto una presunzione di necessità della difesa anche in casi estremi, come l'uso letale della forza contro un intruso in casa. Questa norma, oltre a essere sproporzionata, risponde a una logica di vendetta privata piuttosto che a un'esigenza di giustizia. Allo stesso modo, il decreto anti-rave del 2022, che punisce con pene fino a sei anni di reclusione anche i semplici partecipanti a raduni illegali, è stato criticato per la sua eccessiva severità rispetto ad altri reati ben più gravi. Questi provvedimenti, lunghi dal risolvere i problemi, alimentano un clima di paura e insicurezza, trasformando la giustizia in uno spettacolo punitivo in cui la pena diventa un messaggio di "ferocia" contro i trasgressori della legge, piuttosto che uno strumento di riabilitazione o prevenzione.

Il populismo penale, quindi, non solo non riduce la criminalità, ma aumenta la violenza sociale, sia quella istituzionale che quella delle reazioni private. Come scrive Audegean, «le armi del diritto penale sono quelle della violenza; e la violenza è sempre la stessa: triste e bruta»⁹. Il populismo, insomma, non risolve i problemi, li amplifica, trasformando la giustizia in un teatro in cui la pena diventa un vettore di propaganda piuttosto che di tutela dei diritti. Ma il populismo penale non è solo un fenomeno italiano o europeo. È una tendenza globale che, come mostra Anastasia, ha portato a un aumento esponenziale della popolazione carceraria, con una sovrarappresentazione delle minoranze e una progressiva erosione dei diritti fondamentali. Dopo l'11 settembre 2001, la bilancia tra libertà e sicurezza si è ulteriormente squilibrata, favorendo un ordine securitario che legittima controriforme repressive e disuguali. In questo contesto, il pensiero di Beccaria, riletto da Audegean, si rivela un antidoto culturale contro la deriva punitiva, ricordandoci che la vera giustizia non si misura dalla durezza delle pene, ma dalla loro capacità di proteggere i più deboli.

⁶ A proposito del carcere, Audegean consacra uno splendido ultimo capitolo del suo libro alla questione classica della "nascita della prigione", dimostrando come il carcere non sia contemplato da Beccaria come una modalità punitiva (si veda il capitolo nono: AUDEGEAN 2023, 207-228).

⁷ ROBERTS, STALANS, INDERMAUR, HOUG 2003.

⁸ SALAS 2010.

⁹ AUDEGEAN 2023,13.

3. Abolizionismo penale: oltre la pena?

Gettando le basi concettuali dei sistemi penali moderni quasi tre secoli fa, Beccaria non si è limitato a criticare l'arbitrarietà della giustizia d'Antico Regime, le pene corporee crudeli e il trattamento iniquo degli individui secondo il loro status sociale. Come ricorda Audegean, Beccaria ha anche teorizzato la necessità di depenalizzare azioni quali l'omosessualità, l'adulterio e il suicidio, e ha brillantemente argomentato in favore dell'abolizione della pena di morte e della tortura giudiziaria¹⁰. Da questo punto di vista, il padre nobile del diritto penale minimo può essere considerato, in certa misura, anche come un antesignano del movimento abolizionista, promosso due secoli più tardi da alcuni sociologi e criminologi come Louk Hulsman, Niels Christie e Ruth Morris¹¹.

L'abolizionismo penale si presenta come una corrente di pensiero (e come una costellazione variegata di autori) che oltre ad osteggiare le forme attuali del sistema punitivo, mette in discussione l'idea stessa che la giustizia debba necessariamente passare attraverso la pena¹². Mentre il populismo penale esalta la violenza dello Stato come risposta al crimine, l'abolizionismo nega che questa violenza sia giustificabile, sostenendo che il sistema penale non solo fallisce nel suo obiettivo dichiarato di ridurre la criminalità, ma alimenta un circolo vizioso di esclusione e sofferenza. Tuttavia, non esiste un unico abolizionismo: accanto a una versione radicale, che auspica l'eliminazione totale di polizia, tribunali e carceri, vi è un abolizionismo metodologico, meno dogmatico e più aperto al confronto con altre prospettive critiche, come il diritto penale minimo. Questo secondo approccio, lungi dal proporsi come un progetto di demolizione immediata, si configura piuttosto come una lente analitica che invita a ripensare il rapporto tra società, devianza e risposta istituzionale, spostando l'attenzione dalla punizione alla risoluzione dei conflitti¹³.

Se le posizioni abolizioniste di Niels Christie, ad esempio, si apparentano più a quelle del minimalismo penale, uno degli esponenti di spicco dell'abolizionismo radicale è invece il criminologo olandese Hulsman, il quale non nega l'esistenza di comportamenti dannosi, ma contesta l'idea che questi debbano essere automaticamente etichettati come "crimini" e gestiti attraverso un apparato penale che, invece di risolvere i problemi, li aggrava. Il suo pensiero parte da una premessa fondamentale: il crimine non è un dato oggettivo, "una realtà ontologica", ma il risultato di un processo di definizione politica e culturale. Un furto, ad esempio, non è semplicemente una violazione della legge, ma un "problema tra persone" che lo Stato trasforma in un reato. Allo stesso modo, fenomeni come l'uso di droghe o la prostituzione vengono criminalizzati non per una loro intrinseca pericolosità, ma sulla base di scelte morali e di potere che finiscono per marginalizzare determinati gruppi sociali. Per Hulsman, il sistema penale non protegge la società, ma produce criminali, etichettando come devianti individui che spesso agiscono in risposta a condizioni di povertà, esclusione o disagio. La criminalizzazione, quindi, non risolve i conflitti, ma li sposta su un piano repressivo, alimentando un ciclo di emarginazione e recidiva che rende la società ancora più insicura.

La critica di Hulsman al sistema penale si sviluppa su più livelli. Innanzitutto, egli denuncia la sua inefficacia: le prigioni non riducono la criminalità, ma aumentano la violenza e la recidiva, trasformando i detenuti in soggetti ancora più vulnerabili. Inoltre, il sistema è ingiusto, perché colpisce in modo sproporzionato i poveri, le minoranze etniche e i marginalizzati, mentre i potenti – che commettono reati altrettanto gravi, come la corruzione o i crimini ambientali – sfuggono spesso alle conseguenze. Infine, il sistema penale è costoso e burocratico: assorbe risor-

¹⁰ Si vedano in particolare i cap. IV («Correggere e punire»), VI («Tolleranza penale e prevenzione non penale») e VIII («Tortura e presunzione d'innocenza») di AUDEGEAN 2023.

¹¹ HULSMAN 2000; CHRISTIE 1985; MORRIS 1995.

¹² Per un recente tentativo di scrivere la storia del movimento per l'abolizione del sistema penale, si veda CHARBIT, MORISSE, RICORDEAU 2024.

¹³ RUGGIERO 2011.

se ingenti che potrebbero essere investite in politiche sociali capaci di affrontare le cause strutturali dei conflitti, come la disoccupazione, la mancanza di istruzione o le dipendenze. Al posto della logica punitiva, Hulsman propone un modello di giustizia riparativa, in cui il focus si sposta dalla pena alla riparazione del danno e al ripristino delle relazioni. In questo quadro, la vittima non è più un soggetto passivo, ma diventa protagonista del processo, mentre l'autore del reato è chiamato a assumersi la responsabilità delle proprie azioni in un contesto di dialogo e mediazione. La comunità, a sua volta, è coinvolta attivamente nella risoluzione del conflitto, attraverso meccanismi come incontri tra vittima e autore del reato, riparazioni materiali o simboliche, e supporto sociale per affrontare le cause profonde del conflitto.

Bollato come utopico dai suoi detrattori, questo approccio può nondimeno vantare alcuni modelli che funzionano senza ricorrere al sistema penale tradizionale. Ad esempio, la giustizia riparativa è applicata con successo in alcuni Paesi per reati minori, mentre sistemi di mediazione comunitaria, come quelli dei Maori in Nuova Zelanda o dei Circoli riparativi in Canada, dimostrano che i conflitti possono essere risolti attraverso il dialogo, senza la necessità di giudici o carceri. Anche la depenalizzazione di certi comportamenti, come nel caso delle droghe leggere in Portogallo, ha portato a una riduzione dei danni sociali senza aumentare il consumo.

Probabilmente la principale rivoluzione concettuale proposta da Hulsman consiste, tuttavia, nel sostituire il paradigma “crimine-pena” con quello della “situazione problematica”, efficacemente illustrato dalla parola dei cinque studenti:

«Cinque studenti vivono assieme. A un certo punto, uno di essi si avventa sul televisore e lo manda in frantumi; rompe anche un po' di piatti. Come reagiranno i suoi compagni? Nessuno di loro è contento, ovviamente. Ma ognuno, analizzando l'evento a modo suo, può adottare un diverso atteggiamento. Lo studente numero 2, furente, dichiara che non vuol più vivere col primo, e chiede di cacciarlo via; lo studente numero 3 dichiara: “non ha che da comprare un nuovo televisore e altri piatti, che paghi”. Lo studente numero 4, assai traumatizzato da quanto è appena successo, esclama: “È sicuramente malato, bisogna trovare un medico, farlo vedere da uno psichiatra, eccetera”. L'ultimo infine sussurra: “Noi crediamo d'intenderci bene, ma qualcosa non deve funzionare nella nostra comunità se un tale gesto si è reso possibile... Facciamo tutti quanti un esame di coscienza”»¹⁴.

Mentre il modello tradizionale si basa sull'individualizzazione della colpa e sulla punizione, l'approccio abolizionista analizza il contesto sociale, economico e psicologico in cui avviene il comportamento dannoso. Non si tratta più di chiedersi: chi ha infranto la legge? Ma: cosa è successo? Perché è successo? Come possiamo risolverlo? Questo cambio di prospettiva implica una contestualizzazione del comportamento, evitando di etichettare le persone come “criminali”, e un coinvolgimento attivo delle parti in un percorso di mediazione, dove vittima, autore del danno e comunità lavorano assieme per trovare soluzioni condivise. I vantaggi di questo approccio saltano agli occhi: riduzione della recidiva, perché si affrontano le cause profonde del conflitto; maggiore soddisfazione per le vittime, che vedono riconosciuto il loro dolore e ottengono una riparazione concreta; risparmio di risorse, poiché la mediazione è spesso più economica ed efficace della detenzione; e, soprattutto, una giustizia più umana, che evita la stigmatizzazione e promuove la responsabilizzazione. Tuttavia, l'abolizionismo non è esente da critiche¹⁵. Viene obiettato, ad esempio, che non tutti i reati possono essere gestiti senza lo Stato, soprattutto quelli violenti o organizzati, e che mancano alternative concrete su larga scala per i crimini gravi. Hulsman non nega queste difficoltà, ma sottolinea che il suo non è un progetto di abolizione immediata, bensì una proposta di transizione verso un sistema più giusto ed efficace. Inoltre,

¹⁴ HULSMAN 2000, 45.

¹⁵ Si veda ad esempio FERRAJOLI 1990, 233 ss., che si sofferma criticamente sull'analisi di questo insieme di «teorie, di dottrine e di atteggiamenti etico-culturali».

egli riconosce che questo modello richiede una cultura del dialogo e risorse che non tutte le società possiedono, ma insiste sul fatto che il sistema attuale, con le sue contraddizioni, è ancora più costoso e inefficace.

Evitando di pensare la propria proposta abolizionista nei termini dell'utopia penale, Hulsman la presenta piuttosto come una sfida culturale che ci invita a guardare oltre la logica punitiva. In un'epoca in cui il populismo penale alimenta paure e divisioni, questo approccio vede una possibile via d'uscita in una giustizia che sostituisca l'idea di repressione con quelle di prevenzione, riparazione e inclusione. L'abolizionismo, quindi, non suggerisce di eliminare ogni forma di controllo, ma di ripensare la risposta ai conflitti in modo che sia più vicina alle persone e alle loro reali esigenze. In questo senso, esso si pone come una critica radicale al sistema penale, ma anche come una proposta costruttiva per una giustizia più equa e non violenta.

4. Minimalismo penale: la via di Beccaria e Ferrajoli

Tra il populismo penale e l'abolizionismo, il minimalismo penale rappresenta una terza via, che trova in Luigi Ferrajoli uno dei suoi massimi teorici contemporanei. Questa concezione si giustifica razionalmente per la sua capacità di minimizzare la violenza nella società, non solo quella generata dai reati, ma anche quella scatenata dalle reazioni - pubbliche o private - ai delitti stessi. Il diritto penale, in questa ottica, non è uno strumento di potere, ma un meccanismo di protezione per i più deboli: la vittima nel momento del reato, l'imputato durante il processo e il condannato nell'esecuzione della pena¹⁶.

Ferrajoli radicalizza il pensiero di Beccaria, trasformando il garantismo in una teoria che si oppone alla legge del più forte, sostituendo la violenza con la giustizia. Il diritto penale minimo si propone come un "terzo neutrale", capace di garantire equità e moderazione. La sua legittimità risiede proprio nella capacità di proteggere chi non ha altri strumenti di difesa: i marginalizzati, i poveri, le minoranze, che altrimenti sarebbero schiacciati dalla legge del più forte. Questa visione si articola in tre momenti chiave: nel momento del reato, il diritto penale deve tutelare la vittima, evitando che la sua sofferenza si trasformi in una spirale di vendetta. Nel momento del processo, deve garantire all'imputato un giudizio equo, basato su prove e non su pregiudizi o pressioni sociali. Nel momento dell'esecuzione, deve impedire che la pena diventi una forma di tortura o umiliazione, rispettando la dignità del condannato.

Ferrajoli è consapevole che il diritto penale minimo è un ideale regolativo, difficile da realizzare appieno, ma necessario per contrastare le derive autoritarie e punitive. Le obiezioni più comuni - che lo accusano di essere troppo permissivo o di non proteggere abbastanza le vittime - vengono confutate con argomenti solidi: un sistema garantista non è debole: al contrario, è più efficace nel lungo termine, perché riduce la recidiva e rafforza la legittimità dello Stato¹⁷. La vera protezione delle vittime non passa attraverso pene severe. Il garantismo non nega la necessità di punire, ma chiede che la pena sia l'*extrema ratio*, da applicare solo dopo aver esaurito ogni possibilità di prevenzione e mediazione.

Il diritto penale minimo aspira, in fondo, ad un ideale di equalitarismo. In sua assenza, i potenti - economicamente o politicamente - sfuggono alle conseguenze delle loro azioni, mentre i deboli vengono sovraesposti alla repressione. Ferrajoli ricorda che la civiltà di un Paese si misura dalla "mitezza delle pene", come già sostenevano Montesquieu e Beccaria. La moderazione non è un segno di debolezza, ma di civiltà giuridica: la forza dello Stato non si dimostra con la durezza delle sanzioni, ma con la capacità di mantenere un'asimmetria tra l'inciviltà del crimine e la civiltà del

¹⁶ FERRAJOLI 2016, 26-60.

¹⁷ Si veda, a questo proposito, FERRAJOLI 2024.

diritto. Gli appelli a inasprimenti crudeli, come quelli recentemente lanciati da figure politiche più autoritarie che autorevoli, che invocano “pene di morte rapide” o “ferocia contro i criminali”, non sono segni di progresso, ma di regressione della cultura giuridica. Questi discorsi alimentano un “sadismo punitivo”, dove la pena diventa vendetta e la sofferenza inflitta viene celebrata come giustizia¹⁸. Il minimalismo penale, al contrario, propone una giustizia che non si misura dalla severità, ma dalla ragionevolezza e dall’equità. Oggi, questa logica offre una chiave di lettura critica per analizzare fenomeni preoccupanti come il populismo penale stesso, la sovrapopolazione carceraria (in Italia, il 30% dei detenuti è in attesa di giudizio, spesso in condizioni disumane) e la criminalizzazione della povertà, dove reati come l’accattonaggio o l’occupazione di case colpiscono soprattutto chi non ha alternative. Come scrive Philippe Audegean in *Violenza e Giustizia*, il principio beccariano della “dolcezza delle pene” - ereditato dall’Illuminismo - è un atto di umanesimo controcorrente, che si oppone alla barbarie delle reazioni emotive e delle politiche securitarie.

Audegean non offre risposte definitive, ma uno strumento critico per navigare tra questi estremi. Il suo libro ci ricorda che il dibattito sulla pena non è astratto: riguarda quale società vogliamo. Se il populismo esalta la violenza, l’abolizionismo la nega. Il minimalismo, invece, la contiene, invocando una giustizia che sia umana, efficace e rispettosa dei diritti. Nel contesto odierno delle democrazie occidentali, dove il populismo penale è forte e il carcere è in crisi, il “paradigma Beccaria” può ancora essere una bussola? O dobbiamo osare di più, come suggerisce Hulsmann? La risposta non è semplice, ma *Violenza e giustizia* ci offre una strada da percorrere per spezzare il circolo vizioso della violenza: ridurre il penale ad *extrema ratio*, per pensare una giustizia intenta a prevenire e includere. In un’epoca di paure e divisioni, il saggio di Audegean è un manifesto per una giustizia umana: non perfetta, ma meno crudele. E forse, è proprio da qui che dobbiamo ripartire.

¹⁸ FERRAJOLI 2024, 285-290 (a proposito della «efficacia deterrente dell’asimmetria tra pena e delitto. Contro l’idea dell’abolizione della pena»).

Riferimenti bibliografici

AUDEGEAN P. 2023. *Violenza e giustizia. Beccaria e la questione penale*, il Mulino.

ANASTASIA S. 2022. *Le pene e il carcere*, Mondadori.

BECCARIA C. 2009. *Des délits et des peines. Dei delitti e delle pene*, ENS Éditions (a cura di Audegean P.).

CHARBIT J., MORISSE S., RICORDEAU G. 2024. *Brique par brique, mur par mur: une histoire de l'abolitionnisme pénal*, Lux éditeur.

CHRISTIE N. 1985. *Abolire le pene: Il paradosso del sistema penale*, Edizioni Gruppo Abele.

FERRAJOLI L. 1990. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza.

FERRAJOLI L. 1985. *Diritto penale minimo*, in ID., *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, a cura di IPPOLITO D. e SPINA S., Editoriale Scientifica, 2016, 26 ss.

FERRAJOLI L. 2024. *Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del garantismo penale*, Laterza.

HULSMAN L. 2000 [1982]. *Pene perdute. Il sistema penale messo in discussione*, Colibri.

IPPOLITO D. 2016. *Lo spirito del garantismo. Montesquieu e il potere di punire*, Donzelli.

IPPOLITO D. 2025. *L'umanesimo penale tra passato e presente*, in «*Questione giustizia*». Disponibile in: <https://www.questionejustizia.it/articolo/l-umanesimo-penale-tra-passato-e-presente>.

MORRIS R. 1995. *Penal Abolition, The Practical Choice*, Canadian Scholars' Press.

ROBERTS J.V., STALANS L.J., INDERMAUR D., HOUG M. 2003. *Penal Populism and Public Opinion. Lessons from Five Countries*, Oxford University Press.

RUGGIERO V. 2011. *Il delitto, la legge, la pena. La contro-idea abolizionista*, Edizioni Gruppo Abele.

SALAS D. 2010. *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Fayard.

Realizzato da **rospeinfrantumi**
per conto di **Diritto & Questioni pubbliche (PA)**
nel dicembre 2025