

## OSSERVATORIO

...Sono la disillusione, disse la vecchia, e domino il mondo,  
perché ogni sogno umano è sogno breve...

A. Tabucchi, *Sogni di sogni*, Palermo 1992.

Perché non dirlo. Anzi, perché tacerlo. Cinque anni fa, ho voluto io la ripresa, dopo trent'anni di silenzio qua e là intervallato da qualche timido sussulto, di questi Annali dell'Università di Ferrara, sez. Scienze Giuridiche. Io, tutto ferrarese di formazione pre e postuniversitaria, sentivo, in quel momento, finalmente raggiunto dalla mia Facoltà un assetto degno: spazi adeguati e nobili, docenti impegnati sotto una guida sicura e di ampio orizzonte, un numero di studenti accettabile, che consentiva, anche nei corsi più affollati, un insegnamento vivo: la parola del docente e la sua voce avevano un senso, una loro forza creatrice diversa e forse più incisiva di quella della pagina scritta. Perché non tributare, mi chiedevo, un riconoscimento, a questa istituzione risanata che mi dava finalmente un orgoglioso senso di appartenenza? La pochezza dei miei mezzi non mi consentiva di fare nulla di più e di meglio della ripresa degli Annali.

Cinque anni dopo. Gli Annali sono rimasti quella *res parva* che erano al loro riapparire e la speranza che potessero crescere, affidata, nella presentazione del primo volume, alle parole di Livio (27,9,1: *ex parvis saepe magnarum momenta rerum pendent*), può dirsi inesaudita. Ma anche esausta.

La ragione del disagio e della delusione che attualmente mi prendono non risiede tanto nel fatto che ogni anno è sempre più difficile mettere insieme questo esiguo pugno di pagine (ci sono cause obbiettive che io avevo ingenuamente sottovalutato), quanto nel fatto che sento venir meno il senso personale dell'operazione. Da una Facoltà, che nel giro di due anni ha visto triplicato il numero degli iscritti e inalterati gli spazi e i docenti, mi vado progressivamente allontanando. Delle autentiche devastazioni prodotte dall'accesso indiscriminato non ne dico che due, quelle che mi stanno più a cuore: l'impoverimento della docenza; giovani e famiglie letteralmente ingannati (il famigerato 70% che entra e non esce).

Improwisa presa di coscienza di un sistema assurdo. Presa di coscienza, tardiva fin che si vuole e come tale colpevole, che tuttavia 'deve' pagare un debito e manifestarsi all'esterno con una chiamata di correo. Lasciamo perdere la classe poli-

tica, della quale non mette conto di parlare. Qui va denunciata la responsabilità storica del corpo accademico, specialmente nelle sue espressioni istituzionali più autorevoli, quali le Conferenze dei Presidi e dei Rettori. Un corpo accademico che non ha saputo e non sa, per pigrizia o per vili interessi di bottega, porsi come forza di pressione e di opinione per mutare il penoso stato di cose. È quando al 'pessimismo della ragione' vien meno anche l' 'ottimismo della volontà' si è ad un passo dal disimpegno.

Arrigo D. Manfredini

Ferrara, 26 dicembre 1992

GIOVANNI BATTAGLINI

RIFLESSIONI INTORNO AL CAP. VII DELLO STATUTO N. U.

I

*Dalle Nazioni Unite alla Società delle Nazioni: un ritorno o una nostalgia?*

Volendo dire subito l'oggetto della mia comunicazione(\*) in un modo – a prima vista – non scientifico ma di una certa immediatezza, lo tradurrei in questi termini: che il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite nel transito drammatico e buio dal '90 al '91 ha evocato, e fatto materializzare, l'ectoplasma della Società delle Nazioni.<sup>1</sup>

In effetti, espressioni come "autorizzazione" o "autorizza" ai sensi della Risoluzione 678 del Consiglio e la formula "mezzi necessari" utilizzata per le misure autorizzate; inoltre la loro qualifica come "*azione di polizia internazionale*" anche per il Ministero degli Affari Esteri italiano, nonché la determinazione dei tempi tecnici – e politici – delle misure di pressione economica prima di quelle militari, da ritenersi nell'apprezzamento soggettivo delle potenze in maggioranza nel Consiglio stesso *ad un certo punto* sufficienti, o esaurite, si da procedere senz'altro ad un loro "*aggiornamento*", sono tutte situazioni – o nozioni – quanto meno discutibili per via d'incongruenze con il sistema delle Nazioni Unite, o deviazioni dal loro trattato istitutivo, ma che avrebbero trovato – e, ahimè, hanno ora trovato – armoniosa collocazione solo secondo il Patto della Società delle Nazioni che non è più.

Basti leggere quella sintetica ma significativa riflessione di Giorgio Balladore Pallieri, del 1934, sul Patto della Società delle Nazioni, allora in vigore, e successivi accordi coordinati<sup>2</sup>, dove si avverte già che, proprio dall'art. 15, al. 7, del Patto, erano "autorizzati" a "muover guerra l'uno contro l'altro, quando l'esame della Controversia da parte del Consiglio non ha dato certi risultati, ... unicamente gli Stati involti nella controversia, non anche gli altri Membri della Società", ma che per l'art. 16 l'autorizzazione "di intraprendere senz'altro la lotta" era estesa a un intervento dei terzi nel conflitto "onde reagire contro una violazione del Patto e un illecito ricorso alla guerra" secondo il Patto<sup>3</sup>. Il combinato disposto dell'art. 16, al. 4

---

(\*) (non pubblicata) al Convegno "L'ONU tra la guerra e la pace", promosso dalla Fondazione Internazionale Lelio Basso (Roma, 15 - 16 aprile 1991).

1. Un evento che, a dire il vero, non mancava di richiamare alla mente qualche verso di James JOYCE, *Epilogue to Ibsen's Ghosts*: "Cari vivi, la cui coscienza sotterrata il tetro vecchio ha voluto lenire, permettete a un altro spettro di apparire: sono il fantasma... messo a tacere dal proprio passato... Tutto ciò è cosa del passato ma se l'ho fatto e mi è piaciuto... più la penso e più bevo il ponce di mezzanotte degli spiriti" (trad. ital. di J. R. Wilcock, "Poesie" I poeti dello Specchio, Mondadori, Milano, 1984, IV<sup>a</sup> ediz., pp. 263,265).

2. *Dal Patto della Società delle Nazioni al Patto Mussolini*, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Modena, Num. 59, Modena, 1934.

3. G. BALLADORE PALLIERI, op. cit., p. 8.

con l'al. 7 del 15 suona infatti puntualmente nel senso che, se "l'aggiornamento, per un periodo determinato, di una qualsiasi" delle misure di pressione economica *raccomandate* secondo l'al. 3 dello stesso art. 16 "dovesse permettere di meglio perseguire la meta", il Consiglio della Società delle Nazioni "avrebbe il diritto di decidere tale aggiornamento" in favore dell'esercizio del "diritto" dei Membri della Società "di agire come riterranno necessario per il mantenimento della giustizia e del diritto"<sup>4</sup>; dunque, anche con la guerra "*di sanzione*"<sup>5</sup>.

Sicché, poi, una quarantina d'anni fa, appunto codesta guerra degli Stati avallata dalla Società delle Nazioni, Rolando Quadri qualificava, sin dalla prima edizione del suo *Diritto Internazionale Pubblico*<sup>6</sup>, come "*azione di polizia*" internazionale. Nozione ferma nella memoria sebbene – credo – solo a parole sostitutiva della guerra ma che, pur con questo limite, ha evidentemente implicato le recenti reminiscenze giuridico-politiche. Però – si badi – Quadri aveva immediatamente sottolineato che vi doveva, allora, corrispondere soltanto un'azione diretta degli Stati "senza predisporre gli organi e le funzioni necessarie" ad un sistema di *sicurezza collettiva*<sup>7</sup>. Nello stesso tempo – è vero – ciò aveva mosso anche quel grande Maestro della Scienza del diritto internazionale che è Roberto Ago, ora giudice italiano alla Corte Internazionale di Giustizia, a considerare che, comunque, alla base sia della Società delle Nazioni sia delle Nazioni Unite è stato sempre il "consenso" delle potenze ad animare l'azione: avendo, questa, sempre "la sua base unica nella cooperazione tra enti uguali e indipendenti"<sup>8</sup> come in una qualunque alleanza di guerra.

Solo che, mentre per la Società delle Nazioni la guerra "di sanzione" rimane statale – in definitiva, mera autotutela delle potenze –, per le Nazioni Unite essa dovrebbe essere intrapresa istituzionalmente nelle forme, con le modalità e nei limiti di un apposito meccanismo coattivo azionato da un organo societario, il Consiglio di Sicurezza, con un'operazione, cioè, che Rolando Quadri non esitava a definire, per il suo carattere esclusivamente istituzionale e immediato della struttura sovraordinata dell'ONU, "un *fac simile* della c. d. *esecuzione federale*"<sup>9</sup>.

Ho condiviso il pensiero e apprezzato il sentimento di una coscienza più universale di pace quando il collega Benedetto Conforti nella sua Relazione ha fatto notare che, contro questa coscienza, si sarebbe trattato sostanzialmente, pur sempre, di "guerra", delle N.U. o no: non facendo differenza, per la pace, che dalle Nazioni Unite, fosse attuata precisamente quella *azione coattiva istituzionalizzata* o diverse misure belliche. Ma importa dire, anzitutto, che la prima alternativa non sarebbe stata affatto indifferente per i riflessi interni, costituzionali, sulla cui importanza fummo, già ieri, bene e incisivamente illuminati da Umberto Allegretti: ebbene, aggiungo che l'uso del meccanismo istituzionale per il Cap. VII della Carta delle

4. M. PANEBIANCO, Dalla Società delle Nazioni *all'ONU*, Napoli, 1977, Appendice di documenti, pp. 160, 161.

5. G. BALLADORE PALLIERI, op. cit., p. 9.

6. Finito di stampare in Vicenza il 22 settembre 1949 per l'Editore G. Priulla, Palermo.

7. Se ne veda anche la critica di R. QUADRI, *Diritto Internazionale Pubblico*, cit., p. 236.

8. Cfr. R. AGO, *L'organizzazione internazionale dalla Società delle Nazioni alle Nazioni Unite*, in "*La Comunità internazionale*", 1946, specialmente pp. 10 ss.; conclusiv. 20.

9. Cfr. R. QUADRI, op. cit., p. 249.

N.U. avrebbe richiesto – prima di attivare misure militari – la stipulazione degli accordi relativi (per l'art. 43, comma 3) "soggetti a ratifica da parte degli Stati firmatari in conformità alle rispettive norme costituzionali". Un rinvio non ricettizio, quindi, al diritto interno, inteso al fine di precorrere in materia – cronologicamente e logicamente – qualunque rinvio del genere dal diritto interno all'internazionale, rispetto alle scelte delle N.U., ecc.<sup>10</sup> Il che non è poco! E d'altra parte il consenso nazionale sarebbe occorso, via via, ad alimentare, promuovere e controllare l'impiego delle forze attraverso l'organo comune, il Comitato di Stato Maggiore (per l'art. 47), visto che "Ogni Membro delle Nazioni Unite sarà invitato dal Comitato stesso ad associarsi ad esso quando l'efficace adempimento dei compiti del Comitato richieda la partecipazione di tale membro alla sua attività": e questa partecipazione, se democraticamente ispirata, potrà essere anche sensibile all'opinione pubblica interna e – se c'è – alla cultura locale della pace<sup>11</sup>.

Invece, ecco, il consenso degli Stati andare ultimamente nella direzione opposta, e regressa. Non per nulla, nel corso di una intervista recepita in una pagina-*rifugio* – a quanto pare – d'una informazione non (o non troppo) manipolata – il "Punto" del Radiocorriere TV<sup>12</sup> – una prima dichiarazione di Jean-François Giuliani, capoufficio stampa dell'ONU, prima con Kurt Waldheim e da quasi dieci anni con l'attuale

---

10. Questo secondo rinvio, ad es. dalla seconda parte dell'art. 11 Costituzione ital. "ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia delle Nazioni" (con riferimento, di seguito, alle "organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo"), ha da mettersi, in tal caso, in relazione esclusivamente con le "limitazioni" a ciò necessarie "di libertà". Limitazioni di libertà perché consistenti, sempre per volontà d'un soggetto titolare della piena sovranità e indipendenza, solo nella "assunzione di un obbligo internazionale" limitante appunto la libertà di fatto del soggetto, e non - come impropriamente è stato scritto - la sovranità che rimane piena, e di cui la volontà di accettare limiti pattizi alla libertà, è, anzi, precipua espressione. Cfr. A. BERNARDINI, *Formazione delle norme internazionali e adattamento del diritto interno*, Pescara (Libreria dell'Università), 1973, p. 175. Il ripudio della guerra nella prima parte dell'art. 11 Cost. non ha a che vedere, invece, con l'esercizio di una libertà (eventualmente da limitare, se necessario, per i fini della organizzazione internazionale convenzionale), ma con l'imposizione di un obbligo. Quindi, per quanto riguarda l'art. 43, comma 3, della Carta delle N.U., verrebbe in rilievo soltanto la prima parte dell'art. 11 Cost. ital., cui si farebbe da quel comma rinvio formale se essa costituisca un limite ad accordarsi per un dato intervento armato, che sia da qualificare come guerra.

11. La stessa cultura locale della pace potrebbe, d'altra parte, concorrere a formare una "riprova sociale" transnazionale e universale nei confronti di coloro che sacrificino con la guerra valori fondamentali della persona umana, tali che si potranno ritenere recepiti da principi di *jus cogens* internazionale. E l'Assemblea Generale delle N.U., in particolare, dovrebbe esservi sensibilizzata: e provocata a pronunciarsi da qualsiasi Stato (per l'art. 11,2 della Carta) quando non si ammetta che il mantenere solo formalmente una "questione all'ordine del giorno del Consiglio" (come per la Ris. 678,5) possa già equivalere allo "esercizio da parte del Consiglio di Sicurezza delle funzioni assegnategli" (art. 12, 1 comma). Sul punto, cfr. G. GAJA, *Il Consiglio di sicurezza di fronte all'occupazione del Kuwait: il significato di una autorizzazione*, in *Rivista di diritto internazionale* 1990, p. 697, per "una situazione non ... giuridicamente diversa da quella che esisterebbe se, invece di autorizzare... il Consiglio di sicurezza avesse dichiarato di non essere in grado di prendere misure" e gli Stati, di conseguenza, rimanessero (v. R. QUADRI, op. cit., p. 247) "liberi di farsi la guerra".

12. Anno LXVIII, N 4/1991 - 27 gen. /2 feb., p. 12: "Guerra nel Golfo" / All'ONU dicono di sì, di Venanzio Ciampa.

Segretario Generale, era nel senso che "bisogna anche essere un po' pratici. Che esperienza ha l'ONU in fatto di guerra? Quale nazione ci affiderebbe il suo apparato militare e la sua protezione?". E pur cosciente che, a causa delle azioni militari *non coordinate logisticamente dalle Nazioni Unite*, queste avevano "ricevuto delle critiche al riguardo", egli aveva insistito: "In quanto alla possibilità di rendere i Caschi blu un vero e proprio esercito, mi sembra un'ipotesi destinata a fallire. Ci sono problemi di sovranità nazionale, di diffidenza tra i diversi eserciti coinvolti in un'operazione del genere, e complicazioni a livello strategico-logistico".

Così la macchina del tempo ha innescato la sua retromarcia: e mentre si parlava di nuovo ordine internazionale<sup>13</sup> e di consolidamento del sistema ONU, anche da Shevardnadze<sup>14</sup>, ci siamo trovati, nei fatti, a rivisitare il Patto della Società delle Nazioni all'art. 16 sopra detto. Senonché anche in base all'al. 5 dell'art. 16 di questo Patto, il Consiglio avrebbe avuto "il dovere di *raccomandare* ai diversi governi interessati gli effettivi militari, navali ed aerei per mezzo dei quali i Membri della Società contribuiranno rispettivamente alle forze armate destinate a far rispettare gli impegni della Società". Nulla di questo, viceversa, per la Risoluzione 678 del Consiglio di Sicurezza delle N.U.

E dunque la macchina del tempo reingrana la marcia e va ancora più indietro: e siamo oramai in pieno sec. XVII, poiché la Risoluzione 678 sembra meglio coincidere con quella che si potrebbe dire una clausola tacita, di garanzia ultima, d'ogni trattato sin da tempi remoti. Anzi, quella discussa Risoluzione, appare addirittura (a parte, al suo numero 2, il carattere di "autorizzazione" ovvero di mera *rimozione di un impedimento*) confezionata a ricalco seppure, di certo, inconsciamente sull'art. XVII del Trattato di Osnabruch del 24 ottobre 1648, che per l'appunto esprimeva il principio generale dell'autotutela-sanzione del torto quasi negli stessi termini ora rievocati dai numeri 2 e 3 della Risoluzione del Consiglio di sicurezza: "Tutti quelli che partecipano al presente accordo si obbligano a difenderne e a tutelarne le norme e condizioni di questa pace, tutte e ciascuna, contro chiunque: e se accada che qualche punto sia violato .... (essi) saranno tenuti *ad unirsi alla parte lesa e ad aiutarla con il consiglio e con la forza a respingere l'ingiuria*, se l'offensore avrà fatto loro intendere che le vie della morbidezza («*douceur*») e della giustizia («*en soumettant la cause a une composition amiable ou aux procédures ordinaires de la justice*») non sono servite a nulla"<sup>15</sup>. Come si vede, una "*extrema ratio*" proporzionata al fine della reintegrazione nel diritto riguardo ai soggetti oramai offesi irreparabilmente: che comporta, quindi, una "rappresaglia" e per niente affatto una "legittima difesa".

13. Sulla nuova "potenziale stagione" dell'ONU "di governo giuridico nel mondo" e sul "nuovo ruolo delle Nazioni Unite", si vedano rispettivamente "La stampa" 17.1. 1991, p. 8 e "La Repubblica", p. 8, stessa data. V., inoltre, con riferimento anche alla dichiarazione di Jim Baker all'ONU: C, FIORAVANTI, Nazioni Unite, (Parole chiave) in "Il Progetto" Anno X, n. 60, novembre-dicembre 1990, p. 100, 2<sup>a</sup> col.

14. Shevardnadze: l'ONU ora è più forte (Ansa), "La Stampa", 9-3-'91.

15. DUMONT, *Corps diplomatique du Droit des Gens*, Amsterdam - La Haye, 1726, I. Partie du Tome VI: CCXLIV. (I) *Traité de Paix entre l'Empire & la Suède*, conclu & signé a Osnabruch, le 24 Octobre 1648. Le Roi de France ... *compris dans ce Traité comme Allié* de la Suède, p. 489, 2<sup>a</sup> col.

Non s'ipotizzava, del resto, che fosse legittima difesa la guerra degli Stati terzi (rispetto a quelli di una controversia in atto) "autorizzata" dal Consiglio della Società delle Nazioni. E quale "autorizzazione", d'altra parte, del Consiglio di Sicurezza delle N. U. (come per la Ris. 678) potrebbe soccorrere all'esercizio del diritto "naturale" di auto-difesa (legittima o in stato di necessità), o essergli meno-mamente necessaria<sup>16</sup>, in base all'art. 51 della Carta dell'ONU? Mai d'autorizzazione alla difesa potrebbe trattarsi, neppure in un secondo momento<sup>17</sup>, visto che lo stesso esercizio di quel diritto "naturale"<sup>18</sup> - se fosse iniziato - continuerebbe senza restrizioni "fintantoché il Consiglio di Sicurezza non abbia preso (tutte) le misure necessarie"; nel mentre non ne risulterebbe pregiudicato (sempre per l'art. 51 della Carta) nemmeno "il potere ed il compito spettanti... al Consiglio di Sicurezza, di intraprendere in qualsiasi momento" una sua "azione".

Fin da Westfalia - e ancor prima<sup>19</sup> - è evidente che, allorché ci si esprime come

---

16. Cfr. G. GAJA, op. cit. loc. cit. E per la natura di codesto diritto qualificato "naturale" dalla "Carta" cfr., insieme, G. BATTAGLINI, Il riconoscimento internazionale dei principi generali del diritto in "Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione" Studi in onore di Roberto Ago, Milano, 1978, I, pp. 128 s., sul c. d. diritto naturale positivo fra i modelli esclusivi del diritto comune consuetudinario rispetto ai principi generali del diritto internazionalmente riconosciuti, come quello dell'autotutela, di cui l'art. 51 della Carta delle N.U. ammette senz'altro - e automaticamente - la superiorità sullo stesso Trattato: è ovvio, in considerazione del suo carattere urgente e preventivo degli effetti dell'illecito attacco, ma non quando essi siano oramai ultimati. D'altronde, lo ha messo bene in luce L. FORLATI, Legittima difesa secondo la Carta delle Nazioni Unite e sanzioni delle Comunità europee, in "Crisi Falkland-Malvinas e organizzazione internazionale" a cura di L. Forlati e F. Leita, Padova, 1985, pp. 137 e nt. 25, 26, 138 s., 142 s.

17. L'autorizzazione ad un gruppo di Stati a "sostenere ed attuare la risoluzione numero 660 e tutte quelle successive" e a "restaurare la pace e la sicurezza, con tutti i mezzi necessari" (Ris. 678-2), chiedendo agli altri Stati "di fornire appropriato appoggio alle azioni" rispettive (Ris. 678-3) "intraprese in attuazione del punto 2" configura un tipo di tutela associata che di per sé - è fin troppo evidente - si differenzia nettamente dalla legittima difesa. Nel mentre non sappiamo se GAJA, op. cit., p. 697 al terz'ultimo capoverso, intenda seriamente dubitarne. Si veda, comunque, G. ARANGIO-RUIZ, Difesa legittima (diritto internazionale), in "Nouissimo Digesto Italiano", vol. V (Torino, 1979; ristampa), ° 5, special. 634, 2ª col. - 635, 1ª col., per una nozione rigorosa di legittima difesa collettiva, riferibile solo agli Stati simultaneamente attaccati e/o minacciati di attacco armato in atto. Inoltre, B. CONFORTI, Diritto internazionale (terza edizione), Napoli, 1987, pp. 386 s., esclude anche per la guerra di Corea che potesse darsi un'ipotesi di legittima difesa ai sensi dell'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite dopo che il Consiglio di Sicurezza aveva deliberato. E ciò, nonostante che, in quel caso, l'azione di difesa vera e propria contro l'attacco del Governo nord-coreano fosse iniziata tempestivamente, e prima di qualunque risoluzione del Consiglio di Sicurezza, sia da parte della Corea del Sud sia degli Stati Uniti d'America. Questi ultimi si erano trovati già nell'area sin dal 1945 come consegnatari (assieme all'Unione sovietica, a nord) della resa del Giappone e avevano appena atteso, in una con i membri della speciale commissione creata ad hoc dall'Assemblea Generale, a favorire (dal 1947) la costituzione d'un Governo coreano a sud del 30 parallelo (1948-49) allorché questo venne attaccato. Cfr. Nations Unies, L'ONU pour tous - XX, New York 1968 (Huitième édition), pp. 149 - 158 (La question de Corée).

18. Che la nozione sia quella classica - e solo quella - secondo la *lex naturae vel gentium* è inizialmente ammesso anche da M. PANEBIANCO, Legittima difesa (II) Diritto Internazionale, p. 1, in "Enciclopedia Giuridica" Treccani, vol. XVIII.

19. Cfr. DE LA RONCIÈRE, CONTAMINE, DELORT, *L'Europe au moyen âge: Documents expliqués*, Tome 3 - Fin XIII<sup>e</sup> siècle/Fin XV<sup>e</sup> siècle, Paris, 1971, pp. 38 s. :Aux

nella Risoluzione 678, siamo sul terreno della *rappresaglia* dal momento che s'intraprenda un'azione altrimenti illecita ma giustificata dalla circostanza (escludente, appunto, l'illiceità) del torto irreparabile, irreversibile o continuo, per fatto e colpa del soggetto rappresagliato, e giusto al fine di eliminarne gli effetti lesivi con un'azione a tale scopo proporzionata. Ma è evidente pure che la proporzione con il fatto della illecita guerra sussiste appena dacché questa non sia più *libera* come *mero fatto di autotutela* anche di semplici interessi<sup>20</sup>, nel diritto internazionale generale, e sia, al contrario, vietata come per l'art. 2, comma 4 della Carta delle N.U.

In seguito alla invasione del Kuwait, privato del suo territorio da parte dell'Iraq ma sempre esistente come potenza-soggetto di diritto internazionale, quando la stessa Risoluzione 678 (al numero 2) alludeva al presente Governo kuwaitiano, questi sarebbe apparso pertanto legittimato dal diritto internazionale generale alla *guerra in rappresaglia*, senz'altro con l'appoggio degli altri soggetti contraenti della Carta, se questo trattato non avesse – in deroga – assegnato al Consiglio di Sicurezza

---

*origines de la Confédération helvétique, Le pacte du 1291* (Traduit du latin), per un istituto analogo fra gli uomini delle vallate di Uri, di Schwyz e di Nidwalden in condizioni di parità (e indipendenza difatto): se qualcuno, dopo aver commesso "un vol au détriment d'un autre" o avergli causato "un dommage quelconque... refuserait de se soumettre au jugement... du fait de cette résistance, tous les confédérés, seraient tenus de contraindre ledit contumace a donner satisfaction"; e così pure in caso di controversia "entre quelques-uns des confédérés, si l'une des parties se refuse a rendre pleine et entière justice, les confédérés, sont tenus de prendre fait et cause pour l'autre partie". Indi, ad una analogia nella consuetudine ancora più antica, consente di risalire P. VOCI, *Piccolo manuale di diritto romano*, Milano, 1979, ° 5. La consuetudine (pp. 97 ss.) - II. 1 (a): "Uno stipendio, dalla fine del V secolo a. C. spettava ai militari... Il denaro necessario era affidato a certi agenti della tribù (*tribuni aerarii*), col compito di distribuirlo. Se il militare non veniva pagato, poteva impossessarsi di qualche cosa appartenente al *tribunus aerarius* (*pignoris capio*): una sorta di esecuzione affidata all'iniziativa del singolo. Possiamo pensare a un militare che, confortato dall'assenso dei cittadini, e in specie dei commilitoni, si fa giustizia da sé". E più il quadro si completa, più si comprende definitivamente come, attraverso la Risoluzione 678, si è avuta in realtà la 'emprise' del diritto internazionale comune sul diritto internazionale particolare dello Statuto dell'ONU.

20. Finché è il tempo della libera guerra giustamente non si può neanche, in nessun caso, assimilare alla guerra la rappresaglia; v. R. QUADRI, op. cit., pp. 174, 176 s. Diversamente, invece, nel quadro N.U.: come esattamente vi accenna C. FIORAVANTI, op. cit., p. 101, 1<sup>a</sup> col. Il che non toglie che una guerra "di sanzione" ovvero in rappresaglia possa varcare i limiti dell'autotutela sanzionatoria (*extrema ratio*, proporzionalità) e divenir "guerra" sic et *simpliciter*. Se ne poteva dubitare quando una informazione costantemente radicata nella prudenza e nella verità dava atto ad es., che, secondo la tesi ufficiale del Presidente degli Stati Uniti sulla forza multinazionale in Kuwait e in vista di una sua utilizzazione immediata in un'azione di terra, erano negati sia una "partecipazione militare delle Nazioni Unite" sia il "il ruolo operativo delle Nazioni Unite" (corrispondenza di L. MANISCO da New York, h. 19.15 di sabato 23 febbraio, al TV3). E sempre, quanto meno, il dubbio poteva risultare alimentato da dichiarazioni come quella di un consulente del Pentagono, Gene R. La Rocque, h. 21.50 di lunedì 25 febbraio '91, TV2: che lo "scopo principale" dell'attacco finale americano era l'occupazione della capitale dell'Iraq, Bagdad. Probabilmente da valutazioni e prospettive del genere si erano lasciati influenzare gli Stati che si erano dichiarati "neutrali" all'inizio della guerra del Golfo; laddove, invece, vi dovrebbe essere contrasto fra l'esecuzione di misure militari collettive (guerra in rappresaglia o "di sanzione" anche per la Società delle Nazioni) e la neutralità, anche se nessuno è sembrato farvi obiezione. Ma v., per la retta opinione, A. MIELE, *L'estranietà ai conflitti armati secondo il diritto internazionale*, II, Padova, 1970, pp. 507 ss.

il monopolio di qualunque uso della forza a fini sanzionatori, da intraprendersi da lui in via esclusiva secondo il Cap. VII del medesimo Statuto dell'ONU.

Era, tra l'altro, il monopolio di cui dava implicita conferma, espressamente nel quadro Nazioni Unite, nonché in relazione a una generale garanzia delle integrità territoriali, l'Atto finale di Helsinki del 1975, fra tutte le potenze europee. Difatti, quanto alla rappresaglia armata, vi si **proclamava**<sup>21</sup> che, poiché "Gli Stati partecipanti si astengono nelle loro relazioni reciproche, nonché, nelle loro relazioni internazionali in generale, dalla minaccia o dall'uso della forza... Parimenti essi si astengono nelle loro relazioni reciproche anche da qualsiasi atto di rappresaglia per mezzo della forza".

Sowiene a questo punto che il fine della Risoluzione 678 possa esser proprio di restituire agli Stati, mediante l'autorità – o grazie al peso effettivo – del Consiglio di Sicurezza, la libertà di una guerra-sanzione dell'altrui, illecito ricorso alla forza, sollevandoli da codesti divieti della rappresaglia armata impliciti nella Carta delle N. U. ed espressi dall'Atto di Helsinki. Per di più, la Risoluzione è, a tal fine, sulle tracce dell'autorizzazione alla lecita guerra nella Società delle Nazioni, conforme ai limiti della rappresaglia medesima ("extrema ratio", proporzionalità) nel diritto internazionale generale, come codificati anche a Westfalia (1648): vuoi che ciò sia, vuoi che non sia lecito per il Consiglio di Sicurezza secondo la Carta delle Nazioni Unite<sup>22</sup>.

Ora su questo piano, e non altro, si riparte di nuovo da zero in tema di divieti pattizi del ricorso all'uso della forza: e riemerge il discorso di Conforti che prescinde infine dalle Nazioni Unite per affermare valori di pace universale nell'interesse umano primario al ripudio di qualunque guerra, giustificata o non per il diritto internazionale particolare. Ma ciò senza escludere di potere orientare il diritto in generale verso quei valori.

Era stato anche l'intento del Comitato ufficiale di giuristi – a lato della Conferenza del disarmo, a Ginevra – che, nei primi anni '60, aveva profuso impegno umano e scientifico per ridisegnare il sistema della pace e sicurezza internazionale, e della giustizia, istituzionalizzando per tutti il processo internazionale nell'ambito di una organizzazione internazionale nuova (la IDO, *International Desarmament Organisation*). Senonché, in prossimità d'un risultato dei suoi tempi non brevi ed intensi di riflessione e di studio si vide che, purtroppo, i membri di quel Comitato, pur nella loro veste ufficiale<sup>23</sup>, avevano lavorato solo per se stessi: a testimonianza dei loro sforzi scientifici e della loro coscienza di pace verso Stati disattenti. Parallelamente è sempre più scontato che, anche partendo da zero, dal livello della guerra come mera autotutela nel diritto internazionale comune, questa si presenta adesso gravemente snaturata rispetto ai suoi *standards* originari.

---

21. V. l'Atto finale della Conferenza sulla sicurezza e cooperazione in Europa, (corsivi miei) in "Relazioni Internazionali" n. 32-33/9 agosto 1975, Documenti, pp. 800, 3<sup>a</sup> col. - 801, 1<sup>a</sup> col. (Dichiarazione sui principi che reggono le relazioni fra gli Stati).

22. Sarebbero "illegittime" secondo B. CONFORTI, *Le Nazioni Unite*, Padova, 1986, p. 194, le delibere con cui il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite rimetta nelle mani degli Stati membri o di alcuni di essi "il comando e il controllo" di operazioni militari, raccomandando (o imponendo) loro l'uso della forza contro un determinato Governo.

23. Per l'Italia, Gaetano Arangio-Ruiz.

Nel panorama medioevale della libera autotutela con uso della forza, a parte le scorribande armate, la guerra di mercenari e d'arricchimento, quale rivoluzione degli equilibri di potere e ricchezza ma senza diretto coinvolgimento della "gente" ordinaria nella vicenda d'armi, si poteva ricostruire l'idea di "battaglia" come giudizio ordalico. Allora, come duello fra "pari" e di pari forze, in un confronto leale dei loro fedeli in campo aperto, in attesa che una loro "sorte" d'armi provvidenziale facesse premio per il diritto contro il torto<sup>24</sup>? Ed era quanto meno sentito – se non anche condiviso da tutte le parti – il valore supremo del rispetto per le coscienze (pure con le "tregue di Dio", la "pace di Dio")<sup>25</sup> e per la innocenza degli uomini: ché non dovranno essere travolti nei conflitti fra le potenze uomini incolpevoli, poiché "non duco justum ut homines mei vel sui concidant praeliando, quorum in lite nostra culpa nulla est. Ecce paratus ego sum capite meo contra caput illius asserere quod mihi potius quam illi jure cedat regnum Anglorum" (Guglielmo ad Aroldo prima della battaglia di Hastings, 1066)<sup>26</sup>.

Viceversa, attualmente, la guerra ha solo l'impronta del crimine contro l'umanità, del coinvolgimento degli "innocenti" e del livellamento di morte – a cominciare dalle guerre coloniali dell'800<sup>27</sup> – sotto l'imperio delle tecniche, dilaniante delle vite e lacerante per le coscienze private ovunque.

Ed ecco, per tutto questo, è almeno da sperare contro i disegni dei potenti che, tra gli uomini di qualunque fede, nei tempi nuovi che son già presente, avrà infine più peso il giudizio antico: 'Coloro che son causa della guerra sono in sé detestabili e spaventosi nelle loro opere, poiché osano assalire le immagini della casa divina' (MECHTILD von MAGDEBURG, 1066)<sup>28</sup>.

#### ABSTRACT

The author considers the recent tendency of the United Nations' organs to abdicate their functions in emergencies, as established by the U.N. Charter, artt. 11, (par. 2), 42 and 43. By so doing, in the twilight of the world 1945-'90, they take peace and security back to a traditional framework, as in the war in Kuwait, eventually reviving the spirit of the League of Nations' Covenant (1919) and its practice of "authorization" (save a *better control* by the League of Nations' Council).

24. Cfr. G. DUBY, 27 *Juillet* 1214. *Le dimanche de Bouvines*, Editions Gallimard, 1973 (Achévé d'imprimer a Mayenne, 1976), pp. 100 ss., 145 ss., specialmente: 146 s., 153 s., 169 ss.

25. Cfr. J. DHONDT, *Das frühe Mittelalter*, Frankfurt am Main, 1969, trad. ital. per le ediz. Feltrinelli: *L'Alto Medioevo*, Milano, 1976, pp. 285 ss.

26. Si vedano "*Willelmi Conquestoris Gesta*" a *Willelmo Pictavensi Lexoviorum archidiacono*, contemporaneo scripta, in "*Patrologiae Cursus Completus*", *Series Latina Prior*, Accurante J. - P. MIGNE, t. CXLIX, Parisiis, 1882, p. 1251.

27. V. le belle pagine di MENZEL, *Der "anglo amerikanische" und der kontinentale Kriegs- und Feindbegriff*, in "*Zeitschrift für öffentliches Recht*", 1940, pp. 161 ss.

28. *Offenbarungen der Schwester Mechtild von Magdeburg oder das fliessende Licht der Gottheit*. Aus der einzigen Handschrift des Stiftes Einsiedeln, Regensburgt 1869 - Darmstadt 1980; Traduzione dall'originale di Paola Schulze Belli: "La lucefluente della Divinità", Giunti Gruppo editoriale, Firenze, (gennaio) 1991, p. 324.

L'a. ritiene che la "guerra del golfo" compatibile, semmai, con gli artt. 15 e 16 del Patto della S.d.N. (se l'avesse controllata il Consiglio della Società), anziché con il Cap. VII della Carta delle N.U., va piuttosto ricollocata nel quadro del diritto internazionale generale: come "rappresaglia armata" in contrasto con la Carta.

## II

### *Legalità e crisi nelle Nazioni unite \**

Nel quadro sin qui approfondito e rigoroso, ricco di spunti, delle crisi di legalità dei sistemi interno e internazionale, non posso che azzardare una visione prospettica, ma informale e breve, della "legalità" e della "crisi" nelle Nazioni Unite dal 1945.

Anzitutto, però, debbo sciogliere una riserva implicita in questo titolo: si potrebbe infatti pensare alla legalità e crisi entro l'ONU, nei diversi tempi, o invece al rapporto costante, inversamente proporzionale, tra *legalità* nell'ordinamento giuridico internazionale di sempre e potere *effettivo* (quando non è in crisi) nelle N.U. Ebbene proprio a quest'ultima prospettiva si ricollegherà il mio assunto: nel senso che se vi è crisi d'effettivo potere al centro dell'ONU la legalità internazionale è salva; altrimenti, essa è a rischio, a causa del potere formalmente oligarchico secondo il Patto istitutivo delle Nazioni Unite che, nella loro organizzazione, via via che si rafforza, tenderebbe per di più a concentrarsi in una potenza egemone o, almeno, in una normazione *eteronoma* per le altre ad opera di una "autorità" o "centro di poteri" universale. Intendo là dov'è la mente dell'Organizzazione, cioè nel Consiglio di Sicurezza; nel mentre l'anima delle N.U., semmai riposta nell'Assemblea Generale, vive e si alimenta meglio degli *uguali* apporti di tutti i membri su di un piano democratico, quando è in crisi il potere effettivo – la effettiva *oligarchia* di alcune potenze maggiori e solidali o l'autorità di una potenza, tra loro, *di fatto* sovraordinata – in seno al Consiglio.

Eppure in uno scritto recente (*"Ma il Tribunale non è imparziale"*, la Repubblica 4 aprile 1992, pp.1,12) Romolo VALLI ha considerato addirittura "affascinante" l'idea di una "Corte d'assise mondiale", per cui – egli soggiunge – "Uno pensa subito, in queste ore, al Consiglio di Sicurezza", il "massimo organismo" delle Nazioni Unite che "non più paralizzato dai veti contrapposti ... può essere in effetti guardato come qualcosa che si avvicina a quell'idea di un tribunale mondiale": un modello ancora "migliore" del Tribunale di Norimberga e di quello di Tokyo, menzionati in quel passo – con nostalgia evidente – come "grandi tribunali internazionali". Il loro operare, per quanto se ne possa individuare una giustificazione storica nel nobile fine di sanzionare penalmente ogni offesa ad alti valori umanitari, era invece, per l'appunto, gravissima rottura della "legalità" generale. Lo dichiarava apertamente uno dei Maestri classici del diritto internazionale nel dopoguerra, Giorgio BALLADORE PALLIERI, in una conferenza del ciclo organizzato sui temi della pace presso la Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Padova negli anni '47-'48: vale a dire che, neppure allora, nel clima di favore per i vincitori in Europa, ci si poteva nascondere come dal Tribunale di Norimberga per primo fossero

---

\* Testo (inedito) dell'Intervento al Convegno nazionale di PAX CHRISTI ITALIA, Firenze, sabato 9 maggio 1992, "INDAGINE SULLA CRISI: Dai problemi della legalità interna alle prospettive dell'ordine internazionale" (Note aggiunte).

violati i *principii del diritto* generalissimi "*nullum crimen sine lege*" e "*nulla poena sine praevia lege*". Anzi, con ciò, vi era rottura della stessa legalità interna, visto che per la dottrina più sicura – fo per tutti il nome di Rolando QUADRI – s'era trattato solo di un tribunale *speciale* del regime interno di occupazione della Germania dopo la "*debellatio*" del Reich e la sospensione dell'ordinamento giuridico (tedesco); un tribunale "speciale" appunto in quanto organizzato solo per le eccezionali finalità punitive postbelliche-locali di persone determinate, e per nulla "internazionale": non altro che un esempio di cooperazione penale *di fatto* di tipo statale straordinario nei riguardi di individui sotto il coimperio (interno) degli occupanti, in un paese senza più governo nazionale. Ed è perciò tanto più aberrante l'idea di trarne spunto per il Consiglio di Sicurezza delle N.U. quale tribunale supremo mondiale. Idea – come mi avvio presto a chiarire – anche per sè stessa (con riferimento al solo Consiglio) aberrante e sconcertante.

Prima è, però, il caso di prendere le distanze, a proposito della *legalità internazionale* – a parte l'ONU – da un altro stralcio di quotidiano, una recensione di Aldo RIZZO ("*Un semaforo tra gli Stati*", in *Saggistica, La Stampa* del 1 maggio) dove pare acquisita acriticamente l'opinione di Luigi BONANATE, *Etica e politica internazionale* (Einaudi, 1992): che, cioè, il diritto internazionale "è una rete a grandi buchi rispetto al diritto interno". Ma non vi potrebbe – si badi – esser confronto e conclusione più privi di senso.

In primo luogo, venendo a parlare di "buchi" o smagliature – a parte quel che si voglia pensare in altri rami del diritto, e nella teoria generale del diritto, delle "lacune"<sup>2</sup> – certamente nel diritto internazionale lacune non vi sono. Le norme primarie – i principi generali del diritto *riconosciuti dalle nazioni civili* secondo il riferimento dell'art.38, lettera c, del Trattato istitutivo della Corte Internazionale di Giustizia – hanno la loro fonte *formale* nel generale uso (per lo stesso art.38, lettera b, la "*pratica generale accettata come diritto*") di tutte le persone, cioè, in condizioni di effettiva indipendenza, direttamente in rapporto *fra le genti tutte*. Come per lo *jus gentium* a Roma in virtù di ogni pronuncia del *praetor* sulla base degli editti, e per il *common law*, o consuetudine giudiziaria di diritto comune del Regno Unito<sup>3</sup> – in virtù del re e delle sue corti che amministrano la giustizia ispirandosi al *custom of the realm* – così, infine, nel diritto internazionale per via del consenso sociale dei soggetti che vogliono da par loro, come "*saperiorem non recognoscentes*", un diritto non imposto da nessuna autorità, ci si rifà costantemente all'uso quale sorgente delle regole: e internazionalmente a questo solo, come *prima fonte*, cui attingono tutti i soggetti per necessità imprescindibile, essenziale alla non sovraordinazione di nessuno. Perciò nel diritto internazionale i principi giuridici generali vengono com-

1. Si veda R. QUADRI, *Diritto Internazionale Pubblico*, Palermo (G. Priulla Edit.), 1949, pp.270 s., 272 in ispecie.

2. Anche in argomento mi sembrano insuperabili, per lucidità e *rigore*, le pagine di Hans KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Trad. ital. di Renato Treves (terza ediz.), Torino (Einaudi Edit.), 1973, p.125-130, sul problema delle lacune, sulle così dette lacune tecniche e sulla teoria delle lacune del legislatore.

3. Cfr. A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano (Giuffrè Edit.), 1979, pp. 479 ss., 483.

pletamente indotti dal generale uso delle regole più comuni, e uniformi, dei rapporti interindividuali nei vari ordinamenti. Esse hanno infine la loro fonte materiale come "ultimate *legal principles*" complessivamente nella *lex naturae vel gentium*: norme che danno in natura regola alle genti quando ricercano la convivenza o, se non altro, una certa coesistenza, o coordinazione, premessa di pace o di ritorno alla pace<sup>4</sup>. Né a tale riguardo può darsi logicamente il caso di vuoti o sbavature: tutto ciò che non è regolato dal tessuto compiuto dei principii in base a cui si formulano e si consolidano consuetudinariamente le norme dei casi concreti, a seconda delle varie circostanze ("*juxta...circumstantiam rerum*" e "*justitiam partium*", Epistola di papa Niccolò I, 866, al khan dei Bulgari Boris I)<sup>5</sup>, è ovviamente libero difatto per i soggetti, salvo i negozi in deroga fra loro.

Quanto all'accordo, l'incontro delle volontà negoziali di buona fede pone in anticipo le regole pattizie con tutti i dettagli voluti dalle parti lasciando, poi, ai soggetti stessi tutta la libertà difatto residua del non regolato. Nessun "buco" nessuna smagliatura, quindi, neanche per questi rapporti contrattuali: e sempre anticipatamente, rispetto ai comportamenti soggettivi - a regolarli assolutamente - le norme sia primarie che secondarie "astratte e generali" danno le previe regole di comportamento.

E ciò è assoluta "legalità"? in quell'ordinamento di rapporti interpersonali paritari senza alcuna autorità sovraordinata, fra tutte le potenze individue "superiore non *recognoscentes*"<sup>6</sup>, su cui (piaccia o non piaccia a chi mitizza il diritto dello Stato) è illuminante la cartesiana chiarezza del celebre studio d'uno dei maggiori Maestri del diritto processuale civile, in Italia, Enrico ALLORIO<sup>7</sup> dove osserva della stessa

4. Cfr. Benedetto SPINOZA, *Trattato politico*, Trad. introduzione e commento a cura di Dino Formaggio, Torino...Palermo (G.B. Paravia Edit. & C.), 1950, pp. 96 s., per i paragrafi 13, 14, e specialmente 15 e 16, del Cap. III. Quanto può dirsi delle fonti *in senso materiale* del diritto internazionale non deve, peraltro, distogliere l'attenzione dalla esistenza di una sua prima fonte *in senso formale* (il generale uso) che corrisponde alla scelta (o selezione originaria) della norma prima o norma-base sulla produzione giuridica del proprio ordinamento (giuridico internazionale) da parte dei soggetti - le potenze date, effettivamente "*superiorem non recognoscentes*" - all'origine del sistema delle norme di cui sono i soli destinatari. È ciò che distingue l'ordinamento giuridico internazionale che da quella prima norma discende (come *non spontaneo* sotto il profilo formale) dal complesso delle norme di *diritto naturale* come prive di una fonte formale, nel senso detto, per rapporti dati (o spontanee *stricto sensu*). Di ciò, ampiamente, BATTAGLINI, *Il riconoscimento internazionale dei principi generali del diritto*, in "Studi in onore di Roberto Ago": *Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione*, I, Milano (Giuffrè Edit.), 1987, pp. 122 ss., 126 s., 128 ss.

5. V. *Responsa Nicolai ad Consulta Bulgarorum*, par. LXXXI, "*Patrologiae Cursus Compl.*, t. CXIX, Parisiis 1880, col. 1009, *Nicolai Papae I Epistolae et Decreta Ordine Chronologico Digesta: XCVII Epistola* (Accurante J.-P. MIGNE).

6. Ordinamento di rapporti "fra potenze individue" senza autorità sovraordinata, sia nel senso "che il diritto internazionale non è un ramo del diritto pubblico come il diritto costituzionale", sia nel senso "che i rapporti giuridici internazionali Sono... strutturalmente più simili ai rapporti privati del diritto interno, tanto che si definisce il diritto internazionale come diritto di coordinazione": si vedano, rispettivamente G. CARNELUTTI e R. QUADRI, in *Rivista di diritto processuale*, 1950, Parte I, pp. 94, 183, *Recensione* a Quadri, *Dir. int. pubblico*, e *Risposta*.

"struttura, anche odierna del diritto delle genti" (o internazionale) che "Si può ben parlare di un *ordinamento dei privati*". Infatti, nello "svolgimento storico del diritto" si vede bene come "prima che alberghi, sull'orizzonte della vita sociale, la luce dello Stato (e, che questa luce, talora, abbagli e accechi, è considerazione di troppa attualità e tragicità nella esperienza che abbiamo vissuto e viviamo...) la società non è certamente carente di diritto. Solo, codesto diritto è di formazione spontanea e per lente concrezioni: normale veicolo ne è la consuetudine, elaborata a sua volta attraverso la lenta pratica negoziale; la religione ne è poderoso ausilio".

Ora, di qui s'intende precisamente come questo diritto che è (se consuetudinario) *per tutti i soggetti*, da origini remote, o *dei soggetti* (se negoziale) e mai *imposto ai soggetti* consta, per certo, dei generali "*mores personarum*"<sup>8</sup> comuni delle genti e, in virtù d'uno di questi ("*Pacta sunt servanda*"), delle disposizioni generali ed astratte dei trattati per le sole parti contraenti: soltanto gli uni e le altre ineluttabilmente e in via esclusiva "diritto internazionale", previamente fissato e noto.

Proprio codesta è legalità internazionale, per i soggetti tenuti a conformare la loro azione alle *norme previamente poste a garanzia di certezza e di eguaglianza*, e a non agire arbitrariamente, sicché ciascuno potrà comportarsi a sua discrezione solo nell'area (sempre residua) della propria *libertà di fatto*. E a tale "valenza garantista" della legalità si accompagna pure quella "democratica"<sup>9</sup> grazie all'insieme delle norme, nessuna esclusa, che per tutti i soggetti di diritto internazionale trovano la loro forza vincolante *in primis* nel consenso dei consociati (il consenso alla "pratica generale" accettata come diritto); inoltre, nella loro volontà di applicarne le regole caso per caso secondo le circostanze dei loro mutui rapporti (di modo che, mano a mano, si formano con il loro mutuo consenso consuetudini confermatrice o applicative dei principii, consolidate per i casi a venire nelle varie materie); infine, nella volontà delle parti contraenti alla base di tutte le regole poste dagli accordi perché queste debbano successivamente valere solo fra di loro (giusta il principio generalissimo della prevalenza sul diritto generale, anteriore o posteriore, delle norme speciali volute da due o più soggetti per loro specifici rapporti).

Ma ecco, dopo secoli di codesta legalità internazionale, solo nel 1945 (non già con l'ispirazione del "Patto della Società delle Nazioni" dell'altro dopoguerra, ma piuttosto secondo la tendenza del *concerto* delle potenze e dell'idea di *Santa Alleanza* dopo il 1815<sup>10</sup>), ecco profilarsi il tradimento delle valenze garantista e democratica della "legalità" nella Carta delle Nazioni Unite, con l'istituto del Consiglio di Sicurezza: dal momento che gli sia dato e mantenuto, in realtà, un

7. *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, Milano (Giuffrè Edit.), 1957, p.46.

8. Ancora la *XCVII Epistola Nicolai Papae I*, cit., loc. cit.

9. Cfr. L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in "*Enciclopedia Giuridica*" Treccani, vol. XVIII (1990), p.2, 1 col.

10. Cfr. H.A.L. FISHER, *Storia d'Europa* III, *L'esperimento liberale*, Trad.ital di Ada Prospero, VI Ediz. (Laterza), Bari, 1961, pp.95 ss. V., insieme, E.V. GULICK, *L'ultima coalizione e il congresso di Vienna (1813-1815)* e C.W. CRAWLEY, *Le relazioni internazionali dal 1815 al 1830*, in Cambridge University Press/Garzanti, *Storia del mondo moderno*, IX. *Le guerre napoleoniche e la restaurazione 1793-1830*, pp.779 ss., 806 ss.

posto preminente nell'Organizzazione affinché "non subisca limiti di carattere legale o procedurale e sia posto al di sopra della giustizia" (CHAKSTE, EAGLETON)<sup>11</sup>.

E sentiamo nuovamente Rolando QUADRI affermare da studioso politicamente non sospetto, affidandosi a nient'altro che alla propria coscienza scientifica in tempi non sospetti: "Non c'è dubbio che quell'*equilibrio* nella *pluralità* caratteristico della vita internazionale anteriore da Westfalia in poi sia stato profondamente scosso dall'apparizione del fenomeno dei *Grandi*" ossia delle grandi potenze *permanenti* in seno al Consiglio di Sicurezza, come "un vero e proprio *Governo internazionale o mondiale* che si sarebbe costituito nel senso che la *suprema potestas* mondiale sarebbe ormai un attributo dei 5 (talvolta ridotti a tre, due, ecc.) *Grandi*". Neppure è dubbio per le Nazioni Unite complessivamente considerate "che il nuovo Ente sia stato.. concepito in termini rigidamente superstatuali e autoritari": perché è "dotato di un *organo* (Consiglio di Sicurezza) investito formalmente della *plenitudo potestatis*. Dotato della *competenza a giudicare della propria competenza*, tale organo può procedere direttamente ed a mezzo degli Stati membri vincolati alle sue risoluzioni ad ogni e qualsiasi azione coercitiva; può attuare le proprie decisioni con ogni mezzo compresa la violenza militare"<sup>12</sup>.

Ma dove va a finire allora "l'esigenza della previa norma" <sup>13</sup>

Tutto ciò significa, in base al Trattato istitutivo delle N.U., la "riduzione" del principio di legalità alla "mera esigenza di una base legale per i poteri" del Consiglio nel mentre, contro questa sua presentazione puramente formale, per l'appunto conferendo "poteri in bianco" al Consiglio di Sicurezza, nella sostanza "si nullifica sia l'istanza garantista che quella democratica", rappresentate ancor oggi da quelle due valenze della *legalità internazionale* che di essa erano tipiche sin dall'alto medioevo<sup>14</sup>.

Si ha ragione, pertanto, di concludere fin dal '49<sup>15</sup> che "se di fatto si fosse attuata quella piena unione, collaborazione e *compenetrazione* fra le forze dei Grandi, così da dar vita ad un'istituzione permanente e concretamente funzionante, di Governo mondiale oligarchico potrebbe parlarsi". E in tal caso "la Carta delle N.U., anziché punto di arrivo di una evoluzione di progresso, come da taluni si sostiene, dovrebbe riguardarsi come un *pactum subiectionis* di rigore mai conosciuto nella Storia".

A tale disegno originario d'una effettiva politica egemonica nel quadro delle Nazioni Unite, che superasse i rapporti rigorosamente paritari di fronte al diritto, attraverso l'esercizio di poteri anche formalmente *illimitati* del Consiglio di Sicurezza senza ombra di crisi, avrebbe pertanto dovuto - e dovrebbe tuttora corri-

11. M. CHAKSTE, *Justice and Law in The Charter of the UN*, in *The American Journal of International Law*, 1948, pp. 590 ss., oltre a C. EAGLETON, *International Government*, New York, 1948, e a QUADRI, op.cit., p. 244.

12. R. QUADRI, op. cit., p.243.

13. L. CARLASSARE, *Legalità*, cit., p.3, 2 col.

14. Credo di averne dato il quadro anche in "Il riconoscimento internazionale dei principi generali, cit., pp.97 ss.

15. V. R. QUADRI, *Diritto internazionale Pubblico*, Prima edizione (1949), cit., p.57.

spondere – all'atto del suo (eventuale) realizzarsi, la crisi della legalità internazionale.

Ma, felicemente, dal '46 al '90 il pieno rispetto della Carta delle N.U. anche nella regola del voto al Consiglio di Sicurezza con una maggioranza *ultraqualificata*, e il dissenso storico fra le grandi potenze (i 5 Grandi) che ha reso per anni impossibili, perché effettivamente impraticabili, loro decisioni *unanimesi* (come si richiedeva da quella regola) a formare la maggioranza dei membri permanenti e non permanenti del Consiglio, ha assicurato tuttavia la *continuità della legalità internazionale* di sempre: e insieme il rigoroso adempimento – fra i vari accordi – anche del Trattato istitutivo dell'ONU.

In tale periodo è, nondimeno, rimasto vero che la Carta delle N.U. non privilegia il rispetto del diritto al di sopra e al di là della *pace e sicurezza*; che, d'altra parte, per le N.U. – com'è evidente dal preambolo della Carta quando si riferisce a una determinazione salvifica "from the scourge of war, which twice in our lifetime has brought untold sorrow to mankind" – ciò che conta non è, in genere, la conservazione della pace ovunque, in ogni Paese od area locale, ma essenzialmente il mantenimento di un argine, a qualunque costo, contro il verificarsi di una *terza* guerra mondiale. Ma è pur vero che al fine di rimuoverne le cause anche potenziali e a tutto anteporre la sicurezza si sono, in tutto questo tempo, dalle Nazioni Unite, attraverso quel loro solido cuore che durante le crisi del Consiglio batte – isolato e forte – nell'Assemblea Generale<sup>16</sup>, raccomandate, appoggiate o promosse, iniziative di grande respiro sociale ed umano.

Del resto, la stessa Dichiarazione universale delle N.U. sui diritti umani non ha forse awertito, lealmente, in vista del loro rispetto internazionale – e perciò tanto più sicuramente confidando che fossero perseguiti dagli Stati<sup>17</sup> –, che "it is essential, if man is not to be compelled to have recourse, as a last resort, to rebellion against tyranny and oppression, that human rights should be protected by the rule of law"?

Così, su codesto piano ed altri non meno importanti, si sono assommate le "raccomandazioni" dell'Assemblea Generale dell'ONU, Raccomandazioni che, pur nelle risoluzioni dell'Assemblea più largamente approvate, e legittimanti qualsiasi comportamento conforme d'uno Stato membro di fronte a tutti gli altri membri

16. La quantità di Stati rappresentati nell'Assemblea Generale delle NU (quasi tutte le potenze del mondo) e pertanto il peso anche numerico delle sue risoluzioni a maggioranza qualificata (di due terzi) è tanto più importante in quanto le iniziative sociali ed economiche nell'interesse dell'umanità intera "apparement dévolues aux finalités humanitaires, se replieraient sur l'état de fait étatique; c'est-à-dire que les prémisses et les conditions satisfaites de tout intérêt des puissances ou des «seigneurs» du monde en seraient les premières favorisées. Ceux-ci, du moment qu'ils exercent l'autorité sur des nations, «leur commandent et.. se font appeler Bienfaiteurs» (Ev. selon S. Luc, XXII, 25) même en avalisant, par exemple, la politique de la consécration internationale du moins *formelle* des droits de l'homme", G. BATTAGLINI, *L'interaction des droits des peuples et des droits de l'homme*, in "Droits de l'homme et droits des peuples", publié sous les auspices de la Fondation Int. Lelio Basso pour le Droit et la Libération des peuples et de la République de San Marino, San Marino 1983, p.85.

17. V. *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Bruxelles 1988 (Jean-Michel Folon et Amnesty International Belgique francophon édit.), pp.22, 25.

dell'Organizzazione, in quanto strumento (non normativo) valido solo nell'intento d'indurre o vincolare autorevolmente i soggetti a certi comportamenti, possono – come tutte le raccomandazioni nella vita di ciascuno – lasciare il tempo che trovano. Ma le N.U. sono in grado di usarle tuttavia quale incentivo ai comportamenti con la minaccia di riprovazione sociale universale verso chi non le osservi: il che nei rapporti internazionali come in quelli politici interni può avere comunque, alla breve o alla lunga, un alto coefficiente d'incidenza sulla spontanea osservanza delle risoluzioni dell'Assemblea Generale da parte degli Stati, tanto più quando hanno vera risonanza nell'opinione della gente. E non si rammaricava, forse, Creonte nell'Antigone di Sofocle per non aver tradotto, in tempo, nell'ordinamento cittadino le indicazioni della "voce cupa" che dal basso "sommessamente si diffonde"?<sup>18</sup>

Peraltro, con il 1990-'91, è passato il tempo della sola Assemblea.

In effetti, già dal '90 i primi, nuovi sviluppi del governo dell'Unione sovietica sembravano introdurre, sia pur per gradi, le condizioni di un potere decisionale supremo delle potenze congiunte nel Consiglio di Sicurezza. E poiché il momento è, allora, di transizione, ecco s'imbocca in pratica, con la guerra del Golfo, la via di un compromesso fra la legalità internazionale anche in ordine al principio antico di autotutela nelle varie forme, come già nell'alto medioevo, poi codificato con riguardo alla rappresaglia armata dal Trattato di Osnabruch del 24 ottobre 1648, e d'altronde il voto positivo del Consiglio secondo la regola della Carta delle N.U., ma per "autorizzare" la stessa rappresaglia armata non più consentita invece dalla Carta. Ciò addirittura abdicando alle proprie funzioni e misure sanzionatorie secondo il Cap. VII° della Carta medesima. Reviviscenza, quindi, medio *tempore*, del diritto internazionale generale come in assenza della carta dell'ONU, e formale consenso alla disapplicazione della Carta da parte di un suo Organo; pertanto, con violazione sistematica di questo Trattato, nel perdurare, per il resto, dell'antica legalità<sup>W</sup>.

Indi, con il 1991-'92, moltiplicandosi gli eventi per la storia dei nuovi equilibri (o squilibri) mondiali, si è addivenuti alla stabilizzazione attuale della "mente" direttiva delle Nazioni Unite nel Consiglio di Sicurezza, tendendo chiaramente al ripristino del disegno originario (del 1945) quanto al loro centro di potere effettivo nel Consiglio; dunque, a rischio della *legalità* internazionale per quel che se ne diceva!

Ne è un indizio l'affare della Libia.

È difficile dire che il governo libico sia tenuto all'extradizione dei presunti terroristi dell'attentato al jumbo Pan Am, a Lockerbie, anziché processarli nel proprio Paese sulla base delle Convenzioni internazionali pertinenti: la Convenzione dell'Aja del 16 dicembre 1970 e quella di Montreal del 23 settembre 1971, le quali in armonia con tutte le altre convenzioni e progetti insistono sul principio "*aut dedere aut iudicare*", nel senso che "lo Stato nel cui territorio si trovi l'autore – o il

18. SOFOCLE, Antigone, ai versi 688 ss., 697-698 in specie, e 1110.

19. L'ho sostenuto nella comunicazione al Convegno della Fondazione internazionale Lelio Basso sulla guerra del Golfo (Roma, 15-16 aprile 1991), *Dalle "Nazioni Unite" alla (Società delle Nazioni): un ritorno o una nostalgia?*; ma, del resto, mi sembra emergere anche da A. MIELE, *La guerra irachena secondo il diritto internazionale*, Padova, Cedam, 1991, pp.10, 15-19 della Introduzione.

presunto autore – del crimine, ove non lo estradi, deve sottoporre il caso alle proprie autorità competenti per l'esercizio dell'azione penale<sup>20</sup>. Su questo tema delle controversie giuridiche pendenti fra Regno Unito e Libia e Stati Uniti e Libia dovrà, ad ogni modo, decidere la Corte Internazionale di Giustizia. La questione è *sub iudice* su istanza della Libia<sup>21</sup>.

Ma, intanto, in occasione di una richiesta della Libia di misure provvisorie (cautelari), la C.I.G. ha dovuto dichiararsi incompetente poiché una risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite ha assunto la questione principale *sub specie* di "minaccia alla pace", "violazione alla pace" o "atti di aggressione" (Cap. VII° della Carta). Le controversie giuridiche fra Stati in materia rimangono perciò, sotto questo profilo, assorbite dall'azione del Consiglio per cui esso è competente a giudicare anche della propria competenza, dandole formalmente l'ampiezza voluta sulla base del titolo del Capitolo VII°<sup>22</sup> e nel contempo la C.I.G. rimane senza alcuna competenza a far valere il diritto internazionale ove ciò possa "intralciare le decisioni prioritarie del Consiglio di Sicurezza": prioritarie dunque sotto il profilo della legalità *meramente formale*<sup>23</sup>, conforme anche al disposto dall'art.103 della Carta delle N.U. sulla prevalenza degli "obblighi derivanti dal presente Statuto" in contrasto con gli obblighi assunti dai membri dell'Organizzazione "in base a qualsiasi altro accordo internazionale"<sup>24</sup>.

Ora, ci son rimedi alla crisi di *legalità internazionale* a motivo dei "poteri in bianco" del Consiglio di Sicurezza delle N.U. ove risultino stabilmente effettivi, pure in prospettiva futura?

Occorrerà, anzitutto, ridare il massimo respiro possibile alla Assemblea Generale delle N.U. che rappresenta *democraticamente* tutti i membri dell'Organizzazione, vecchi e nuovi, e importa subito allargarne la voce attraverso

20. Cfr. A. F. PANZERA, *Attività terroristiche e diritto internazionale*, Napoli (Edit. Jovene), 1978, pp.59 ss., 67 ss., specialmente 145, e *passim*.

21. V. *La Stampa* di sabato 28 marzo 1992, p.7.

22. Cfr. *la Repubblica* 27-3-1992, p. 7, e 31-3, p.4 e soprattutto *La Stampa* di venerdì 27 marzo, p.5, per l'opinione dell'avvocato americano Edwin Williamson circa il ricorso della Libia alla Corte Internazionale di Giustizia: "in nessun modo quest'azione, il cui esito non è vincolante, potrà intralciare le decisioni prioritarie del Consiglio di Sicurezza".

23. Ancora in senso critico di questa pretesa "legalità", L. CARLASSARE, *Legalità*, cit., p. 3 (par.2.3.), puntualmente: "la riduzione del principio alla mera esigenza di una base legale per i poteri" dell'esecutivo, "soddisfatta anche da una legge" da cui gli risultino conferiti "poteri in bianco nullifica sia l'istanza garantista che quella democratica". V., insieme, nt. 13-14 *supra*, e il testo che vi corrisponde.

24. Sulla decisione con cui la C.I.G., con undici voti favorevoli e cinque contrari, ha stabilito che "le circostanze non sono tali da richiedere l'intervento della Corte per sanire misure cautelari", riconoscendo a Gran Bretagna e Stati Uniti *il diritto di piena iniziativa nell'ambito del Consiglio di Sicurezza*, v. *L'Osservatore Romano* 16 aprile 1992 (n.89), p. 1. Cfr., inoltre, *La crisi libica. All'Aya la Corte respinge le richieste di Gheddafi*, in *Il Sole 24 Ore*, mercoledì 15 aprile 1992 (n.104), p. 3, con riguardo pure alla priorità degli obblighi della Carta delle N.U. per tutti i membri dell'Organizzazione (ma - lo dico incidentalmente - fra questi è anche l'obbligo di ciascuno, per l'art.2, comma 3, della Carta, di risolvere le proprie controversie internazionali "con mezzi pacifici": e quindi astenendosi dalla minaccia o dall'uso della forza).

l'impulso di tutte le *organizzazioni non governative* che vi hanno *status* consultivo.

In particolare non si dovrà dimenticare che, su iniziativa di ogni singolo membro delle N.U. (per l'art.35, 1°, del loro Statuto), qualunque situazione che sia "suscettibile di mettere in pericolo il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale" (art.34) potrebbe divenire l'oggetto di raccomandazioni della Assemblea Generale finché il Consiglio di sicurezza non eserciti le "funzioni assegnategli dal presente Statuto" (art.12, 1°). E fra queste non può certo rientrare la promozione o l'approvazione del Consiglio sotto qualsiasi forma (ad es. come "autorizzazione") "di quell'azione comune" di alcune potenze "in nome della Organizzazione che possa essere necessaria al fine di mantenere la pace e la sicurezza internazionale". Essa era giustificata soltanto in un primo tempo, da una disposizione meramente transitoria (la 106 del Cap. XVII), e solo finché non operasse l'art.43; in ogni caso, prima che vi fosse la "possibilità" per il Consiglio di "iniziare l'esercizio delle proprie funzioni a norma dell'art.42".

Importa, d'altra parte non favorire ma anzi contrastare attivamente attraverso l'Assemblea Generale, che è competente per ogni emendamento o revisione della Carta dell'ONU (Cap. XVIII) una modifica della regola sulla votazione del Consiglio di Sicurezza, che ha costituito e costituisce ad ogni buon fine futuro una clausola di salvaguardia per la legalità internazionale, nel senso visto. Sarebbe, semmai, preferibile favorire un ritorno alla lettera e allo spirito dell'art.27, par.3 della Carta nel senso che per tutte le decisioni del Consiglio le quali non abbiano mero carattere procedurale necessiti la "unanimità dei membri permanenti oltre ai voti concorrenti di almeno quattro dei membri non permanenti", in modo da non consentire lo '*escamotage*' non conforme alla Carta (ma solo a una prassi invalsa) di decisioni ugualmente prese (*di fatto*) in assenza o con l'astensione di uno o più (o tutti *meno uno*) dei membri permanenti<sup>25</sup>.

Ma soprattutto, di fronte alla possibilità (quanto meno) di un totale superamento della crisi di potere effettivo al centro dell'ONU attraverso un esercizio costantemente autoritario dei poteri del Consiglio, e per converso in soccorso della legalità internazionale, è d'uopo non prestarsi, a nessun livello d'opinione, a favorire quel "potere" effettivo contro la "legalità": e promuovere invece, agevolare e sostenere su tutti i piani dove si esprime e si attiva la "gente" nel mondo, il contrario di quel che si tende a fare da chi ceda alla "tentazione" del potere. Il contrario, dunque, da quel che si fa quanto "è più grande il potere" e "tanto più forte la tentazione" (GUARDINI). E si vorrebbe malamente in ossequio al potere<sup>26</sup>, e da esso tentati, "scegliere la via più facile, quella appunto della violenza. «Eliminare» la persona e la sua libertà, l'esistenzialità del vero, l'originalità del creare; ottenere con la forza ciò che ci si è prefissi e presentare come privo di valore ciò che con la forza non si può ottenere". Perché allora si vuole *da chi ha il potere* "che l'uomo stesso sia concepito in modo tale da poter essere «afferrato», «amministrato», formato *a priori* per deter-

25. Si veda, ampiamente, B. CONFORTI, *Le Nazioni Unite*, Padova, Cedam, 1986 (Quinta edizione), p. 66 ss.

26. V. R. GUARDINI, *La fine dell'epoca moderna. Il potere*, Brescia (Edit. Morcelliana), 1989 (Settima ristampa), pp. 176 ss.

minati scopi. Non solo da un punto di vista fisico, ma anche psichico: pensiamo ai mezzi della suggestione, della propaganda, dell'influenza esercitata sui giudizi. E persino da un punto di vista spirituale, quando la dialettica e la tecnica della discussione, la raffigurazione della storia e della vita, l'intera prospettiva dell'esistenza, si svolgono non nel rispetto della verità, ma per scopi pratici e scompaiono ciò che è valido di fronte all'uomo capace di osservare e di giudicare".

Aggiungo che il grande pericolo è che, anche senza cattiva volontà o mala fede, persino per una pretesa "moralità"<sup>27</sup>, o più facilmente per puro difetto di professionalità, si tradisca la informazione. La sua sorella gemella, che si vale delle sembianze e della libertà dell'altra per avvelenarne ogni giorno, goccia a goccia, l'acqua cristallina, è la *disinformazione*: il pericolo peggiore perché si mescola alla informazione e la intride di mali. Ho cercato di evitarla anche parlando di legalità e crisi nelle Nazioni Unite.

#### ABSTRACT

The author argues that the possible outcome of the United Nations Security Council's unlimited power – further reinforced by its Permanent Members' newfound solidarity under new hegemonies – constitutes a threat to international legality. Hence the last resort is now the suggestion of remedies.

L'a. di fronte a un'ipotesi di evoluzione delle Nazioni Unite verso una struttura realmente operativa, autoritaria, da governo mondiale, proprio in ciò intravede il rischio di una grave crisi della "legalità" (in ispecie, internazionale).

---

27. Cfr. R. QUADRI, *Dir. internaz.*, cit., p. 30, su chi ha l'intento di "moralizzare" ad ogni costo "il diritto", anche contro le evidenze di una retta informazione e "delle più elementari leggi del buon senso": con il risultato che "immoralizzala morale"!

ARRIGO D. MANFREDINI

## MUNICIPII E CITTÀ NELLA LOTTA AI LATRONES<sup>1</sup>

1. Fenomeno imponente e complesso, quello dei *latrones*<sup>2</sup>, λησται in greco.

Il latro isolato. I *latrones* organizzati in bande (*factiones*), sovente avvicinati ai *piratae*<sup>3</sup>, comuni fuorilegge che si distinguevano dai *fures* perché saccheggiavano, sequestravano le persone e uccidevano.

Ma anche *latrones* per così dire politicizzati<sup>4</sup>, cioè intere comunità di provinciali che cercavano di opporsi con operazioni di guerriglia armata al dominio romano<sup>5</sup>.

I *latrones*, complessivamente considerati come *hostes* a cui non si era dichiarata formalmente guerra<sup>6</sup>, quindi *hostes non iusti* ma pur sempre *hostes*, nemici interni, massimi violatori dell'ordine, della *securitas*<sup>7</sup>. Non a caso, nel proclama della *pax Augusta*, della *principis munificentia*, affidato alla penna di regime di Velleio Patercolo, si legge che tale *pax omnis terrarum orbis angulos a latrocinium metu servat immunes*<sup>8</sup>.

---

1. Testo di una relazione tenuta al Simposium Internacional de Epigrafia Juridica, sul tema 'Roma y las Provincias: Realidad Administrativa e Ideologia Imperial (Siglos I a.C.-I d.C.)', Sevilla 23-26 novembre 1992. Al testo è aggiunto un apparato di note essenzialmente orientativo.

2. Sulla tipologia dei *latrones*, v. B.D. SHAW, *Bandits in the Roman Empire*, in P&P 105 (1984), p.3 ss.; Il bandito, in A. GIARDINA (a cura di), *L'uomo romano*, Bari 1989, p.337 ss.

3. H.G. LIDDELL, R. SCOTT, *Greek-English Lexicon*, Oxford 1940<sup>9</sup>, sv. λησται. Sul rapporto tra pirateria e brigantaggio, tra gli altri: M.CLAVEL-LEVEQUE, *Brigandage et piraterie: représentations idéologiques et pratiques impérialistes au dernier siècle de la république*, in *Dialogues d'histoire ancienne*, 4 (1978) p.17 ss.; Y. GARLAND, *Signification historique de la piraterie grecque*, op. ult. cit., p.1 ss.

4. Per il significato 'politico' del termine, v. R. MAC MULLEN, *The Roman Concept Robber-Pretender*, in RIDA, 10 (1963) p.221 ss. Ancora sui significati del termine: J. BURLAN, *Latrones. Ein Begriff in roemischen literarischen und juristischen Quellen*, in Eirene 21 (1984) p.17 ss.; A. MILAN, *Ricerche sul latrocinium in Livio, I. 'Latro' nelle fonti pregiustiniane*, in Atti Ist. Veneto Sc. Lett. Arti (1979-80), p.171 ss.; V. GIUFFRÈ, *A proposito di A. Milan, Ricerche...*, in Labeo 27(1981) p.250 ss.; *Latrones desertoresque*, in Labeo 27(1891) p.214 ss.

5. Come i contadini egiziani detti *Bucolici* (Capitol. Aur. 21), gli *Isauri* (Amm.14,2,1-16), i *Bagaudae*[Aur. Vict.39,17; Salv.gubern. 4,5-6 (PL, LVI, col.98-100)], gli Zeloti, su cui M. HENGEL, *The Zealots. Investigations into the Jewish Freedom Movement in the Period from Herod I until 70 A.D.*, trad. ingl., Hedimbourgh 1988.

6. D.49,15,24; D.50,16,118.

7. L. FLAM-ZUCKERMAN, *A propos d'une inscription de Suisse (CIL XIII, 5010): étude du phénomène du brigandage dans l'Empire romain*, in Laromus 29,2 (1970), p.467.

8. Vell.Pat.2,126, per l'età di Tiberio. Cfr., per l'età di Adriano, Epict. Gnom. 3,13,9; v. poi le stesse Res Gestae Div. Aug. 5,25.

2.11 fenomeno dei *latrones* è largamente documentato anche dalle fonti epigrafiche<sup>9</sup>, la più parte delle quali, tuttavia, o appartiene al periodo tardoclassico e successivo o non è databile con sicurezza<sup>10</sup> e quindi difficilmente utilizzabile per un discorso cronologicamente mirato quale è quello che si richiede in questa sede<sup>11</sup>.

Ma vogliamo riprendere una osservazione di Rostovzev. L'a. sembra collegare la mancanza di materiale epigrafico databile con certezza alla prima epoca imperiale, a una caduta generale di informazione sul *latrocinium* per questo periodo. Egli osseva infatti che le fonti in cui si parla del brigantaggio come di avvenimento ordinario, appartengono per lo più alla fine del secondo o al terzo secolo. Da qui, l'insigne studioso giunge a supporre che nel I e nel II secolo le città, da una parte, e l'esercito imperiale, dall'altra, avrebbero combattuto con successo il brigantaggio. Solo la miseria abbattutasi nella seconda metà del II secolo e nel III avrebbe riacutizzato e rilanciato il fenomeno e, con esso, la nostra documentazione<sup>12</sup>.

3. Questa opinione ha incontrato consensi<sup>13</sup> e non è mancato chi ha espressamente messo in relazione la temporanea ecclesi dei *latrones*, proprio con la 'vitalità' dell'organizzazione municipale, e cittadina in generale.

Il brigantaggio, anche nel mondo antico, rifletterebe l'opposizione tradizionale tra campagna e città<sup>14</sup> e fintanto che si è perseguita una politica di municipalizzazione, di urbanizzazione e di mantenimento delle autonomie cittadine<sup>15</sup>, il temuto flagello sarebbe stato tenuto sotto controllo e addirittura scomparso in alcune province<sup>16</sup>. I municipi e le città, sinceramente e spontaneamente aderenti ai valori della *pax* Romana, sarebbero stati in grado di assorbire dissensi e devianze. Ma anche di esercitare una vigorosa repressione<sup>17</sup>.

4. Una vigorosa repressione dei *latrones* da parte di municipi e città, dunque. Ma in quali forme e modi?

Quando si cerca di individuare, per il periodo che ci interessa, istituzioni municipali attraverso le quali si sarebbe espressa la partecipazione attiva di municipi e città alla repressione del ladrocinio, brancoliamo nell'incertezza e nelle ipotesi. E è proprio su questo punto che noi vogliamo fermare la nostra attenzione.

9. DE RUGGERO, G. BARBIERI, *Diz. epig.*, sv. *latrones*.

10. M. ROSTOVZEV, *Storia economica e sociale dell'impero romano*, trad.it., Firenze 1953, p.551 nt.17.

11. Cfr. nt.1.

12. M. ROSTOVZEV, op. cit., p.552.

13. Tra gli altri, L. ROBERT, *Etudes anatoliennes, Recherches sur les inscriptions grecques de l'Asie mineure*, Amsterdam 1970 (rist.ed. 1937), p. 96 ss.

14. L. FLAM-ZUCKERMAN, op.cit., p.468.

15. Sulla limitazione e decadenza delle autonomie locali, come conseguenza della burocratizzazione che già comincia ad awertirsi in età adrianea e della crisi economica di fine secondo secolo, v.: DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, IV,2, Napoli 1975<sup>2</sup>, p.689 ss., partic.736., con ampia rassegna di letteratura.

16. L. FLAM-ZUCKERMAN, op.cit., p.468, con letteratura.

17. L. FLAM-ZUCKERMAN, op. cit., p.465. Così, almeno per le province 'inermi', B.D. SAHW, *Il bandito*, cit., p.358.

5. Ma prima di tutto gettiamo uno sguardo alle forme di repressione attuate dal governo centrale.

È presto detto. Roma, fino ad età augustea, non ha creato nessuna istituzione concepita espressamente per la lotta contro i *latrones* o per il mantenimento della pubblica sicurezza, né in Italia, né nelle province. Quando il fenomeno assumeva l'imponenza delle sedizioni, Roma ha impiegato l'esercito. Pompeo contro i pirati. L'intervento di Pompeo in Siria giustificato *ne rursus Syriam Iudaeorum et Arabum atrociniis infestam reddat*<sup>18</sup>. Augusto nel 6 d.C. muove l'esercito verso la Sardegna e la Cilicia infestate dai briganti<sup>19</sup> e verso la Spagna ai confini della Lusitania dove imperversava il brigante Corocotta sulla cui testa era stata posta la taglia di 250.000 dracme<sup>20</sup>. Tiberio manda sempre in Sardegna un corpo speciale, armato, di ebrei ed egiziani di 3 o 4 mila uomini<sup>21</sup>. Claudio muove le armi verso i briganti della Cilicia<sup>22</sup>.

Solo a partire da Augusto, e forse limitatamente all'Italia (anch'essa infestata, dopo le guerre civili, dai briganti), si ha notizia della creazione di stazioni militari, collocate in luoghi strategici e appositamente concepite per tenere lontani i ladroni. Augusto, dice Svetonio, *...grassaturas (sinonimo di latrocinium) dispositis per opportuna loca stationibus inbibuit*<sup>23</sup>. E Tiberio avrebbe proseguito in questa direzione<sup>24</sup>.

Poi di tali *stationes* non sappiamo più nulla. Ricompaiono solo sotto Settimio Severo. Infatti ci apprende Tertulliano che *latronibus investigandis per universas provincia militaris statio sortitur*<sup>25</sup>. Ma ormai abbiamo varcato la soglia del terzo secolo, il secolo in cui inizia la legislazione speciale contro i *latrones*, in cui si fanno più insistiti i richiami ai presidi, contenuti nei *mandata principum*, a reprimere *sacrilegos latrones plagiaros*<sup>26</sup>, il secolo in cui si cerca di erigere una barriera difensiva contro i briganti e altri perturbatori dell'ordine pubblico, fatta di distaccamenti militari e corpi speciali, quali gli *stationarii*, *beneficarii*, *speculatores*, *frumentarii*, *latrunculatores*, e l'impiego dell'esercito regolare nelle province dove le legioni erano di stanza<sup>27</sup>.

6. Torniamo al periodo che ci interessa. Proprio questa mancanza, come si è visto, di un servizio stabile ed efficace di pubblica sicurezza organizzato dal governo centrale rende credibile la asserita 'sconfitta' dei *latrones* solo se si ammette che

18. Iust.40,2,9.

19. Dio Cass.55,28,1-3.

20. Dio Cass.56,43,3; App. *hist. rom.* 6,68.

21. Tac. *ann.* 2,85; Suet. *Tib.* 36.

22. Tac. *ann.* 12,55.

23. Suet. *Aug.* 32,1.

24. Suet. *Tib.* 37,1: *In primis tuendae pacis a grassaturis ac latrociniiis seditionumque licentia curam habuit.*

25. Tert. *apolog.* 2,4.

26. D.48,13,4,2; D.1,18,13 pr.

27. R. MAC MULLEN, *Enemies of the Roman Order*, Cambridge (Massach.), London 1967, p. 255ss.; *Soldier and Civilian in the Later Roman Empire*, Cambridge 1963, p.50 ss. V. anche F. MILLAR, *Italy and the Roman Empire: Augustus to Costantine*, in Phoenix 40 (1986)p. 295 ss.

nella loro repressione fossero coinvolte soprattutto le comunità locali, municipi, città, villaggi.

E qui si ritorna alle difficoltà di precisare le forme istituzionali di questo intervento periferico.

Una attività di Sicherheitspolizei svolta dalle comunità locali è già stata individuata e descritta da Hirschfeld<sup>28</sup> in un celebre saggio del 1891 e da Mommsen, soprattutto nello *Strafrecht*<sup>29</sup>.

Nelle linee sistematizzanti proposte da Mommsen, queste le articolazioni fondamentali del servizio di sicurezza espletato da municipi e città.

Nella metà latina dell'impero si dovrebbe supporre una applicazione generale, nonostante la scarsità delle testimonianze, di un comando militare urbano, funzionante come corpo municipale, affidato a un *praefectus arcendis latrocinii*<sup>30</sup> inteso come magistrato municipale ordinario. In Egitto, benché non ci fosse l'organizzazione municipale, ogni χώμη avrebbe conosciuto, almeno dopo il secondo secolo (essendo le testimonianze solo riferibili a quest'epoca e a quella successiva), degli organi di polizia gerarchizzati (al grado più basso sono largamente documentati i φύλακες, i capi talvolta sono indicati con il nome generico di δημόσιοι τῆς χώμης) con la facoltà di convocare quando necessario dei privati ληστοπιασταί o prenditori di briganti che, se non si presentavano, potevano essere deferiti all'autorità del prefetto d'Egitto<sup>31</sup>? Nella metà greca dell'impero, soprattutto nell'Asia minore, almeno a partire dalla metà del II secolo, si trova la carica municipale<sup>32</sup> dell'εἰρηναρχος che comanda la polizia locale dei διωγμίται<sup>33</sup>, insistentemente collegato nelle fonti giuridiche classiche e successive, nel quadro più generale della tutela dell'ordine pubblico<sup>34</sup>, alla repressione dei latrones<sup>35</sup>. Questi organi municipali, secondo Mommsen, all'inizio dell'impero e con l'avocazione del potere punitivo, della giurisdizione criminale, da parte dell'autorità centrale, avrebbero svolto solo funzioni di polizia, ricerca dei fuorilegge, interrogatorio provvisorio, carcere preventivo e attività istruttoria<sup>36</sup>.

28. O. HIRSCHFELD, *Die Sicherheitspolizei im roemischen Kaiserreich*, in *Sitzungsberichte der Berliner Akademie*, 1891, successivamente in *Kleine Schriften*, Berlin 1913, p.591 ss.

29. TH. MOMMSEN, *Roemisches Strafrecht*, Leipzig 1899, p.305 ss. Per il servizio di pubblica sicurezza in Roma, v. ID. op. cit.; O. HIRSCHFELD, op. cit. In generale, W. NIPPEL, *Aufbruch und Polizei in der roemischen Republik*, Stuttgart 1988.

30. TH. MOMMSEN, *Strafrecht*, cit., p.307 e nt.2.

31. TH. MOMMSEN, *Strafrecht*, cit., p.307 nt.1.

32. Nega la natura di carica municipale O. HIRSCHFELD, op.cit., p.602 ss. In questo senso, da ultimo, V. MAROTTA, *Mandata principum*, Torino 1991, p.165, con letteratura.

33. TH. MOMMSEN, *Strafrecht*, p.308.

34. D.50,4,18,7(Arc.Char.): *Irenarchae* quoque, qui *disciplinae publicae et corrigendis moribus praeficiuntur*.

35. D.48,3,6,1(Marc.): *irenarchae, cum adprehenderint latrones...*; CTh.1,29,2=CI.1,55,6.

36. TH. MOMMSEN, *Strafrecht*, cit., p.309.

7. Ed ora veniamo finalmente al nostro personale contributo. Senza porre in dubbio che esistesse anche nei municipi di lingua latina un qualche servizio ordinario e permanente di polizia di sicurezza, dubitiamo invece che ad esso si riferisca, come sostiene Mommsen, il *praefectus arcendis latrociniiis*. Questa, secondo noi, non è carica ordinaria ma straordinaria, collegata a forme straordinarie di repressione del brigantaggio, e non a un ordinario servizio di polizia. E questo è il primo assunto che intendiamo sostenere.

Il nostro discorso ci porterà poi ad azzardare alcuni accostamenti di testimonianze, assai eterogenee tra loro, che forse ci consentono di individuare forme private di repressione dei *latrones*, collegate da un esile filo rosso rappresentato dalla partecipazione di intere collettività o di gruppi all'atto repressivo. Ciò ci permette anche di sottolineare come, di fronte ad un fenomeno imponente e grave come il brigantaggio, Roma accettasse che i confini tra attività di polizia e giurisdizione potessero annullarsi e giungesse fino ad ammettere forme di autodifesa.

Partiamo da un'epigrafe scoperta parecchi secoli orsono a Nyon<sup>37</sup>, in Svizzera, nei luoghi della colonia omonima di Noviodunum fondata da Cesare, così restituita in tempi abbastanza recenti<sup>38</sup>:

C.Lucconi Co<r(nelia)>  
Tetrici praefec<ti>  
arcend(is) latroc<in(iis)>  
praefect(i) pro (duo)vir<o>  
(duo)vir(i) bis flaminis  
August(i).

La datazione è controversa. Ma è stata autorevolmente sostenuta, sulla base di criteri paleografici, la sua risalenza al I secolo<sup>39</sup>.

Uno sguardo a C. Lucconius Tetricus *praefectus arcendis latrociniiis*. È senz'altro cittadino come implica la funzione di *duumvir* da lui esercitata. L'assenza del *nomen* di un imperatore del primo secolo che gli avrebbe dato la cittadinanza depone a favore della datazione alta dell'epigrafe, perché, si dice<sup>40</sup>, l'assunzione del gentilizio imperiale da parte dei nuovi cittadini sarebbe un segno di romanizzazione tardiva. La prospettazione di una carriera municipale dimostra l'appartenenza di Lucconius alla classe decurionale, la borghesia indigena che, attraverso il processo di municipalizzazione, forniva all'impero i suoi partigiani più fedeli<sup>41</sup>.

La nostra attenzione, naturalmente, è attratta dalla carica di *praefectus arcendis*

37. CIL, XIII, 5010=D.7007.

38. L. FLAM-ZUCKERMAN, op. cit., p.452.

39. E. PELECHET, *Autour de la fondation de la colonie équestre de Nyon*, in *RHV*, 66(1958) p.56, citato in L. FLAM-ZUCKERMAN, op.cit., p.452.

40. G. ALFOELDI, *Notes sur la relatio entre le droit de cité et la nomenclature dans l'empire romain*, in *Latomus* 25(1966) p.37 ss.

41. L. FLAM-ZUCKERMAN, op.cit., p.454.

*latrociniis*. Aderendo su questo punto alla opinione di Mommsen, peraltro non pacifica<sup>42</sup>, siamo senz'altro per la natura municipale e non imperiale di questa carica<sup>43</sup>. Se si accetta la datazione alta della epigrafe, l'iniziale atteggiamento di Roma, visto sopra (volto sostanzialmente a delegare a municipi e città il compito di difendere l'ordine pubblico e a non creare che a partire dal II-III secolo corpi e comandi di polizia imperiali), rende assai poco plausibile che quella di *praefectus arcendis latrociniis* fosse carica imperiale, che vuol dire centralizzazione e burocratizzazione.

Semmai, si potrebbe valutare la possibilità che si trattasse di una magistratura indigena, premunicipale, come pare assumere Hirschfeld<sup>44</sup>, ma ci sembra un'opinione senza possibilità di sviluppo.

Con l'idea che il *praefectus arcendis latrociniis* sia un magistrato municipale, veniamo ad osservare come il termine *praefectus*, in questo caso, rimandi senz'altro a un comando militare. Infatti, ciò sarebbe difficilmente contestabile in rapporto al compito che gli era affidato: *arcere latrones*.

Se esisteva un comando esisteva anche un corpo armato che, così come il comando, era espressamente costituito per combattere i *latrones*.

Ma prima di interrogarci su questo corpo armato, vediamo se è possibile sapere chi erano i *latrones* ai quali si riferiva questo documento. La domanda non è oziosa perché, a seconda della risposta, può apparire più o meno plausibile l'idea di Mommsen che si trattasse, quella di *praefectus arcendis latrociniis*, di una carica ordinaria, presente in tutti i municipi occidentali. Idea che noi respingiamo. Si è pensato, nel tentativo di ricostruzione dello sfondo storico e della *occasio* di questa epigrafe di Nyon, a forme di brigantaggio endemico de grands chemins, che rendevano insicura la circolazione sulla strada che dalla Gallia, attraverso la Svizzera, collegava il Rodano al Reno. O sulla la strada di collegamento tra la Gallia e l'Italia, passante per Ginevra. Se così fosse, poiché ad un male endemico si risponde con strutture stabili e ordinarie, l'idea di Mommsen che quella di *praefectus arcendis latrociniis* fosse carica ordinaria e stabile riceverebbe sostegno<sup>45</sup>.

Ma vi è stato pure chi ha collegato l'iscrizione di Nyon con improvise sollevazioni di intere popolazioni, forse i galli Sequani che tentavano di espropriare il ter-

42. Propendono per una carica imperiale, tra gli altri, R.MAC MULLEN, *Enemies*, cit., p.260; Soldier, cit., p.51 nt.6.; L. FLAM-ZUCKERMAN, op.cit., p.454; B.D. SAHW, *II* bandito, cit., p.360.

43. Così TH. MOMMSEN, *Strafrecht*, cit., p.307 nt.2; già J. MARQUARDT, *Roemische Staatsverwaltung*, 11, Darmstadt 1957 (rist.ed.1881<sup>2</sup>), il quale piuttosto sembra collegare questa carica a delle milizie provinciali; W. ENSSLIN, sv.*praefectus*, in RE XXII 2 col.1330; DE LAET, *Etudes sur l'organisation douaniere chez les Romains surtout à l'époque du haut-Empire*, Bruges 1949, p.139, commentando CIL XIII 6211.

44. O. HIRSCHFELD, op. cit., p.610 nt.3.

45. Alla stessa conclusione condurrebbe il collegamento operato da J. MARQUARDT, op. cit., p.538 e nt.3 tra il *praefectus arcendis latrociniis* e Tac. *hist.* 1,87. Nel passo si dice degli Elvetii che alla morte di Galba iniziarono la guerra perché la XXI legione si era impadronita del denaro destinato a pagare la guarnigione di una fortezza tenuta già in antico dagli Elvezi con soldati propri e a proprie spese.

ritorio assegnato ai coloni romani o sollevazioni a carattere sociale con la complicità della popolazione indigena o di popoli germanici<sup>46</sup>. Se così fosse, come siamo indotti a credere, allora sarebbe più corretto raffigurarci il *praefectus arcendis latrociniiis* quale magistratura straordinaria a cui si faceva ricorso in caso di emergenza.

Ma senz'altro la maggiore difficoltà a seguire Mommsen nella sua rappresentazione del *praefectus arcendis latrociniiis* come magistratura ordinaria, stabilmente presente in tutti i municipi di lingua latina, è data dal fatto che questa magistratura è troppo scarsamente documentata.

Oltre all'iscrizione di Nyon, può essere prodotta solo un'altra testimonianza di parte occidentale, ancora un'iscrizione<sup>47</sup> di dubbia datazione trovata nei luoghi dell'antica Bingium nella Germania superiore (*M. Pannonius solutus pvaefectus latrociniiis arcendis*)<sup>48</sup>. E, se è plausibile l'accostamento, possiamo aggiungere un'altra iscrizione, di parte orientale, edita da Robert<sup>49</sup>, che rimanda alla regione dell'01impo. Qui è questione di un certo Metrodoro  $\epsilon\pi\alpha\rho\chi\omicron\varsigma = praefectus$ , morto per la sua patria in un combattimento con i briganti. Il nome e l'espressione 'per la sua patria' dimostrano che non si tratta di un comandante di un distaccamento dell'armata romana ma di una truppa municipale<sup>50</sup>. Però l'awicinamento di questo  $\epsilon\pi\alpha\rho\chi\omicron\varsigma$  al *praefectus arcendis latrociniiis* è posto in dubbio dallo stesso editore<sup>51</sup> dell'epigrafe.

Quindi, si tratta di una ben modesta documentazione per una magistratura che si vuole ordinaria, e presente, come assume Mommsen, in tutti i municipi occidentali. Del resto, il grande studioso non si nasconde questa difficoltà e vi soccorre affermando che la magistratura del *praefectus arcendis latrociniiis* risulterebbe scarsamente documentata perché poco importante<sup>52</sup>.

Questa ossevazione non è molto convincente. Piuttosto, la scarsità della documentazione potrebbe dipendere dal fatto che si trattava di un incarico straordinario.

L'idea del *praefectus arcendis latrociniiis* come comandante municipale straordinario nominato per emergenze straordinarie contro i *latrones* porta con sé quella di reclutamenti straordinari. E, insieme, queste idee ci richiamano alla mente il capitolo 103 della *lex coloniae Genetivae Iuliae*. Apprendiamo, nella edizione più recente del testo<sup>53</sup>, che era concesso al *duumvir* di mettersi a capo di *coloni* e *incolae* in armi per difendere i confini della colonia quando l'assemblea dei decurioni lo avesse decretato a maggioranza<sup>54</sup>:

46. Tutte queste ipotesi vagliate in L. FLAM-ZUCKERMAN, op. cit., p.454-456.

47. CIL, XIII 6211.

48. Testo e commento in DE LAET, op. cit., p.139.

49. L. ROBERT, op.cit., p.97 ss.

50. L. ROBERT, op.cit., p.98 nt.1.

51. L. ROBERT, op. cit., p.97 nt.6.

52. TH. MOMMSEN, *Strafrecht*, p.307 nt.2.

53. J. GONZALEZ FERNANDEZ, *Bronces juridicos romanos de Andalucia*, Sevilla 1990, p.35.

54. V. un quadro di opinioni in F.F. ABBOTT, A.C. JOHNSON, *Municipal Administration in the Roman Empire*, Princeton 1926, p. 316 s., ove si riconosce l'autonomia di questo potere e il suo riconoscimento alle municipalità per le zone di frontiera e per i distretti indisciplinati.

Quicumque in col(onia) Genet(iva) IIVir praef(ectus)ve i(ure) d(icundo) praeit eum colon(os)/ incolasque contributos quocumque tempore colon(iae) fin(ium/ tuendorum) causa armatos educere decurio(es) cen(suerint),/ quot m(aior) p(ars) qui tum aderunt decreverint, id e(i) s(ine) f(raude) s(ua) f(acere) l(iceto). Ei/ que IIVir(o) aut quem IIVir armatis praefecerit idem/ ius eademque animadversio esto, uti tr(ibunus) mil(itum) p(opuli) R(omani) in/ exercitu p(opuli) R(omani) est, itque e(i) s(ine) f(raude) s(ua) f(acere) l(iceto) i(us) p(otestas)que e(sto), dum it, quot/ m(aior) p(ars) decurionum decreverint qui tum aderunt, fiat.

Già Mommsen, seguito da altri<sup>55</sup>, ha messo in relazione questa disposizione con la facoltà concessa da Roma ai municipi di chiamare alle armi il popolo per fare guerra ai briganti, nel senso più lato del termine. Noi richiamiamo l'attenzione sulle linee ove si dice che al *duumvir* è riconosciuto lo stesso *ius* ed *animadversio* del tribuno nell'esercito romano, a lui o a colui che *armatis praefecerit*, con chiaro riferimento a un *praefectus* per l'occasione designato dal duumviro. Nell'intera *lex coloniae Genetivae*, come del resto in altre leggi municipali ( si pensi al capo 25 della *lex municipii Salpensani*, rubricato de *iure praef(ecti) qui a IIVir(o) relictus sit...*<sup>56</sup>), è fatta frequente menzione del *praefectus* inteso come sostituto designato dal *duumvir* nel caso di sua assenza o impedimento. Ma, sempre argomentando dalla *lex Salpensana*, si tratta di un sostituto giornaliero, che assorbe, dietro giuramento, quasi tutte le competenze del duumviro, ma solo quelle interne al municipio e solo per quel giorno in cui il duumviro è assente<sup>57</sup>. Qui è diverso. È un sostituto, un *praefectus armatis*, a cui viene dato un incarico speciale che è difficile immaginare si dovesse compiere all'interno del municipio e si esaurisse in un solo giorno. Anche Mommsen, nel commento alla *lex coloniae Genetivae*, sembra sottolineare la specialità di questo incarico<sup>58</sup>.

E noi proponiamo la identificazione di questo *praefectus armatis* che, secondo la *lex coloniae Genetivae*, poteva ricevere dal *duumvir* l'incarico di comandare gli armati, con il *praefectus arcendis latrocinii* di cui è menzione nella iscrizione di Noviodunum. Il fatto che si tratti di colonie entrambe dedotte da Cesare, rende più plausibile l'assunto.

Questa interpretazione giustifica il carattere straordinario, meramente eventuale,

55. B.D. SHAW, *Il bandito*, cit., p.359. V. anche W. ENSSLIN, op. cit., col.1340.

56. J. GONZALEZ FERNANDEZ, op.cit., p.103 s.

57. *Lex Salp.* cap.25, lin.38-39: *isque dum praefectus erit quo/ tiensque municipium egressus erit, ne plus quam singulis diebus abesto.*

58. TH. MOMMSEN, *Lex coloniae Juliae Genetivae urbanorum sive Ursonensis, Commentarium*, in *Gesammelte Schriften*, I, Berlin, Dublin, Zuerich 1965 (rist. II ed.), p.237: *Is qui armatis a IIVir praeficitur (5,6) diversus sit a praefecto qui proprie ita dicitur necesse est. Praefectum II viri cum praefectum relinquere posse lex Salpensana c. 25 neget haec lex item praefecti armatis deligendi ius soli duoviro concedere videtur, id quod rationem habere periti non ignorant. La ratio sarebbe nel principio per cui il mandatario non può demandare.* V. ID. *Roemisches Staatsrecht*, I, Berlin 1887, p.669 nt.5.

di tale carica, e spiega la povertà della sua documentazione.

Plausibile o non plausibile la nostra identificazione del *praefectus arcendis latrocinii*s con il *praefectus* cui -secondo l'insegnamento del capo 103 della *lex coloniae Genetivae*- il *duumvir* assegnava, se e quando lo ritenesse opportuno, il comando della leva militare decretata dal collegio dei decurioni, resta sempre, con illibata autorevolezza, il peso della opinione di Mommsen<sup>59</sup> che vede espressa, nelle chiamate del popolo municipale alle armi documentate dal cap.103, l'esigenza di combattere i *latrones*. E questo fa emergere un aspetto, quasi del tutto trascurato, della partecipazione dei municipii alla difesa della *securitas*: non, o non solo, un semplice servizio di sicurezza stabilmente svolto al comando di un corpo di guardie, ma un potere riconosciuto da Roma, almeno ai municipii occidentali, di armare l'intera popolazione.

8. A questo punto vorremmo valorizzare alcune concordanze che ci portano sulla tracce di una specie di 'investitura popolare', nei municipi e nelle città, a prendere le armi contro i briganti.

Le fonti che proponiamo, assai eterogenee tra loro e di discutibile valore documentario, riportano fatti che è difficile coordinare e interpretare da un punto di vista giuridico, ma che offrono comunque interessanti spunti di riflessione.

Cominciamo da un passo di Appiano<sup>60</sup>, *bel. civ.* 4,28:

Οὐᾶρος δ' ἀπελευθέρου πρυιδόντος αὐτὸν ἀπέδρα, καὶ ὄρος ἔξ ὄρους ἀμείβων ἐς τὸ Μιντουρναίων ἔλος ἐνέπεσεν, ἔνθα ἑαυτὸν διαναταύων ἠσύχαζε. τῶν δὲ Μιντουρναίων ἐπὶ ζητήσῃ ληστηρίον τὸ ἔλος περιθεόντων, ἧ τε κόμη τοῦ δόνακος σαλευθεῖσα ἐνέφηγε τὸν Οὐᾶρον, καὶ ληφθεὶς ἔλεγεν εἶναι ληστής καὶ ἐπὶ τῷδε θανάτῳ καταδικαζόμενος ἠνείχετο. ὡς δὲ αὐτὸν ἔμελλον καὶ βασανεῖν ἐς τοὺς συνεγνωκότας, οὐκ ἐνεγκῶν ἤδη τοῦτο ὡς ἀπρεπέστερον, "ἀπαγορεύω," φησί, "ὑμῖν, ὦ Μιντουρναῖοι, ὑπατόν με γεγενημένον, καί, ὃ τοῖς νῦν ἄρχουσι τιμωτέρον ἐστὶ, προγεγραμμένον μῆτε βασανίζειν μῆτε ἀναιρεῖν ἔτι· εἰ γὰρ οὐκ εἶμι μοι διαφυγεῖν, ἀμεινον ὑπὸ τῶν ὁμοτίμων παθεῖν." ἀπιστούντω δὲ τῶν Μιντουρναίων καὶ τὸν λόγον ὑπονοούντων λοχαγὸς ἐπέγνω διαθέων καὶ τὴν κεφαλὴν ἀπέτεμε, τὸ δὲ λοιπὸν σῶμα τοῖς Μιντουρναίοις κατέλιπε.

Siamo immediatamente dopo il primo triumvirato e nel terribile clima delle proscrizioni. Tra i proscritti c'è anche un non meglio identificato Varo, di rango consolare, che è in fuga. Dopo aver vagato di montagna in montagna giunge nella città italica di *Minturnae*. Gli abitanti di *Minturnae* sono a caccia di briganti e il rumore

59. TH. MOMMSEN, *Strafrecht*, cit., p.306.

60. *App.bel.civ.* 4,28.

del cannicciato rivela dove è nascosto Varo. Egli è catturato e dice di essere un brigante e su questa base è condannato a morte. Ma mentre i Minturniani si accingono a sottoporlo alla tortura per costringerlo a rivelare i nomi dei complici, egli, rivolto a loro, li avverte che stanno per torturare e uccidere uno che è stato console e proscritto. Se non lo vogliono lasciar scappare, lo consegnino nelle mani dei suoi eguali. Essi non gli credono finquand un centurione, che sta esplorando nelle vicinanze, non lo riconosce, gli taglia la testa e lascia la restante parte del corpo ai Minturniani.

È plausibile che il fatto si svolga durante un'operazione militare del popolo di *Minturnae* contro i briganti, a seguito di un reclutamento consentito da Roma nelle modalità espresse dalla *lex coloniae Genetivae*<sup>61</sup>. Significativo è il fatto che essi sono descritti non nell'atto di difendersi da un attacco di briganti ma nell'azione di caccia ai briganti, una sorta di tanti bounty killers con licenza di uccidere, che antepongono la cattura d'esecuzione immediata non certo per scrupolo legalistico e di giurisdizione, ma per costringere il brigante catturato a svelare nomi e luoghi della banda.

9. Ci spostiamo in oriente. Ci informa Giuseppe Flavio:

Μετελάμβανεν δὲ ταύτην τὴν οὐμφορὰν [ἄλλος] ληστρικὸς θόρυβος. κατὰ γὰρ τὴν Βαιθωρῶ δημοσίαν ἄνοδον Στεφάνου τινὸς δούλου Καίσαρος ἀποσκευὴν κομιζομένην διήρπασαν λησταὶ προσπεσόντες. Κουμανὸς δὲ περιπέμψας τοὺς ἐκ τῶν πλησίον κωμῶν δεσμώτας ἐκέλευσεν ἀνάγεσθαι πρὸς αὐτόν ἐπικαλῶν ὅτι μὴ διώξαντες τοὺς ληστὰς συλλάβοιεν<sup>62</sup>.

Siamo nella Giudea poco dopo la nomina a governatore di Ventidio Cumano,<sup>63</sup> nel 48 d.C. Sulla strada da Gerusalemme a Cesarea, verso Bethhoron, dei briganti<sup>64</sup> piombano addosso a un tale Stefano, un servo dell'imperatore e lo depredano del bagaglio che trasportava. Cumano manda delle pattuglie nei villaggi vicini con l'ordine di prendere gli abitanti e di portarglieli dinanzi, accusandoli di non aver inseguito e catturato i briganti. Il rinvio a un dovere-potere delle comunità in quanto tali di prendere parte alla lotta contro i briganti ci pare indubbio. Che si tratti di un dovere-potere formalmente attribuito o costituitosi in via di fatto ma comunque autorizzato dal governo centrale, non è possibile dire.

10. Veniamo infine ad Apuleio, il cui immaginario brigantesco deve essere considerato come molto aderente al reale<sup>65</sup> e partecipe di un 'vissuto' assai radicato e risalente. Le due sequenze che proponiamo si svolgono nello scenario impervio e

61. TH. MOMMSEN, *Strafrecht*, cit., p.306.

62. Jos.Flav.bell.Jud. 2,12,2.

63. G. VITUCCI (a cura di), Giuseppe Flavio. La guerra giudaica, I, Verona 1974, p.631

64. Sull'identificazione dei λησταὶ in Giuseppe Flavio, v. M. HENGEL, cit., p.25 ss.

65. J. GAGÉ, *Les classes sociales dans l'empire romain*, Paris 1964, p.147 s. P.A. MAC KAY, *Kleptika The Tradition of the Tales of banditry in Apuleius*, in *Greece and Rome*, 10 (1963) p.147 ss.

minaccioso della Macedonia e della Tracia.

La prima sequenza<sup>66</sup>. Un gruppo di persone in fuga, tra cui c'è l'asino Lucio, attraversa di notte, timoroso, un luogo infestato dai lupi; è scambiato per una banda di briganti da una comunità di contadini (*villae* coloni<sup>67</sup>). Questi, gelosi della loro roba, attaccano i fuggiaschi aizzando cani feroci e iniziando a tirare sassi dai tetti e da un colle vicino. All'accusa di comportarsi come barbari feroci lanciata a gran voce dai malcapitati fuggiaschi, i contadini rispondono che loro non sono ladroni e che non vogliono derubare: non fanno altro che difendersi perché hanno avuto paura che volessero compiere una strage di loro:

...'at nos', inquit, 'non vestrorum spoliorum cupidine latrocina-  
mur, sed hanc ipsam cladem de vestris protelamus manibus...'68.

L'ideologia della legittima difesa. Già Cicerone inneggiava alla legge di natura, la quale, 'nel caso che la nostra vita venga a trovarsi esposta a qualche agguato oppure alla violenza e ai colpi di *latrones* o *inimici*, fa considerare lecito ogni mezzo usato per la nostra incolumità'<sup>69</sup>.

11. Ma c'è qualcosa di più, in Apuleio, della legittima difesa come legittima 'resistenza' ai *latrones*. C'è la legittimità dell'attacco.

In un'altra sequenza<sup>70</sup>, infatti, assistiamo ad un'intera comunità<sup>71</sup> che si mette in cerca dei briganti, li cattura e li punisce. L'asino Lucio, Tlepolemo e Carite, catturati dai briganti, riescono a fuggire. Giungono nel loro paese accolti festosamente da genitori, amici, servi, clienti. Segue la spedizione punitiva. L'asino Lucio, insieme ad un grande numero di giumenti, è riportato indietro da Tlepolemo seguito da una grande folla di cittadini:

'E questa volta ci andai volentieri', dice Lucio, '... li sorprendemmo che erano ancora legati più dal vino che dalle corde...i briganti, una parte legati com'erano li fecero rotolare e li gettarono giù dalle rupi vicine, agli altri tagliaron la testa con le loro

66. *Apul. met.* 8,16,17.

67. *Apul. met.* 8,17.

68. *Apul. met.* 8,18: *...non vestrum spoliorum cupidine latrocina-  
mur, sed hanc ipsam cladem de vestris protelamus manibus.*

69. *Cic. Mil.* 4,10: *Insidiatori vero et latroni quae potest inferri iniusta nex? Quid comitatus nostri, quid gladii volunt? quos habere certe non liceret, si uti illis nullo pacto liceret. Est igitur haec, iudices, non scripta sed nata lex, quam non didicimus, accepimus, legimus, verum ex natura ipsa adripuimus, hausimus, expressimus, ad quam non docti, sed facti, non instituti, sed imbuti sumus, ut, si vita nostra in aliquas insidias, si in vim et in tela aut latronum aut inimicorum incidisset, omnis honesta ratio esset expediendae salutis.*

70. Abbiamo notizia anche dell'intervento di regolari distaccamenti militari; in *Apul. met.* 7,7 il brigante Emo parla dello sterminio della sua banda ad opera, a quel che sembra, di truppe romane di stanza nei luoghi: *tota denique factione militarium vexillationum indagatu confecta atque concisa...*

71. *Apul. met.* 7,13: *tota civitas...civium multitudine.*

72. *Apul. met.* 7,13: *Totis ergo prolatis erutisque rebus et nobis auro argentoque et ceteris onustis ipsos partim constrictos, uti fuerant, provolutosque in proximas rupinas praecipites dedere, alios vero suis sibi gladiis abtruncatos reliquere.*

stesse sciabole e li lasciaron lì<sup>72</sup>.

Qui non è questione di resistenza ma di attacco,

Sono illuminanti le parole messe sulla bocca dell'Uticense e riferite alla congiura di Catilina, secondo cui solo i delitti comuni si puniscono dopo che sono stati commessi; negli altri casi, se non si previene, è vano ricorrere alla punizione legale: conquistata la città, nulla resta ai vinti: *non cetera maleficia tum perseguari ubi facta sunt; hoc nisi provideris ne adcidat, ubi evenit, frustra iudicia implores: capta urbe nihil fit reliqui victis*<sup>73</sup>.

*Insidiatores, inimici*<sup>74</sup>, così definisce Cicerone i *latrones*. E Tertulliano<sup>75</sup> li associa ai *publici hostes* verso i quali *omnis homo miles est*<sup>76</sup>.

Forse ogni uomo, ma senz'altro ogni comunità era soldato contro i *latrones*, e non aveva solo il diritto di 'resistere' all'attacco dei *latrones*, ma anche di attaccare i *latrones*.

## ABSTRACT

Between the first century B.C. and the first century A.D., repression of the *latrones* was granted by *municipia* and *civitates*. The locale Senate could decide to call to arms the whole population, under the command of *Ilvir*, or of a *praefectus*, according to *lex coloniae Genetivae* cap.103. The A. suggests to identify this *praefectus* with *praefectus arcendis latrociniiis* (CIL, XIII 5010; CIL, XIII 6211). The A. underlines the existence of forms of popular self-defence which were led up to attack against *latrones* (principal texts: App. *bel. civ.* 4,28; Jos. *bel. Jud.* 2,12,2; Apul. *met.* 8,17; 7,13; Cic. *Mil.* 4,10; Sall. *Cat.* 52,4; Tert. *apol.* 2,8).

Tra il I secolo a.C. e il I d.C. alla repressione dei *latrones* partecipavano *municipia* e *civitates*. Il Senato locale poteva decidere di chiamare alle armi tutta la popolazione sotto il comando del *Ilvir*, o di un *praefectus*, secondo quanto ci apprende la *lex col. Genetivae*, cap.103. L'A. propone di identificare questo *praefectus* con il *praefectus arcendis latrociniiis* (CIL, XIII 5010; CIL, XIII 6211). L'A. sottolinea l'esistenza di forme di autodifesa popolare che si spingevano fino alla ricerca e alla uccisione dei *latrones* (testi principali: App. *bel. civ.* 4,28; Jos. *bel. Jud.* 2,12,2; Apul. *met.* 8,17; 4,13; Cic. *Mil.* 4,10; Sall. *Cat.* 52,4; Tert. *apol.* 2,8).

73. Sall. *Cat.* 52,4.

74. Cic. *Mil.* 4,10.

75. Tert. *apol.* 2,4.

76. A partire dall'età classica avanzata, forse come conseguenza della più intensa partecipazione del potere centrale e dei corpi speciali alla repressione del *latrocinium*, sembra circoscrivere la difesa privata alla sola necessità di resistere a una violenza in atto (D.9,2,4; CTh.9,14,2=CI.3,27,1; CI.9,14,2.3.). Diversamente, per i *latrones publici desertoresque* (CTh.7,18,13; CTh.7,18,14=CI.3,27,2).

WANDA FORMIGONI CANDINI

DE HIS, QUI SANGUINOLENTOS EMPTOS VEL NUTRIENDOS ACCEPERINT  
ANCORA SU CTh.5.10.1

1. Nell'agosto del 329<sup>1</sup> Costantino promulgava una costituzione che, più tardi, i compilatori del codice Teodosiano avrebbero accolto collocandola sotto la rubrica *De his, qui sanguinolentos emptos vel nutriendos acceperint*.

Eccone il testo.

*CTh.5,10,1: Imp. Costant(inus) A. Italis suis.*

Secundum statuta priorum principum si quis a sanguine infantem quoquo modo legitime comparaverit vel nutriendum putaverit, obtinendi eius servitii habeat potestatem: ita ut, si quis post seriem annorum ad libertatem eum repetat vel servum defendat, eiusdem modi

---

1. In dottrina si è molto discusso sull'attendibilità di questa datazione e ciò per la difficoltà di raccorderla cronologicamente con FRG. Vat. 34.: Augg. et Caess. Flaviae Aprillae. *Cum profitearis te certa quantitate mancipium ex sanguine comparasse, cuius pretium te exsolvisse dicis et instrumentis esse firmatum, hoc a nobis iam olim praescriptum est, quod, si voluerit liberum suum recipere, tunc in eius locum mancipium domino daret aut pretium quo valuisset numeraret. etiamnunc, si a suis parentibus certo pretio comparasti, ius domini possidere te existimamus. nullum autem ex gentilibus liberum adprobari licet.* Subscripta XII kal. Aug. Constantino Aug. III cons. (a.313 p.C.). Il rescritto, ivi riportato, è datato al 313 e sembrerebbe in tutto per tutto un'applicazione della legge che risulta emanata nel 329. Questo rescritto, inoltre, apparentemente si porrebbe in contrasto con un altro rescritto attribuito a Costantino e Licinio e riportato in FRG. Vat. 33, su cui v. *infra*. nota 18, pag. 40. Per quel che riguarda, in particolare, il raccordo cronologico tra FRG. Vat. 34 e CTh.5.10.1, ci limitiamo a ricordare SEECK, *Regesten der Kaiser und Papste*, Stuttgart, 1919, pag. 23 ss. e 65, che propone di anticipare la costituzione generale (CTh.5.10.1) al 319 o 320 e di posticipare il rescritto (FRG. Vat. 34) al 326 o 329: in questo modo i due testi si potrebbero meglio coordinare. Aderiscono alla tesi di Seeck, fra gli altri: BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Vendita ed esposizione degli infanti da Costantino a Giustiniano*, in SDHI, 49, 1983, pag. 195 ss.; DALLA, *Aspetti della patria potestà e dei rapporti tra genitori e figli nell'epoca postclassica*, in Att. Acc. Rom. Cost., 7, Perugia, 1988, pag. 95. Di parere diverso è SIMON, *Konstantinisches Kaiserrecht. Studien anhand der Reskriptenpraxis und des Schenkungsrechts*, Frankfurt, 1977, pag. 39 s., che ritiene, in sostanza, FRG. Vat. 34 un provvedimento eccezionale, dunque la correzione della data di CTh. 5.10.1 non sarebbe di nessun aiuto, mentre rimarrebbe aperta la questione del quando Costantino abbia realmente legittimato la vendita di neonati. D'avviso ancora diverso è SARGENTI, *Il diritto privato nella legislazione di Costantino. Problemi e prospettive nella letteratura dell'ultimo trentennio*, in Atti Acc. Rom. Cost., 1, Perugia, 1974, pag. 243, che ritiene FRG. Vat. 34 espressione di una disciplina vigente solo nelle province orientali dell'impero; la costituzione del 329 (CTh.5.10.1), poi, avrebbe ribadito e generalizzato proprio questi principi e norme già enunciati. V. anche, dello stesso a., la recensione a Simon, in SDHI, 43, 1977, pag. 588 ss. Critica e discussione, con ampio contributo bibliografico, in D. NARDI, *Ancora sul «ius vendendi» del «pater familias» nella legislazione di Costantino*, in Sodalitas, Studi in onore di A. Guarino, 5, Napoli, 1984, pag. 2287 ss., in particolare pag. 2302 ss.

alium praestet aut pretium, quod potest valere, exsolvat. Qui enim pretium competens instrumento confecto dederit, ita debet firmiter possidere, ut et distrahendi pro suo debito causam liberam habeat: poenae subiciendis his, qui contra hanc legem venire temptaverint. Dat. XV kal. Septemb. Serdicae Constantino A. VIII et Constantino Caes. IIII cons.

Non si può dire certo recente il dibattito intorno alle parole *si quis a sanguine infantem<sup>2</sup> quoquo modo legitime comparaverit vel nutriendum putaverit*, che descrivono l'oggetto del provvedimento costantiniano.

Si tratta di due ipotesi diverse - *si quis a sanguine infantem quoquo modo legitime comparaverit* e *si quis a sanguine infantem ... nutriendum putaverit* - ovvero di una sola ipotesi?

Questo interrogativo è ulteriormente legittimato dalla rubrica del titolo del Teodosiano in cui compare la costituzione in discorso: *De his, qui sanguinolentos emptos vel nutriendos acceperint*, parole che, con ambiguità pari a quelle poco più sopra citate, non sciolgono il dubbio se il legislatore abbia contemplato due casi (quello di colui che abbia accolto un neonato dopo averlo comperato e quello di colui che lo abbia accolto per doverlo nutrire) oppure un solo caso (quello di colui che abbia accolto un neonato comperato e lo debba nutrire).

Sulle prime sembra chiarire il dubbio l'*Interpretatio* visigotica, ove leggiamo:

Int. ad *CTb.5.10.1*: Si quis infantem a sanguine emerit et nutrierit, habendi eum et possidendi habeat potestatem. Sane si nutritum dominus vel pater recipere voluerit, aut eiusdem meriti mancipium nutritori dabit aut pretium nutritor, quantum valuerit qui nutritus est, consequatur.

L'interprete visigotico rende il *vel* con *et* e sembra intendere l'ipotesi come unitaria<sup>3</sup>; e questo ha per certi aspetti favorito la critica interpolazionistica, la quale ha sostenuto che non fosse presente nel testo originale della costituzione la locuzione *vel nutriendum*<sup>4</sup>.

2. Sul significato di questo termine v. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, 1, Lipsiae, 1736, pag. 491; CUJACIUS, in *Opera*, 9, Prati, 1837, col. 2014, e in *Opera*, 4, cit., col. 254.5. L'*infans* viene definito come un neonato *recens eductus ex ventris matris* e si sottolinea la differenza fra il *sanguinolentus* e gli altri *infantes*. Tale differenza si nota soprattutto nell'ambito della disciplina della esposizione: *expositus*, infatti, è solo il neonato abbandonato nei primissimi momenti di vita, nam qui *grandiores ejiciuntur*, non proprie *exponi dicuntur*, sed pro *derehcto* haberi (CUJACIUS, in *Opera*, 9, cit., col. 2014).

3. Come apprendiamo da GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, 1, cit., pag. 490, e dalle sue parole: ... *emptores et nutricios* (pag. 491); coerentemente il commentatore, allora, interpreta unitariamente la legge. Critica in BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Vendita ed esposizione degli infanti* da Costantino a *Giustiniano*, cit., pag. 197 s.

4. SOLAZZI, *Glossemi e interpolazioni* nel Codice Teodosiano, in *Scr. dir. rom.*, 3, Napoli, 1963, pag. 489 (già in SDHI, 10, 1924, p. 208-239). L'a. facendo l'ipotesi, appunto, che le parole *vel nutriendum putaverit* (ed gli altri presunti riferimenti del testo al regime dell'esposizione, v. *infra*, pag. 38, nota 12) siano stati inseriti da una mano più tarda, ritiene che nella redazione originale si sarebbe trattato solo il problema della vendita dei liberi. Alterazioni diverse in de DOMINICIS, *Registro delle alterazioni (glossemi ed interpolazioni) nelle costituzioni del codice teodosiano e nelle novelle posteodosiane segnalate dalla critica*, in BIDR, 16-17, 1953, pag. 416.

2. Si può dire, tuttavia, prevalentemente l'opinione che in CTh. 5.10.1 ci si occupi di due casi: il primo descritto con i termini *si quis a sanguine infantem quoquo modo legitime comparaverit* e il secondo con le parole *si quis a sanguine infantem ... nutriendum putaverit*, corrispondenti, grosso modo, alle parole della rubrica *De his, qui sanguinolentos emptos acceperint* e *De his, qui sanguinolentos nutriendos acceperint*.

E questo indirizzo interpretativo "dualistico" è ben lungi dall'essere, al suo interno, omogeneo, se non su un punto: il primo caso concernerebbe la vendita di neonati<sup>5</sup>.

Ma qui cominciano le differenziazioni: la sola vendita dei neonati schiavi, secondo una assai seguita opinione del Volterra<sup>6</sup>? La vendita dei soli neonati liberi<sup>7</sup>? O ancora la vendita di neonati liberi e schiavi<sup>8</sup>?

Quanto al secondo caso, è senz'altro dominante l'idea di coloro che vi ravvisano il fenomeno dell'esposizione<sup>9</sup>; tuttavia non manca chi, invece, sostiene ci si riferisca

5. In particolare v. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, p. 612, per il quale questa costituzione avrebbe introdotto il diritto di vendere i neonati, allo scopo di rendere sicura l'applicazione del divieto di infanticidio sancito dal diritto cristiano.

6. VOLTERRA, L'efficacia delle costituzioni imperiali emanate per la provincia e l'istituto dell'expositio, in St. Besta, 1, Milano, 1939, pag. 471. L'a. sostiene che al tempo di Costantino non era assolutamente possibile *legitime* comparare un uomo libero, sia pure neonato. Ciò sarebbe provato, tra l'altro, da CTh. 4.8.6= CI.8.46.10, confermato da FRG. Vat. 33, da Paul. Sent. 5.1.1 e da numerose altre testimonianze, fra cui, appunto CTh. 5.10.1, che riguarderebbe la vendita solo di neonati schiavi. Aderiscono a questo indirizzo, fra gli altri, CANNATA, «Possessio», «possessor», «possidere» nelle fonti giuridiche del basso impero romano, Milano, 1962, pag. 80; de BONFILS, Gli schiavi degli ebrei nella legislazione del Wsec. Storia di un divieto, Bari, 1992, pag. 65 ss.

7. SOLAZZI, *Glossari e interpolazioni nel Codice Teodosiano*, cit., pag. 490, ritiene sia inverosimile che il compratore di uno schiavo sia stato, successivamente, obbligato a rivenderlo o a permutarlo; una simile costrizione sarebbe andata contro la libertà, da sempre riconosciuta, di disporre del proprio servo quando e come si voglia. Dello stesso parere è SARGENTI, *Il diritto privato nella legislazione di Costantino. Problemi e prospettive nella letteratura dell'ultimo trentennio*, cit., pag. 244 s.

8. Questa è sicuramente l'opinione, in dottrina, più diffusa. Già espressa da GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, 1, cit., pag. 491, ad essa hanno aderito, fra gli altri: BONFANTE, *Il «ius vendendi» del «paterfamilias»*, in St. Fadda, 1, Napoli, 1906, pag. 119 s. (v. dello stesso a., *Corso di diritto romano*, 1, *Diritto difamiglia*, Milano, 1963<sup>2</sup>, 107 s.); COSTA, *La vendita e l'esposizione della prole nella legislazione di Costantino*, in Mem. Acc. Scienze di Bologna, 4, 1910-19, pag. 117 ss.; BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, 3, Milano, 1954, pag. 21 s.; DUPONT, *La vente dans les constitutions de Constantin*, in RIDA, 2, 1955, pag. 250; D. NARDI, *Il ius vendendi del paterfamilias nella legislazione di Costantino*, in Atti Accademia Napoletana di scienze morali e politiche, 89, 1978, (estr.), pag. 25, e dello stesso a., *Ancora sul «ius vendendi» del «paterfamilias» nella legislazione di Costantino*, cit., pag. 2305 s.; ALBANESE, *Le persone in diritto privato*, Palermo, 1979, pag. 252, nota 208; BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Vendita ed esposizione degli infanti da Costantino a Giustiniano*, cit., pag. 188 e 191 e 196; DALLA, *Aspetti della patria potestà e dei rapporti tra genitori e figli nell'epoca postclassica*, cit., pag. 96.

9. Ritengono, fra gli altri, che la locuzione *vel nutriendum* rinvii d'esposizione: BONFANTE, *Il «ius vendendi» del «paterfamilias»*, cit., pag. 119-120; COSTA, *La vendita e l'esposizione della prole nella legislazione di Costantino*, cit., pag. 120 ss.; VOLTERRA, *L'efficacia delle costituzioni imperiali emanate per la provincia e l'istituto dell'expositio*, cit., pag. 471; BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, 3, cit., pag. 21; MAYER-MALY, *Das Notverkaufsrecht des Hausvaters*, in ZSS, 75, 1958, pag. 135; CANNATA, «Possessio», «possessor», «possidere» nelle fonti giuridiche del basso impero romano, cit., pag. 80 e de BONFILS, *Gli schiavi degli ebrei nella legislazione del W sec. Storia di un divieto*, cit., pag. 65 ss.

a cessioni di neonati liberi o schiavi, diverse dalla vendita, come, ad esempio, a donazioni<sup>10</sup>.

3. In questo quadro di opinioni, così ricco e variegato, crediamo, forse, possa esservi ancora spazio per qualche osservazione volta, sia pure con tutte le cautele imposte dalla difficoltà dell'argomento, a sostenere un'interpretazione unitaria: *si quis a sanguine infantem quoquo modo legitime comparaverit vel nutriendum putaverit*, riguarderebbe solo casi di vendita, non esposizione.

Prendiamo spunto dai rilievi mossi all'idea che la costituzione fosse riferita all'esposizione<sup>11</sup>.

Si dice che è impossibile che Costantino possa avere, nell'agosto del 329, accordato la possibilità del riscatto all'espositore, quando il 17 aprile del 331, con la costituzione riportata in CTh.5.9.1 avrebbe negato ogni possibilità di ripetizione del fanciullo che fosse stato raccolto e alimentato dal raccoglitore<sup>12</sup>.

Questo improvviso e ingiustificabile "renversement" di Costantino darebbe, poi, luogo ad una evidente contraddizione all'interno del Codice teodosiano, dove in CTh.5.9.1 è collocata la costituzione del 331 che vieta qualsiasi rivendica da parte dell'espositore, mentre in CTh.5.10.1 è riportata la costituzione in discorso, ove sarebbe autorizzata, invece, la rivendica dell'esposto dietro pagamento del riscatto.

Questi argomenti ci sembrano inoppugnabili per escludere che con la legge di CTh.5.10.1 si volesse consentire all'espositore di rivendicare presso il raccoglitore il bambino abbandonato, ma non precludono l'idea che un qualche riferimento all'esposizione fosse in essa contenuto.

Per ora ci limitiamo a fare due osservazioni.

Anzitutto, il provvedimento di Costantino del 329, se non avesse avuto, nella visione dei compilatori teodosiani, una qualche, seppur lontana, parentela con l'esposizione, forse non sarebbe stato collocato in un apposito titolo che segue immediatamente quello dedicato all'esposizione (CTh. 5.9: *De expositis*; CTh. 5.10.1: *De his, qui sanguinolentos emptos vel nutriendos acceperint*)<sup>13</sup>.

10. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Vendita ed esposizione degli infanti da Costantino a Giustiniano*, cit., pag. 197 s.

11 Cfr. *retro*, nota 9.

12 SOLAZZI, *Glossemi e interpolazioni nel Codice Teodosiano*, cit., pag. 491 ss. A questo rilievo l'a. aggiunge che CTh.5.10.1 subordina il riscatto alla condizione che sia consegnato un *mancipium* equivalente o sia rimborsato il prezzo. L'a. osserva che se ci si riferisse all'esposizione sarebbe iniquo corrispondere all'allevatore qualcosa perchè questi non ha pagato nulla. Inoltre l'a. ritiene "incongruo", dunque, difficile da attribuire a Costantino, l'uso del verbo *putaverit*. Sulla stessa linea BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Vendita ed esposizione degli infanti da Costantino a Giustiniano*, cit., pag. 197, ma per motivi diversi. A suo avviso, infatti, la mente del legislatore è solo rivolta al caso del neonato venduto, come proverebbe il fatto che nel testo della costituzione si parla dell'esistenza di un documento e dell'awenuto pagamento di un prezzo; secondariamente Costantino non avrebbe potuto agire seguendo, con modifiche, il principio *expositum qui agnoverit solutis alimentis recipiat*, perchè un simile principio non vi sarebbe mai stato.

13 Non ci si può nascondere però che CTh.5.10.1 potrebbe essere stato attratto da CTh.5.9.1, *De expositis*, perchè l'esposizione concerneva i *sanguinolenti*; cfr. *retro*, nota 2.

Se il nostro provvedimento avesse contemplato la sola vendita dei figli, sarebbe stato più opportuno inserirlo, da parte dei compilatori teodosiani, nel titolo De patribus, *qui filios distraxerunt*<sup>14</sup>, come faranno i compilatori giustiniani che collocheranno la legge costantiniana, opportunamente modificata, in CI.4.43, De *patribus qui filios distraxerunt*<sup>15</sup>.

Quanto poi al fatto che la nostra legge, sempre se la riferissimo d'esposizione, si porrebbe in contrasto, nel codice teodosiano, con la disciplina generale in materia ( come si è detto, in CTh.5.9.1 si negherebbe all'espositore qualsiasi possibilità di rivendica dell'esposto; in CTh.5.10.1 si accorderebbe all'espositore la possibilità di riscatto), ciò è innegabile.

Ma per superare questa antinomia basterebbe supporre che la legge contemplasse, tra l'altro, un caso particolare di esposizione.

Una volta ammessa l'astratta possibilità che questa legge possa essere stata anche attinente al fenomeno dell'esposizione, seppure per contemplarne un caso particolare, torniamo immediatamente al dato innegabile che in essa si parla di vendita.

---

14 Nel titolo figura una sola costituzione, CTh. 3.3.1: (391 Mart. 11). Imppp. Valent(inianus) Theod(osius) et Arcad(ius) AAA. Tatiano P(raefecto) P(raetori)o. *Omnes quos parentum miserandafortuna in seruitium, dum victum requirit, addixit, ingenuitati pristinae reformatur. Nec sane remunerationem pretii debet exposcere, cui non minimi temporis spatio seruitium satisfecit* ingenui. Dat. V id. Mart. Mediol(ano) Tatiano et Symmacho cons. Anche se questo provvedimento potrebbe apparire idoneo a sussumere il caso dei *sanguinolenti*, ciò sarebbe da escludere perchè, comunque, la costituzione costantiniana, relativa a questi ultimi, è stata conservata nella compilazione teodosiana e quindi evidentemente per i compilatori aveva una sua autonomia normativa.

Ampia discussione, su questa legge del 391, in BIANCHI FOSSATI VANZETTI, Vendita ed esposizione degli *infanti* da Costantino a Giustiniano, cit., pag. 222, la quale dà una convincente spiegazione della coesistenza fra la disciplina ivi tracciata e quella contenuta nella legge di Costantino, CTh.5.10.1. *Contra*, tra gli altri, GOTHOFREDUS, ad h. l., VOLTERRA, L'efficacia delle costituzioni imperiali emanate per la provincia e l'istituto dell'expositio, cit., pag. 475; BIONDI, Il diritto romano cristiano, 3, cit., pag. 32; D. NARDI, Il ius uendendi del pater familias nella legislazione di Costantino, cit., pag. 35. DALLA, Aspetti della patria potestà e dei rapporti tra genitori e figli nell'epoca *postclassica*, cit., pag. 97, parla di una costituzione difficilmente decifrabile che, comunque, andrebbe letta in senso restrittivo. Non va dimenticato, d'altra parte, che VOLTERRA, L'efficacia delle costituzioni imperiali emanate per la provincia e l'istituto dell'expositio, cit., pag.475, aveva avanzato il sospetto che CTh.3.3.1 fosse apocrifia; successivamente, in Intorno ad alcune costituzioni di Costantino, in Rend. Acc.Naz. dei Lincei (Serie 8), 13, 1958, pag. 84, ha preferito l'ipotesi fondata sullo scarso rispetto per le tradizionali regole giuridiche romane, mostrato dalla costituzione, e ha rilevato che essa potrebbe essere stata redatta in ambiente ecclesiastico; dello stesso avviso PUGLIESE, Note sull'«*expositio*» in diritto romano, in St. Sanfilippo, 6, Milano, 1985, pag. 644, nota 23.

15 CI.4.43.2: Imp. Constantinus A. provincialibus suis. Si quis propter nimiam *paupertatem egestatemque victus causa filium filiamve sanguinolentos uendiderit, venditione in hoc tantummodo casu valente emptor obtinendi etus seruitii habeat facultatem. (1) Liceat autem ipsi qui vendidit vel qui alienatus est aut cuilibet alii ad ingenuitatem propriam eum repetere, modo si aut pretium offerat quod potest valere, aut mancipium pro huiusmodi praestet. d. XV k. Sept. Serdicae Constantino A. VIII et Constantio c. IIII cons. Sugli interventi operati dai giustiniani, v., fra gli altri, BIANCHI FOSSATI VANZETTI, Vendita ed esposizione degli *infanti* da Costantino a Giustiniano, cit., pag. 219 ss., e bibliografia ivi citata; dello stesso parere DALLA, Aspetti della patria potestà e dei rapporti tra genitori e figli nell'epoca *postclassica*, cit., pag. 97.*

## 4. Anzitutto di vendita di neonati liberi.

A parte Volterra, e quanti ne condividono il pensiero, che, come si è detto prima<sup>16</sup>, escludono dalla legge costantiniana la previsione della vendita dei neonati liberi, tutta la dottrina è concorde che con la costituzione del 329 tale vendita veniva autorizzata in ogni parte dell'impero.

Ciò accetta anche chi<sup>17</sup> ha cercato, con dotte argomentazioni, di marginalizzare la testimonianza di FRG.Vat. 34, dalla quale si ricaverebbe che già nel 313 tale vendita era ammessa.

Pur riconoscendo il peso degli argomenti avanzati a sostegno dell'idea che il rescritto contenuto in FRG.Vat. si riferisse alla sola parte orientale dell'impero, e che fino al 329 in occidente la vendita dei neonati liberi non fosse consentita, tuttavia ci permettiamo di riproporre una lettura anche "occidentale" del disputato rescritto, perchè questo, forse, ci consente di pervenire ad una più corretta interpretazione della legge del 329.

Leggiamo

FRG. Vat. 34: *Augg. et Caess. Flaviae Aprillae. Cum profitearis te certa quantitate mancipium ex sanguine comparasse, cuius pretium te exsolvisse dicis et instrumentis esse firmatum, hoc a nobis iam olim praescriptum est, quod, si voluerit liberum suum recipere, tunc in eius locum mancipium domino daret aut pretium quo valuisset numeraret. etiam nunc, si a suis parentibus certo pretio comparasti, ius domini possidere te existimamus. nullum autem ex gentilibus liberum adprobari licet. Subscripta XII kal. Aug. Constantino Aug. III cons. (a. 313 p.C.).*

Stando alla lettera della testimonianza, come si è detto assai discussa<sup>18</sup>, per il 313

16. Cfr. nota 6.

17. Ci si riferisce, in particolare a SARGENTI, *Il diritto privato nella legislazione di Costantino. Problemi e prospettive nella letteratura dell'ultimo trentennio*, cit., pag. 239-43. L'a. ritiene che FRG. Vat. 34 sia espressione di quella sostanziale indipendenza dell'attività legislativa delle diverse parti dell'impero (V. retro nota 1.).

18. V. retro nota 1. All'interrogativo, sollevato dal confronto fra le date riportate da FRG. Vat. 33 e C.Th.5.10.1, dunque, del "quando" Costantino possa aver provveduto a disciplinare la vendita degli infanti, è strettamente connesso quello del "se" effettivamente, sotto il suo impero, sia stata ammessa tale norma. Uno dei documenti che legittimano questo secondo interrogativo è FRG. Vat. 33: *Augg. et Caess. Rutiliae Primae. Ingenuos progenitos servitutis adfligi dispendiis minime oportere etiam nostri temporis tranquillitate sancitur, nec sub obtentu inita venditionis inlicite decet ingenuitatem infringi. Quare iudicem competentem adire par est, qui in liberali causa eafaciet compleri, quae in huiusmodi contentionibus ordinari consueverunt, secundum iudiciariam disciplinam partibus audientiam praebiturus*. Proposita ibid. Aug. Romae Constantino et Licinio Augg. IIII cons. Ricordiamo che questo rescritto (del 315, se si segue - come in genere fa la dottrina - l'ed. del MOMMSEN, *Collectio librorum iuris anteiustitiani*, 3, Berolini, 1890, pag. 25; del 313, se si segue FIRA, 2, pag. 468) per SIMON, *Konstantinisches Kaiserrecht. Studien anhand der Reskriptenpraxis und des Schenkungsrechts*, cit., pag. 39, sarebbe un provvedimento di revoca alla concessione di un provvedimento eccezionale quale, a suo avviso, è FRG. Vat. 34; dello stesso parere DALLA, *Aspetti della patria potestà e dei rapporti tra genitori e figli nell'epoca postclassica*, cit., pag. 96. Per SARGENTI, *Il*

si delinea come già riconosciuta, già definita in tutti i suoi presupposti ed effetti, la vendita dei neonati liberi la quale doveva essere conclusa per iscritto, per la quale doveva essere pagato un *certum pretium* e che produceva due effetti: da una parte un *ius dominii* in capo al compratore sul venduto, dall'altra la facoltà per il venditore di avere indietro il bambino corrispondendo uno schiavo o una somma di denaro pari al valore del bambino.

Una vendita che dal punto di vista dei requisiti e degli effetti è del tutto simile a quella che è contemplata nella legge del 329.

Giustamente ci si è chiesti come mai poteva risultare un rescritto applicativo di una norma generale con data precedente a quest'ultima: da qui le proposte di spostamento di date e discussioni a non finire<sup>19</sup>,

Di fronte a FRG. Vat. 34 e alla sua non sicura ambientazione, di fronte al rinvio, che in esso si fa, ad una precedente decisione di Costantino, di fronte agli *statuta priorum principum*, di cui è parola nella costituzione del 329, a noi sembra plausibile che ovunque' in tutte le parti dell'impero, la vendita dei neonati fosse ammessa già prima del 329, e, forse, già da molto tempo.

Del resto, questo non implicava la messa in discussione del principio, così insistentemente ribadito in testimonianze di età diversa, che i liberi non potevano essere oggetto di vendita<sup>20</sup>; principio, come avviene nella compilazione giustiniana, semplicemente derogato per l'eccezionale caso dei neonati che i genitori non potevano alimentare. Ragioni umanitarie e demografiche imponevano l'eccezione alla regola se non si voleva che questi bambini finissero esposti ed il più delle volte incontrassero morte sicura.

5. Il vero problema, a questo punto, è spiegare perchè, se già esisteva una legislazione costantiniana o precostantiniana che autorizzava siffatte vendite, Costantino nel 329 avrebbe emanato una legge dello stesso tenore.

Noi pensiamo che l'imperatore in quell'anno non abbia riproposto una disciplina della vendita dei neonati identica a quella esistente all'epoca, ma l'abbia leggermente modificata.

Rileggiamo

---

*diritto privato nella legislazione di Costantino. Problemi e prospettive nella letteratura dell'ultimo trentennio*, cit., pag. 243, FRG. Vat. 33 sarebbe espressione della disciplina vigente solo nella parte occidentale dell'impero. Per ALBANESE, *Le persone in diritto privato*, cit., pag. 252, nota 208, Costantino, con FRG. Vat. 33, in un primo tempo avrebbe ribadito il divieto di vendere i figli, poi in una oscura costituzione riportata in FRG. Vat. 34, avrebbe mostrato di riconoscere tali vendite ed, infine, tortuosamente, questo riconoscimento sarebbe stato ribadito con CTh.5,10,1.

19. Cfr. *retro*, nota 1.

20. C.I. 4,43,1: Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Aureliae Papinianae. *Liberos a parentibus neque venditionis neque donationis titulo neque pignoris iure aut quolibet alio modo, nec sub praetextu ignorantiae accipientis in alium transferri posse manifesti iuris est*. D. XVI k. Dec. Nicomediae CC. cons. <a. 294>.

Di tale principio si avrebbe conferma, tra l'altro, come si è accennato (v. nota 18), anche nel rescritto costantiniano riportato in FRG. Vat. 33. V., inoltre: CL7.16.1 (Caracalla); Cl.2.4.26 (Diocleziano); Paul. Sent. 5.1.1.

FRG. Vat. 34: *Augg. et Caess. Flaviae Aprillae*. Cum profitearis te certa quantitate mancipium ex sanguine comparasse, cuius pretium te exsolvisse dicis et instrumentis esse firmatum, hoc a nobis iam olim praescriptum est, quod, si voluerit liberum suum recipere, tunc in eius locum mancipium domino daret aut pretium quo valuisset numeraret. etiam nunc, si a suis parentibus certo pretio comparasti, ius domini possidere te existimamus. nullum autem ex gentilibus liberum adprobari licet.  
*Subscripta XII kal. Aug. Constantino Aug. III cons. (a. 313 p.C.).*

Vogliamo evidenziare un dato che ci sembra della massima importanza: il persistente riferimento, al di là del caso posto da Flavia Aprilla, che si fa ai *parentes*, sembra indicare che questa vendita eccezionale dei neonati fosse consentita solo quando erano i genitori a vendere, segnatamente il *pater*.

Se partiamo da questo dato testuale, che sembra circoscrivere nel 313 la liceità della vendita di *infantes e sanguine* solo se compiuta dai genitori, verosimilmente dal *pater*, e lo confrontiamo con quanto leggiamo nella costituzione del 329, che recita: ... *si quis a sanguine infantem ... comparaverit vel nutriendum putaverit, .... si quis post seriem annorum ad libertatem eum repetat vel servum defendat ...*, ci pare assai plausibile che l'imperatore con quest'ultima legge abbia voluto allargare l'ambito di applicazione di questa vendita straordinaria.

Ma per aggiungervi quali altri casi?

È difficilmente sostenibile, come ha brillantemente dimostrato Solazzi<sup>21</sup>, che Costantino prevedesse l'ipotesi della vendita di un neonato schiavo da parte del *dominus*. L'a. reputa, infatti, poco credibile che, chi avesse comperato uno schiavo neonato, poi fosse costretto a rivenderlo o a permutarlo: una disposizione in tal senso sarebbe andata contro la libertà, da sempre riconosciuta, di disporre del proprio servo quando e come si voleva.

A questo punto, suggestionati da una osservazione che Cuiacio ha fatto, non *in sede materiae* ma commentando un altro luogo, potremmo pensare che Costantino abbia voluto considerare, accanto al caso usuale della vendita da parte del padre, anche il fatto di chi si fosse imbattuto in un neonato esposto e lo avesse raccolto, pur non essendo nella materiale possibilità di alimentarlo<sup>22</sup>.

Gli stessi motivi etici e demografici che hanno indotto i legislatori, Costantino compreso, ad autorizzare la vendita del sanguinolento da parte dei *parentes* che sicuramente avveniva per cause di indigenza<sup>23</sup>, potrebbero aver indotto Costantino ad autorizzare la

21. Cfr. nota 7.

22. CUJACIUS, in *Opera*, 9, cit., col. 2015, incidentalmente, commentando C.I. 8, 51(52), 3, afferma che C.Th. 5.10.1 contemplava anche il caso di esposti *sanguinolenti* venduti da chi li aveva raccolti.

23. Sul profondo travaglio economico che caratterizzò questo periodo, v., fra gli altri, DE MARTINO, *Storia della Costituzione romana*, 5, Napoli, 1975<sup>2</sup>, pag. 108 ss.; JONES, *L'economia romana*, trad. it., Torino, 1984, pag. 297 ss. Riconoscono una stretta connessione fra tale situazione e i provvedimenti normativi adottati, ad esempio, SARGENTI, *Il diritto privato nella legislazione di Costantino. Problemi e prospettive nella letteratura dell'ultimo trentennio*, cit., pag. 237 ss.; BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Vendita ed esposizione degli infanti da Costantino a Giustiniano*, cit., pag. 187; D. NARDI, *Ancora sul «ius vendendi» del «pater familias» nella legislazione di Costantino*, cit., pag. 2302; DALLA, *Aspetti della patria potestà e dei rapporti tra genitori e figli nell'epoca postclassica*, cit., pag. 95. V. *infra*, nota 29.

vendita del neonato esposto e raccolto da persona non in grado di provvedere alla sua alimentazione.

In fondo la vendita dei sanguinolenti da parte dei genitori era ammessa per evitare che questi si sbarazzassero con l'esposizione dei bambini; ed era da parte del legislatore perfettamente conseguente preoccuparsi del caso che un bambino esposto fosse raccolto da persona non in grado di alimentarlo e gli si consentisse quindi di venderlo.

6. Rileggiamo, di seguito a quello del rescritto, il testo della costituzione.

FRG. Vat. 34: *Augg. et Caess. Flaviae Aprillae*. Cum profitearis te certa quantitate mancipium ex sanguine comparasse, cuius pretium te exsolvisse dicis et instrumentis esse firmatum, hoc a nobis iam olim praescriptum est, quod, si voluerit liberum suum recipere, tunc in eius locum mancipium domino daret aut pretium quo valuisset numeraret. etiam nunc, si a suis parentibus certo pretio comparasti, ius domini possidere te existimamus. nullum autem ex gentilibus liberum adprobari licet. *Subscripta XII kal. Aug. Constantino Aug. III cons. (a. 313 p.C.)*

CTh. 5.10.1: *Imp. Costant(inus) A. Italis suis*.

Secundum statuta priorum principum si quis a sanguine infantem quoquo modo legitime comparaverit vel nutriendum putaverit, obtinendi eius servitii habeat potestatem: ita ut, si quis post seriem annorum ad libertatem eum repetat vel servum defendat, eiusdem modi alium praestet aut pretium, quod potest valere, exsolvat. Qui enim pretium competens instrumento confecto dederit, ita debet firmiter possidere, ut et distrahendi pro suo debito causam liberam habeat: poenae subiciendis his, qui contra hanc legem venire temptaverint. *Dat. XV kal. Septemb. Serdicae Constantino A. VIII et Constantino Caes. IIII cons.*

Come si è già sottolineato, dal rescritto del 313 emerge la disciplina di questa vendita eccezionale, i cui elementi essenziali ed effetti ritornano sostanzialmente anche nella legge del 329; elementi essenziali: documento<sup>24</sup> e pagamento del prezzo; effetti: attribuzione di una *firma possessio* o *ius domini* al compratore<sup>25</sup>, possibilità

---

24. Cfr. per l'essenzialità del documento, fra gli altri v. MAYER-MALY, *Das Notverkaufsrecht des Hausvaters*, cit., pag. 136; *contra* BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Vendita ed esposizione degli infanti da Costantino a Giustiniano*, cit., pag. 191. Cfr. anche D. NARDI, *Il ius vendendi del pater familias nella legislazione di Costantino*, cit. pag. 72 ss. e D. NARDI, *Ancora sul «ius vendendi» del «pater familias» nella legislazione di Costantino*, cit., pag. 2305.

Per ciò che riguarda la funzione del documento, va segnalata l'opinione di de BONFILS, *Gli schiavi degli ebrei nella legislazione del N. sec. Storia di un divieto*, cit., pag. 68 e nt. 80. L'a. respinge la tradizionale lettura secondo cui il documento in discorso sarebbe quello che si riferiva alla vendita: a suo avviso il documento richiesto sarebbe, invece, quello redatto dal soggetto che esercita il diritto di riscatto, il quale, a sua volta, secondo l'a., concluderebbe una vendita in veste di compratore.

del riscatto restituendo un *mancipium* o l'equivalente in denaro del bambino.

Nel rescritto chi può esercitare la rivendica sono solo i *parentes*, perchè solo i *parentes* potevano vendere; nella legge del 329 i *parentes* cedono il posto ad un generico *quis* che può esercitare la rivendica: "qualcuno" può rivendicare in libertà, e questi non può che essere il padre; "qualcuno" può rivendicare come servo, e questi non può che essere il raccoglitore.

Questa interpretazione che proponiamo, con tutte le cautele imposte dalla difficoltà delle fonti, ci sembra che dia una plausibile spiegazione della enigmatica proposizione *si quis post seriem annorum ... servum defendat*, che nelle pur dotte osservazioni degli studiosi, non ha finora trovato un adeguato chiarimento.

Nello stesso tempo, questa nostra interpretazione, ci sembra in linea con l'*interpretatio*-visigotica, dove, come si è visto, si dice: *Sane si nutritum dominus vel pater recipere voluerit, aut eiusdem meriti mancipium nutritori dabit aut pretium nutritor, quantum valuerit qui nutritus est, consequatur.*

Se escludiamo, per le convincenti osservazioni di Solazzi di cui sopra<sup>26</sup>, che il *dominus* di cui si tratta sia colui che vende uno schiavo di sua proprietà, non resta che pensare al raccoglitore che può rivendicare come schiavo l'esposto.

7. Si è detto sopra, aderendo del resto alla dottrina dominante, che gli elementi essenziali richiesti dal provvedimento di Costantino, affinché la vendita del *sanguinolentus* possa conseguire certi effetti sono: il pagamento del prezzo e la redazione dell'atto per iscritto<sup>27</sup>.

---

25 Uno dei problemi più dibattuti in dottrina riguarda proprio la natura del potere che l'acquirente esercita sull'*emptus*. La costituzione si esprime in termini di *facultas* obtinendi eius servitii e ci si è chiesti se, con queste parole, si intenda riconoscere all'*emptor* il *dominium* sul neonato. Sul punto GOTHOFREDUS (*Codex Theodosianus*, 1, cit., pag. 491) sembra non abbia dubbi, ed il suo commento a C.Th.5.10.1 si apre con l'affermazione che il diritto che esercita l'acquirente sul *sanguinolentus* è *dominium*. Analoga opinione professano, tra gli altri: BONFANTE, *Il «ius vendendi» del «paterfamilias»*, cit., pag. 120; SOLAZZI, *Studi romanistici*, in *Scritti di diritto romano*, 5, Napoli, 1972 (già in *RISG*, 3, 1949), pag. 168; SARGENTI, *Il diritto privato nella legislazione di Costantino. Problemi e prospettive nella letteratura dell'ultimo trentennio*, cit., pag. 244; BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Vendita ed esposizione degli infanti* da Costantino a Giustiniano, cit., pag. 191; DALLA, *Aspetti della patria potestà e dei rapporti tra genitori e figli nell'epoca postclassica*, cit., pag. 96; de BONFILS, *Gli schiavi degli ebrei nella legislazione del IV sec. Storia di un divieto*, cit., pag. 66. Largamente seguita è pure l'idea che *facultas* obtinendi eius servitii possa sottintendere un diverso potere; fra gli altri, DUPONT, *Les constitutions de Costantin et le droit privé au début du IV siècle. Les personnes*, Lille, 1937, pag. 141; BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, 3, cit., pag. 21, ritiene che la legge lasci insoluto il problema dello *status* del neonato acquistato e dubita fortemente che il libero venduto possa essere fatto schiavo. Ancora più esplicito è CANNATA, «*Possessio*», «*possessor*», «*possidere*» nelle fonti *giuridiche* del basso impero romano, cit., pag. 81, secondo il quale la *facultas* obtinendi eius servitii indicherebbe un asservimento di fatto, un *firmiter* possidere, con cui si riconosceva al compratore il diritto ad un possesso indisturbato. L'a. attribuisce, a questo diritto, carattere reale e vi riconosce precise analogie con i diritti reali su cose altrui. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto*, 2. - Da Diocleziano a Giustiniano, Napoli, 1967, pag. 5, nota 13, parla di situazione possessoria, comunque pienamente garantita. Nega decisamente che si tratti di *dominium D.* NARDI, Ancora sul «*ius vendendi*» del «*paterfamilias*» nella legislazione di Costantino, cit, pag. 2304.

26 V. retro e nota 7.

Ma, a nostro avviso, vi è un terzo elemento essenziale in questa vendita e cioè che la "causa" della medesima sia rappresentata dall'esigenza del sostentamento alimentare del neonato.

Questa vendita eccezionale in tanto è valida, in quanto sia stata conclusa nella consapevolezza, per il venditore e per il compratore, che si trattava di una vendita a scopo di nutrimento.

Rileggiamo l'inizio di CTh.5.10.1: *Si quis a sanguine infantem quoquo modo legitime comparaverit vel (=et) nutriendum putaverit.*

La locuzione *vel nutriendum* presente sostanzialmente anche nella rubrica di CTh.5.10.1 (*De his, qui sanguinolentos emptos vel nutriendos acceperint*) è apparsa assai oscura agli studiosi e, come si è visto sopra, non è mancato chi in tali parole ha preteso scorgere il riferimento ad una fattispecie diversa dalla vendita<sup>28</sup>.

Secondo noi null'altro esprime che la "causa" della vendita; *si quis a sanguine infantem quoquo modo legitime comparaverit (vel=) et nutriendum putaverit*: il compratore acquista il neonato perchè deve nutrirlo, in quanto è quella la ragione che muove il venditore a cedere il bambino. Ed è questa la ragione che giustifica, rispetto la disciplina normale della vendita, la eccezionale regola del riscatto<sup>29</sup>?

La possibilità di intendere *vel* nel senso di *et* è grammaticalmente plausibile e confortata dall'*interpretatio visigotica*<sup>30</sup>.

8. Orbene, secondo noi con le parole *vel (= et) nutriendum* si fa, dunque, rinvio

<sup>27</sup> Le parole *quoquo modo ... comparaverit* non sono facilmente interpretabili in questo quadro, tanto è vero che se ne è sospettata l'interpolazione: cfr. SOLAZZI, *Glossemi e interpolazioni nel Codice Teodosiano*, cit., pag. 490.

Quanto al *legitime* (che de DOMINICIS, *Registro delle alterazioni <glossemi ed interpolazioni> nelle costituzioni del codice teodosiano e nelle novelle posteodosiane segnalate dalla critica*, cit., pag. 416, segnala come glossema precedente alla codificazione teodosiana o rimaneggiamento operato dai compilatori del Codice) *comparare*, in dottrina si sostiene che con tale awerbio si farebbe riferimento al fatto che la vendita per la sua validità avrebbe dovuto essere effettuata da chi aveva il potere sul neonato, che nella prospettiva della dottrina tradizionale erano il *pater* o il *dominus*: cfr. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Vendita ed esposizione degli infanti da Costantino a Giustiniano*, cit., pag. 191.

<sup>28</sup> V. *retro*, note 9, 10.

<sup>29</sup> È opportuno precisare che non è una novità, in dottrina, ricollegare l'efficacia di questa vendita allo stato di indigenza dei genitori. MAYER-MALY, *Das Notverkaufsrecht des Hausvaters*, cit., pag. 128, avanza l'ipotesi che le prime disposizioni sulla validità della vendita di neonati per necessità possano farsi risalire al periodo dell'anarchia militare, SIMON, *Konstantinisches Kaiserrecht. Studien anhand der Reskriptenpraxis und des Schenkungsrechts*, cit., pag. 41, rileva che CTh.5.10.1 (ma anche FRG. Vat. 34) stranamente tacciono su una eventuale situazione di bisogno dei genitori; tuttavia l'a. supera questo ostacolo osservando che Costantino aveva già accennato (a.322) espressamente a tale esigenza in CTh. 11.27.2: dunque, per l'a., che la vendita di un figlio potesse essere consentita solo in caso di necessità (mai per ragioni di interesse), si può anche presumere. Pure BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Vendita ed esposizione degli infanti da Costantino a Giustiniano*, cit., pag. 194, seguendo SIMON, ritiene implicita e sottintesa la circostanza che la vendita del neonato dovesse avvenire *propter miniam paupertatem egestatemque*.

La diversità del nostro punto di vista sta nel non ritenere questo requisito sottinteso, bensì espresso nelle parole *ad nutriendum*.

<sup>30</sup> V. *retro*, nota 3.

ad un requisito essenziale della vendita dei neonati: requisito che ne giustifica la eccezionalità rispetto alla regola, mai rinnegata, secondo la quale le persone libere non potevano essere oggetto di vendita; requisito che, parimenti, giustifica la possibilità per il venditore di recuperare il bambino quando fosse stato in grado di corrispondere al compratore il riscatto.

Questa supposizione, poi, consente di recuperare quella tessera inspiegabilmente mancante nella costituzione del 329, ed invece presente in tutte le altre costituzioni successive, con le quali era consentita la vendita di persone libere: in esse era detto espressamente che si doveva trattare di vendita causata dall'indigenza e dalla impossibilità di nutrire i figli.

I termini in cui si esprime questo requisito sono diversi, ma il concetto è il medesimo.

Si veda, ad esempio,

*CTh.3.3 De patribus, qui filios distraxerunt.*

1. *Imppp. Valent(inianus) Theod(osius) et Arcad(ius) AAA. Tatiano p(raefecto) p(raetori)o. Omnes quos parentum miseranda fortuna in servitium, dum victum requirit, addixit, ingenuitati pristinae reformationem. Nec sane remunerationem pretii debet exposcere, cui non minimi temporis spatium servitium satisfecit ingenui. Dat. id. Mart. Mediol(ano) Tatiano et Symmacho cons. (391 Mart. 11)*

*Interpretatio.* Si quemcumque ingenuum pater faciente egestate uendiderit, non poterit in perpetua servitute durare, sed ad ingenuitatem suam, si servitio suo satisfecerit, non reddito etiam pretio revertatur.

*Const. Sirmond. 5: - Honorius et Theodosius ad Proiectum consularum. - Inverecunda arte defenditur, si hi ad condicionem vel originem reposcuntur, quibus tempore famis, cum in mortem penuria cogentur, opitulari non potuit dominus aut patronus. (419 Mai. 18)*

*Nov. Valent. 33: De parentibus qui filios distraxerunt et ne ingenui barbaris uenundentur neque ad transmarina ducantur.*

*Imp. Valent(ianus) A. Aetio Patricio. ...Notum est proxime ohscenissimam famem per totam Italiam desaevisse coactosque homines filios et parentes vendere, ut discrimen instantis motis effugerent. ... Renovans statuta maiorum venditionem censeo submoveri, quam praedicta famas de ingenuis fieri persuasit... (451 Ian. 31)*

*Interpretatio.* Hoc praecipit haec lex: Quicumque ingenui filios suos in qualibet necessitate seu famis tempore vendiderint ipsa necessitate compulsi...

*Paul. Sent. 5.1.1:* Qui contemplatione extremae necessitatis aut alimentorum gratia filios suos vendiderint, statui ingenuitatis eorum non praeiudicant: homo enim liber nullo pretio aestimatur. Idem nec pignori ab his aut fiduciae dari possunt: ex quo facto sciens creditor deportatur. Operae tamen eorum locari possunt.

*Lex Visig. 4.4.3:* Qui a parentibus infantulum acceperit nutriendum, quantum mercedis pro nutritione accipiat praemium.

Si quis a parentibus infantulum acceperit nutriendum, usque ad decem annos, per singulos annos, singulos solidos pretii pro nutrito infante percipiat. Si vero decimum annum aetatis excesserit, nihil postea mercedis addatur: quia ipse qui nutritus est, mercedem suam suo potest compensare servitio. Quod si hanc summam, qui repetit, dare noluerit, mancipium in nutrientis potestate permaneat.

Da ultimo riproponiamo<sup>31</sup> la lettura della costituzione costantiniana del 329, inserita in CI.4.43.2.

*CI.4.43.2: Imp. Costantinus A. provincialibus suis.*

Si quis propter nimiam paupertatem egestatemque victus causa filium filiamve sanguinolentos vendiderit, venditione in hoc tantummodo casu valente emptor obtinendi eius servitii habeat facultatem. (1) Liceat autem ipsi qui vendidit vel qui alienatus est aut cuilibet alii ad ingenuitatem propriam eum repetere, modo si aut pretium offerat quod potest valere, aut mancipium pro huiusmodi praestet. *D. XV k. Sept. Serdicae Constantino A. VIII et Constantio C. IIII cons.*

Non ci pare azzardato supporre che i compilatori giustiniani con le parole: *propter nimiam paupertatem egestatemque victus causa*, non facciano che sviluppare la locuzione *vel nutriendum*.

#### ABSTRACT

The author advances the hypothesis that the expression *Si quis sanguine infantem quoquo modo legitime comparaverit*, of CTh. 5.10.1 does not only concern the sale of a free, newborn baby by the father, but also the sale of an abandoned baby by the collector. As for the words *vel nutriendum putaverit*, the author rejects the idea that one can refer to a hypothesis separa-

---

31 Cfr. *retro*, nota 15.

te from the sale (that is the *expositio* or the donation of infants), and considers that these words express an essential requirement of such a sale, that is that the sale is made in reference to the newborn baby's nourishment. Principal Sources: CTh 5.10.1; CTh 3.3.1; FRG. Vat. 33; FRG. Vat. 34; Cl.4.43.1-2; Const. Sirmond. 5; Nov. Valent. 33; Paul. Sent. 5.1.1.

L'a. avanza l'ipotesi che la locuzione *si quis a sanguine infantem quoquo modo legitime mmparaverit*, di CTh. 5.10.1, non riguardi solo la vendita di un neonato libero da parte del padre, ma anche la vendita di un neonato esposto da parte del raccoglitore. Quanto alle parole *vel nutriendum putaverit*, l'a. respinge l'idea che si faccia riferimento ad una ipotesi diversa dalla vendita (quale l'esposizione o la donazione di infanti), e ritiene che queste parole esprimano un requisito essenziale di tale vendita, cioè che essa sia fatta a scopo di alimentazione del neonato. Testi principali: CTh. 5.10.1; CTh.3.3.1; FRG. Vat. 33; FRG. Vat. 34; Cl.4.43.1-2; Const. Sirmond. 5; Nov. Valent. 33; Paul. Sent. 5.1.1.

LUCETTA DESANTI

*QUI SE TESTAMENTO PUPILLO TUTOREM SCRIPSIT*  
UN CONTRASTO *TRA* PAPINIANO E PAOLO?

1. Accadeva che il redattore di un testamento altrui fosse incaricato dall'ereditando di assumere la tutela del figlio impubere; e che, pertanto, scrivesse personalmente la propria nomina a tutore. La circostanza, come è comprensibile, dava luogo a sospetti: costui, quand'anche non avesse commesso un falso, poteva avere circuito il testatore, forzandone il volere, magari per trarne profitto.

In argomento, sono pervenute testimonianze contrastanti e discusse, dalle quali crediamo emerga un dibattito giurisprudenziale che ci sembra opportuno evidenziare.

2. Il SC Liboniano, come è noto, concerneva coloro che in altrui testamenti o codicilli, sia pure per volontà dell'ereditando, avessero scritto disposizioni a proprio favore: estendeva le pene del falso testamentario e provocava, di regola, la nullità delle disposizioni stesse<sup>1</sup>.

Tale disciplina è richiamata da Papiniano per risolvere il caso del tutore scrittori di proprio pugno nel testamento paterno.

D. 26, 2, 29 (Pap. 15 *resp.*): Ex sententia senatus consulti Liboniani tutor non erit, qui se testamento pupillo tutorem scripsit: cum autem patris voluntas hoc ipsum manu sua declarantis ambigua non esset, eum, quamvis alii tutores essent, curatorem dandum respondi, nec admittendam excusationem, quam iure publico habebat, quoniam promississe videbatur, nec ut suspectum removeri.

Invocando la sentenza *senatus consulti Liboniani*, Papiniano risponde che la nomina è invalida: *tutor non erit*<sup>2</sup>. Tuttavia, se il padre ha dichiarato espressamente

---

1. Si contemplavano, inoltre, le disposizioni a favore dei sottoposti, dell'avente potestà, ovvero di persone sottoposte al medesimo pater al quale era soggetto lo scrivente. In argomento, cfr., per tutti: F. DE MARTINO, Note *esegetiche* sul *Senatusconsulto* Liboniano, in Scritti in onore di E. Massari, Napoli 1938, ora in Scritti di *diritto* romano, I. Diritto e società nell'antica Roma, Roma 1979, 460 ss.; M. SCARLATA FAZIO, Contributo alla conoscenza degli *effetti civili* del falso testamentario, in Riv. dir. civ., 30 (1938), 417 ss.; B. ALBANESE, Sul *Senatusconsulto* Liboniano, in AUPA, 36 (1976), ora in Scritti *giuridici*, II, Palermo 1991, 1375 ss.; M. P. PIAZZA, La disciplina del falso nel diritto romano, Padova 1991, 171 ss.

2. E. VOLTERRA, *Sull'uso* delle *Sententiae* di Paolo presso i compilatori del *Breviarium* e presso i compilatori *giustiniane*, in Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano, Bologna e Roma 17-22 aprile 1933, I, Bologna 1934, 59 ss., ritiene che il giurista, con queste parole, alluda alla rimozione del tutore, prevista - come vedremo - in P.S. 3, 6, 15, la quale sarebbe stata stabilita dallo stesso SC Liboniano. In realtà, sembra improbabile che il provvedimento contemplasse espressamente l'ipotesi del tutore scrittori da sé nel testamento (v. *infra*, nt. 6); ma anche argomentando dallo spirito di tale disciplina, Papiniano doveva ricavare la nullità della *designazione*, non la rimozione del tutore: infatti, le disposizioni sibi *adscriptae*, ai sensi del SC Liboniano, di regola risultano nulle.

che ciò è conforme alla sua volontà, lo scriptor deve essere dato come tutore<sup>3</sup>, anche se ve ne siano altri. Non sono ammesse le scuse, perché – scrivendosi di suo pugno – risulta avere promesso di assumere l'ufficio<sup>4</sup>. D'altro canto, siccome la designazione riflette la *voluntas testatoris*, non può essere rimosso come sospetto: *nec ut suspectum removeri*<sup>5</sup>.

Il caso del tutore che ha redatto la propria nomina nel testamento altrui non pare contemplato nelle previsioni originarie del SC Liboniano<sup>6</sup>. È dunque Papiniano ad argomentare dallo spirito del provvedimento, per estenderne la relativa disciplina in via di interpretazione<sup>7</sup>. La soluzione papiniana non è peraltro priva di qualche forzatura. Come si è detto, il Senatoconsulto si applicava alle disposizioni vantaggiose per lo scriptor. La designazione a tutore, vista ormai come munus, diffi-

---

3. Come si desume dalla locuzione *quamvis alii tutores essent*, nel testo originale doveva figurare tutorem e non curatorem (S. SOLAZZI, *La minore età nel diritto romano*, Roma 1912, 160; 269). Non sembra invece rilevante la circostanza che, nel passo, si faccia riferimento alla *excusatio*: pare infatti di capire che, già in epoca classica, la disciplina delle scuse fosse estesa anche al *curator minoris*. Così, G. CERVENCA, *Studi sulla cura minorum*. 2. *In tema di excusationes dalla cura minorum*, in *BIDR*, 77 (1974), 139 ss. B. ALBANESE, *Sul Senatoconsulto*, cit., 1387 s., ha altresì sostenuto che Papiniano non poteva contemplare la *datio ex decreto* del tutore, perché la convalida da parte del testatore, di regola, escludeva ipso iure la sanzione del SC Liboniano: nel testo originale, pertanto, non doveva figurare tutorem *dandum*, ma *tutorem esse*. Questa opinione, tuttavia, sembra smentita da un dato testuale: Papiniano sottolinea che lo scriptor può essere dato - in presenza della convalida - anche se vi sono altri tutori: *quamvis alii tutores essent*. Tale precisazione implica che sia necessaria una *datio ex decreto*. Solo in questa ipotesi, infatti, la presenza di altri tutori, regolarmente costituiti, crea difficoltà, perché sarebbe vietato dare un tutore a chi ne ha già uno: tutorem *habenti tutor dari non potest*. Non sembra neppure da condividere la radicale opinione di G. BESELER, *Miszellen*, in *ZSS*, 47 (1927), 360, cui aderisce F. DE MARTINO, *Note esegetiche*, cit., 464, che suppone il passo interpolato da *cum autem* alla fine. I rilievi, di esclusivo carattere formale, su cui si basa l'assunto (il presunto grecismo delle parole *hoc ipsum*; la supposta scorrettezza dell'espressione *promissis* e di *videbatur* anziché *videretur*) sono plausibilmente confutati da B. ALBANESE, *Sul Senatoconsulto*, cit., 1388 nt. 25. Perplessità già in H. KRÜGER, *Römische Juristen und ihre Werke*, in *Studi Bonfante*, II, Milano 1930, 309.

4. D. 27, 1, 15, 1 (Mod. 6 *exc.*); Vat. 153 (Ulp. l. de *excus.*) e 154 (Ulp. l. de *excus.*).

5. S. SOLAZZI, *La minore età*, cit., 160; 269 (così anche F. DE MARTINO, *lc. ult.* cit.), ritiene queste parole siano state aggiunte dai compilatori, sulla base di due considerazioni: mediante l'infinito *removeri*, varierebbe il modo del verbo, precedentemente al gerundivo (*curatorem dandum*; *nec admittendam*; *nec removeri*); Papiniano non poteva parlare della rimozione del designato, perché costui non è ancora tutore e pertanto non può essere rimosso. Per quel che concerne la presenza dell'infinito *removeri*, anziché *removendum*, obietta giustamente B. ALBANESE, *Sul Senatoconsulto*, cit., 1388 nt. 25, che la circostanza potrebbe semplicemente documentare "una rielaborazione solo formale di più esteso discorso risalente allo stesso Papiniano". Si tratterebbe, comunque, di una disarmonia tollerabile. La seconda argomentazione sembra poi decisamente da scartare. Le parole *nec ut suspectum removeri* si riferiscono al designato che, in presenza della convalida paterna, ha assunto l'ufficio; perciò non risultano contraddittorie,

6. B. ALBANESE, *Sul Senatoconsulto*, cit., 1384 s.

7. Cfr.: E. COSTA, *Papiniano. Studio di storia interna del diritto romano*, II, Bologna 1894, 196 s.; B. VONGLIS, *La lettre et l'esprit de la loi dans la jurisprudence classique et la rhétorique*, Paris 1968, 161 s.; B. ALBANESE, *Sul Senatoconsulto*, cit., 1384 ss.

cilmente poteva considerarsi tale, almeno sotto il profilo strettamente economico<sup>8</sup>. Papiniano, forse, pone l'accento sul valore onorifico conferito alla *datio tutelae* testamentaria<sup>9</sup> e in questa rawisa un 'vantaggio'.

3. L'ipotesi di cui ci stiamo occupando è pure al centro di una attestazione attribuita alle *Sententiae* di Paolo e della quale sono pervenute due versioni difformi: una in D. 48, 10, 18, 1 (Paul. 3 *sent.*) e una nelle *Sententiae* visigotiche (P.S. 3, 6, 15).

Vediamo D. 48, 10, 18, 1.

D. 48, 10, 18, 1 (Paul. 3 *sent.*): Qui se filio testatoris impuberi tutorem adscripsit, etsi suspectus esse praesumitur, quod ultro tutelam videbitur affectasse, tamen, si idoneus esse adprobetur, non ex testamento, sed ex decreto tutor dandus est. nec excusatio eius admittetur, quia consensisse videtur voluntati testatoris.

Anche se si presume sospetto, in quanto mostrerà di essersi procacciato spontaneamente la tutela, lo *scriptor* deve essere dato come tutore, non in base al testamento ma *ex decreto*, purché risulti idoneo, verosimilmente tramite *inquisitio*<sup>10</sup>. Egli non potrà scusarsi, dato che – accettando di scrivere il suo nome – ha acconsentito ad assumere l'ufficio.

Si tratta di una soluzione simile a quella prospettata da Papiniano: la nomina a tutore dello *scriptor* risulta invalida ed è prevista una *datio ex decreto*. La differenza sta nel fatto che, per Papiniano, l'investitura magistratuale è autorizzata dall'espressa convalida del testatore; per Paolo, dalla circostanza che il designato risulti idoneo, tramite *inquisizione*<sup>11</sup>.

4. La plausibilità di questa attestazione è però revocata in dubbio dalla presenza, nelle *Sententiae* visigotiche, di un passo parallelo di ben diverso tenore.

Leggiamo:

8. F. DE MARTINO, Note *esegetiche*, cit., 465, il quale dubita che lo stesso Papiniano si sia richiamato a tale disciplina. Anche M. SCARLATA FAZIO, Contributo, cit., 439, ritiene che la *datio tutelae* si differenziasse dalle altre disposizioni perché, tra l'altro, "il contenuto di quella può essere e solo indirettamente patrimoniale".

9. B. ALBANESE, *Sul Senatoconsulto*, cit., 1387, che cita D. 27, 1, 36 pr. (Paul. 9 resp.).

10. È infatti attraverso la *inquisitio* che il magistrato accerta l'idoneità del tutore. Cfr., per esempio: D. 26, 2, 4 (Mod. 7 *diff.*); D. 26, 3, 1, 2 (Mod. 6 exc.); D. 26, 3, 2 pr. (Ner. 3 reg.); D. 26, 3, 5 (Pap. 11 quaest.); D. 26, 3, 6 (Pap. 5 resp.); D. 26, 3, 7 (Herm. 2 *iur. epit.*); D. 26, 3, 8 (Tryph. 14 *disp.*); D. 26, 3, 10 (Tryph. 14 *disp.*); C. 5, 29, 1. Sulla *inquisitio* magistratuale relativa ai tutori dativi e confermati, cfr.: A. GUZMÁN, *Caucion* tutelar en derecho romano, Pamplona 1974, 41 ss.

11. E. SÉCKEL, B. KÜBLER, *Iurisprudentiae anteiustinianae reliquiae ... compositae a Ph. E. Huschke*, ed. *sexta aucta et emendata*, II, Lipsiae 1911, 80 nt. 5, dubitano che le parole idoneus esse ... sed siano interpolate e che il testo originale recitasse così: *accedat testatoris auctoritas subscribentis*. In questo caso, Paolo avrebbe previsto un requisito analogo a quello contemplato da Papiniano. Noi riteniamo invece che i due giuristi prospettassero una disciplina radicalmente divergente.

P.S. 3, 6, 15: Qui se filio testatoris impuberi tutorem adscriperit, ut suspectus a tutela removendus est, ad quam ultro videtur adfectasse.

Lo *scriptor* deve essere rimosso come sospetto dall'ufficio, che ha spontaneamente tentato di procurarsi. La decisione presuppone la piena validità della tutela testamentaria: infatti – come è noto – la rimozione tramite *accusatio suspecti tutoris* riguarda il tutore legittimamente costituito<sup>12</sup>.

Le due testimonianze, forse entrambe rimaneggiate<sup>13</sup>, hanno diviso gli interpreti.

Non è mancato chi ha ritenuto sostanzialmente genuina la versione del Digesto<sup>14</sup>: Paolo, analogamente a Papiniano, doveva prospettare la nullità della designazione e concedere, eventualmente, la *datio ex decreto*. Quanto all'inciso *etsi suspectus esse praesumitur*, che ricorda il dettato di P.S. 3, 6, 15, si sono avanzate due possibili spiegazioni: queste parole potrebbero essere interpolate<sup>15</sup>; ovvero,

12. Proprio perché rimozione e *datio ex decreto* non possono coesistere, si deve respingere il tentativo di conciliazione delle due testimonianze operato da E. SECKEL, B. KUBLER, *Iurisprudentiae anteuustinianae*, 11, cit., 80, che ricostruiscono l'originario contesto pseudopaulino come segue. P.S. 3, 6, 15. Qui se filio testatoris impuberi [Brev. D. 48, 10, 18, 1] tutorem adscriperit, ut suspectus a tutela removendus est, ad quam ultro videtur adfectasse. 15 a. [D. 48, 10, 18, 1] Tamen si idoneus esse adprobetur, non ex testamento, sed ex decreto tutor dandus est nec excusatio eius admittetur, quia consensisse videtur voluntati testatoris. Sulla rimozione del tutore a seguito di *accusatio suspecti tutoris*, cfr., per tutti: R. TAUBENSCHLAG, *Vormundschaftsrechtliche Studien. Beiträge zur Geschichte des römischen und griechischen Vormundschaftsrechts*, Berlin 1913, 27 ss.; E. SACHERS, s.v. Tutela, in RE, VII A 2, Stuttgart 1948, 1556 ss.; S. SOLAZZI, La minore età, cit., 159 ss.; Tutor suspectus, in BIDR, 28 (1916), ora in Scritti di diritto romano, II, Napoli 1957, 101 ss.; A. BERGER, Zur Lehre vom tutor suspectus, in ZSS, 35 (1914), 39 ss.; R. LAPRAT, Le crimen suspecti tutoris, Nancy 1926.

13. Così, per esempio: G. BESELER, *Miszellen*, cit., 360; S. SOLAZZI, La minore età, cit., 269 s. e Miscellanea. 1. "Appetere", in AG, 94 (1925), ora in Scritti di diritto romano, 111, Napoli 1960, 56 s.; F. DE MARTINO, Note *esegetiche*, cit., 464. Cfr., altresì, E. LEVY, Vulgarization of Roman Law in the early middle ages. As illustrated by successive versions of Pauli Sententiae, in Medievalia et Hwnanistica, 1 (1943) e in BIDR, 55-56 (1951), 252 ss. A giudizio dell'A., il testo originale, da cui i frammenti in esame risultano tratti, contemplava due distinti casi, caratterizzati da diversi presupposti di fatto: nel primo caso, il tutore non poteva assumere l'ufficio; nel secondo sì. I redattori visigoti avrebbero soppresso quest'ultimo: P.S. 3, 6, 15 - pertanto - afferma semplicemente doversi rimuovere il tutore; Giustiniano, invece, avrebbe eliminato la distinzione tra le due ipotesi, in modo da permettere - in entrambe - la nomina ex decreto del designato. L'esistenza, nella riflessione di epoca classica, di queste due diverse ipotesi si desumerebbe da D. 26, 2, 29 (Pap. 15 resp.), ove comparirebbero due antitetiche decisioni: la prima - tutor non erit - corrispondente a quella delle Sententiae visigotiche; la seconda - [curatorem] <tutorem> dandum - conforme a quella del Digesto. In realtà, a noi non sembra che il passo di Papiniano rifletta le soluzioni emergenti dalle Sententiae. Questo giurista, argomentando dalla *sententia senatus* consulti Liboniani, propone la nullità della *datio* (v. retro, con nt. 2); nelle Sententiae visigotiche, invece, allo scopo di allontanare il tutore dall'incarico, è proposta la rimozione.

14. Sia pure ritenendo spurii ambedue i passi, S. SOLAZZI, La minore età, cit., 269 s. e Tutor suspectus, cit., 144 s. Cfr., altresì: R. LAPRAT, Le crimen, cit., 326 ss.; M. SCARLATA FAZIO, Contributo, cit., 439 ss.

15. S. SOLAZZI, La minore età, cit., 269 s. L'inciso *etsi suspectus esse praesumitur* potrebbe essere stato introdotto, nel testo di Paolo, per lo stesso motivo che avrebbe consigliato di aggiungere nec ut suspectum removeri nel testo di Papiniano.

l'originale paolino definiva il tutore suspectus nel senso di "poco affidante"<sup>16</sup>; i compilatori Visigoti, stravolgendo la portata dell'affermazione, avrebbero concesso l'*accusatio suspecti tutoris*.

Anche in un recente lavoro è stata ribadita questa idea e si è sottolineato come la soluzione papiniana – ormai consolidata – non potesse essere ignorata da Paolo, tanto più che il giurista si era diffusamente occupato del Senatoconsulto Liboniano<sup>17</sup>.

Noi siamo di opposto parere. Diversi indizi ci inducono a ravisare l'autentico pensiero di Paolo in quello espresso nel frammento visigotico, che prevede la rimozione del tutore come sospetto<sup>18</sup>.

I rilievi che possono muoversi contro P.S. 3, 6, 15 sono pochi e superabili<sup>19</sup>. All'opposto, la versione paolina del Digesto – nella quale, come si è visto, lo *scriptor* risulta dato non *iure*, si presume sospetto, ma è nominato ex decreto, purché risulti idoneo – presenta invece un andamento tortuoso, che rivela lo sforzo di conciliare concezioni opposte, di conservare regole preesistenti e accordarle con nuove soluzioni<sup>20</sup>.

16. S. SOLAZZI, *lc. ult. cit.* A giudizio dell'A., Paolo poteva utilizzare il termine suspectus nella medesima accezione che ricorre, a proposito del *procurator*, in D. 3, 3, 25 (Ulp. 9 ad ed.): nam hoc *ipso* suspectus est qui operam *sua*m ingerit invito. Cfr., altresì, F. DE MARTINO, Note esegetiche, cit., 464.

17. M. P. PIAZZA, *La disciplina*, cit., 195 ss.

18. In questo senso, tra gli altri: O. GRADENWITZ, Interpolationen in den *Pandekten*, in ZSS, 7 (1886), 76; C. FERRINI, Le presunzioni in diritto romano, in Riv. sc. giur., 14 (1892), ora in Opere, III, Milano 1929, 418 e 420; M. CONRAT, *Der Westgotische Paulus. Eine rechtshistorische Untersuchung*, Amsterdam 1907, 6 nt. 11; A. BERGER, *Zur Lehre*, cit., 90 s.; G. PACCHIONI, Corso di diritto romano, I, Torino 1918 (2° ed.), Appendice XI, CXIX s.; E. VOLTERRA, *Sull'uso delle Sententiae*, cit., 59 ss.; B. ALBANESE, *Sul Senatoconsulto*, cit., 1390 ss.

19. Cfr. E. VOLTERRA, Indice delle glosse, delle *interpolazioni* e delle *principali ricostruzioni* segnalate dalla critica nelle fonti pregiustinianee occidentali. I, in Rivista di storia del diritto italiano, 13 (1935), 127. Non sembra sospetto *adscripterit* in luogo di *adscriptit* (G. BESELER, *Miszellen*, cit., 360). Per le parole *ad quam ultro videtur affectasse*, v. *infra*, nt. 24.

20. Oltretutto, difficilmente il giurista tardo-classico avrebbe affermato che il tutore *suspectus esse praesumitur*. Si ritiene, infatti, che la categoria della *praesumptio* abbia origini assai tarde: C. FERRINI, *Le presunzioni*, cit., 417 ss.; D. SIMON, *Untersuchungen zum justinianischen Zivilprozess*, Munchen 1969, 199. Inoltre, è certamente censurabile la locuzione non ex testamento, sed ex decreto *tutor dandus est*, ove la chiamata del tutore in forza del testamento risulta configurata come *datio ex testamento*. Cfr.: S. SOLAZZI, *Miscellanea*, cit., 56; E. SECKEL, B. KÜBLER, *Iurisprudentiae anteiustinianae*, II, cit., 80 nt. 5, ad P.S. 3, 6, 15 a. Non ci sembra però che il passo risulti intrinsecamente contraddittorio e che il principio della nullità della *datio* faccia a pugni con l'adombrata possibilità di rendere sospetto il tutore (così, invece, S. SOLAZZI, *La minore età*, cit., 269 s.; B. ALBANESE, *Sul Senatoconsulto*, cit., 1391 nt. 30). In realtà, non si afferma che lo *scriptor* sia - allo stesso tempo - dato non *iure* e sospetto. Si dice che procede la nomina ex decreto, anche se costui si presume sospetto, giacché - successivamente - apparirà essersi procacciato la tutela: *quod ultro tutelam v i d e b i t u r affectasse*. Il futuro *videbitur* sottolinea efficacemente che i presupposti per una eventuale accusa in questo senso non sussistono attualmente, ma si produrranno quando il designato riceverà l'investitura ex decreto. Significativamente, in P.S. 3, 6, 15, ove si sostiene che il tutore sia attualmente sospetto, figura il presente *videtur*.

Ancora, siccome il riferimento al *tutor suspectus* compare sia nella versione del Digesto, sia nelle Sententiae visigotiche, si deve credere che figurasse anche nell'originale, da cui sono derivati i manoscritti orientali ed occidentali<sup>21</sup>. Né sembra plausibile che il termine *suspectus* fosse assunto da Paolo nel generico significato di "poco affidante". La *remotio* dello scriptor *ut suspectus* – in senso tecnico – non è prevista solamente in P.S. 3, 6, 15, ma anche in D. 26, 2, 29 (Pap. 15 resp.), ove si legge: *nec ut suspectum removeri*. Queste parole, siano esse genuine o meno<sup>22</sup>, dimostrano che ai giustinianei, forse allo stesso Papiniano, era noto un orientamento giurisprudenziale tendente a rimuovere, come sospetto, qui se testamento *pupillo tutorem scripsit*<sup>23</sup>.

Con ogni probabilità, si tratta del medesimo orientamento che traspare dal testo paolino delle Sententiae visigotiche<sup>24</sup>.

D'altra parte, la circostanza che Paolo dovesse conoscere l'opinione di Papiniano<sup>25</sup> non significa necessariamente che la condividesse.

Come abbiamo osservato<sup>26</sup>, l'applicazione del SC Liboniano alla nostra ipotesi non è scevra da difficoltà: presuppone la *datio tutelae* come disposizione vantaggiosa per lo scriptor; mentre la carica di tutore, ormai trasformata in munus, poteva non apparire tale. Papiniano, sostenendo l'applicazione del Liboniano, forse poneva l'accento sul "vantaggio" onorifico derivante dalla designazione<sup>27</sup>.

È lecito supporre che Paolo, ritenendo invece imprescindibile un "vantaggio" di carattere patrimoniale e non riconoscendolo nel caso della tutela ormai trasformata in munus, considerasse inapplicabile il Senatoconsulto e – per raggiungere l'analogo scopo di allontanare il tutore – ne proponesse la rimozione come sospetto.

#### 5. Un indizio a favore di questa idea che pure Paolo muovesse, nell'impostazio-

21. E. VOLTERRA, Sull'uso delle Sententiae, cit., 62 s., il quale tra l'altro osserva: "Non è poi lontanamente da pensarsi che i compilatori giustinianei conoscessero il testo rimaneggiato dai Visigoti e si servissero di questo, rimaneggiandolo a loro volta. Ciò sarebbe l'unico esempio del genere".

22. V. retro, con nt. 5.

23. Rileva esattamente E. VOLTERRA, Sull'uso delle Sententiae, cit., 62: "Ci sarebbe voluto infatti uno sforzo non indifferente di immaginazione pensare che il tutore, il quale ha scritto nel testamento la propria nomina, ma è stato confermato dal padre testatore, potesse essere rimosso ugualmente *ut suspectus*. Se i Giustinianei hanno creduto opportuno di inserire la frase in esame, è perché dovevano avere presente dei testi, nei quali effettivamente si parlava di rimozione del tutore in quei determinati casi, ed essi volevano togliere ogni possibile dubbio in proposito". Anche ammettendo che le parole *nec ut suspectus removeri* siano di Papiniano (v. nt. 5), valgono analoghe considerazioni.

24. Per di più, sia in D. 48, 10, 18, 1, sia in P.S. 3, 6, 15, il fondamento dell'accusa è indicato nella *affectatio tutelae*; e risulta da ulteriori testimonianze che il fatto di procacciarsi illecitamente la tutela poteva dare luogo, in effetti, all'*accusatio suspecti tutoris*: D. 1, 12, 1, 7 (Ulp. l. *sing. off. praef. urbi*); D. 26, 1, 9 (Marc. 3 inst.); cfr. B. ALBANESE, Sul Senatoconsulto, cit., 1389 nt. 27. Non sembra perciò giustificato il sospetto di S. SOLAZZI, *Miscellanea*, cit., 56, il quale ha dubitato della genuinità di questa osservazione, rispetto ad entrambe le fonti, sostenendo che l'espressione *tutelam adfectare*, in epoca classica, non era adoperata tecnicamente nel senso di appetere.

25. Cfr. retro, nt. 17.

26. V. retro, 50 s.

27. B. ALBANESE, Sul Senatoconsulto, cit., 1387, che cita D. 27, 1, 36 pr. (Paul. 9 resp.).

ne del caso, dal SC Liboniano<sup>28</sup>, ma per escluderne l'applicabilità, è possibile trarre allargando l'esplorazione al contesto in cui si situa la testimonianza paolina delle *Sententiae visigotiche*.

Osserviamo infatti che il nostro caso del tutore scrittosi da sé nel testamento è contemplato in P.S. 3, 6, 15, sotto il titolo de *legatis*: apparentemente, la collocazione appare inspiegabile, giacché il passo non concerne affatto la materia dei legati.

Ampliando però la lettura del titolo, emerge che nei due paragrafi precedenti – P.S. 3, 6, 14 e P.S. 3, 6, 14 a – si discute sulla validità del legato ai sensi del SC Liboniano. In P.S. 3, 6, 14, taluno, nel testamento altrui, ha scritto un legato a favore proprio e di un'altra persona<sup>29</sup>; in P.S. 3, 6, 14, 14 a, taluno ha scritto un legato a favore della moglie<sup>30</sup>.

È lecito supporre che il caso di P.S. 3, 6, 15, il quale nulla ha a che fare con la materia di chi ha scritto in un testamento altrui legati a proprio favore o di terzi, sia stato attratto in questo luogo proprio perché qui era in discussione, in via generale, l'applicabilità o meno del Senatoconsulto Liboniano<sup>31</sup>.

Pare inoltre di capire che, nell'originale paolino, il caso del tutore scrittosi nel testamento fosse effettivamente preceduto da quello del legato *uxori adscriptum*, perché i due casi figurano di seguito non solo in P.S. 3, 6, 14 a–15, ma anche nel passo del Digesto, cioè in D. 48, 10, 18 pr.-1 (Paul. 3 *sent.*)<sup>32</sup>.

Soffermiamoci ora sulla decisione relativa al primo caso. Il legato scritto nel testamento altrui, a favore della propria moglie, è valido, ossia non soggiace alla disciplina del SC Liboniano: *uxori legatum in alieno testamento scribere non prohibemur*. La ratio della decisione, con ogni probabilità, consiste nella mancanza di un vantaggio patrimoniale per lo *scriptor*: il marito, infatti, nulla acquista tramite la moglie, che all'epoca – di regola – era sposata *sine manu*<sup>33</sup>.

28. B. ALBANESE, *Sul Senatoconsulto*, cit., 1391, sembra affermare che l'Autore delle *Sententiae* riteneva valida la datio perché "non si faceva questione del SC Liboniano", ossia perché non prospettava neppure l'applicazione di tale disciplina. In realtà, il giurista non poteva ignorare la soluzione papiniana; d'altronde, se il testo originale delle *Sententiae* fosse risultato completamente estraneo alla materia del SC Liboniano, difficilmente sarebbe stato collocato in 48, 10, 18, 1, sotto il titolo *De lege Cornelia de falsis et de Senatus Consulto Liboniano*, vale a dire *in sede materiae*, con preferenza rispetto al passo papiniano in D. 26, 2, 29, ove peraltro si menziona esplicitamente la *sententia senatus consulti Liboniani*.

29. P.S. 3, 6, 14: *Si quis sibi et Titio legatum adscripserit, magis est, ut totum legatum ad coniunctum pertineat*. Cfr. B. ALBANESE, *Sul Senatoconsulto*, cit., 1433.

30. P.S. 3, 6, 14, 14 a: *Uxori legatum in alieno testamento scribere non prohibemur*. Cfr. B. ALBANESE, *Sul Senatoconsulto*, cit., 1446.

31. Cfr. E. LEVY, *Vulgarization*, cit., 255.

32. D. 48, 10, 18 (Paul. 3 *sent.*): *pr. Uxori legatum in alieno testamento scribere non prohibemur. 1 Qui se filo testatoris impuberi tutorem adscripsit, etsi suspectus esse praesumitur, quod ultra tutelam videbitur affectasse, tamen, si idoneus esse adprobetur, non ex testamento, sed ex decreto tutor dandus est. nec excusatio eius admittetur, quia consensisse videtur voluntati testatoris*.

33. B. ALBANESE, *lc. ult. cit.* Risulta pertanto superflua la correzione ipotizzata da E. SECKEL, B. KUBLER, *Iurisprudentiae anteiustinianae*, II, cit., 80 nt. 2, ad P.S. 3, 6, 14 a: *uxori, quae in manu nostra non est*. Proprio perché lo *scriptor* non ne traeva alcun vantaggio, erano escluse dalla disciplina del Senatoconsulto, in generale, le disposizioni favorevoli ai congiunti sui quali non esercitasse la *potestas*.

Ebbene, a noi sembra verosimile che il medesimo ragionamento sia sottostante alla decisione del caso successivo, quello, per l'appunto, di chi si è scritto come tutore nel testamento altrui. Paolo avrebbe ritenuto valida la *datio*, e inapplicabile il SC Liboniano, perché – ai suoi occhi – l'ufficio tutelare non costituiva un apprezzabile vantaggio patrimoniale.

6. La soluzione paolina quale si ricava dalle *Sententiae visigotiche*, volta ad escludere – come si è visto – l'applicazione del SC Liboniano, forse maggiormente corretta sul piano formale, appare tuttavia meno efficace rispetto a quella proposta da Papiniano, che invece ne sostiene l'applicazione. La rimozione del tutore revocava nel nulla la *datio tutelae* a posteriori; più opportunamente, l'applicazione del SC Liboniano ne sanciva la nullità *ab origine*<sup>34</sup>. Inoltre, facendo salva la possibilità della convalida, permetteva una maggiore aderenza alla *voluntas testatoris*<sup>35</sup>.

Probabilmente per queste ragioni, l'opinione papiniana prevalse. Essa è stata accolta dai giustinianeî, nei punti essenziali, in D. 26, 2, 29 (Pap. 15 resp.). Forse, ma non è sicuro, sono state aggiunte le parole finali *nec ut suspectum removeri*, allo scopo di respingere ulteriormente la possibilità della *remotio*<sup>36</sup>.

Viceversa, il passo di Paolo contenuto nel Digesto, cioè in D. 48, 10, 18, 1 (Paul. 3 sent.), appare pressoché riscritto, sulla scorta di Papiniano D. 26, 2, 29<sup>37</sup>. La designazione è nulla, ai sensi del SC Liboniano, ma lo *scriptor* può essere nominato ex decreto, previa inquisizione; non sono concesse le scuse.

L'autentica opinione di Paolo, che secondo noi è documentata nelle *Sententiae visigotiche* e che proponeva di rimuovere il tutore come sospetto, è conservata ma si trasforma in *praesumptio*. Il designato non è attualmente sospetto (né potrebbe esserlo, visto che la *datio* è nulla), ma si presume tale, perché in seguito – una volta intervenuto il decreto – mostrerà di essersi procacciato spontaneamente la tutela: *quod ultro tutelam videbitur affectasse*<sup>38</sup>. Tale *praesumptio* non ne impedisce la

34. Senza dubbio, è preferibile impedire che una disposizione ritenuta viziata venga in essere, piuttosto che consentirne la revoca.

35. Il rimedio della rimozione, viceversa, sembra essere proposto in ogni caso, senza tenere conto di eventuali dichiarazioni di conferma da parte del testatore. In questo modo, anche un tutore effettivamente gradito poteva essere allontanato.

36. V. retro, nt. 5 Queste parole, però, potrebbero risalire allo stesso Papiniano. Va invece osservato che - mediante l'interpolazione di *curatorem*, al posto di *tutorem* - il designato assume l'ufficio in qualità di curatore e non di tutore: *curatorem dandum* (v. retro, nt. 3). Ciò accade perché - nel caso di specie - si aggiunge ad altri preesistenti tutori (*quamvis alii tutores essent*) e il diritto giustiniano, in simili ipotesi, prevede la nomina di un curatore: D. 26, 7, 9, 8-9 (Ulp. 36 ad ed.); C. 5, 28, 5; C. 5, 29, 3; C. 5, 36, 5. Cfr.: R. TAUBENSCHLAG, *Vormundschaftsrechtliche Studien*, cit., 47 ss.; S. SOLAZZI, *Curator impuberis*, Roma 1917, 3 ss., in part. 17 ss.; Sulla regola *tutorem habenti tutor dari non potest*, in RIL, 52 (1919), ora in *Scritti di diritto romano*, II, Napoli 1957, 249 ss.; E. SACHERS, *s.v.* Tutela, cit., 1524 s.; P. BONFANTE, *Corso*, I, cit., 580 s.; 662.

37. V. retro, 53 ss. Il passo disciplina il caso in cui manchi la convalida paterna.

38. Come abbiamo già osservato (v. retro, nt. 20), il verbo *videbitur*, al futuro, indica che gli estremi per rendere sospetto il tutore matureranno in seguito, quando questi assumerà l'ufficio. Infatti, giacché la designazione risulta nulla, la possibilità di intentare l'*accusatio suspecti tutoris* non è configurabile sino a quando non sia intervenuto il decreto magistratuale.

nomina *ex decreto*, ma impone la procedura di inquisizione che – accertando l'idoneità del tutore – dissolve i dubbi sul suo conto.

## ABSTRACT

Papinianus and Paulus resolved differently the *case* regarding the person who *se testamento pupillo tutorem scripsit*. Papinianus applied the *sententia senatus consulti Liboniani*, because he judged favourable to the *scriptor* the fact that he had been designated as guardian; therefore he considered the designation void. On the contrary, Paulus rejected this solution and suggested that the *scriptor* should be removed through *accusatio suspecti tutoris*. Principal texts: *D.* 26, 2, 29 (Pap. 15 *resp.*); *D.* 48, 10, 18, 1 (Paul. 3 *sent.*); *P.S.* 3, 6, 15.

Papiniano e Paolo hanno risolto diversamente il caso di chi *se testamento pupillo tutorem scripsit*. Papiniano ha applicato la *sententia senatus consulti Liboniani*, considerando vantaggiosa per lo *scriptor* la nomina a tutore; perciò ha concluso per la nullità della designazione. Paolo, invece, ha respinto questa soluzione, proponendo di rimuovere lo *scriptor* mediante *accusatio suspecti tutoris*. Testi principali: *D.* 26, 2, 29 (Pap. 15 *resp.*); *D.* 48, 10, 18, 1 (Paul. 3 *sent.*); *P.S.* 3, 6, 15.

ALESSANDRO BERNARDI

SULLE FUNZIONI DEI PRINCIPI DI DIRITTO PENALE(\*)

**Sommario**

**SEZIONE I: Caratteri, contenuti e funzioni dei principi di diritto.**

1) Considerazioni introduttive. 2) I caratteri sistematico e programmatico-direttivo dei principi di diritto. 3) Il controverso "contenuto" dei principi di diritto. 4) Le differenti funzioni assolate dai principi di diritto.

**SEZIONE II: Principi di diritto interno e sistema penale: osservazioni sull'esperienza italiana e francese.**

5) Il processo di positivizzazione dei principi nel diritto penale interno. 6) Il principio di proporzione. 7) Il principio di legalità. 8) Il principio di responsabilità personale. 9) I principi di umanizzazione e rieducatività delle pene. 10) I principi di diritto interno e la loro funzione di armonizzazione penale intrasistematica e intersistematica.

**SEZIONE III: Principi di diritto internazionale e sistemi penali europei.**

11) I principi previsti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la loro astratta attitudine all'armonizzazione dei sistemi punitivi interni. 12) Il ruolo in concreto svolto dai principi CEDU nella prospettiva del ravvicinamento dei sistemi punitivi nazionali. 13) I principi espressi e inespressi di diritto comunitario. I criteri del *maximum standard* ovvero dell'"orientamento prevalente" ed i loro riflessi sull'armonizzazione dei sistemi punitivi interni. 14) Il ruolo in concreto svolto dai principi di diritto comunitario nella prospettiva del ravvicinamento dei sistemi punitivi europei. 15) Considerazioni conclusive.

---

(\*) È il testo italiano della relazione tenuta il 7 aprile 1992 all'Università di Poitiers.

SEZIONE I  
CARATTERI, CONTENUTI E FUNZIONI DEI PRINCIPI DI DIRITTO

1. *Considerazioni introduttive.*

I principi di diritto – definibili in prima approssimazione come "norme fondamentali a carattere generale" – tendono ad attrarre viepiù l'attenzione del giurista e del penalista in particolare. Naturalmente, con questo non voglio dire che essi costituiscono una "scoperta" recente<sup>1</sup>. Già prima della Rivoluzione francese, infatti, proprio ai "principi di diritto criminale" erano stati dedicati taluni studi<sup>2</sup>, per non parlare poi dell'interesse tributato ai principi a sfondo penale nei periodi in cui si è concentrata l'attività di redazione delle Costituzioni europee<sup>3</sup>, ed in particolare all'epoca del "ritorno giusnaturalista" successivo alla caduta dei regimi fascista e nazista. Ma certo è che oggi, anche in ragione del generalizzato processo di costruzione di un diritto penale costituzionalmente orientato<sup>4</sup>, tale interesse sembra in ulteriore crescita: di recente, convegni sui principi di diritto penale o comunque anche penale, si sono avuti, tra l'altro, in Francia<sup>5</sup> e in Italia<sup>6</sup>; da più parti si progettano o comunque si auspicano codificazioni di principi<sup>7</sup> atte – per quanto specificamente concerne la sfera penale – a sottolineare le fondamentali direttrici del sistema sostanziale e processuale; infine, e soprattutto, si assiste ad una crescente utilizzazio-

1. Sull'evoluzione storica dei principi di diritto cfr. PATTARO, *Les principes généraux du droit entre raison et autorité*, in *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Bruxelles, 1988, p. 280 ss.

2. Cfr., ad esempio, Principes des lois criminelles suivis d'observations impartiales sur le droit romain, di J.E.D. BERNARDI, opera pubblicata a Parigi nel 1788, ma invero concepita nelle sue linee fondamentali già alcuni anni prima. Nei Principes viene infatti riproposto, con aggiunte e correzioni, il *Discours* premiato al concorso di Chalons del 1780. Per ulteriori riferimenti bibliografici cfr., per tutti, CHAUVEAU e HELIE, *Teorica del codice penale*, Napoli, 1953, vol. I, p. 13 ss.

3. Sottolinea l'esistenza di ben distinti "cicli" di Costituzioni, BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Milano, 1980, p. 501 ss.

4. In relazione alla Francia cfr., per tutti, FAVOREU, *La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale*, in *Droit pénal contemporain. Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Paris, 1989, p. 194 ss.; LE CALVEZ, *Les principes constitutionnels en droit pénal*, in *Jurisclasseur périodique*, 1985, I, 3189 ss.; LEVASSEUR, *Les grands principes de la Déclaration des droits de l'homme et le droit répressif français*, in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Ses origines - Sa pérennité*, Paris, 1990, p. 233 ss.; PHILIP, *La constitutionnalisation du droit pénal français*, in *Rev. sc. crim.*, 1985, p. 718. In relazione all'Italia, per una puntuale analisi della progressiva penetrazione dei principi costituzionali nel diritto penale, cfr. da ultimo e per tutti FLORA, *Il rilievo dei principi costituzionali nei manuali di diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 1187 ss., e bibliografia ivi riportata.

5. Cfr. *Des principes directeurs de politique criminelle pour l'Europe*, Convegno in occasione della ricorrenza del cinquantenario della *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* (Parigi, 22-23 maggio 1986). Gli atti del Convegno sono pubblicati nella stessa *Revue*, 1987, p. 1 ss.

6. Convegno su "I principi generali del diritto", a cura dell'Accademia Nazionale dei Lincei, (Roma, 27-29 maggio 1991).

7. Cfr., in particolare, *La mise en état des affaires pénales, Rapports de la Commission Justice pénale et droits de l'homme*, Paris, 1991, p. 111 ss. Cfr., altresì, in generale, ITALIA, *La fabbrica delle leggi*, Milano, 1990, p. 165.

ne dei "principi di diritto" sul piano sia legislativo sia giurisprudenziale<sup>8</sup>, con le contrapposte finalità di contenere e orientare – senza peraltro precludere – la discrezionalità del giudice<sup>9</sup>, ovvero di consentire a quest'ultimo di accentuare la sua funzione 'creatrice' del diritto<sup>10</sup>.

L'ambiguità di fondo che già sembra emergere dai principi di diritto e dai relativi modelli di utilizzazione altro non è che il riflesso della loro dimensione proteiforme, spiegabile – oltre che con la diversità dei profili propria di ogni entità, naturale o concettuale – col fatto che essi non costituiscono un dato unitario, ma piuttosto un insieme di fenomeni tra loro assai diversi? Ma la consapevolezza dell'esistenza di una molteplicità di categorie di principi (e prima ancora di una molteplicità di criteri per l'individuazione e la classificazione di tali categorie)<sup>12</sup> dotate di caratteristiche distinte, non impedisce di tratteggiare un quadro di insieme che dia conto, sia pure a grandi linee, dei caratteri, contenuti e funzioni peculiari dei principi in quanto tali.

## 2. I caratteri sistematico e programmatico-direttivo dei principi di diritto.

Tra i diversi aspetti propri dei principi di diritto, i più significativi sono senz'altro il carattere sistematico e quello programmatico-direttivo.

a) Il carattere sistematico dei principi di diritto deriva dalla loro capacità di riassumere attraverso un procedimento induttivo il contenuto e il "senso" di altre norme più specifiche; di ricondurre cioè le norme particolari nell'ambito di un concetto più generale. Risulta così possibile evidenziare i tratti salienti e fondamentali dei diversi settori del sistema giuridico (per esempio del settore penale) nonché, procedendo ancora nell'attività induttiva, individuare gli elementi peculiari dell'intero sistema giuridico, ed infine gli elementi comuni ad una pluralità dei sistemi giuridici. Tale carattere, beninteso, appartiene solo a principi (o a categorie di principi) che siano estratti da norme particolari, e dunque che siano successivi ad esse, quanto meno sotto il profilo del procedimento induttivo di enucleazione<sup>13</sup>.

b) Ancora più prezioso risulta però il carattere programmatico-direttivo, grazie

8. In argomento cfr., da ultimo, ASHWORTH, *Principles of criminal law*, Oxford, 1991.

9. Cfr. ancora, in generale, ITALIA, *ivi*, p.155.

10. Cfr. fondamentalmente ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1956, p. 52 ss. Cfr. altresì, più recentemente e in prospettiva specificamente internazionalistica, WEIL, *Principes généraux du droit et contrats d'Etat*, in *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à B. Goldman*, Paris, 1982, p. 387 ss.

11. Cfr. BOBBIO, voce Principi generali di diritto, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIII, 1970, p. 893 ss.; GAJA, voce Principi generali del diritto (diritto internazionale), in *Enc. dir.*, vol. XXXV, 1986, pp. 533 e 536; GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1990, p. 109 ss.

12. In argomento cfr. ancora BOBBIO, *Principi generali di diritto*, cit., p. 894 ss.

13. Cfr., in generale e per tutti, BRIMO, *Les principes généraux du droit et les droits de l'homme*, in *Archives de philosophie du droit*, vol. XXVIII, Philosophie pénale, 1983, p. 259 ss, nonché, in una prospettiva storica, PATTARO, *Les principes généraux du droit*, cit., p. 281 e bibliografia *ivi* riportata.

al quale i principi tendono ad orientare l'opera del legislatore (carattere programmatico) e dell'interprete (carattere direttivo) consentendo al contempo a questi soggetti di attuare i principi stessi in diverso grado e/o attraverso soluzioni giuridiche differenti. Tale vocazione, che è propria dei principi di diritto in quanto norme *indirette* (postulanti cioè altre norme deputate ad attuarle) e *indefinite* (comportanti cioè una serie indefinita di applicazioni), bene mette in luce la loro dinamicità ed elasticità. Ed è appunto in virtù della loro elasticità – propria anche degli *standards* e delle *direttive*<sup>14</sup> – che i principi di diritto consentono (sia pure con le riserve formulate *infra* al § 4) un armonico coordinamento di norme d'attuazione<sup>15</sup> pur tra loro distinte. Ovviamente, il carattere programmatico-direttivo presuppone principi di diritto che – a differenza di quelli a carattere sistematico – siano logicamente preesistenti alle norme particolari destinate ad attuarli. Ritengo comunque che il carattere sistematico e quello programmatico-direttivo non risultino in radicale contrasto tra loro<sup>16</sup>, ma piuttosto tendano ad integrarsi a vicenda; così come, del resto, le stesse categorie dei principi "preesistenti" e "successivi" non sembrano costituire realtà inconciliabili, ma al contrario entità parallele e complementari. Tanto più che, al pari dei principi preesistenti alle singole norme, anche i principi successivi – come detto ricavati induttivamente da norme particolari – si prestano, sia pure in un secondo momento (in un momento cioè successivo a quello della loro enucleazione), ad orientare il legislatore e l'interprete, ad assumere cioè un carattere programmatico-direttivo.

### 3. Il controverso "contenuto" dei principi di diritto.

Anche il "contenuto" dei principi di diritto non costituisce un dato unitario, variando a seconda delle categorie di principi presi in esame e, prima ancora, a seconda delle concezioni filosofiche e giuridiche accolte<sup>17</sup>.

a) Nell'impossibilità di approfondire la questione, basterà qui ricordare come in base ad una concezione a sfondo giusnaturalista i principi (essenzialmente preesistenti e a carattere direttivo) si connoterebbero per la loro "sostanza" etica, sino a

14. Cfr., *amplius*, DELMAS-MARTY, Des principes directeurs de politique criminelle pour l'Europe - Rapport introductif, in Rev. sc. crim., 1987, p. 28 ss.; TARUFFO, La giustificazione delle decisionifondate su standards, in Materiali per una storia della cultura giuridica, 1989, p. 151 ss. e bibliografia ivi riportata. Sulla problematica concernente il ricorso alla tecnica degli standards nell'ambito del diritto penale cfr. DELMAS-MARTY, Les standards en droit pénal, in Revue de la recherche juridique, 1988, p. 1020 ss.

15. Cfr. ANCEL, Utilité et méthodes du droit comparé, Neuchâtel, 1971, p. 84 ss; DELMAS-MARTY, Leflou du droit, Paris, 1986, p. 297.

16. Invero, la contestuale dimensione sistematica e direttiva dei principi ha indotto in taluni il sospetto che "il modello dell'utilizzazione dei principi sia null'altro che uno schema vuoto" (BARTOLE, voce Principi generali del diritto (diritto costituzionale), in Enc. dir., vol. XXXV, p. 496) "che serve a coprire di volta in volta disparate operazioni" (TARELLO, L'interpretazione della legge, Milano, 1980, p. 385).

17. È soprattutto con riferimento al "contenuto" dei principi che può dirsi per certi aspetti ancora attuale l'affermazione secondo la quale "La maestà dei principi deriva anche dal mistero che li circonda", BOULANGER, Principes généraux du droit et droit positif, in Etudes Ripert, 1950, I, p. 51.

costituire l'espressione di valori tendenzialmente immutabili e trascendenti il sistema giuridico dello Stato, quali l'equità e la stessa giustizia. In questa prospettiva i principi – postulando l'esistenza di norme ad essi subordinate e destinate a darvi attuazione in diverso modo e misura – finiscono dunque col riproporre in versione aggiornata, quel "diritto naturale a contenuto variabile" che, secondo una dottrina particolarmente in auge all'inizio del secolo, doveva costituire il nucleo comune al diritto dell'umanità civile; nucleo atto a consentire, all'interno di "linee di fondo" di portata universale, il mantenimento dell'individualità dei singoli sistemi statuali<sup>18</sup>.

b) Secondo una concezione puramente positivista, l'essenza dei principi, lungi dal ricavarsi da una realtà superiore, risulterebbe circoscritta al sistema giuridico vigente<sup>19</sup>. I principi sarebbero quindi caratterizzati, semplicemente, dal loro contenuto di generalità<sup>20</sup> e significatività tecnico-legislativa; contenuto ricavato induttivamente dalle norme particolari espresse (principi "successivi" o "impliciti") ovvero destinato a condizionare le norme subordinate (principi "preesistenti" o "espressi").

In base a questa concezione, in altre parole, i principi "successivi" sarebbero il mero precipitato del diritto positivo: sarebbero cioè norme riassuntive del significato essenziale di molte norme particolari. Quanto ai principi "preesistenti" essi sarebbero le norme generali di contenuto normativo tale da favorire la costruzione stessa del sistema giuridico, da caratterizzarne lineamenti e condizionarne l'evoluzione: sarebbero cioè i punti di coordinamento di un sistema privo di problematiche di ordine contenutistico ulteriori a quelle relative alla mera adeguatezza tecnico-giuridica della legge.

c) Infine, secondo una concezione intermedia, atta a superare le opposte formulazioni di tipo strettamente giusnaturalista o positivista, i principi rappresenterebbero il massimo tentativo di calare nell'universo del diritto (legislativo e giurisprudenziale) elementi di ragione e di valore intesi nella loro dimensione storica<sup>21</sup>. In base a

18. Cfr. CATHREIN, *Naturrecht und positives Recht*, 1909, p. 279; MAUSBACH, *Die Katholische Morallehre*, II ed., 1902, p. 168 ss; SALEILLES, in *Revue trimestrelle de droit civil*, 1902, p. 112. Cfr. altresì, successivamente, BOUCAUD, *Les perspectives historiques et philosophiques du droit comparé*, in *Mélanges Lambert*, Paris, 1973, vol. I, p. 301 ss e, in particolare, p. 308; ROMMEN, *Le droit naturel. (Die ewige Wiederkehr des Naturrechts)*, Paris, 1945 (ma 1936), p. 290. Cfr. ancora, nel periodo di "rinascita giusnaturalista" successivo alla seconda guerra mondiale, SCHOLLGEN, *Konkrete Ethik*, in *Wort und Wehrheit*, XIV, 1959, p. 91; HENNING, *Der Masstab des Rechts im Rechtsdenken der Gegenwart*, 1961.

19. Cfr. ITALIA, *Lafabbrica delle leggi*, cit., p. 134 ss.

20. Fermo restando che esistono diversi livelli di "generalità" e che il concetto stesso di generalità è quanto mai relativo "potendo la stessa norma essere considerata principio generale rispetto a norme più specifiche, e norma specifica rispetto a una norma più generale". BOBBIO, *Principi generali di diritto*, cit., p. 894.

21 In proposito cfr. da ultimo - peraltro in una prospettiva circoscritta ai principi relativi ai c.d. "diritti dell'uomo" - KRIELE, *L'universalità dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1992, p. 6 ss; VALTICOS, *La notion des droits de l'homme en droit international*, in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, Paris, 1991, p. 486. Con specifico riferimento ai principi di diritto penale, VASSALLI, *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 702 ss. In merito al problema della "razionalizzazione dei valori" e all'evoluzione storica di questi ultimi cfr. le osservazioni di JESTAZ, *Autorité et raison en droit naturel*, in *Arguments d'autorité*, cit., p. 265 ss.

questa concezione – che personalmente ritengo la più interessante – i principi presentano un contenuto che esprime, contestualmente, la razionalità del sistema giuridico e quei "valori" del proprio tempo che tale sistema è chiamato a rispettare; un contenuto che ripropone quindi, in tutti i suoi diversi aspetti, l'eterna questione della *qualità* della legge<sup>22</sup>. Ma a questo punto il discorso viene necessariamente a spostarsi dal *contenuto* alle *funzioni* assolute dai principi.

#### 4. *Le differenti funzioni assolute dai principi di diritto.*

Poiché, come è evidente, il contenuto di volta in volta attribuito ai principi di diritto tende a riflettersi sulle funzioni a questi ultimi riconosciute<sup>23</sup>, le diverse concezioni a sfondo giusnaturalista o positivista finiscono per conferire ai principi connotati funzionali almeno parzialmente diversi.

a) Secondo la concezione giusnaturalista, funzione prioritaria dei principi sarebbe quella di improntare la legge – ed in particolare la legge penale – a quei valori eterni e fondamentali di cui i principi stessi sarebbero espressione<sup>24</sup>. In altre parole i principi, adombrando una dimensione metagiuridica sovraordinata al diritto positivo, si presenterebbero come argine al "relativismo" di quest'ultimo, impedendo così che lo *ius conditum* venga a identificarsi nella forza e dunque, potenzialmente, nell'ingiustizia e nell'irrazionalismo della volontà legislativa.

a1) Per contro, secondo talune concezioni di stampo rigidamente positivista, adeguare il sistema giuridico a valori metagiuridici sarebbe compito estraneo ai principi di diritto, i quali si limiterebbero invece, come già ricordato, a riflettere le regole fondamentali ricavabili dal complesso delle norme esistenti (principi "successivi"), ovvero ad esprimere le scelte essenziali del legislatore, destinate ad essere sviluppate e precisate nelle norme derivate (principi "preesistenti"). Lungi dall'assolvere una funzione *lato sensu* "etica", i principi risulterebbero finalizzati al mero perseguimento di quella funzione di coordinamento delle norme legali e di costruzione e razionalizzazione del sistema giuridico nel suo complesso, sulla quale tra poco avremo modo di soffermarci,

a2) Personalmente, non ritengo che solo muovendo da una concezione *stricto sensu* giusnaturalista sia possibile inquadrare le funzioni dei principi di diritto in una prospettiva di valore. Quest'ultima – limitata, ma non del tutto assente neppure

22. In argomento cfr., amplius, BERNARDI, "Principi di diritto" e diritto penale europeo, in *Annali dell'Università* di Ferrara - Scienze giuridiche, 1988, p.91 ss.

23. Per una rassegna delle diverse funzioni assolute dai principi di diritto cfr., per tutti, BARTOLE, *Principi generali del diritto*, cit., pp.514 ss. e 531 ss.; BOBBIO, *Principi generali del diritto*, cit., p.895 ss.; CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico*, Pisa, 1941, p.246 ss.

24. In argomento cfr., da ultimo, LETOURNEAU e FITZGERALD, *Politique criminelle et réforme du Droit: l'approche de la Commission de réforme du Droit du Canada*, in *Arch. pol. crim.*, n. 14, 1992, p. 105 ss.

nei principi "successivi", ricavati cioè dalle norme del sistema giuridico<sup>25</sup> – mi sembra infatti emerga con particolare chiarezza attraverso un'analisi *strutturale* e soprattutto *storica* dei principi "preesistenti".

Già sul piano strutturale, infatti, non si è mancato di osservare come il requisito di "generalità" dei principi di diritto<sup>26</sup> tenda a favorire una sorta di loro diretta osmosi con quelle formule generiche in cui si traduce l'ordine etico<sup>27</sup>. Ma è più ancora l'indagine storica che mostra inconfutabilmente come i principi di diritto si siano imposti all'attenzione della scienza giuridica proprio nei periodi contraddistinti da una più acuta sensibilità verso gli aspetti "qualitativi" della legge; e come tali principi siano stati utilizzati (si pensi ai principi costituzionali) per improntare e vincolare il sistema giuridico a valori (quali innanzitutto quelli riconnessi ai cosiddetti diritti dell'uomo) che la coscienza sociale avverte tutt'oggi come fondamentali e meritevoli di tutela, indipendentemente da ogni considerazione di ordine giusnaturalista o positivista<sup>28</sup>.

b) Una diversa funzione dei principi di diritto, sulla quale esiste una maggiore concordanza di vedute, è quella di razionalizzazione del sistema giuridico, grazie sia al loro apporto di conoscenza (derivante dal carattere sistematico dei principi) sia soprattutto alla loro capacità di coordinare e armonizzare le norme di attuazione e la relativa interpretazione (derivante dal carattere programmatico-direttivo dei principi)<sup>29</sup>. Da un lato infatti è noto che i positivisti attribuiscono grande importanza ai principi di diritto, intesi come tecnica di legislazione, come metodologia giuridica, come strumento atto a trasformare la legislazione in "sistema" razionale<sup>30</sup>. Dall'altro lato è altresì noto che la funzione razionalizzante dei principi risulta perfettamente coerente con l'attuale rinascita del diritto naturale: inteso però questa volta non

---

25. La dottrina più attenta ha infatti sottolineato come l'ampio spazio lasciato dai principi all'attività interpretativa (e ciò anche nel corso del processo diretto a ricavare i principi dalle norme particolari del sistema) contribuisca al loro sviluppo in chiave teleologica ed assiologica, a causa della tendenza ad inserire nell'interpretazione giudizi di valore esterni al sistema giuridico. Cfr. CAIANI, I giudizi valore *nell'interpretazione* giuridica, Padova, 1954. Cfr. altresì MELCHIOR, Notions "vagues" ou "indéterminées" et "lacunes" dans la Convention européenne des Droits de l'Homme, in *Protecting human Rights: The European Dimension. Studies in Honour of G.J. Wiarda*, Köln, 1988, p.413 ss. Per taluni spunti sul ruolo dell'etica nella teoria dell'interpretazione cfr., da ultimo, BOURETZ, *Le droit et la règle: Herbert L.A. Hart*, in *La force du droit*, a cura di Bouretz, Paris, 1991, p. 58; ID. *Prendre le droit au sérieux: de Rawls à Dworkin*, *ivi*, p. 63 ss. e p. 78 ss.; OST, *Jupiter, Hercule, Hermès: trois modèles du juge*, *ivi*, p. 241 ss. e, soprattutto, p. 266 ss.

26. Tutti i principi infatti, in quanto norme indefinite ed indirette, presentano (sia pure in misura maggiore o minore) il requisito della generalità. Cfr., in particolare, BOBBIO, *Principi generali di diritto*, cit., p.894; BETTI, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971, p.312.

27. Cfr. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p.90.

28. In argomento cfr., da ultimo, le riflessioni di HOFFE, *La justice politique*, Paris, 1991, p.304 ss.

29. Cfr. HAYEK, *Droit, legislation et liberté*, Paris, 1985, p.78.

30. Cfr. ITALIA, *La fabbrica delle leggi*, cit., p.149 ss. Sottolinea lo stretto collegamento esistente tra il tema dei principi generali e la problematica della metodologia della scienza giuridica, BARTOLE, *Principi del diritto*, cit., p.523.

tanto, o comunque non solo, quale *fondamento assiologico* del diritto positivo atto a rendere quest'ultimo retto e giusto, ma (grazie all'affermata coincidenza tra "natura" e "ragione") quale modello logico di riferimento, atto quindi a canalizzare la volontà legislativa entro scherni razionali<sup>31</sup>.

Se dunque la funzione di razionalizzazione dei principi di diritto non soffre di condizionamenti ideologici, essa risulta tuttavia minacciata da quelle stesse prerogative che determinano tale funzione. In particolare, la prerogativa di generalità-flessibilità propria dei principi, se da un lato si presta a consentire sviluppi legislativi ed interpretativi armonicamente coordinantisi all'interno del sistema, dall'altro lato comporta il costante rischio – direttamente proporzionale al livello di astrattezza dei singoli principi<sup>32</sup> – di processi deduttivi fortemente disomogenei e persino antitetici, destinati quindi a favorire non solo la diversità, ma addirittura l'inconciliabilità dei risultati normativi e interpretativi derivanti da uno stesso principio<sup>33</sup>.

In un precedente, più ampio lavoro, ho affrontato i problemi connessi alla trasposizione dei principi in norme di attuazione, e più in generale al processo di definizione, concretizzazione ed evoluzione storica dei principi nei diversi contesti normativi ed interpretativi<sup>34</sup>. Qui mi limiterò a sottolineare come l'attività di sviluppo e di "implementazione" dei principi di diritto possa essere notevolmente condizionata dalle più diverse componenti (dottrinarie, politiche, sociali, culturali, etc.) con la conseguente impossibilità di stabilire a priori e con esattezza gli esiti derivanti dall'applicazione di un dato principio.

Nel concludere questa breve indagine sulla funzione dei principi di diritto si deve quindi ribadire, sul piano puramente teorico, l'attitudine di questi ultimi a rispondere ad esigenze sia di valore sia di razionalità e coerenza, nella prospettiva di un'attività legislativa e interpretativa qualitativamente fondata. Ma si deve anche sottolineare l'esigenza di verificare in concreto gli sviluppi conferiti ai principi nei diversi ambiti normativi in cui essi vengono a radicarsi, e gli effetti prodotti da tali sviluppi all'interno dei diversi sistemi giuridici.

Nel contesto di questo lavoro mi propongo di porre in luce, attraverso pochi esempi, in primo luogo i profili assunti da taluni fondamentali principi di diritto in ambito nazionale e in particolare gli effetti da essi prodotti sul sistema penale italia-

---

31. Cfr. in argomento JESTAZ, *L'avenir du droit naturel ou le droit de seconde nature*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1983, p. 233; ID., *Autorité et raison en droit naturel*, cit., p. 259 ss. Da ultimo, sottolinea i nessi tra razionalismo e giusnaturalismo HAARSCHER, *Philosophie des droits de l'homme*, Bruxelles 1991, p. 19 ss.

32. La difficoltà di ricavare dai generalissimi e fondamentali principi (a cui si riduce la nozione di diritto di natura suggerita da una larga parte del moderno giusnaturalismo) principi intermedi e regole di diritto via via più determinate ma pur sempre improntate ad una coerenza di fondo, è ben nota alla dottrina. Cfr. PERTICONE, voce *Diritto naturale (teoria moderna)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. IV, p. 955.

33. Cfr. ad esempio CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, cit., p. 159.

34. BERNARDI, *"Principi di diritto" e diritto penale europeo*, cit., pp. 93-113 e bibliografia ivi riportata.

no e francese (Sez. 11); in secondo luogo i profili assunti da taluni principi nel diritto internazionale (e più precisamente nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nel diritto comunitario) e gli effetti da essi prodotti nei sistemi penali degli Stati dell'Europa occidentale (Sez. III).

## SEZIONE II

### PRINCIPI DI DIRITTO INTERNO E SISTEMA PENALE: OSSERVAZIONI SULL'ESPERIENZA ITALIANA E FRANCESE

#### *5. Il processo di positivizzazione dei principi nel diritto penale interno.*

Un dettagliato esame dei profili assunti dai principi di diritto nei Paesi europei e degli effetti da essi prodotti sui rispettivi sistemi penali esula completamente dai circoscritti fini della presente relazione. Mi limiterò pertanto a trattare – in modo sommario e talora anche solo esemplificativo – di taluni fundamentalissimi principi nell'esperienza italiana, con frequenti riferimenti al diritto comparato ed in particolare al diritto francese, che non potrebbe comunque essere ignorato.

Ed invero, esaminare i principi del diritto penale moderno significa innanzitutto esaminare gli attuali sviluppi di quelle idee e concezioni che circolavano in Europa all'epoca dei 'lumi' e in relazione alle quali la Francia ha giocato un ruolo assolutamente fondamentale. È la Francia infatti il Paese in cui sono state entusiasticamente accolte quelle idee di civiltà giuridico-penale spesso osteggiate nella patria di coloro che le avevano propugnate (pensiamo innanzitutto a Beccaria)<sup>35</sup>; è dalla Francia che tali idee sono state poi rilanciate per venire altrove per la prima volta presentate in forma di veri e propri principi legali<sup>36</sup>; è sempre in Francia, infine, che esse trovano la loro definitiva consacrazione sul piano giuridico, nella *Déclaration* del 1789, nel codice penale rivoluzionario del 1791<sup>37</sup> ed in quello del 1810, per passare quindi nelle legislazioni europee ispirate al modello napoleonico.

Trasformate così in veri e propri principi giuridici, tali idee – come è noto – risultano ormai spesso recepite in modo esplicito nella massima parte delle Costituzioni e dei sistemi penali, ove sovente assumono formulazioni abbastanza simili<sup>38</sup>. Non mancano comunque casi in cui taluni principi fondamentali mantengono carattere inespesso, dovendo così essere individuati attraverso l'attività dottrina e soprattutto giurisprudenziale, la quale talora si spinge sino ad attribuire livello costituzionale a principi generali impliciti ricavati induttivamente da una

35. Cfr. da ultimo PRADEL, *Histoire des doctrines pénales*, Paris, 1989, p.24 ss.

36. Si fa riferimento alla Riforma della legislazione criminale toscana del 30 novembre 1786 detta "Leopoldina", che costituisce come noto la prima codificazione improntata ai principi illuministici. In argomento cfr. PADOVANI, *Lettura della Leopoldina. Un'analisi strutturale*, in *La "Leopoldina"*, vol.V, *La Leopoldina nel diritto e nella giustizia in Toscana*, Milano, 1989.

37. Cfr. REMY, *Les principes généraux de code pénal de 1791*, Paris, 1910.

38. Sulle affinità riscontrabili tra i principi accolti nelle Costituzioni europee e sulle relative cause (giusnaturalistiche, storico-politiche e comparatistiche) cfr. BERNARDI, "Principi di diritto" e dirittopenale europeo, cit., p.101 ss e bibliografia ivi riportata.

serie di norme di legge ordinaria<sup>39</sup>.

In questo diversificato processo storico di "positivizzazione" di principi riconducibili ad un ideale illuminista di giustizia e ragione, tali principi finiscono volta a volta col presentare fra loro nessi logici e punti di contatto, ovvero col costituire diversi profili di una stessa realtà concettuale, ovvero ancora col porsi come particolari sviluppi e specificazioni di altri e più generali principi fondamentali. L'esame dei singoli principi renderà più evidente questo fenomeno.

#### 6. Il principio di proporzione.

Un convincente esempio sia del carattere proteiforme dei principi sia della complessità delle interrelazioni esistenti fra di essi è offerto dal fondamentale principio di proporzione, valorizzato in particolare dalla giurisprudenza costituzionale tedesca<sup>40</sup>, ma comunque accolto, sotto nomi e forme diverse, dalla massima parte degli ordinamenti interni<sup>41</sup>. In tale principio infatti convivono e si fondono tutte le principali idee-guida di origine giusnaturalista, quali innanzitutto la *giustizia/equità* e l'*uguaglianza*.

a) Il principio di proporzione si ricava, in primo luogo, dalla stessa idea di giustizia e di equità. In particolare, mentre è connotato al concetto di giustizia che la pena – e più in generale ogni tipo di sanzione<sup>42</sup> – risulti proporzionale alla gravità delle violazioni, il concetto di equità (specie nella sua accezione di *benignitas* atta a correggere il *rigor iuris*)<sup>43</sup> suggerisce che possa dirsi proporzionata solo la pena strettamente necessaria in relazione alle singole violazioni. Donde il principio (o meglio il sotto-principio) di necessità della sanzione penale, detto anche principio di *extrema ratio*<sup>44</sup>.

---

39. Questo fenomeno di "costituzionalizzazione" dei principi generali da parte della giurisprudenza si riscontra - con profili di volta in volta differenti - in alcuni Paesi europei, Si pensi, ad esempio, ai "Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République", elevati in Francia a "nuova categoria costituzionale" da una sentenza del *Conseil constitutionnel* del 16 luglio 1971 (cfr. RIVERO, *Les "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République": une nouvelle catégorie constitutionnelle?*, in *Recueil Dalloz*, 1972, p.265 ss.; LUCHAIRE, *Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux*, in *Reu. int.dr.comp.*, 1981, p.285 ss.); nonché ai "Principi costituzionali non scritti" creati dal Tribunale federale svizzero (cfr. OHLINGER, *Object et portée de la protection des droits fondamentaux*, in *Rev.int.dr.comp.*, 1981, p.543 ss.). Infine anche in Belgio a taluni "principi generali impliciti" è talora attribuito rango costituzionale (si pensi al principio di difesa). Cfr. SCREVEN, *Principes constitutionnelles et principes généraux applicables en droit pénal belge*, in *Reu.sc.crim.*, 1987, p.40).

40. Cfr., sinteticamente, TIEDEMANN, *L'influence des principes constitutionnels et de la jurisprudence constitutionnelle sur le droit pénal allemand*, in *Rev.sc.crim.*, 1987, p.108.

41. Cfr. BALLARINO, *Lineamenti di diritto comunitario*, Padova, 1987, p.153.

42. Cfr., in relazione al sistema francese, le sentenze del *Conseil constitutionnel* 30 dicembre 1987 e 19 gennaio 1989, nelle quali è stato affermato che il principio di proporzione concerne sia le sanzioni penali sia le sanzioni amministrative.

43. Cfr., *amplius*, COLAO, *La giustizia criminale senese nell'età delle riforme leopoldine*, Milano, 1989, p.103 ss.

44. *Cons. const.*, 20 gennaio 1981, in *Jurisclasser périodique*, 1981, II, 11701, con nota di FRANCK; in *Recueil Dalloz*, 1982, p. 441, con nota di DEKEUWER.

In Francia, come noto, il principio di proporzione-necessità è mirabilmente esplicitato dall'art.8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, secondo la quale "La legge deve prevedere solo le pene strettamente e palesemente necessarie". Per contro, in Italia, il principio di proporzione-necessità non è previsto espressamente, ma costituisce per così dire il momento di composizione dei due fondamentali principi ispiratori del nostro sistema penale: quello di difesa sociale e quello di rispetto della persona umana<sup>45</sup>. In questa prospettiva, il principio di proporzione-necessità della pena discenderebbe, in particolare, dal principio dell'inviolabilità della libertà personale (art.13 Cost.) e dalla cosiddetta teoria del bene giuridico, in base alla quale solo un'infrazione che si traduca nella lesione di un bene giuridico primario potrebbe giustificare, sul piano sia logico che giuridico, il sacrificio di un bene fondamentale e costituzionalizzato come la libertà personale: la quale come si sa risulta sempre – direttamente o indirettamente – compromessa dall'applicazione della sanzione penale<sup>46</sup>.

Il diverso carattere, ora esplicito (Francia) e ora implicito (Italia), del principio costituzionale di proporzione-necessità risulta comunque poco influente sulla concreta operatività di quest'ultimo. Con questo non si vuole certo negare importanza allo sforzo di concettualizzazione che ogni processo definitorio comporta<sup>47</sup>, e che tra l'altro nell'art.8 della Dichiarazione del 1789 è approdato ad un risultato di grande efficacia e rigore espressivo. Si vuole solo sottolineare come, nel caso di specie, anche la formulazione espressa del principio, per la sua estrema generalità ed astrattezza, appare comunque destinata a consentire un amplissimo ambito di manovra al legislatore e all'interprete (giudice e Corte Costituzionale), alla cui "discrezionalità"<sup>48</sup> resta pertanto affidato l'effettivo impatto del principio in questione sui sistemi penali interni.

Si tratta quindi di verificare il ruolo giocato in concreto da tale principio nei singoli Paesi. Trascurando di proposito il tema dell'incidenza del principio di proporzione-necessità sull'attività di commisurazione della pena da parte del giudice<sup>48</sup>, e limitandoci all'influenza di tale principio sull'attività del legislatore e degli organi di controllo costituzionale, sembra di poter dire, innanzitutto, che in Francia ed in Italia le scelte politico-criminali non sono state fortemente condizionate dal principio di proporzione. Quanto meno, il principio di proporzione-necessità non ha impedito in Francia le contraddittorie scelte legislative avutesi, in particolare, tra la metà degli anni '70 e la metà degli anni '80 e come noto dirette, volta a volta, a pri-

45. Cfr. VASSALLI, I principi generali del diritto *nell'esperienza penalistica*, cit., p.706.

46. Infatti anche la pena pecuniaria, se non pagata, può tradursi in una misura detentiva (come accade nella massima parte degli Stati, ed in particolare in Francia con la *contraite par corps*) o comunque in una misura limitativa della libertà (come accade in Italia con la libertà controllata).

47. In particolare, per usare le parole di BARTOLE (Principi generali del diritto, cit., p.498) "la delegazione consentita dai principi inespressi è più ampia di quella accordata da quelli espressi".

48. In argomento cfr., da ultimo, *Disparités dans le prononcé des peines. Causes et solutions*, document Conseil de l'Europe, vol. XXVI, 1989 (Travaux du 8<sup>ème</sup> Colloque criminologique, 1987).

vilegiare l'opzione rieducativo-risocializzativa o wero l'opzione repressiva<sup>49</sup>. Quanto all'Italia, il principio in questione (come detto implicito, ma comunque di livello costituzionale) non ha evitato fortissime oscillazioni per quanto riguarda il momento di sintesi tra difesa sociale e garanzie individuali. Oscillazioni che nei tempi recenti hanno avuto i loro estremi da un lato nella legislazione anti-terrorismo<sup>50</sup> e anti-mafia<sup>51</sup>, che ha fortemente ristretto le garanzie personali<sup>5\*</sup> e che ha introdotto nuovi reati e nuovi istituti contraddistinti da un regime di pene di dubbia conformità al principio di proporzione; dall'altro lato nell'enfasi garantistica del nuovo codice di procedura penale e della stessa legge penitenziaria del 1986. Enfasi garantistica particolarmente evidente in relazione alla disciplina dei benefici previsti nell'ambito del trattamento risocializzante, i quali, come noto, sono stati oggetto di notevolissime estensioni, sino a compromettere, secondo taluni, le esigenze di difesa sociale così come di proporzione della pena.

È vero infatti che tali benefici non incidono direttamente sul rapporto di proporzione esistente fra i singoli fatti e l'entità legale delle relative pene. Ma è pur sempre vero che i benefici in questione talora possono finire col comportare una profonda erosione quantitativa della pena stessa, nonché, addirittura, una sorta di svuotamento della complessiva dimensione afflittiva di quest'ultima, così da rendere di fatto irriconoscibile la sanzione eseguita rispetto a quella comminata o wero irrogata<sup>53</sup>, e da comprometterne la stessa proporzionalità.

In ogni caso, per restare nello specifico campo dell'influenza del principio di proporzione sui singoli compassi edittali, è facile constatare come a tutt'oggi tale principio non sia ancora riuscito ad imporre una soddisfacente "cultura della commisurazione legale". Cultura, la quale risulta ostacolata – oltreché da quelle particolari situazioni emergenziali che tendono a compromettere in radice una serena attività commisurativa – dalla stessa frammentazione e moltiplicazione delle fattispecie astratte e dei beni giuridici di riferimento, così come dalla fretteolosità e trasandatez-

---

49. Cfr. in particolare da un lato le ll. 29 dicembre 1972, 1 luglio 1975, 10 giugno 1983 (tutte a sfondo specialpreventivo); dall'altro lato le ll. 8 giugno 1970, 2 febbraio 1981, 9 settembre 1986 (a sfondo generalpreventivo e repressivo). Come noto, la profonda diversità delle scelte politico-criminali volta a volta privilegiate è stata dovuta, oltre che a ragioni d'ordine contingente, alle opposte tendenze della "nuova difesa sociale" e della scuola neo-classica, nonché delle forze politiche nelle quali le due scuole hanno talora finito con l'identificarsi. Cfr. in proposito BERNARDI, *Justice en perdition: la questione criminale francese nel pensiero "neoclassico"* di Soyer, in Riv. it. dir. proc. pen., 1985, p.542 ss.

50. Cfr., per tutti, PALAZZO, *Terrorisme et législation anti-terroriste en Italie*, in Rev. sc. crim., 1987, p.639 ss.; VIGNA e CHELAZZI, voce *Terrorismo*, in Dizionario di diritto e procedura penale, a cura di Vassalli, Milano, 1986, p.1055 ss., e bibliografia ivi riportata.

51. Cfr. in particolare SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, Padova, 1990; nonché da ultimo FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, in Indice pen., 1991, p. 5 ss. e bibliografia ivi riportata.

52. Cfr. PALAZZO, *Constitution, Cour constitutionnelle et droit pénal: trente ans d'expérience italienne*, in Rev. sc. crim., 1986, p.5.

53. Cfr., in particolare, FLORA, *La commisurazione della pena e la sua trasformazione in fase esecutiva*, relazione tenuta a Gardone Riviera in occasione del II Congresso italiano di diritto penale, organizzato dal Gruppo italiano dell'Association Internationale de Droit Pénal (10-11 ottobre 1991), testo dattiloscritto in corso di pubblicazione.

za dell'attività di produzione delle norme penali. Di tutto ciò sono testimonianza certi dislivelli sanzionatori difficilmente giustificabili sul piano razionale, quando non addirittura paradossali, in quanto del tutto svincolati dalla significatività dei beni giuridici tutelati e delle relative modalità di aggressione<sup>54</sup>.

Tanto l'esempio francese che quello italiano sembrerebbero dunque confermare ancora una volta la notoria maggiore sensibilità degli organi legislativi alle contingenze della politica criminale piuttosto che alle questioni di principio, la cui salvaguardia resterebbe affidata essenzialmente agli organi del controllo costituzionale<sup>55</sup>.

Per quanto comunque concerne specificamente il principio di proporzionalità, l'uso fattone dal Consiglio costituzionale francese per stabilire la congruità delle pene previste dal legislatore in relazione ai diversi tipi di infrazioni, è stato improntato ad una certa prudenza<sup>56</sup>. "Certo, esso riconosce che il legislatore deve rispettare quanto stabilito dall'art.8 della Dichiarazione; tuttavia esso ritiene che il legislatore deve disporre della più grande libertà nel valutare la necessità delle pene inerenti alle fattispecie da lui stesso delineate, cosicché, salvo il caso di evidente errore di valutazione, non censurerà tale valutazione. In altre parole, il Consiglio costituzionale procede ad un controllo minimale, in quanto esso non può sostituire la propria valutazione a quella del legislatore"<sup>57</sup>. Non deve dunque meravigliare se sinora solo in casi estremamente rari il Consiglio costituzionale ha dichiarato l'incongruità di una norma in ragione della sua manifesta incongruità<sup>58</sup>: analogamente a quanto è avvenuto in Italia in relazione al principio esplicito di eguaglianza che costituisce, come vedremo subito, l'altra faccia del principio di proporzione.

b) Il principio di proporzione tra reati e pene non si ricollega infatti solo alle idee di giustizia ed equità, ma anche all'idea di *eguaglianza*. Idea da tempo divenuta vero e proprio principio giuridico: il principio di eguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge, esplicitamente previsto in particolare sia dalla Costituzione fran-

54. Cfr. da ultimo e per tutti, anche per taluni specifici riferimenti normativi, PADOVANI e STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, Bologna, 1991, p. 110; PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1992, p. 437 ss.

55. Vero è però che, di rimbalzo, la stessa giurisprudenza costituzionale potrebbe indurre gli organi legislativi ad un maggiore rispetto dei principi costituzionali, grazie all'acquisita consapevolezza che il proprio operato può essere sottoposto a censura da parte del giudice delle leggi (cfr., *amplius*, FAVOREU, *La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale*, cit., p. 194 ss). Anche così si spiega quell'adeguamento spontaneo del legislatore ai precetti costituzionali, di cui vedremo qualche esempio al § 7, lett. b).

56. Il *Conseil constitutionnel* ha dimostrato un'analogha prudenza in relazione al problema a sfondo proporzionalistico del cumulo tra sanzioni penali e non penali, cumulo che resta a tutt'oggi ammesso in Francia, sia pure con alcune limitazioni, in particolare per quanto concerne l'entità complessiva delle sanzioni irrogate, che non deve superare il limite massimo di pena previsto per la più grave delle violazioni commesse. Cfr. *Conseil constitutionnel*, 28 luglio 1989.

57. FAVOREU, *La constitutionnalisation du droit pénal*, cit., p. 187.

58. Cfr. la sentenza n.87-237 DC del 31 dicembre 1987, nella quale il *Conseil constitutionnel* ha dichiarato manifestamente sproporzionata una sanzione fiscale prevista in caso di illecita divulgazione dell'entità delle rendite di un contribuente: tale sanzione consisteva nel pagamento di una somma di denaro quantitativamente uguale all'entità delle rendite illecitamente divulgate.

cese (art.2) sia dalla Costituzione italiana (art.3).

Orbene, diversamente da quanto è avvenuto in Francia, ove il principio di eguaglianza è stato invocato ad altri fini<sup>59</sup>, in Italia tale principio è stato invocato di frequente per sottolineare l'incostituzionalità dei reati puniti con pene incongrue alla loro gravità. Senonché, similmente a quanto accaduto in Francia in relazione al principio esplicito di proporzione-necessità, la Corte costituzionale italiana ha costantemente interpretato il principio di eguaglianza-proporzionevolezza attraverso il parametro minimale della "ragionevolezza". La Corte ha cioè sottolineato come "le valutazioni sulla congruenza tra i reati e le pene appartengano alla politica legislativa", e come pertanto debbano essere considerate contrarie alla Costituzione solo le "sperequazioni che assumono una tale gravità da risultare radicalmente ingiustificate"<sup>60</sup> e dunque *irragionevoli*.

Si è trattato di pochi casi, in particolare in materia di insubordinazione con violenza (art. 186 codice penale militare di pace), di assicurazioni nella caccia, di porto di armi, di reati elettorali, di danneggiamento aggravato. Attraverso il principio di eguaglianza-ragionevolezza si è inoltre giunti ad eliminare anche talune norme relative alla parte generale del codice penale (per esempio in materia di presunzione o di persistenza della pericolosità sociale) o wero relative al diritto penitenziario. Peraltro, in queste ultime ipotesi, il collegamento tra i concetti di eguaglianza-ragionevolezza e di proporzione-necessità tende a divenire più sfumato in concomitanza con la progressiva valorizzazione delle specificità sottese a tali concetti, ai principi sottostanti ed ai loro modelli di utilizzazione.

Si può quindi concludere che l'uso del principio di proporzione fatto in Francia ed in Italia dagli organi del controllo costituzionale è stato certo assai cauto; né forse poteva essere altrimenti, tenuto conto della delicatezza dei problemi connessi al controllo delle scelte punitive operate dal legislatore<sup>61</sup>. Tuttavia, il ricorso al principio in questione ha portato risultati di una certa importanza, pratica e soprattutto "simbolica". Entrambe le Corti hanno infatti ribadito che, se la scelta della sanzione appartiene al Parlamento, tale scelta deve peraltro risultare "ragionevole", pena l'incostituzionalità della relativa norma.

Se dunque l'attuale contributo del principio di proporzione alla costruzione di un sistema penale razionale e "giusto" non può essere negato, non può neppure essere escluso in futuro un più accentuato e deciso ricorso a tale principio. Un esempio in questo senso sembra venire dalla stessa Corte di Giustizia delle Comunità europee la quale, come si vedrà nella Sezione III di questo lavoro, esercita un controllo sulla proporzione fra le violazioni e le relative sanzioni particolar-

59. Cfr. FAVOREU, *La constitutionnalisation du droit pénal*, cit., p.188 ss.

60. Corte cost., 5 maggio 1979, n.26, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p.200 ss, con nota di ROSSETTI, *Controllo di ragionevolezza e oggettività giuridica dei reati di insubordinazione*. In argomento cfr. altresì, per tutti, PIZZORUSSO, *Le norme sulla misura delle pene e il controllo della ragionevolezza*, in *Giur.it.*, 1971, IV, c.192 ss.; PAPA, *Considerazioni sul controllo di costituzionalità relativamente alla misura edittale delle pene in Italia e negli USA*, in *Riv.it.dir. proc.pen.*, 1384, p.726 ss.

61. Cfr. PALAZZO, *Constitution, Cour constitutionnelle, et droit pénal*, cit., p.5 ss.

mente penetrante<sup>62</sup>.

### 7. Il principio di legalità.

Di origine remotissima<sup>63</sup>, il principio di legalità si afferma definitivamente in epoca illuminista, quale risposta alle esigenze di certezza del diritto e di libertà individuale; quale espressione della supremazia del potere legislativo in quanto rappresentante di tutta la collettività; quale veicolo atto a trasporre e "formalizzare" nel diritto positivo le idee eterne ed immutabili di razionalità e giustizia<sup>64</sup>. Successivamente, tale principio ha progressivamente attenuato la sua connotazione giusnaturalista e ha assunto ulteriori caratteri, sino a diventare una categoria giuridica polivalente aperta alle più diverse funzioni: da quella garantista di impronta liberale-democratica a quella autoritaria di matrice antiilluminista e antigiusnaturalista<sup>65</sup>, per riacquistare infine, nelle odierne Costituzioni, parte della dimensione originaria. Nella sua molteplicità di profili, il principio di legalità costituisce – come si può vedere – un universo impossibile da sintetizzare in poche battute. Mi limiterò pertanto a qualche osservazione sulla sua fonte e sugli sviluppi conferiti ai suoi naturali sottoprincipi, che come noto sono il principio della "riserva di legge", il principio di tassatività-determinatezza e il principio di irretroattività.

Per quanto concerne la fonte del principio di legalità, va ricordato come tale principio risulti ormai consacrato nella massima parte dei sistemi giuridici europei, sia nei codici penali (livello di legge ordinaria) sia nelle Costituzioni (livello costituzionale)<sup>66</sup>, sia infine nelle Carte internazionali, ed in particolare nell'art.7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950 (considerata, a seconda dei diversi Paesi, di livello legislativo, supralegislativo, costituzionale o addirittura sovraconstituzionale)<sup>67</sup>. La ricorrente sinteticità delle formule (spesso simili fra loro) nelle quali tale principio trova espressione<sup>68</sup> ha reso necessaria un'intensa attività di sviluppo e implementazione da parte dell'interprete, ed in particolare da parte delle Corti Costituzionali dei diversi Paesi. Attività che ha nel complesso sortito risultati soddisfacenti e tendenzialmente omogenei, anche se non sono certo mancati contrasti e cedimenti, sia all'interno dello stesso Paese sia, a maggior ragione, in prospettiva comparatistica; contrasti e cedimenti rivelatori, in particolare, delle resistenze che la piena applicazione del principio in questione incontra.

62. Cfr. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, Milano, 1989, p.327 ss.

63. Cfr., per tutti, PRADEL, *Droit pénal général*, Paris, 1992, p.151, n.130.

64. Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1992, p.40 ss.

65. In funzione autoritaria e antiilluminista il principio di legalità fu, ad esempio, recepito nel codice penale italiano del 1930.

66. Senza pretese di completezza, artt. 7 Cost. belga; 7 e 8 Dichiarazione del 1789, recepita nella Cost. francese del 1958; 7 Cost. greca; 25 Cost. italiana; 12 Cost. lussemburghese; 175 Cost. olandese; 29 Cost. portoghese; 9 e 25 Cost. spagnola, 1 Cap.VIII Cost. svedese; 103 Cost. tedesca.

67. Cfr. COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, 1989, p. 247 ss.; *Raisonnement la raison d'état*, a cura di Delmas-Marty, Paris, 1989, Annexe 2, p. 506 ss.

68. Quali, ad esempio, le formule previste dall'art. 25 Cost. italiana e dagli artt. 9 e 25 Cost. spagnola. In merito al contenuto del principio di legalità nel sistema costituzionale spagnolo cfr., PALAZZO, *Valori costituzionali e diritto penale (un contributo comparatistico allo studio del tema)*, in *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Milano, 1985, vol.I, p.552, con riferimenti bibliografici. Per contro, il principio di legalità viene formulato in modo più articolato, ad esempio, nell'art.7 Cost. greca e nell'art.29 Cost. portoghese.

Certamente, oggi nell'Europa continentale non può più parlarsi di quella che è stata definita la *démision par idéologie* del principio di legalità<sup>69</sup>; ma piuttosto – come ci accingiamo a vedere – della tendenza a limitare le conseguenze derivanti dal completo riconoscimento dei diversi corollari del principio in questione.

a) All'interno del principio di legalità, è soprattutto rispetto al (*sotto*)principio di "riserva di legge" che risultano maggiormente evidenti le attuali resistenze dei sistemi penali europei, ed in particolare del sistema italiano e francese. Se infatti scopo del principio della "riserva di legge" è quello di evitare non solo l'arbitrio del potere giudiziario, ma anche e soprattutto l'ingerenza del potere esecutivo, è facile constatare come tale scopo risulti attualmente solo in parte raggiunto. In particolare, è nota la tendenza in Italia a fare frequente ricorso ai decreti legge governativi anche fuori dei rigorosi casi di necessità ed urgenza richiesti dall'art. 77 comma 2° della Costituzione; per non parlare dell'uso talora improprio del decreto legislativo, laddove la delega del Parlamento al Governo ad emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria (art. 77 comma 1° Cost.) risulti estremamente generica, vale a dire priva di puntuali criteri direttivi.

Vero è che, sotto questo profilo, la Francia non sembra essere da meno dell'Italia. Voglio qui solo accennare al problema delle *ordonnances* promulgate ai sensi dell'art.38 della Costituzione francese<sup>70</sup>, specie per quanto concerne la possibilità di una loro ratificazione implicita da parte del Parlamento<sup>71</sup>; al problema delle misure adottate ai sensi dell'art.16 della Costituzione<sup>72\*</sup> e della loro talora dubbia

69. In relazione al principio di legalità, distingue tra una "*démision par ideologie*" ed una "*démision par nécessité*", PRADEL, *Droit pénal général*, cit., p.156, n.135.

70. In base all'art.38 della Costituzione francese "Il Governo può, per l'esecuzione del suo programma, richiedere al Parlamento l'autorizzazione ad emanare con ordinanze, entro un termine limitato, dei provvedimenti che rientrerebbero normalmente nella competenza della legge.

Tali ordinanze sono deliberate in Consiglio dei ministri, sentito il Consiglio di Stato. Esse entrano in vigore con la pubblicazione, ma decadono se il progetto di legge di ratifica non è presentato al Parlamento prima della data fissata dalla legge di autorizzazione (*loi d'habilitation*). Alla scadenza del termine di cui al 1° comma del presente articolo le ordinanze non possono più essere modificate se non per legge".

71. Tale ratificazione implicita è stata comunque ammessa dal *Conseil constitutionnel*. Cfr. sentenza 72-73 DC, 29 febbraio 1972, Rec. 31.

72. L'art.16 della Costituzione francese recita "Quando le istituzioni della Repubblica, l'indipendenza della Nazione, l'integrità del territorio o l'esecuzione degli impegni internazionali sono minacciati in maniera grave ed immediata e il regolare funzionamento dei poteri pubblici costituzionali è interrotto, il Presidente della Repubblica adotta le misure richieste da tali circostanze, sentiti il Primo Ministro, i Presidenti delle assemblee ed il Presidente del Consiglio Costituzionale.

Egli ne informa la Nazione mediante un messaggio.

I provvedimenti devono essere ispirati alla volontà di assicurare ai poteri pubblici costituzionali, nel minor tempo possibile, i mezzi necessari per provvedere ai loro compiti. Il Consiglio Costituzionale è consultato in materia.

Il Parlamento si riunisce di diritto.

L'Assemblea Nazionale non può essere sciolta durante l'esercizio dei poteri eccezionali".

natura di atti legislativi<sup>73</sup>; infine e soprattutto al problema della competenza regolamentare per le contravvenzioni. Problema quest'ultimo particolarmente delicato ove le contravvenzioni siano punite con pena detentiva, tenuto anche conto che, in questa materia, il potere di comminare pene di tipo detentivo è conferito al Governo non già dall'art. 37 della Costituzione<sup>74</sup>, ma da una semplice legge ordinaria<sup>75</sup>. Sotto questo profilo, la soluzione accolta nel nuovo progetto di codice penale è più soddisfacente, dato che alle contravvenzioni viene riservato un ruolo più modesto, in quanto viene esclusa la possibilità di sanzionarle con pene detentive. Viene tuttavia mantenuta la *contrainte par corps*, cosicché l'ammenda inflitta per una contravvenzione può ancora sfociare nella prigione<sup>76</sup>.

Ma il problema certo più acuto, comune sia all'Italia sia alla Francia, è quello del ricorso sempre più frequente alla tecnica del rinvio a testi di natura regolamentare (o comunque ad atti non provenienti dal potere legislativo), per di più spesso non ancora esistenti. In Italia questa prassi è stata dalla Corte costituzionale ritenuta compatibile con il principio della "riserva di legge", solo però laddove la legge indichi in modo sufficientemente puntuale i presupposti, i caratteri, i contenuti e i limiti del testo regolamentare al quale la legge demanda la descrizione del fatto punito con sanzione penale<sup>77</sup>. La constatazione della necessità o comunque dell'opportunità di integrare le norme penali attraverso testi non legislativi in funzione specifica ha finito per fare accettare – anche a larga parte della dottrina – questa prassi. Prassi che peraltro presenta, anche sotto il profilo pratico, taluni risvolti negativi, in quanto tra l'altro rende difficile la lettura delle norme e favorisce quella moltiplicazione delle incriminazioni che costituisce attualmente uno dei grandi problemi del diritto penale<sup>78</sup>.

Va tuttavia sottolineato come, da ultimo, la fondamentale sentenza della Corte costituzionale n. 282 del 1990<sup>79</sup> tende a restringere in materia penale il ricorso inte-

73. Cfr. sul punto i contrasti tra la Corte di cassazione (Crim.16 novembre 1961, in *Bull.crim.* n.897; crim., 10 maggio 1962, in *Jurisclasseur périodique*, 1962, II, 12736) e il Consiglio di Stato (C.E., 2 marzo 1962, in *Jurisclasseur périodique*, 1962, II, 12613).

74. L'art.37 della Costituzione francese dispone: "Le materie diverse da quelle riservate alla legge hanno carattere regolamentare.

I testi di legge che già disciplinano tali materie possono essere modificati mediante decreto, sentito il parere del Consiglio di Stato. I testi che saranno emanati dopo l'entrata in vigore della presente Costituzione non potranno essere modificati con decreto se il Consiglio Costituzionale non abbia dichiarato che essi sono di natura regolamentare, ai sensi del comma precedente".

75. Cfr. in proposito le osservazioni di FAVOREU, *La constitutionnalisation du droit pénal*, cit., p.179, e di PRADEL, *Droit pénal général*, cit., p.157, n.137.

76. Cfr. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, cit., p.38.

77. Cfr., a titolo di esempio, Corte cost., 5 luglio 1971, n.168, in *Giur.cost.*, 1971, II, p.1774 ss.

78. Cfr. PALAZZO, *Constitution. Cour constitutionnelle et droit pénal*, cit., p.3.

79. Sentenza 11-14 giugno 1990, n.282, in *Giur. cost.*, 1990, p.1755, con osservazione di CERVETTI, p. 1764; in *Foro it.*, 1991, I, c. 3020 ss., con nota di ALBEGGIANI, *Riserva di legge e determinazione dei soggetti attivi di un reato proprio*; in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 996 ss., con nota di VICICONTE, *Nuovi orientamenti della Corte costituzionale sulla vecchia questione delle norme "in bianco"*.

grativo ad atti amministrativi, consentendo l'uso di questi ultimi solo a fini di mera specificazione tecnica della norma penale. L'attuale linea di tendenza italiana è dunque nel senso di un maggior rigore. Rigore cui da sempre sembra improntata, in Germania, la giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*<sup>80</sup>.

b) Se, come visto, il principio di "riserva di legge" difficilmente riesce ad affermarsi nella sua dimensione assoluta, *il principio di determinatezza* indica un traguardo – quello della perfetta certezza circa il contenuto delle norme e dunque circa il loro ambito di applicazione – mai pienamente raggiungibile. Il che però non giustifica la trascuratezza del legislatore nella redazione della legge, così come non giustifica gli abusi del giudice in relazione all'applicazione di quest'ultima. Trascuratezza ed abusi che invece continuano purtroppo ad esistere, nonostante che al *principio di determinatezza* ed al *principio del divieto di analogia* ad esso collegato sia ormai attribuito rango costituzionale nella massima parte dei Paesi europei (tra i quali la Francia, l'Italia, la Germania, la Spagna).

b1) Per quanto riguarda *il legislatore*, la formulazione imprecisa delle norme deriva non solo dalla inadeguatezza tecnica di tale soggetto, ma anche dalla ben nota tendenza ad introdurre leggi che costituiscono il compromesso di opposte tendenze politiche, e che sono dunque caratterizzate da un contenuto volutamente ambiguo, come tale esposto alle più diverse interpretazioni (emblematiche in questo senso sono le leggi italiane in materia di inquinamento e aborto del 1976 e 1978).

Sino ad oggi, la risposta delle Corti costituzionali all'imprecisione ed oscurità della legge ha avuto un carattere estremamente episodico, ma non per questo privo d'importanza. Così (forse anche perché un esame più severo sulla determinatezza delle singole disposizioni avrebbe finito per comportare l'incostituzionalità di interi settori del sistema penale) la Corte costituzionale italiana ha a più riprese "rifiutato di dichiarare l'incostituzionalità di norme indubitabilmente equivoche, imprecise e quasi indeterminate"<sup>81</sup>; ha però, per contro, dichiarato l'incostituzionalità per difetto di determinatezza del delitto di "plagio" (art. 603 c.p.). Da parte sua il Consiglio costituzionale francese, dopo aver anch'esso sottolineato l'esigenza che i testi di legge siano "sufficientemente chiari e precisi da escludere ogni arbitrio"<sup>82</sup>, ha dichiarato l'incostituzionalità della definizione del delitto di malversazione del *syndic* (art. 207 del progetto divenuto l.25 gennaio 1985), per vizio di indeterminatezza (art. 58)<sup>83</sup>.

È auspicabile che anche alla luce di questi segnali delle Corti costituzionali, il legislatore presti maggiore attenzione ai problemi di determinatezza della legge,

80. Cfr. ad esempio *BVerfG*, 6 maggio 1987, in *Wistra*, 1988, p.20 ss.

81. PALAZZO, *Constitution*, *Cour constitutionnelle et droit pénal*, cit., p.3.

82. Cons. const., 20 gennaio 1981, cit.; Cons. const. 3 settembre 1986, in *Journal officiel*, 5 settembre 1986, p.10786.

83. Cons. const., 18 gennaio 1985, in *Journal officiel*, 20 gennaio 1985, p.820. Cfr. altresì Cons. const. 10-11 ottobre 1984 (31<sup>eme</sup> considerant) in FAVOREU et PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, 1986, n.40; DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, p.307.

eventualmente modificando o abrogando spontaneamente le norme più carenti sotto questo profilo<sup>84</sup>. Cosa del resto già avvenuta – sia pure non di frequente – per esempio nel caso dell'art.324 del codice penale italiano, "abrogato dal legislatore anche a causa dell'abuso che per decenni ne era stato fatto proprio in relazione al canone della determinatezza"<sup>85</sup>.

Sempre in Italia, nel tentativo di migliorare e razionalizzare la legislazione anche sotto il profilo della formulazione delle norme, è stata introdotta una circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri (5 febbraio 1986) la quale indica tutta una serie di criteri e regole tecniche in merito alla formulazione delle norme penali ed alla determinazione del loro contenuto normativo<sup>86</sup>. Sino ad oggi, tuttavia, questa circolare ha solo in piccola parte raggiunti gli effetti sperati.

b2) Per quanto riguarda invece il giudice, è noto come esso – anche ma non solo a causa della mancanza di determinatezza delle norme – tenda talora ad interpretare in modo estremamente estensivo i testi penali, sino a sconfinare nell'interpretazione analogica<sup>87</sup>.

Ora, nulla di male se questa estensione concerne norme favorevoli al reo e che non siano eccezionali (vale a dire che non costituiscano un'eccezione ad una regola generale). Infatti il divieto di analogia in sede penale sembra fondarsi sul principio del *favor libertatis* (che come tale ammette l'analogia in bonam partem) più che sul principio di pura certezza della legge (il quale comporterebbe il divieto assoluto di analogia). Viceversa, il procedimento analogico nei confronti delle norme incriminatrici o delle norme che prevedono aumenti di pena deve ritenersi senz'altro escluso sia nella forma dell'*analogia legis* sia in quella dell'*analogia iuris*.

In Italia, la dottrina è da sempre assai diffidente verso la tendenza del giudice a dilatare la portata delle disposizioni penali, nel timore appunto che l'interpretazione estensiva finisca per tradursi in forme di vera e propria interpretazione analogica. Maggiore indulgenza non solo verso l'interpretazione estensiva, ma financo verso talune forme di analogia<sup>88</sup> mi parrebbe esistere in Francia, complice forse una più larga fiducia verso il giudice e le sue scelte interpretative<sup>89</sup>. Resta il fatto che il codi-

84. Per esempio, per quanto riguarda la Francia, modificando talune norme in materia di attentato alla sicurezza dello Stato, davvero molto indeterminate. Cfr. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, p.185.

85. VASSALLI, I principi generali del diritto *nell'esperienza penalistica*, cit., p.721.

86. Cfr., limitatamente ai lavori in lingua francese, BERNARDI, *Experiences italiennes recentes en matière de science et de technique de la législation pénale*, in *Archives de politique criminelle*, n.9, 1987, p. 184 ss.; LORVELLEC, *Les frontières entre infraction pénale et infraction administrative en Italie*, in *Archives de politique criminelle*, n. 8, 1985, p. 179 ss.

87. Cfr., per l'Italia, CONTENUTO, *Corso di diritto penale*, Bari, 1990, p. 64 ss.; ID., *Interpretazione estensiva e analogia*, in *Le discrasie* ira dottrina e giurisprudenza in diritto penale, a cura di A.M.Stile, Napoli, 1991, p. 3 ss.; VASSALLI, *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, cit., p.719 ss.; per la Francia, PRADEL-VARINARD, *Les grands arrêts du droit criminel*, vol.I, 1988, p.188 ss.

88. Sulle diverse forme di analogia nell'esperienza francese, cfr. ROBERT, *Droit pénal général*, 1992, p.718 ss.

89. In materia, cfr. tuttavia le precisazioni di DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, cit., p.39 ss.

ce penale francese di recente approvato ha introdotto il principio di stretta interpretazione previsto dall'art. 111-4 del progetto del febbraio 1986; principio che in Germania è stato addirittura elevato al rango costituzionale (art. 103 § 2 *Grundgesetz*)<sup>90</sup>. Il tentativo è appunto quello di garantire il pieno rispetto del principio di legalità, troppo spesso compromesso dall'interpretazione "creatrice" del giudice.

c) Consacrato nell'art.8 della Dichiarazione del 1789, *il principio di irretroattività* della legge penale costituisce l'elemento imprescindibile della legalità e dello Stato di diritto, e l'espressione massima di quel *fauor libertatis* che, nella tradizione liberale-democratica, si impone anche rispetto alla stessa esigenza di certezza legale. In questa prospettiva di *fauor libertatis*, appare quindi logico che il principio di irretroattività delle norme incriminatrici, o comunque delle norme che comportano un aggravamento della pena, sia stato un po' ovunque integrato dal principio di retroattività delle norme più favorevoli; principio quest'ultimo che di solito viene meno solo laddove vi sia stata sentenza irrevocabile, a causa innanzitutto della difficoltà di riesaminare e modificare le condanne in corso di esecuzione.

Nella sua apparente linearità, il principio di irretroattività (ma forse sarebbe meglio parlare di principio di applicazione della legge più favorevole) soffre tuttavia, nei diversi Stati, di molteplici eccezioni e deroghe, non sempre adeguatamente motivate sul piano logico. Un'indagine comparatistica di tali diversificate eccezioni al principio in esame – ovviamente impossibile in questa sede – sarebbe assai auspicabile quale momento propedeutico ad un'analisi critica, funzionale alla revisione ed armonizzazione delle diverse soluzioni, in una prospettiva di razionalità e coerenza.

Qui mi limiterò ad alcune considerazioni generali.

Per quanto concerne innanzitutto il principio di retroattività della legge più favorevole, va sottolineato come in Francia esso risulti ormai costituzionalizzato<sup>91</sup> grazie all'influsso del principio di proporzione-necessità della pena, per il quale non può comunque essere applicata una pena di entità superiore a quella ritenuta necessaria secondo la legge in vigore al momento della condanna. Per contro, in Italia solo il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole è stato costituzionalizzato, mentre il principio di retroattività favorevole (previsto dall'art. 2 comma secondo c.p.) è generalmente considerato di livello legislativo; con la conseguenza che non risulterebbe incostituzionale una legge che prevedesse l'irretroattività delle norme di favore in essa contenute.

Ciò forse contribuisce a spiegare come in Italia sia esclusa la retroattività delle norme più favorevoli non solo in relazione alle leggi tendenzialmente incompatibili già sul piano logico con tale regola (si pensi alle leggi eccezionali e temporanee), ma

90. Cfr. TIEDEMANN, *L'influence des principes constitutionnels*, cit., p.106. In Italia, per contro, solo una dottrina minoritaria, seppure autorevole, sostiene l'inammissibilità dell'interpretazione estensiva. Cfr., in questo senso, FIANDACA e MUSCO, *Diritto penale - parte generale*, Bologna, 1989, p.105.

91. Cfr. *Cons. const.*, 19-20 gennaio 1981, cit.

anche in relazione alle leggi fiscali. Leggi queste ultime in relazione alle quali l'irretroattività delle norme di favore appare priva di supporti logico-razionali, trovando giustificazione solo in ragioni di tipo pratico-economico, e cioè nell'interesse primario dello Stato alla riscossione di tributi<sup>92</sup>. Per contro in Francia, grazie appunto all'interazione tra i principi di irretroattività e di proporzione-necessità, si tende ormai a consentire la retroattività in mitius non solo in relazione alle leggi in materia economica e fiscale<sup>93</sup>, ma persino in relazione alle leggi temporanee<sup>94</sup>. Anche se, per vero, in questo caso la Corte di Cassazione sembra ammettere l'esistenza di "disposizioni espresse contrarie", sulla cui liceità la dottrina è divisa<sup>95</sup>.

Se dunque, sotto questi profili, il sistema penale francese appare rispetto a quello italiano maggiormente ispirato al principio del favor *libertatis*, esso risulta sotto altri aspetti criticabile. Così, il sistema di controllo costituzionale esclusivamente preventivo sulle leggi comporta in Francia la possibilità che un testo penale più severo e volutamente retroattivo resti in vigore. Ciò in quanto, una volta che la legge sia stata promulgata, "i giudici sono tenuti ad applicare la legge in tutte le sue disposizioni, senza poterne sindacare la costituzionalità"<sup>96</sup>. È noto che questa scappatoia non è rimasta un fatto puramente teorico, ma anzi è stata prontamente sfruttata dal legislatore, ad esempio nel caso delle leggi n.85-1407 del 30 dicembre 1985 in materia di malversazione<sup>97</sup> e n.86-1019 del 9 settembre 1986, relativa alla lotta contro la criminalità<sup>98</sup>. Leggi in relazione alle quali, come è stato puntualmente osservato, la "ragion di Stato" ha avuto il sopravvento sulla protezione dell'individuo e sui prin-

---

92. In una prospettiva parzialmente diversa, la dottrina francese sottolinea il carattere "per sua stessa natura temporaneo" delle leggi in materia economica e fiscale (quando non addirittura, più in generale, di ogni politica criminale). Cfr. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, cit., pp.91 e 255.

93. Cfr. *amplius*, PRADEL, *Droit pénal général*, cit., p.211, n.190.

94. Cfr. già Crim., 24 settembre 1868, in *Bulletin criminel*, n.212; Crim. 17 novembre 1922, in *Recueil Dalloz*, 1924, I, p.217, con nota di DEGOIS.

95. In particolare, ritiene inammissibili tali disposizioni - specie in relazione all'art.15-1 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici di New York del 1966 - HUET, *Une méconnaissance du droit international: à propos de la retroactivité in mitius*, in *Jurisclasseur périodique*, 1987, I, p. 3293. Per contro, sembra favorevole alla sopravvivenza delle leggi temporanee più severe, ROBERT, *Droit pénal général*, cit., p.177, il quale non ritiene in questo caso l'irretroattività in mitius contraria all'art. 8 della Dichiarazione del 1789. Va comunque sottolineato che l'*Avant projet* de code pénal del 1978 prevedeva la regola dell'irretroattività in mitius delle leggi temporanee: "Tuttavia, la violazione di una disposizione legale o regolamentare espressamente o implicitamente applicabile per un periodo di tempo limitato, è giudicata e punita secondo la disposizione in vigore al momento della violazione stessa". Ma questo testo è stato "abbandonato dall'*Avant projet* del 1983, senza dubbio sotto l'influsso del *Conseil constitutionnel* e della genericità dei termini utilizzati, nella sentenza "Sicurezza e Libertà", DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, cit., p. 92.

96. Crim., 12 giugno 1989, in *Recueil Dalloz*, 1989, p.585, con nota critica di DERRIDA; in *Rev.sc.crim.*, 1990, p.97.

97. Cfr. ROBERT, *Droit pénal général*, cit., p.170 ss.

98. Cfr. KOERING-JOULIN, *Où il est question d'application de la loi dans le temps*, in *Dalloz*, 1987, Chr., p.18; LOLOUM e NGUYEN HUU, *Le Conseil constitutionnel et les réformes du droit pénal en 1986*, in *Rev.sc.crim.*, 1986, p.569 ss.

cipi fondamentali del diritto penale<sup>99</sup>.

Sempre in Francia, un'ulteriore deroga al principio di retroattività si rinviene in relazione alla mancata estensione degli effetti dell'*abolitio criminis* ai condannati con sentenza irrevocabile. Deroga tanto più grave in quanto né l'interesse superiore della collettività né ragioni di economia processuale<sup>100</sup> sembrano giustificare il permanere in carcere dell'autore di un fatto ritenuto non più meritevole di sanzione penale. Il nuovo progetto di codice penale francese<sup>100bis</sup> (art. 112-4) dispone tuttavia che in caso di *abolitio criminis* la sanzione cesserà di essere applicata. Analogamente a quanto prevede l'art. 2 comma secondo del codice penale italiano, per il quale "nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali".

Va infine sottolineato come, tanto in Francia che in Italia, i problemi più gravi in materia di successione di leggi penali siano quelli connaturati al concetto stesso di "legge penale". Sotto questo profilo, le norme procedurali in tema di libertà personale, le norme interpretative di testi penali, le norme concernenti misure di sicurezza, pene accessorie e pene complementari<sup>101</sup>, le norme relative al regime d'esecuzione delle pene, le norme contenenti sanzioni non penali costituiscono una fonte inesauribile di contrasti e di contraddizioni<sup>102</sup>. Contrasti e contraddizioni che si manifestano non solo in relazione alle soluzioni accolte nei diversi Stati, ma anche soprattutto in relazione alle soluzioni accolte all'interno di uno stesso Stato.

Come già detto, soluzioni armoniche e coerenti potranno scaturire solo a seguito di un'indagine comparatistica approfondita e a largo spettro – che cioè prenda in esame le differenti legislazioni, giurisprudenze e dottrine – condotta tenendo costantemente presente la *ratio* del principio di irretroattività. Sotto questo profilo particolarmente preziose sembrano le indicazioni offerte da talune decisioni delle Corti costituzionali italiana e francese, quale ad esempio quella che ha esteso in Francia, il principio di irretroattività "al période de *sûreté* .... ancorchè esso concer-

99. PRADEL, *Droit pénal général*, cit., pp.209-210, n. 187..

100. Ragioni di economia processuale che invece sussistono ove in un momento successivo alla condanna si verifici non già l'*abolitio criminis*, ma solo l'introduzione di una disposizione meno severa. In questo caso infatti, come detto, l'applicazione della legge più favorevole comporterebbe una complessa attività di riesame della condanna anziché la semplice cessazione dell'esecuzione di quest'ultima.

100bis. Quando il presente lavoro era già in bozze, tale progetto è diventato il nuovo codice penale francese (cfr. le ll. 92-683, 92-684, 92-685, 92-686 del 22 luglio 1992, in *Journal officiel*, 23 luglio 1992 e la l. 92-1336 del 16 dicembre 1992, in *Journal officiel*, 23 dicembre 1992), che entrerà in vigore il 1° settembre 1993.

101. Nel sistema penale francese le pene complementari si accompagnano alla pena principale, ma devono venire pronunciate dal giudice. Si distinguono in obbligatorie o facoltative, a seconda appunto che il giudice abbia l'obbligo ovvero la possibilità di irrogarle. Le pene complementari si differenziano quindi dalle pene accessorie, che conseguono di diritto alla condanna a talune pene principali.

102. Per la Francia cfr. PRADEL, *Droit pénal général*, cit., p.209 ss, n.187 ss.; ROBERT, *Droit pénal général*, cit., p.179 ss.; per l'Italia cfr. VASSALLI, *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, cit., p.722 ss.

na l'esecuzione della pena"<sup>103</sup>.

#### 8. Il principio di responsabilità personale.

Fondamentale conquista del pensiero illuminista, il principio della responsabilità personale è diventato col tempo un vero e proprio pilastro del moderno diritto penale. Tuttavia tale principio è quello che forse più di ogni altro tende a risentire delle diverse concezioni giuridiche, politiche, filosofiche, sociologiche e psicologiche di volta in volta prevalenti a seconda delle epoche e dei Paesi<sup>104</sup>. Logico quindi che esso sia risultato e tuttora risulti profondamente condizionato dall'attività interpretativa: e ciò tanto nel caso che esso si presenti in forma implicita (come accade ad esempio in Francia e Germania) quanto nel caso che esso si sia cristallizzato in una norma scritta, come l'art. 27 comma primo della Costituzione italiana.

Di fatto, il principio di responsabilità personale ha finito con l'assumere i più diversi profili, da quelli strettamente oggettivi propri della concezione detta appunto della "responsabilità oggettiva" a quelli esasperatamente soggettivi propri in particolare delle teorie del *Täterschuld* e del *Tatertyp*. Teorie queste che, impostesi nella Germania nazional-socialista all'inizio degli anni '40, finivano per ignorare o comunque svilire i fondamentali principi di materialità e offensività (*nullum crimen sine actione et iniuria*) su cui si fonda il moderno diritto penale "del fatto", e dunque per stravolgere la stessa radice illuminista e liberale del principio di responsabilità personale.

Data la grande diversità di sviluppi che il principio di responsabilità personale ha avuto, occorre quindi innanzitutto fare chiarezza sul significato minimale che ad esso viene oggi attribuito. Significato che tende a coincidere con quello proprio della concezione – or ora ricordata – detta della responsabilità oggettiva, e che può essere espresso attraverso la formula "responsabilità per fatto proprio dannoso materialmente causato". In base a tale concezione, quindi, il soggetto potrà essere chiamato a rispondere penalmente solo nel caso in cui: 1) sia stato realizzato un fatto dannoso previsto come illecito penale (con esclusione quindi di ogni responsabilità individuale fondata sul modo di essere del soggetto o sul suo stile di vita); 2) sussista un nesso di causalità fra tale fatto e la condotta del soggetto in questione (con esclusione quindi della responsabilità per fatto altrui, vale a dire per ogni fatto che non risulti causalmente ascrivibile al soggetto).

Orbene, se la teoria oggettiva offre il minimo denominatore comune di contenuto al principio di responsabilità personale così come ormai accolto in tutti i principali sistemi penali e costituzionali, va però subito sottolineato come il principio in questione si sia venuto arricchendo, in taluni Paesi, di contenuti ulteriori e assai penetranti, sintetizzabili nella formula "responsabilità per fatto proprio e colpevole". Secondo questa concezione, cioè, il soggetto può essere ritenuto responsabile

---

103. *Cons. const.*, 3 settembre 1986, in *Journal officiel*, 5 settembre, p.10788. Cfr., *amplius*, LEVASSEUR, *Le domaine d'application dans le temps des lois relatives à l'exécution des sanctions répressives*, in *Mélanges Vitu*, cit., p.349 ss.

104. Cfr. FIANDACA e MUSCO, *Diritto penale - Parte generale*, cit., p.149.

sul piano penale solo laddove, accanto alle due condizioni richieste dalla teoria oggettiva (realizzazione di un fatto criminale ed esistenza di un nesso di causalità tra la condotta del soggetto ed il fatto criminale), se ne aggiunga una terza a carattere soggettivo. E questa terza condizione consiste appunto nell'attribuibilità del fatto al soggetto anche sul piano psicologico; la qual cosa si verifica solo quando il fatto stesso sia stato realizzato con dolo o quantomeno con colpa. Nell'immediato dopoguerra, come noto, questo progressivo sviluppo del principio di responsabilità personale in chiave di colpevolezza è risultato particolarmente accentuato in Germania, ove la Corte di Karlsruhe ha elevato al rango costituzionale il principio "nulla poena sine culpa"<sup>105</sup>; principio che la Corte ha ricavato in via interpretativa da taluni diritti fondamentali, come il diritto all'intangibilità della dignità umana (art. 1 *Grundgesetz*) e il diritto al libero sviluppo della propria personalità (art. 2 *Grundgesetz*), e dal principio costituzionale dello Stato di diritto (art. 20 *Grundgesetz*)<sup>106</sup>. Divenuto così vero e proprio principio costituzionale, il principio di responsabilità personale-colpevolezza riecheggia a livello legislativo nell'articolo 46 del codice penale tedesco, finendo qui per combinarsi col principio di proporzione; principio quest'ultimo ricavato anch'esso, a livello costituzionale, dal principio dello Stato di diritto e ulteriormente precisato dall'art. 62 del codice penale<sup>107</sup>.

Sempre nel diritto penale tedesco, un ulteriore e coerente riflesso dello sviluppo del principio di responsabilità personale in prospettiva di colpevolezza è offerto dalla disciplina dell'errore di diritto. Errore che, secondo una consolidata giurisprudenza della Corte di cassazione consacrata in seguito dallo stesso codice penale (art. 17), costituisce ormai da quarant'anni una causa di esclusione della colpevolezza (in caso di errore inevitabile) o comunque di attenuazione della pena (in caso di errore evitabile)<sup>108</sup>. Passando ora ad una sinteticissima panoramica degli sviluppi avutisi in Italia e Francia in rapporto al principio di responsabilità personale, si può facilmente constatare come, rispetto alla Germania, questi sviluppi siano stati meno incisivi o comunque meno tempestivi. Per quanto specificamente concerne l'Italia, il principio in esame – come sopra detto, esplicitamente sancito dall'art. 27 comma 1° Cost. – è stato per lungo tempo sottoposto ad una interpretazione diretta a valorizzarne il mero contenuto oggettivo; interpretazione sufficiente comunque a porre fine a quelle (per vero assai rare) ambigue forme di responsabilità per fatto altrui previste dal codice penale del 1930 in talune norme di parte generale relative al concorso di persone nel reato e in taluni particolari reati omissivi in materia di stampa. Per contro, la mancata costituzionalizzazione del principio di colpevolezza – a lungo protrattasi – ha consentito il permanere all'interno del sistema penale sia di talune ipotesi di responsabilità oggettiva sia del principio dell'irrelevanza dell'errore di diritto inevi-

105. Regola questa che risulta operante anche rispetto agli illeciti amministrativi (*Ordnungswidrigkeiten*).

106. TIEDEMANN, *L'influences des principes constitutionnels*, cit., p. 108.

107. JESCHECK, *Principes du nouveau droit pénal allemand en comparaison avec les dispositions générales du projet de loi portant réforme du code pénal français*, in *Rev.sc.crim.*, 1287, p. 96.

108. JESCHECK, *ivi*; TIEDEMANN, *L'influence des principes constitutionnels*, cit., p. 108.

tabile; principio quest'ultimo nel frattempo progressivamente abbandonato nella massima parte dei Paesi europei, tra i quali ad esempio la Grecia, l'Austria, il Portogallo, la Spagna, la Svizzera<sup>109</sup>, l'Olanda, la Svezia, il Belgio<sup>110</sup>.

Tuttavia in tempi recenti anche in Italia, sotto la spinta della dottrina e degli esempi offerti dal movimento internazionale di riforma penale, il processo di soggettivizzazione del principio di responsabilità personale ha conosciuto un'improvvisa accelerazione. I momenti più significativi di questa emersione del principio di colpevolezza sono stati, con ogni probabilità, la sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988 e la legge n.19 del 7 febbraio 1990 in materia di circostanze del reato.

Con la sentenza n. 364/1988 la Corte costituzionale ha affermato l'illegittimità dell'art. 5 c.p. ("Nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale") limitatamente ai casi di errore inevitabile. Punire un errore inevitabile – questo ha sostenuto in sostanza la Corte – risulta in contrasto col principio di rieducatività della pena, in quanto l'impossibilità di conoscere la norma penale (e dunque la natura illecita del fatto) esclude ogni giudizio di rimprovero per il fatto stesso, e conseguentemente esclude che vi sia bisogno di un trattamento rieducativo attraverso la pena. Ma l'argomento più forte utilizzato dalla Corte è stato un altro. Punire un errore inevitabile e dunque incolpevole – essa ha detto – risulta in contrasto col principio di colpevolezza insito nel principio di responsabilità personale. La Corte ha finito così per far coincidere responsabilità personale e colpevolezza, conferendo a quest'ultima la rilevanza costituzionale propria della prima.

Quanto alla legge n.19 del 7 febbraio 1990, essa ha esteso il principio di colpevolezza al settore delle circostanze, tradizionalmente improntato alla regola della responsabilità obiettiva. In precedenza, l'art.59 c.p. disponeva infatti che "Le circostanze che aggravano owerò attenuano la pena sono valutate rispettivamente a carico o a favore dell'agente, anche se da lui non conosciute, o da lui per errore ritenute inesistenti". Oggi, a seguito della riforma del 1990, l'art.59 c.p. è di tutt'altro tenore: "Le circostanze che aggravano la pena sono valutate a carico dell'agente soltanto se da lui conosciute ovvero ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa". Solo le circostanze attenuanti continuano quindi ad operare obiettivamente.

Se ora si passa ad analizzare la situazione francese, si può vedere come anche qui – al pari e forse più che in Italia – permanga una certa resistenza dei pubblici poteri verso un pieno sviluppo del principio di responsabilità personale. Infatti – sebbene non manchino certo da parte della dottrina e dello stesso legislatore segnali d'una più viva attenzione al principio di colpevolezza – restano tuttora in vita nel sistema penale sacche di responsabilità oggettiva, contro le quali si muove da tempo il movimento internazionale di riforma penale.

Al giurista sensibile all'importanza dell'elemento soggettivo del reato può desta-

---

109. Tuttavia in Svizzera in caso di errore inevitabile sul divieto l'esclusione della pena è rimessa alla discrezionalità del giudice.

110. Cfr., *amplius*, JESCHECK, L'errore di diritto nel diritto penale tedesco e italiano, in *Indicepen.*, 1988, p.201 ss.

re una certa sorpresa, per esempio, che in materia contrawenzionale – e talora persino in materia di delitti<sup>111</sup> – vige ancora il principio della responsabilità obiettiva<sup>112</sup>; cosicché "Sarebbe inutile per l'imputato dimostrare lo zelo profuso e le precauzioni prese"<sup>113</sup>. Ed anche la constatazione che le contrawenzioni richiedono pur sempre l'elemento morale della "volontà libera" e che in taluni campi (per esempio quello della responsabilità del medico) la prova dell'assenza di colpa costituisce di fatto un mezzo di difesa efficace nella pratica giudiziaria, non appare del tutto soddisfacente. Si spiegano così le critiche mosse in proposito da una parte della dottrina.

Anche la normativa in tema di concorso di persone nel reato appare non sempre in linea col principio di responsabilità personale. Così, secondo una parte della dottrina, rispetto allo *chef d'entreprise* l'elemento (materiale e) morale del reato sarebbe valutato con notevole rigore. Tuttavia un esame della giurisprudenza francese – specie della più recente – consente di rilevare l'attenzione da essa tributata al principio di colpevolezza nel momento in cui la sussistenza dell'illecito penale viene condizionata alla *faute personnelle* dello *chef d'entreprise*<sup>114</sup>. In realtà, più (o più ancora) che nel diritto penale dell'economia, i momenti di erosione del principio di personalità si riscontrano in talune leggi speciali, che risentono del clima emergenziale nel quale sono state varate. Ad esempio, anche nella l. 8 giugno 1970 n. 70-840 (c.d. *loi anticasseurs*), vi sono norme che prevedono addirittura ipotesi striscianti di responsabilità per fatto altrui<sup>115</sup>.

Va infine sottolineato che, per quanto concerne l'errore di diritto, la Francia è fino ad oggi rimasta fedele al principio "Si presume che nessuno ignori la legge". Principio il cui rigore (ritenuto dai pubblici poteri così importante per l'ordine pubblico) viene solo raramente temperato dalla giurisprudenza. Questa tuttavia, come uno studio recente ha messo in luce<sup>116</sup>, ha talora ammesso "clandestinamente" l'irresponsabilità del soggetto in caso di errore inevitabile, camuffando l'errore di diritto come errore di fatto, ovvero come un'ipotesi di forza maggiore.

L'attuale regolamentazione dell'errore di diritto sembrerebbe comunque desti-

111. Cfr. J.P.MARTY, *Les délits matériels*, in *Rev.sc.crim.*, 1982, p.41; PRADEL, *Droit pénal général*, cit., p.453, n.446. Tuttavia l'art. 121-3 del nuovo progetto di codice penale esclude le ipotesi di responsabilità oggettiva in relazione a tutti i delitti.

112. Con il solo limite del vizio di mente, della forza maggiore e delle cause di giustificazione. Cfr., da ultimo, PRADEL, *Droit pénal général*, cit., p.454, n.447; ROBERT, *Droit pénal général*, cit., p.360.

113. Cfr. ROBERT, *Droit pénal général*, cit., p.361.

114. Cfr., per esempio, *Crim.*, 16 gennaio 1990, in *Bull.*, 1990, n. 29, p. 72; *Crim.*, 23 ottobre 1990, in *Bull.*, 1990, n. 354, p. 894. In dottrina cfr., per tutti, DELMAS-MARTY, *Droit pénal des affaires*, vol.I, Paris, 1990, p. 49 ss. Cfr. altresì, da ultimo, COEURET, *La responsabilité en droit pénal du travail: continuité et rupture*, in *Reu. sc. crim.*, 1992, in corso di pubblicazione.

115. Cfr. DUPEYRON, *L'infraction collective*, in *Rev.sc.crim.*, 1973, p.357ss.; BOUZAT, *La loi 8 juin 1970 tendant à reprimer certaines formes nouvelles de délinquance (dite loi "anticasseurs")*, in *En hommage à Jean Constant*, Liège, 1971, p.51 ss. Cfr. altresì FLORA, *Libertà di riunione e delitti di massa*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1976, p.471 ss.

116. Cfr. PICHNAMAZZADEH, *L'erreur en droit pénal*, th.Paris II, 1989, n.282.

nata ad avere ancora vita breve in Francia. Su l'onda delle reiterate critiche della dottrina<sup>117</sup>, ed alla fine di un travagliato iter legislativo<sup>118</sup> il nuovo codice penale francese si accinge a riconoscere l'ammissibilità dell'errore inevitabile. L'art. 122-2-1 dispone infatti "Non è penalmente responsabile chi comprova di aver ritenuto, per un errore inevitabile sul diritto, di poter legittimamente compiere il fatto."

### 9. I principi di umanizzazione e rieducatività delle pene.

Infine, poche osservazioni sui principi – tra loro strettamente connessi – di umanizzazione e di rieducatività delle pene.

a) Per quanto concerne il principio illuminista di umanizzazione delle pene, va sottolineato come alla sua estrema generalità corrisponda inevitabilmente (nonostante taluni importanti approfondimenti della giurisprudenza e della dottrina)<sup>119</sup> una altrettanto estrema vaghezza concettuale.

Tenuto conto di ciò, così come dell'attitudine del principio di umanizzazione a confondersi e ad interagire con altri principi a carattere generalissimo, ed addirittura ad identificarsi con il livello di civiltà del momento storico, non deve stupire se anche nei Paesi come l'Italia, in cui tale principio risulta esplicitamente previsto dalla Costituzione<sup>120</sup>, il ruolo riformista da esso giocato appare difficilmente valutabile. In questo quadro di generale incertezza, è comunque naturale che il principio di umanizzazione assuma uno spessore e profili diversi da Stato a Stato. Così, persino la pena di morte viene ritenuta ora compatibile ora incompatibile col principio in questione<sup>121</sup>, mentre particolari sanzioni traducentisi in una sorta di "morte civile" da un lato sono sino ad oggi sopravvissute in sistemi penali (quali innanzitutto

117. Cfr., per tutti, LEGAL, *L'évolution de la jurisprudence française en matière d'erreur de droit*, in *Rev.pén.suisse*, 1961, p.310.

118. *L'Avant projet de code pénal* del 1978 prevedeva infatti all'art. 33 la rilevanza dell'errore di diritto inevitabile. Tale disposizione, abbandonata dal progetto del 20 febbraio 1986, è stata da ultimo reintrodotta nel corso dei lavori parlamentari (1991).

119. Cfr., in particolare, SUDRE, *La notion de 'peines et traitements inhumains et dégradants' dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne*, in *Revue général de droit international public*, 1984, p.825 ss.; COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, 1989, p.286 ss.

120. Cfr. l'art.27 comma 3° della Costituzione italiana. Cfr. altresì l'art.7 della Costituzione greca.

121. Mentre, ad esempio, la Costituzione tedesca (art.102), svedese (art.1, cap.VIII) e portoghese (art.25) - per ragioni prevalentemente ritenute dalla dottrina, per l'appunto, "umanitarie" - vietano sempre e comunque la pena di morte, in talune Costituzioni tale pena convive, più o meno eccezionalmente, col principio di umanità. Così, nelle Costituzioni italiana (art.27) e spagnola (art.15), la pena capitale è ammessa nei soli casi previsti dalle leggi militari di guerra, mentre la Costituzione greca - sempre nella stessa norma vietante "ogni attentato alla dignità umana" (art.7) - si limita a precisare che la pena in questione "non è mai inflitta per delitti politici ad eccezione dei delitti complessi". Sulla problematica coesistenza all'interno della Costituzione spagnola del principio di umanità della pena e - sia pure eccezionalmente e limitatamente alla giurisdizione militare - della pena di morte, cfr. BARBERO SANTOS, *La pena de muerte en la Constitución*, in *Sistema*, Madrid, 1981, p.31 ss.; ID., *La pena de muerte, el caso de un mito*, Buenos Ayres, 1985, p.187 ss.

quello francese) che pur riconoscono il principio di umanizzazione<sup>122</sup> dall'altro lato vengono bandite da taluni sistemi penali in nome appunto dello stesso principio<sup>123</sup>.

Il principio di umanizzazione acquista comunque profili più sicuri ove (e nei limiti in cui) risulti corredato di espliciti e specifici sotto-principi da esso derivanti. Ad esempio, nella Costituzione greca, l'affermazione del principio generale di umanità (art. 7) si accompagna all'esplicito divieto dei lavori forzati (art. 22), della confisca totale dei beni (art. 7), della tortura e delle pressioni psicologiche (art. 7). Del resto, in taluni Paesi il principio di umanizzazione, anziché (o prima ancora di) essere espressamente previsto, è stato ricavato induttivamente proprio dalle singole norme vietanti il ricorso a particolari tipi di sanzioni<sup>124</sup>, con conseguente accentuazione del carattere sistematico rispetto al carattere programmatico-direttivo del principio stesso.

Con questo, ovviamente, non si vuole negare il ruolo fondamentale avuto dal principio di umanizzazione nell'evoluzione storica dei sistemi punitivi; ma si vuole solo sottolineare come, proprio a causa della estrema vaghezza ed elasticità del contenuto di tale principio, sia talora difficile distinguere nettamente tra il suo ruolo strettamente giuridico ed il suo ruolo meramente "culturale", tra il suo carattere di principio normativo ovvero di semplice principio ispiratore del sistema. Quanto meno, si può dire che l'efficacia giuridica del principio di umanizzazione risulta oltremodo condizionata ad una previa attività "culturale" di individuazione del senso profondo e delle direttrici di operatività del principio in questione. Ma qui il discorso finisce col ricollegarsi al più generale tema dei rapporti tra cultura e diritto<sup>125</sup>, andando così al di là dello specifico oggetto della presente trattazione.

b) Passando ora al principio di rieducatività della pena, va innanzitutto sottolineato come esso abbia fonti ed assuma forme diverse da uno Stato all'altro. Così, ad esempio, tale principio in Italia è esplicitamente previsto dalla Costituzione all'art. 27 comma 3°<sup>126</sup>; in Germania viene ricavato dal principio della dignità dell'uomo (art. 1 *Grundgesetz*) e dal principio dello Stato di diritto (art. 20 *Grundgesetz*), e si

122. Si pensi, ad esempio, alle pene della *dégradation civique* e della *confiscation générale* le quali, benché assai criticate dalla dottrina, sopravvivono ancora all'interno del sistema penale francese.

123. Cfr., ad esempio, l'art.7, comma 3° della Costituzione greca, ai sensi del quale "la confisca generale dei beni è proibita", e gli artt.12 e 13 della Costituzione belga, che sanciscono il divieto della confisca dei beni e della morte civile.

124. Ad esempio, la Costituzione svedese si limita a prevedere il divieto della pena di morte (art.1, cap.VIII), ed anche la Costituzione belga, che come visto alla nota precedente proibisce espressamente talune pene tendenzialmente contrarie al principio di umanità, non prevede in forma esplicita tale principio. Quanto alla Costituzione portoghese, essa prevede espressamente il solo divieto della pena di morte (art.25), delle pene crudeli (art.26), delle pene perpetue, indefinite o illimitate (art.30): e appunto da tali norme viene ricavato un più generale principio (per taluni di umanità, per altri di risocializzazione delle pene). Cfr., per tutti, FIGUEIREDO DIAS, *Principes généraux de la politique criminelle* portugaise, in *Rev.sc.crim.*, 1987, p.91.

125. In argomento cfr. SANCHEZ DE LA TORRE, *Le droit dans l'aventure européenne de la liberté*, Bordeaux, 1987, *passim*, ma soprattutto p. 99 ss.

126. In base al quale "Le pene... devono tendere alla rieducazione del condannato".

configura quindi come un principio costituzionale implicito<sup>127</sup>; in Francia viene previsto dalla "riforma penitenziaria" del 1945<sup>128</sup> ed inoltre, grazie all'influenza esercitata dalla dottrina della nuova difesa sociale, permea lo stesso principio di individualizzazione della pena<sup>129</sup>, il quale a sua volta costituisce un principio fondamentale di diritto penale cui tuttavia non è stato ancora riconosciuto rango costituzionale<sup>130</sup>.

Ma assai più della varietà delle fonti normative, ciò che colpisce è la varietà di significati attribuiti al concetto stesso di rieducazione ed al relativo principio giuridico. È noto infatti come, sotto l'influsso delle più diverse concezioni di matrice retribuzionista owerò positivista, al concetto in questione sia stato volta a volta attribuito un significato di emenda morale, cioè di pentimento, di rawedimento spirituale<sup>131</sup> (con il rischio sia di esasperare il carattere di espiazione della pena valorizzato in particolare dai seguaci della c.d. *Sübntheorie*<sup>132</sup> sia di giustificare un controllo financo sul foro interno del reo); owerò un significato di "correzione" a sfondo politico-ideologico (che tende a tradursi in quelle tecniche di lavaggio del cervello praticate nei *gulag* tanto cari ai regimi totalitari di ogni forma e colore)<sup>133</sup>; owerò ancora un significato di reinserimento sociale nelle sue diverse forme, da quella minimale dell'*amendement*<sup>134</sup> a quelle più penetranti di "risocializzazione", perseguite attraverso il trattamento penitenziario e prima ancora attraverso l'individualizzazione della pena.

Per vero, negli ultimi anni molte divergenze sono venute attenuandosi, con il progressivo arretramento della teoria dell'emenda (solo) morale e della teoria del trattamento correttivo-coercitivo, a favore di una concezione rieducativa di impronta liberale-solidaristica ed umanistica<sup>135</sup> traducendosi in una libera offerta di strumenti e stimoli a sfondo rieducativo, nel pieno rispetto della libertà interiore del reo. Restano ancora, tuttavia, molti dubbi circa il ruolo e lo stesso significa-

127. Cfr. TIEDEMANN, *L'influence des principes constitutionnels*, cit., p.107.

128. Secondo la quale "La pena detentiva ha quale scopo essenziale il miglioramento e la riqualificazione sociale del condannato" (art.1).

129. Cfr. PRADEL, *L'individualisation de la sanction: essai d'un bilan à la veille d'un nouveau code pénal*, in *Rev.sc.crim.*, 1977, p.723 ss.

130. "Indubbiamente a causa del suo tendenziale contrasto col principio di legalità". DELMAS-MARTY, *Les standards en droit pénal*, cit., p. 1023.

Cfr. altresì FAVOREU, *La constitutionnalisation du droit pénal*, cit., pp.176 e 191; PHILIP, *La constitutionnalisation du droit pénal français*, in *Rev.sc.crim.*, 1985, p.717.

131. Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p.746 e bibliografia ivi riportata.

132. Cfr. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, p.122 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici.

133. Cfr., in generale e per tutti, MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p.756; MERLE e VITU, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle - Droit pénal général*, vol.I, Paris, 1988, p.890.

134. Cfr. MERLE e VITU, iui.

135. Sui rapporti tra umanesimo e funzione di risocializzazione cfr. le osservazioni di BEAN, *Rehabilitation and Deviance*, Londra e Boston, 1976, p.139; cfr. altresì, in una diversa prospettiva, VERIN, *La resocialisation sur la sellette*, in *Rev.sc.crim.*, 1978, p.416 ss.

to del principio di rieducatività delle pene<sup>136</sup>: principio il quale, risultando indissolubilmente legato all'eterno problema dello scopo della sanzione, appare comunque destinato a sopravvivere ad ogni contingente "declino della moda del trattamento penale"<sup>137</sup>.

Orbene, alla luce della diversità di fonti e di contenuto del principio di rieducatività, si potrebbe essere portati a ritenere che l'influsso di quest'ultimo sui singoli sistemi penali nazionali sia stato quanto mai diversificato. Viceversa, sembra di poter dire che il ruolo riformista di tale principio sui sistemi punitivi dell'Europa occidentale non solo sia stato ovunque rilevante, ma si sia anche tradotto in scelte legislative ed interpretative tendenzialmente omogenee. Ad esempio, il ricorso al principio costituzionale di rieducatività ha dato luogo in Italia e in Germania a comuni sviluppi sul piano normativo in relazione alla disciplina della pena perpetua: pena in entrambi i Paesi sottratta all'incostituzionalità attraverso l'introduzione di una disposizione di legge che consente la sospensibilità della pena dopo un certo numero di anni di reclusione<sup>138</sup>. Più in generale, poi, tutto il processo diretto all'individualizzazione delle pene, intensificatosi in questi ultimi decenni nei Paesi occidentali ed in particolare in Francia, porta il sigillo dell'idea rieducativa<sup>139</sup>.

Ma è soprattutto sul diritto penitenziario che il principio di rieducazione (intesa come risocializzazione da perseguirsi attraverso la libera offerta di opportunità scolastiche, professionali e sociali<sup>140</sup>, nonché attraverso stimoli a carattere premiale) ha inciso più profondamente. Così, è innanzitutto a tale principio che risulta ispirata la massima parte delle leggi penitenziarie europee, come quelle italiane del 1975 e del 1986 e quella francese del 1945, ulteriormente "umanizzata" dagli importanti decreti del 23 maggio 1975 e del 26 gennaio 1983<sup>141</sup>.

È comunque indiscutibile che l'omogenea penetrazione del principio di rieducatività nei sistemi giuridici europei, ed in particolare in quelli italiano e francese, sia stata favorita dal movimento internazionale di riforma penale<sup>142</sup> e dalla imponente

136. In argomento cfr., da ultimo, SYR, *Punir e réhabiliter*, Paris, 1990; nonché, in una prospettiva problematica ed essenzialmente criminologica, ATIAS, *Le traitement des délinquants*, Paris, 1991, soprattutto p. 10 ss.

137. MERLE e VITU, *Traité de droit criminel*, cit., p.892.

138. In relazione all'Italia, cfr. VASSALLI, *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, cit., p.729; ID., *Le droit italien, principes généraux applicables à la "matière pénale"*, in *Rev.sc.crim.*, 1987, p.76. In relazione alla Germania cfr. FROMONT, *Le juge constitutionnel et le droit pénal en République fédérale d'Allemagne*, in *Rev.sc.crim.*, 1985, p.752.

139. Cfr., limitatamente alla Francia, GASSIN, *L'influence du mouvement de la défense sociale nouvelle sur le droit pénal français contemporain*, in *Aspects nouveaux de la pensée juridique - Recueil d'études en honneur à Marc Ancel*, 1975, vol.II, p.3. Cfr. altresì, in una più generale prospettiva JESCHECK, *Linee direttive del movimento internazionale di riforma penale*, in *Indice pen.*, 1979, p.181.

140. Cfr. BOULOC, *Penologie*, Parigi, 1991, p.178, n.256 ss.

141. Cfr. COUVRAT, *La politique criminelle pénitentiaire à l'image de l'expérience française depuis 1945*, in *Rev.sc.crim.*, 1985, p.231 ss.

142. Cfr. PALAZZO, *Constitution, Cour constitutionnelle et droit pénal*, cit., p.4. Espressione di tale movimento riformista sono, in particolare, le Regole penitenziarie europee (contenute nell'allegato alla raccomandazione N. R (87)3 approvata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 12 febbraio 1987), le quali "insistono sul fatto che le modalità del

opera di comparazione sulla quale tale movimento si fonda<sup>143</sup>. Il che, senza nulla togliere al decisivo ruolo avuto dal principio di rieducatività nella trasformazione dei sistemi punitivi europei, sottolinea l'importanza del metodo comparativistico nell'attività di sviluppo e concretizzazione dei principi.

10. *I principi di diritto interno e la loro funzione di armonizzazione penale intrasistemica e intersistemica.*

Al termine di questo sommario esame di taluni fondamentali principi di diritto penale interno, e dei profili essenziali da essi assunti in Italia e Francia, è opportuna qualche breve considerazione.

Innanzitutto, va ricordato come l'indagine sin qui svolta abbia confermato, ancora una volta, quanto detto in via generale nella Sezione I a proposito dei *caratteri, contenuti e funzioni* dei principi di diritto.

Per quanto in particolare concerne *i caratteri*, è stato evidenziato soprattutto il carattere direttivo dei principi e l'elasticità delle soluzioni che esso consente a livello sia legislativo sia interpretativo. È comunque emerso anche il loro carattere sistematico, ad esempio in relazione al principio di umanizzazione, ove esso venga ricavato da una pluralità di norme particolari.

Per quanto concerne *il contenuto* dei principi, è apparso in modo quanto mai evidente come essi si contraddistinguano non solo per il requisito della "generalità" e per la loro significatività tecnico-giuridica, ma anche per il loro nocciolo di "valore". Infatti, come visto, i concetti stessi di proporzione, legalità, responsabilità personale, rieducazione, pur evolvendosi e affinandosi nel corso dell'evoluzione storica, esprimono direttamente o comunque si ricollegano a valori di chiara matrice illuminista e giusnaturalista. E lo stesso può dirsi anche in relazione al contenuto di altri principi che in questa relazione non sono stati presi in esame. Ciò non esclude, oviamente, che in taluni ulteriori principi (o categorie di principi) il nucleo di valore sia più nascosto, come ad esempio nel caso di certi principi del processo penale<sup>144</sup>.

---

trattamento e tutte le misure in genere devono essere orientate verso il 'reinserimento sociale'". BOULOC, *Pénologie*, cit., p.8, n.12. In argomento, limitatamente alla dottrina francese cfr. altresì, per tutti, COUV RAT, *Les règles pénitentiaires do Conseil de l'Europe*, in *Rev. sc. crim.*, 1988, p. 132 ss.; PRADEL, *Les nouvelles règles pénitentiaires do Conseil de l'Europe*, in *Revue pénitentiaire et de Droit pénal*, 1988, p. 218 ss. Nella letteratura italiana cfr., in particolare, Le regole *penitenziarie* europee, a cura di Comucci e Presutti, Milano, 1989, e bibliografia ivi riportata a p. 199.

143. Cfr., per tutti, JESCHECK, *Il significato del diritto comparato per la riforma penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1978, p.803 ss.

144. Principi questi ultimi non trattati nella presente relazione, circoscritti ai principi di diritto penale sostanziale. Per un esame dei principi di diritto penale processuale cfr. da ultimo, limitatamente all'Italia, CONSO, *L'esperienza dei principi generali del nuovo diritto processuale penale*, in *Giust.pen.*, 1991, III, c.577 ss. Il contenuto al contempo di "razionalità" e di "valore" dei principi fondamentali del processo penale è stato comunque sottolineato a più riprese in Italia ed in Francia. Cfr. ad esempio, per l'Italia, AMODIO, *Nuovi valori "costituzionali" nel? giustizia penale del continente europeo*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1984, p.918 ss.; per la Francia, *Commission justice pénale et droits de l'homme, La mise en état des affaires pénales*, Parigi, 1991, p.i11 ss. Cfr. altresì, nella stessa prospettiva, e da ultimo *Procès pénal et droits de l'homme*, a cura di DELMAS-MARTY, Parigi, 1992; LETOURNEAU e FITZGERALD, *Politique criminelle et réforme do droit*, cit., p. 109 ss.

Infine, per quanto concerne le funzioni, è emersa la tendenza dei principi a favorire – in virtù dei loro stessi caratteri – l'intima coerenza e razionalità del sistema. Coerenza e razionalità perseguite, appunto, nel segno di valori il cui livello di sviluppo riflette ed esprime il grado di civiltà giuridica del momento storico.

Orbene, è importante sottolineare come tale tendenza alla armonizzazione-razionalizzazione "qualitativa" del sistema penale potrebbe riuscire quanto mai preziosa nell'attuale contesto, caratterizzato in Italia – e non solo in Italia – da un'imponente e caotica attività legislativa in materia criminale. In particolare, è noto come oggi in molti Paesi la frequentissima promulgazione di testi penali extra codicem comporti la progressiva "emarginazione" del codice penale stesso<sup>145</sup>. Questo ben noto fenomeno di "decodificazione"<sup>146</sup> diviene particolarmente evidente e problematico quando le leggi penali "speciali" presentino – rispetto al sistema codicistico – forti peculiarità sotto il profilo delle tecniche o modalità di tutela<sup>147</sup>. Sorgono così vere e proprie normative penali di settore (quando non addirittura autonomi micro-sistemi) nelle quali, talora, alcune delle fondamentali garanzie di stampo liberale risultano fortemente attenuate<sup>148</sup>.

Una significativa testimonianza di ciò è offerta dalle legislazioni cosiddette dell'emergenza<sup>149</sup>, le quali, nel tentativo di predisporre tecniche repressive sempre nuove e più efficaci, finiscono con l'allontanarsi vieppiù dal sistema di principi delineato nei singoli Stati dalla Costituzione e dal codice penale "in uno scenario nel quale l'idea codicistica di giustizia scivola progressivamente nell'ombra"<sup>150</sup>.

In questo contesto di moltiplicazione delle fonti legislative e di frammentazione e settorializzazione del diritto penale, ben si può capire come una più acuta attenzione ai fondamentali principi di diritto in funzione di armonizzazione-razionalizzazione del sistema possa risultare quanto mai opportuna: non già per eliminare quelle articolazioni delle tecniche punitive suggerite dalla diversità propria dei singoli settori di intervento e più in generale dall'incredibile complessità dell'attuale realtà sociale<sup>151</sup>; ma, piuttosto,

145. Quest'ultimo risulta infatti inapplicabile non solo, ovviamente, in relazione alle nuove forme di criminalità che esso non contempla; ma anche - in virtù del principio di specialità - in relazione a quelle forme di criminalità previste sia dal codice penale sia da apposite, più specifiche norme penali esterne al codice stesso.

146. Sull'attuale processo di decodificazione del diritto penale e sui problemi connessi a tale fenomeno, cfr., per tutti, BRICOLA, *Il codice penale cinquant'anni dopo. Considerazioni introduttive*, in *La questione criminale*, 1981, p.14 ss.; nonché, fondamentalmente, PALIERO, "Minima non curat praetor", Padova, 1985, p.83 ss.

147. Cfr. da ultimo PALAZZO, *A proposito di codice penale e leggi speciali*, in *Questione giustizia*, 1991, p.312 ss.

148. Cfr., ad esempio, la legge n.194 del 1978 sulla interruzione volontaria della gravidanza, la quale "deroga in modo rilevante ai principi generali della successione di leggi penali nel tempo (capitolo 'centrale' della nostra disciplina, la cui funzione garantista non sfugge a nessuno)", PALIERO, "Minima non curat praetor", cit., p.112. In merito al pericolo di deviazioni dai principi generali connesso alla decodificazione, cfr. da ultimo PADOVANI e STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, cit., p. 28 ss.

149. Cfr. in argomento gli studi di DE LA CUESTA, OTTENHOF, KOERING-JOULIN, BLOCH, JUNG, SOULIER, in *Rev.sc.crim.*, 1987, p. 589 ss. Cfr. altresì BERNARDI, "Principi di diritto" e diritto penale europeo, cit., p.138 ss e bibliografia ivi riportata.

150. PALAZZO, *A proposito di codice penale e leggi speciali*, cit., p.317.

151. Cfr., amplius, PALAZZO, *ivi*, p.313 ss.

sto, per "ordinare il molteplice" senza lasciarlo al caso o all'arbitrio<sup>152</sup>, vincolando le soluzioni di volta in volta accolte ad una logica elastica, capace di salvaguardare le grandi opzioni di civiltà giuridica dello Stato liberal-democratico.

Lo scopo è appunto quello di mantenere e rafforzare un complesso di principi che, nell'attuale processo di "decodificazione" delle leggi, riescano comunque a ricondurre i molteplici frammenti della materia penale entro i confini di un sistema<sup>153</sup> coerente, razionale e civile.

Resta, come si è ricordato nella Sezione I e si è talora avuto modo di verificare nella Sezione II, il problema connesso ai processi induttivi e soprattutto deduttivi per l'individuazione e lo sviluppo di principi contraddistinti da un elevato grado di generalità e flessibilità. In proposito, l'unica cosa chiara è che non esistono magiche ricette atte a garantire la coerenza delle singole norme d'attuazione e della relativa attività interpretativa. In quanto strumenti di "razionalità" e "valore", i principi richiedono un costante sforzo "intellettuale" e "morale" per approdare a sviluppi armonici, diretti ad offrire una equilibrata tutela ai beni essenziali (talora confliggenti) dell'individuo e della società, in quella prospettiva di "qualità" della legge che caratterizza la storia dell'illuminismo e del liberalismo giuridico.

Certamente, nell'ambito di questa problematica attività di concretizzazione dei principi all'interno del sistema penale nazionale, un utile contributo può essere offerto dal diritto comparato. Attraverso un'indagine sull'esperienza degli altri Stati è infatti indubbiamente più facile capire le linee lungo le quali un principio può evolvere, e quali possano essere i riflessi sul piano concreto di tali evoluzioni. In sintesi, lo studio del diritto comparato consente una maggiore ponderazione e consapevolezza nell'attività di sviluppo dei principi, a tutto vantaggio della coerenza e razionalità delle soluzioni accolte.

Il diritto comparato può assolvere altresì ad un altro importantissimo compito: orientare gli sviluppi dei principi nei sistemi penali dei Paesi europei in senso tendenzialmente omogeneo<sup>154</sup>. *Con il risultato che i principi di diritto interno finirebbero per divenire, oltreché strumento di razionalizzazione e armonizzazione dei diversi settori del sistema penale nazionale, strumento di armonizzazione tra i diversi sistemi penali statuali.* Ad un coerente sviluppo, nei singoli Stati, dei fondamentali principi di diritto finirebbe infatti per corrispondere una armonizzazione-rawicinamento dei sistemi penali statuali, attuata nel segno di comuni direttrici di "valore".

---

152. Cfr. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, cit., *passim*.

153. Cfr., in una prospettiva generalissima, SORRENTINO, *I principi generali dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, in *Dir. soc.*, 1987, p. 181 ss. e, soprattutto, p. 200. Va peraltro sottolineato che il termine "sistema" è qui utilizzato in senso ampio, se non addirittura in senso improprio, data l'impossibilità di ricavare un sistema del tutto coerente ed unitario da fattispecie penali necessariamente "frammentarie" e disorganiche. In merito allo specifico problema della irriducibilità a sistema delle norme incriminatrici di parte speciale cfr. PADOVANI e STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminosa*, cit., p. 99 ss.

154. Per taluni spunti in merito all'incidenza dell'attività comparatistica sulla convergenza degli ordinamenti nazionali cfr., da ultimo, CASSESE, *Il problema della convergenza dei diritti amministrativi verso un modello amministrativo europeo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1992, p. 25 ss.

In proposito si impongono, tuttavia, talune precisazioni.

Da un lato, posto che – come detto al § 4 – l'attività di sviluppo dei principi di diritto interno risulta condizionata da molteplici componenti (dottrinarie, politiche, sociali) e più in generale dalla cultura giuridica propri dei singoli Paesi, nulla esclude che i principi possano avere sviluppi omogenei nei singoli Stati anche a prescindere da ogni indagine comparatistica. Ciò accadrà, appunto, ove sul piano socio-politico e giuridico-culturale si registrino fra gli Stati processi di ravvicinamento atti a favorire uno sviluppo "in parallelo" dei principi interni.

Dall'altro lato, proprio perché come detto l'attività di sviluppo dei principi di diritto interno risente delle situazioni socio-politiche e giuridico-culturali dei singoli Paesi, è verosimile ritenere che, ove sussista una notevole diversità in relazione a tali situazioni, possa e debba verificarsi una evoluzione disomogenea dei principi di diritto interno, indipendentemente dagli insegnamenti del diritto comparato.

In questo generale quadro, il ruolo del diritto comparato sarà perciò non tanto quello di offrire modelli "preconfezionati" di sviluppo dei principi, quanto piuttosto, più profondamente, di offrire stimoli e preziosi elementi di conoscenza, così da contribuire alla formazione di una cultura giuridica comune. È infatti questa comune cultura giuridica che sola può offrire le basi per un omogeneo sviluppo nei singoli Stati dei fondamentali principi di diritto; sviluppo a sua volta funzionale ad una progressiva armonizzazione dei sistemi (penali) nazionali destinata peraltro – almeno in questo momento storico – a non tradursi in completa uniformazione.

Se dunque, anche grazie al diritto comparato, non può affatto escludersi che i principi di diritto interno favoriscano l'armonico ravvicinamento dei sistemi (penali) statuali, resta comunque il fatto che tali principi appaiono prioritariamente destinati ad assolvere una funzione di armonizzazione per l'appunto *interna*, circoscritta cioè ai diversi settori del sistema (penale) interno. Altre "categorie" di principi possono meglio prestarsi all'armonizzazione interstatale: ed innanzitutto, i "principi di diritto internazionale" previsti in particolare dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dal diritto comunitario.

### SEZIONE III

#### PRINCIPI DI DIRITTO INTERNAZIONALE E SISTEMI PENALI EUROPEI.

*11 I principi previsti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la loro astratta attitudine all'armonizzazione dei sistemi punitivi nazionali.*

È giunto il momento di esaminare brevemente i profili assunti da taluni fondamentali principi nel diritto internazionale e l'eventuale impulso di questi ultimi all'armonizzazione dei sistemi penali statuali.

Nell'ambito di questo lavoro, dato il gran numero di principi e di categorie di principi di diritto internazionale, sarò ovviamente costretto a trascurarne la massima parte. Così, ad esempio, non parlerò dei "principi generali riconosciuti dalle nazioni civili", di cui all'art.38 par.3 dello Statuto della Corte permanente di giustizia inter-

nazionale e all'art. 38 par.1 C dello Statuto della Corte permanente di Giustizia. Quanto poi ai molteplici principi di diritto emergenti nell'ambito dell'ampia produzione giuridica in materia penale del Consiglio d'Europa, farò riferimento solo ai principi inseriti nella più importante tra le Convenzioni sinora introdotte.

In definitiva, prenderò in esame solo quelle che a tutt'oggi, per il ruolo in concreto svolto, possono definirsi le due fondamentali categorie di "principi di diritto internazionale": i principi contenuti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo (principi CEDU) e i principi previsti dai Trattati e dalla legislazione comunitaria, ovvero elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia CE nell'ambito del processo di costruzione di un efficace sistema di protezione dei cosiddetti "diritti fondamentali" (principi comunitari).

Passando quindi subito alla prima di tali fondamentali categorie, occorre innanzitutto sottolineare come la Convenzione europea dei diritti dell'uomo presenti un gran numero di principi riguardanti, direttamente o indirettamente, il diritto penale sostanziale e processuale<sup>155</sup>. Si tratta di principi espressi, come tali a *carattere* essenzialmente programmatico-direttivo<sup>156</sup> e con un *contenuto* all'evidenza non soltanto "tecnico-giuridico"<sup>157</sup>, ma anche e soprattutto di "valore". Ciò emerge dalla stessa lettura del Preambolo della Convenzione, laddove si dice che i principi in questione trovano le loro radici "nel patrimonio comune di ideali e di tradizioni politiche, di rispetto della libertà e di preminenza del diritto" proprio degli Stati europei. È dunque chiaro che, per quanto concerne *le funzioni* dei principi stessi, la funzione di coordinamento e di razionalizzazione del sistema giuridico<sup>158</sup> tende inevitabilmente a realizzarsi in una prospettiva di "valore". In altre parole, quello cui mira la Convenzione è la "salvaguardia" e lo sviluppo dei sistemi giuridici nazionali non solo sotto il profilo della loro intima coerenza, ma anche e soprattutto sotto un profilo assiologico, sotto un profilo latamente "etico".

Questa "salvaguardia qualitativa" favorita dalla Convenzione europea risulta poi tanto più penetrante in quanto:

a) Pur riflettendo in larga misura principi già generalmente riconosciuti a livello costituzionale, i principi CEDU offrono talora una tutela dei diritti dell'uomo maggiore di quella prevista in molte delle attuali Costituzioni; anche perché rispetto ai principi costituzionali, i principi CEDU sono spesso più dettagliati e dunque – quantomeno in linea teorica – più vincolanti per il legislatore e l'interprete<sup>159</sup>.

b) Il sistema di controllo previsto dalla Convenzione per il rispetto dei principi

155. Contenuto penalistico presenta infatti la massima parte dei principi sanciti dagli artt. 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 14, 17, 18 CEDU.

156. Tuttavia per talune precisazioni in merito all'attenuazione di tale carattere limitatamente ai principi CEDU cfr. PALAZZO-BERNARDI, La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la politica criminale italiana: *intersezioni* e lontananze, in Riv. int. dir. uomo, 1988, p. 31 ss.

157. Cfr. § 3, lett. b.

158. Cfr. § 4, lett. a 1 e b.

159. Cfr. già, per tutti, CHIAVARIO, La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Milano, 1969, p.9; SPERDUTI, Prefazione al testo *ufficiale* della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti *dell'uomo*, Strasburgo, 1962, p.10 ss.

da essa sanciti ha ad oggetto non solo la normativa dei Paesi membri<sup>160</sup> ma anche – *rectius* in primo luogo – gli effettivi comportamenti dei pubblici poteri nei singoli Stati, indipendentemente dalla conformità o meno di questi comportamenti al diritto interno<sup>161</sup>. In tal modo viene preso in esame anche ogni eventuale "scollamento" tra "sistema ufficiale" e "sistema reale" in tema di diritti dell'uomo.

c) Lo sviluppo dei principi CEDU viene attuato da appositi organi sovranazionali (Commissione e Corte europea)<sup>162</sup>, i quali se da un lato sono capaci di adattarsi alle peculiari esigenze di ciascun Paese attraverso il "*marge d'appréciation*" lasciato ai singoli Stati per quanto concerne l'adeguamento dell'ordinamento interno a taluni dei più significativi principi convenzionali<sup>163</sup>, dall'altro lato tendono comunque ad interpretare i principi CEDU in modo evolutivamente coerente<sup>164</sup>, sulla base di un metro di giudizio "europeo" sufficientemente omogeneo ancorché flessibile<sup>165</sup>. Vengono così evitati quei fenomeni di sviluppo disarmonico o addirittura antitetico

160. Sul c.d. "controllo in abstracto" della compatibilità tra normativa interna e Convenzione da parte degli organi di Strasburgo cfr., da ultimo, VELU e ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1990, p. 1054, n. 1218. Cfr. altresì BERNARDI, "Principi di diritto" e diritto penale europeo, cit., p. 136.

161. Cfr., ad esempio, GREGORI, *Il ricorso individuale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1979, p. 1209; SPERDUTI, *Osservazioni sul sistema europeo di protezione dei diritti dell'uomo*, in Studi in onore di G. Chiarelli, vol. IV, Milano, 1974, p. 4165.

162. Cfr., in generale e per tutti, *L'interpretazione giudiziaria della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, a cura di Facchin, Padova, 1988; BERGER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, 1991.

163. Cfr., per tutti, DELMAS-MARTY, *Fécondité des logiques juridiques sous-jacentes*, in *Raisonner la raison d'état* cit., p.465 ss.; ID., *Legalité pénale et préeminence du droit*, in *Mélanges Vitu*, cit., p.165 ss.; COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, cit., p.187 ss.; GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Le caractère autonome des termes et la "marge d'appréciation" des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, in *Protecting Human Rights: the European Dimension*, Studies in honour of G.J. Wiarda, Köln, 1988, p. 201 ss.; VELU e ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, cit., p. 56 ss., n. 59 ss. e bibliografia ivi riportata; PALAZZO e BERNARDI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 47 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici.

164. Cfr., tra gli altri, VELU e ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, cit., p. 51, n. 52 ss.; BARSOTTI, *Tendenze evolutive nell'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in Riv.dir.int., 1976, p.268 ss.; EISSEN, *La Cour européenne des droits de l'homme*, in Rev. dr. pén., 1986, p. 1586; SØRENSEN, *I diritti iscritti nella Convenzione dei diritti dell'uomo del 1950 hanno lo stesso significato nel 1975?*, in Riv. dir. europeo, 1975, p.267 ss.; PASINI, *I diritti dell'uomo*, Napoli, 1979, p.198; MATSCHER, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo per opera dei suoi organi*, in *L'Italia e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di Gremontieri, Milano, 1989, p. 43 ss.; COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, cit., p.194ss; CREMONA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo oggi e domani*, in Riv. int. dir. uomo, 1990, p. 21 ss. Con specifico riferimento ai limiti dell'interpretazione evolutiva cfr. OST, *Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Raisonner la raison d'état*, cit., p. 443.

165. Cfr., in particolare, DELMAS-MARTY, *Fécondité des logiques juridiques sous-jacentes*, cit., p.487 ss.; ID., *La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et la "logique du flou"*, dattiloscritto in corso di pubblicazione.

dei principi, sempre possibili laddove tale sviluppo sia affidato ad una pluralità di organi, talora per di più eterogenei per natura e/o cultura. Di fatto, l'interpretazione data dalla Corte europea ai principi in materia di diritti dell'uomo presenta dissonanze assai inferiori a quelle riscontrabili, ad esempio, da un esame comparato dell'interpretazione data ai medesimi principi dalle diverse Corti costituzionali europee, e più in generale dai diversi organi nazionali deputati alla loro implementazione e concretizzazione.

Come si può quindi vedere, una molteplicità di elementi concorrono a far ritenere che i principi CEDU possano assolvere non solo ad una funzione di penetrante armonizzazione dei singoli settori di ciascun sistema penale statale e delle relative prassi<sup>166</sup>, ma anche, di riflesso, ad una funzione di armonizzazione-ravvicinamento dei diversi sistemi penali nazionali e più in generale dei sistemi lato *sensu* punitivi propri degli Stati aderenti alla Convenzione europea. Nell'interpretazione evolutiva datane dagli organi di Strasburgo, i principi CEDU costituiscono, insomma, il minimo denominatore di civiltà giuridica cui tutti i sistemi penali nazionali devono informarsi.

Vero è che tale processo di armonizzazione intrasistemica ed intersistemica nel segno dei diritti dell'uomo è stata in molti Paesi (tra i quali l'Italia e la Francia) frenata dalla concezione autarchica del potere legislativo e del potere esecutivo, nonché dalla tradizione conservatrice del potere giudiziario<sup>167</sup>. In particolare, in taluni Stati si è cercato di attenuare l'impatto della Convenzione sui sistemi statuali sia attribuendo ad essa il rango di legge ordinaria<sup>168</sup>, sia considerando taluni suoi principi *not self executing*<sup>169</sup>, sia dando una interpretazione restrittiva al contenuto stesso di tali principi<sup>170</sup>, sia addirittura, come ad esempio accade in Gran Bretagna

166. In proposito cfr., da ultimo e limitatamente all'Italia, STARACE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, Bari, 1992, p. 85 ss.

167. Cfr., in una prospettiva comparatistica, DRZEMCZEWSKI, *European Human Rights Convention in Domestic Law. A comparative Study*, Oxford, 1983, p. 62. Limitatamente all'Italia cfr., per tutti, PALAZZO e BERNARDI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 33 ss.; PITTARO, *Un passo indietro (ed anche due...)* in tema di diritti dell'uomo, in *Cass.pen.*, 1985, p.2057. Limitatamente alla Francia cfr., emblematicamente, CHAMBRON, *Observations sous cour d'appel de Toulouse, 5 janvier 1982*, in *Jurisclasseur périodique*, 1982, II, 19899. Cfr. altresì, *amplius* COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, cit., p. 258 ss.

168. Sul punto cfr. la tabella di cui all'Annexe 2, in *Raisonnement la raison d'état*, cit., p. 506 ss.; DE SALVIA, *Lineamenti di diritto europeo dei diritti dell'uomo*, Padova, 1991, p. 56. Cfr. altresì, da ultimo e limitatamente al sistema italiano, RAIMONDI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella gerarchia delle fonti dell'ordinamento italiano*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1990, p. 36 ss.; ARBIA, *La giurisprudenza italiana e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, ivi, 1991, p. 120 ss.

169. Cfr., da ultimo, ALBANO, *Le norme programmatiche della Cedu e l'ordinamento italiano*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1991, p. 719 ss.

170. Cfr. PALAZZO e BERNARDI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 35, e bibliografia ivi riportata. Cfr. altresì, in prospettiva comparatistica, CREMONA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nei tribunali inglesi e irlandesi*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1989, p. 178.

e Svezia, non incorporando la Convenzione nel diritto interno<sup>171</sup>.

Tuttavia, negli ultimi anni, la situazione sembra essere migliorata<sup>172</sup>, sull'onda della continua opera di sensibilizzazione svolta dalla dottrina e, soprattutto, sull'onda del notevolissimo incremento quantitativo<sup>173</sup> ed innalzamento qualitativo<sup>174</sup> delle decisioni degli organi di Strasburgo. Da ciò deriva una sempre più chiara visione della "dimensione concreta" dei principi in materia penale previsti dalla Convenzione, e una sempre più acuta consapevolezza della necessità di conformarsi<sup>175</sup>.

Si può quindi affermare, in definitiva, che all'astratta attitudine della Convenzione europea dei diritti dell'uomo alla armonizzazione dei sistemi penali (e più in generale dei sistemi punitivi) nazionali corrisponde una sua importanza pratica sempre crescente. Una conferma di ciò può trarsi dall'analisi delle decisioni degli organi di Strasburgo e dell'influenza da esse avuta sui sistemi dei Paesi firmatari.

## 12. Il ruolo in concreto svolto dai principi CEDU nella prospettiva del ravvicinamento dei sistemi punitivi nazionali

Alla luce dell'ormai copiosa giurisprudenza degli organi di Strasburgo si può in estrema sintesi affermare che i principi CEDU svolgono la loro opera di armonizzazione-ravvicinamento *lato sensu* penale su tre distinti piani: quello relativo ai sistemi statuali di prevenzione e controllo sociale; quello relativo ai sistemi punitivi in senso ampio; quello relativo ai sistemi penali in senso stretto.

171. Cfr. COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, cit., p. 243 ss.; *Raisonner la raison d'état*, cit., Annexe 3, p. 509.

172. Cfr. COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, cit., p. 253 ss.

173. Cfr. ENRICH MAS e SANSOTTA, *Aperçu statistique de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Studies in honour of G.J. Wiarda*, cit., p. 698 ss. Cfr. altresì, più recentemente, i dati riportati da MADIOT (*Droits de l'homme*, Paris, 1991, p. 201) e da BERGER (*Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, 1991, p. 3 e Annexes D, E, F, p. 382 ss.). Sottolinea tuttavia i pericoli di una "svalutazione" della Convenzione derivante dalla sua eventuale iperutilizzazione in caso di microviolazioni, VIER, *Les risques de "dévalorisation" de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Convention européenne des droits de l'homme et droit communautaire*, Paris, 1988, p. 59 ss.

174. Cfr., per tutti, PETTITI, *Les principes généraux de droit pénal dans la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Reu. sc. crim.*, 1987, p. 169.

175. Cfr. in proposito, da ultimo, le osservazioni di WACHSMANN, *Les droits de l'homme*, Paris, 1992, p. 107 ss.; MAYER, *Evolution de l'attitude de la chambre criminelle de la Cour de cassation française à l'égard de la Convention européenne des droits de l'Homme*, in *Mélanges offerts à Georges Levasseur*, Paris, 1992, p. 239 ss. Limitatamente alla dottrina italiana cfr., in particolare, GREMENTIERI, *L'Italia e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo: bilancio di quindici anni di ricorsi individuali*, in *L'Italia e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 3 ss. e, soprattutto p. 21 ss.; MAROTTA, *Gli effetti delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1989, p. 55 ss. Sul carattere "obbligatorio" delle decisioni della Corte Europea cfr., diffusamente, RESS, *Effets des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme en droit interne et pour les tribunaux nationaux*, in *Actes du cinquième colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme*, cit., p. 340 ss. e bibliografia ivi citata.

a) Per quanto concerne i sistemi statuali di prevenzione e difesa sociale, la Commissione e la Corte europea vegliano a che i Paesi membri del Consiglio d'Europa utilizzino solo tecniche di controllo sociale conformi ai principi CEDU, e rifuggano quindi dall'uso di mezzi di prevenzione a sfondo repressivo, tipici degli Stati autoritari o totalitari. Particolarmente significative, sotto questo profilo, sono le decisioni in tema di malati mentali, stranieri e soggetti sospetti di appartenere a gruppi mafiosi o terroristici. L'esame di tale giurisprudenza<sup>176</sup> consente di porre in luce come l'attività degli organi della Convenzione sia diretta ad impedire che gli Stati utilizzino il proprio apparato punitivo nei confronti della semplice devianza o addirittura della "diversità" in quanto tale; ovvero sia diretta a consentire le restrizioni a talune libertà fondamentali solo se effettivamente indispensabili. In tal modo, nonostante la attenta e talora "indulgente" considerazione riservata alle particolari situazioni esistenti nei singoli Paesi ed alle misure necessarie per il mantenimento in essi del sistema democratico<sup>177</sup>, gli organi della Convenzione svolgono una significativa funzione di freno rispetto alle ricorrenti tendenze verso una involuzione in senso autoritario dei sistemi statuali.

b) Per quanto concerne i sistemi punitivi in senso ampio, l'opera di controllo svolta dagli organi di Strasburgo ha ad oggetto i diversi sistemi sanzionatori statuali, anche non strettamente penali (sistemi disciplinari, sistemi amministrativi, sistemi di transazione) per verificare la loro conformità ai principi CEDU. Muovendo dal presupposto dell'autonomia del concetto di "materia penale" recepito dalla Convenzione all'art.6<sup>178</sup>, la Commissione e la Corte ritengono infatti che debbano essere assoggettati ai principi previsti da tale articolo tutti gli strumenti sanzionatori statuali che – in base alla loro complessiva disciplina, alla loro entità e alla intrinseca natura dell'illecito – meritino le garanzie offerte dalla Convenzione stessa,

Attraverso questa giurisprudenza i sistemi punitivi nazionali vengono così armonizzandosi sulla base di un comune parametro europeo che risulta in larga misura indifferente alle contingenti ed eterogenee scelte politico-criminali di "etichetta-

---

176. Per un puntuale esame di tale giurisprudenza cfr. MASSIAS, *L'influence des droits de l'homme sur la politique criminelle en Europe*, in *Arch. pol.crim.*, n.9, 1987, p.39. Cfr. altresì, per tutti, DE SALVIA, *Il terrorismo e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1989, p. 21 ss.; SOULIER, *Lutte contre le terrorisme*, in *Raisonner la raison d'état*, cit. p. 29 ss.; DOURAKI, *La Convention européenne des droits de l'homme et le droit a la liberté de certains malades et emarginaux*, Paris, 1986, con ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali; BERNARDI, "Principi di diritto" e diritto penale europeo, cit., p.125 ss.

177. Sul punto si vedano le osservazioni di WARBRICK, *The european Convention on Human Rights and the prevention of terrorism*, in *The International Comparative Law Quarterly*, 1983, p.82 e in particolare pp.118-119.

178. Sul concetto di "materia penale" accolto dalla Convenzione cfr., fondamentalmente, La "matière pénale" au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, *flou du droit pénal*, a cura del Groupe de recherche Droits de l'homme et logiques juridiques diretto da Madame DELMAS-MARTY, in *Rev.sc.crim.*, 1987, p.519-ss. Cfr. altresì DELMAS-MARTY, *Code pénal d'hier, droit pénal d'aujourd'hui, matière pénale de demain*, in *Recueil Dalloz*, 1986, *Chr.*, p.27 ss.

mento" proprie dei singoli Stati<sup>179</sup>. Riguardo in particolare all'attuale tendenza alla depenalizzazione manifestantesi in molti Paesi europei, risulta quindi ormai chiaro che l'elusione delle garanzie minime previste dalla Convenzione apparirà consentita solo laddove alla depenalizzazione "formale" corrisponda un reale e significativo affievolimento delle sanzioni e dei loro effetti.

c) Infine, per quanto concerne i sistemi *stricto sensu* penali, i principi CEDU – attraverso l'interpretazione datane a Strasburgo – svolgono una significativa funzione di armonizzazione intra e intersistemica, ravvicinando nel segno dei diritti dell'uomo le relative legislazioni e prassi nazionali.

In questa relazione è ovviamente impossibile ripercorrere, anche solo a grandi linee, l'impatto avuto dalla Convenzione europea sui singoli sistemi penali nazionali<sup>180</sup>. Mi limiterò pertanto a ricordare come – nonostante gli apparati statali tendano a negare o comunque a minimizzare l'esistenza di effettivi momenti di contrasto tra principi CEDU e realtà interna – un certo scarto tra sistema penale e Convenzione europea sussista nella massima parte degli Stati membri<sup>181</sup>; come questi contrasti siano stati stigmatizzati da numerose sentenze di condanna pronunciate dalla Corte europea; come queste sentenze abbiano avuto talora un peso determinante nel processo di riforma delle legislazioni e delle prassi interne. In proposito, e solo a titolo di esempio, può essere ricordato il decisivo ruolo avuto dal principio del divieto di pene o trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU) sulle modifiche apportate alla normativa penale della Gran Bretagna e dell'isola di Man a seguito del caso Irlanda contro Gran Bretagna<sup>182</sup> e del caso Tyrer<sup>183</sup>; ovvero il ruolo prioritario avuto dal principio del diritto al rispetto della vita privata (art. 8 CEDU) e del diritto alla libertà di espressione (art. 10 CEDU) su talune significative riforme penali, quali quelle che hanno portato nell'Irlanda del Nord alla decriminalizzazio-

179. Sul punto, cfr. PETTITI, *Les sanctions au sens de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme*, in *Arch.pol.crim.*, n.7, 1984, p.145 ss; MASSIAS, *L'influence*, cit., p. 22 ss.

180. Cfr. in argomento, per tutti, DRZEMCZEWSKI, *European Human Rights Convention in Domestic Law*, cit.; Raisonner la raison d'état, cit.; nonché, da ultimo, DELMAS-MARTY, *La Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et le droit pénal de fond*, in *Mélanges G.Levasseur*, cit., p. 195 ss. Cfr., altresì, limitatamente alla Germania, all'Italia e alla Svizzera, le relazioni presentate da KUHLE, RIZ e TRECHSEL, in occasione della *Tagung für Rechtsvergleichung in Innsbruck vom 16 bis 19 September 1987*, *Arbeitsitzung der Fachgruppe für Strafrechtsvergleichung*, in *ZStW*, 1988, p.597 ss.

181. Cfr., limitatamente all'Italia, PALAZZO e BERNARDI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 42 ss.; PITTARO, *L'ordinamento italiano e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur.it.*, 1987, IV, c.392 ss. Limitatamente alla Francia, cfr. *Droits de l'homme en France. Dix ans d'application de la Convention européenne des droits de l'homme devant les juridictions juridiques françaises*, Strasbourg, 1985; KOERING-JOULIN e WACHSMANN, France, in *Raisonner la raison d'état*, cit., p. 173 ss.

182. Caso Irlanda contro Gran Bretagna, sentenza 18 febbraio 1978, in *Publications de la Cour européenne des Droits de l'Homme* (d'ora in avanti abbreviato in *Publ. C.E.D.H.*), Série A n. 25.

183. Caso Tyrer contro Gran Bretagna (Isola di Man), sentenza 25 aprile 1978, in *Publ. C.E.D.H.*, Série An.26.

ne degli atti omosessuali tra maggiorenni consenzienti<sup>184</sup> o che hanno portato in Belgio all'eliminazione di talune forme di interdizione professionale particolarmente penetranti<sup>185</sup> o, ancora e più in generale, che hanno ridisegnato in taluni Stati la disciplina interna relativa alle intercettazioni telefoniche<sup>186</sup>.

Ancora più numerosi sono poi stati i casi in cui i principi CEDU e l'attività degli organi di Strasburgo, pur senza costituire la causa unica o prima delle riforme interne, hanno in varia misura inciso sull'evoluzione delle legislazioni penali nazionali e, di riflesso, sull'armonizzazione dei sistemi. In proposito, un esempio particolarmente attuale è quello offerto dallo stesso nuovo codice di procedura penale italiano, il quale ha subito in più punti l'influsso della Convenzione<sup>187</sup>, assumendo profili che potrebbero dirsi ispirati ad un modello europeo di processo penale. Quanto alla Francia, è anche e soprattutto alla Convenzione europea che la Commissione "Justice pénale et droits de l'homme" ha fatto riferimento nel predisporre un catalogo di principi fondamentali atto a costituire un essenziale punto di riferimento nella prospettiva dell'introduzione nei singoli Stati europei di sistemi processuali tra loro compatibili<sup>188</sup>.

Sembra inoltre opportuno ricordare come – a prescindere da ogni riforma legislativa – una ulteriore e complementare funzione di armonizzazione dei sistemi penali statuali sia assolta dalla Convenzione e dall'attività decisionale degli organi di Strasburgo, orientando nei singoli Paesi l'interpretazione giurisprudenziale in un'ottica di sensibilizzazione dei diritti dell'uomo<sup>189</sup>. In taluni Paesi, come ad esempio il Belgio, l'adeguamento in via interpretativa ai principi convenzionali è risultato particolarmente evidente, supplendo così, almeno in parte, all'inerzia del legislatore<sup>190</sup>.

Da ultimo, va sottolineato che ulteriori prospettive di armonizzazione-ravvicina-

184. *Caso Dudgeon contro Irlanda del nord*, sentenza 22 ottobre 1981, in *Publ.C.E.D.H., Série A* n.45.

185. *Caso De Becker contro Belgio*, sentenza 27 marzo 1962, in *Publ. C.E.D.H., Série A* n.3.

186. Cfr., da ultimo, PETTITI, *La giurisprudenza della Commissione e della Corte europea dei diritti dell'uomo e la sua influenza sulla legislazione degli Stati membri in materia di ascolti e intercettazioni telefoniche*, in *Riv. int. dir uomo*, 1991, p. 603 ss.; VIENNE, *Les écontes téléphoniques au regard de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, in *Mélanges G. Levasseur*, cit., p. 263 ss.; MAYER, *Evolution de l'attitude de la Chambre criminelle*, cit., p. 245 ss.

187. Cfr., per tutti, CHIAVARIO, "Cultura italiana" del processo penale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: frammenti di appunti e spunti per una "microstoria", in *Riv.int. dir. uomo*, 1990, p. 462ss; ID., *Le procès pénal en Italie*, in *Procès pénal et droits de l'homme*, cit., p. 75 ss.; PALAZZO e BERNARDI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 45; STARACE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, cit., p. 85 ss. e, soprattutto, pp. 135 e 140.

188. Cfr. *La mise en état des affaires pénales*, a cura della Commission Justice pénale et Droits de l'homme, cit., p.112.

189. In argomento cfr., per tutti, MAROTTA, *Gli effetti delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 60 ss.

190. Cfr. LAMBERT, *La Convention européenne des Droits de l'Homme dans la Jurisprudence belge*, Bruxelles, 1987.

mento dei sistemi penali emergono dalla tendenza evolutiva a considerare la Convenzione ed i relativi principi come possibile fonte di "obblighi di incriminazione" a carico dello Stato. Ciò accadrebbe – in base a quanto affermato dalla Corte nella sentenza X e Y contro Olanda<sup>191</sup> – ove solo una legislazione penale possa assicurare una efficace protezione a taluni fondamentali diritti previsti dalla Convenzione stessa.

In definitiva, alla luce sia delle caratteristiche proprie dei principi CEDU, sia dell'esperienza relativa al loro progressivo impatto sui sistemi giuridici dei singoli Stati, è realistico prevedere una incidenza sempre crescente di tali principi nel processo storico di armonizzazione penale intrasistemica e intersistemica.

13. *I principi espressi e inespressi di diritto comunitario. I criteri del maximum standard ovvero dell'orientamento prevalente ed i loro riflessi sull'armonizzazione dei sistemi punitivi interni.*

Il tema dei principi di diritto comunitario e della loro funzione di razionalizzazione-armonizzazione dei sistemi statuali *lato sensu* penali costituisce un capitolo del più generale tema dei rapporti tra diritto comunitario e diritto penale. Tema quest'ultimo per lungo tempo trascurato, nonostante che numerosi documenti internazionali indicassero il ravvicinamento dei sistemi penali limitatamente al settore economico come una delle condizioni indispensabili per il perseguimento delle finalità proprie dei Trattati. Sull'onda della giurisprudenza della Corte di Giustizia e delle sollecitazioni della dottrina<sup>192</sup> sono comunque progressivamente emerse la polimorfa incidenza del diritto comunitario sugli ordinamenti punitivi statuali e la complessità dei relativi problemi. Negli ultimi anni, poi, questa materia è stata oggetto di ulteriori studi talora anche assai ampi ed approfonditi<sup>193</sup>, ed io stesso ho avuto modo di indagare sul ruolo del diritto comunitario e dei relativi principi nel processo di ravvicinamento dei sistemi penali nazionali<sup>194</sup>.

Nell'impossibilità di dilungarmi su questo affascinante e modernissimo argomento, mi limiterò qui ad esporre per somme linee la problematica relativa alle funzioni di armonizzazione penale intra e intersistemica svolta dai principi di diritto comunitario, distinguendo ancora una volta tra l'astratta attitudine di questi ultimi all'armonizzazione penale ed il ruolo da essi in concreto svolto. In proposito, va

191. Caso X e Y contro Olanda, sentenza 26 marzo 1985, in Publ. C. E. D. H, *Série A* n. 91.

192. Cfr. ad esempio BIANCARELLI-MAIDANI, *L'incidence du droit communautaire sur le droit pénal des États membres*, in Rev. sc. crim., 1984, p. 225 ss. e 445 ss; BIANCONI, *Legislazione penale e diritto comunitario*, in *Giust.pen.*, 1975, I, c. 239 ss; PEDRAZZI, *Il ravvicinamento delle legislazioni penali nell'ambito della Comunità economica europea*, in *Indice pen.*, 1967, p. 325 ss; SGUBBI, voce *Diritto penale comunitario*, in *Dig. Disc. pen.*, vol. IV, Torino, 1990, p. 89 ss.

193. Cfr., per tutti e fondamentalmente, GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, Milano, 1989, e bibliografia ivi riportata. Cfr. altresì, da ultimo, gli studi di diritto penale europeo di BOULOC, CHAVANNE, COSTA-LASCOUX, KESSEDJIAN, LAFARGE e GENDREL, OEHLER, ROBERT, in *Mélanges G. Levasseur*, cit., pp. 103, 121, 129, 139, 147, 155, 169 ss.

194. BERNARDI, "Principi di diritto" e diritto penale europeo, cit., pp. 156-213.

subito sottolineato come l'ordinamento comunitario presenti, fondamentalmente, due distinte categorie di principi<sup>195</sup>.

Alla prima categoria appartengono i principi espressamente previsti dai Trattati. Si tratta di poche norme-principio, concernenti in particolare: il divieto di discriminazioni fondate sulla nazionalità (art. 7 Tr. CEE); il divieto di restrizioni quantitative all'importazione nonché di qualsiasi misura di effetto equivalente (art. 30 Tr. CEE); la libera circolazione dei lavoratori e degli operatori economici in genere (artt. 48, 52, 59 Tr. CEE); la soppressione delle restrizioni ai movimenti di capitali (art. 67 Tr. CEE); la parità di trattamento retributivo tra uomini e donne (art. 119 Tr. CEE).

Alla seconda categoria – molto più dinamica, complessa e problematica – appartengono i principi di diritto non scritto (principi impliciti o inespressi) elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia<sup>196</sup>, ed in particolare quelli in materia di diritti fondamentali della persona umana<sup>197</sup>.

Ormai pacificamente riconosciuti come parte integrante del diritto comunitario i principi in materia di diritti fondamentali sono stati, come noto, introdotti dalla Corte di Giustizia per colmare una lacuna del diritto comunitario scritto. L'assenza all'interno dei Trattati di un catalogo di diritti fondamentali, infatti, comportava il rischio della promulgazione da parte degli organi comunitari di testi in contrasto con tali diritti. Ciò, ovviamente, minava il primato del diritto comunitario sul diritto interno, in quanto nel permanere di una tale situazione difficilmente le giurisdizioni statali si sarebbero spogliate del potere di controllare le norme comunitarie, almeno limitatamente ai diritti fondamentali costituzionalmente garantiti.

Grazie agli artt. 164, 173 e 215 Tr. CEE, i quali sembrano autorizzare il ricorso a principi generali di diritto non scritto, la Corte di Giustizia ha dunque potuto supplire a questa lacuna. E lo ha fatto in grande stile, riconducendo all'interno del catalogo di principi in materia di diritti fondamentali implicitamente recepiti e tutelati dal sistema comunitario, tutti i diritti fondamentali previsti nelle Carte internaziona-

---

195. Sottolinea peraltro la tendenziale omogeneità dei principi riconducibili a tali categorie, CAPELLI, I principi generali come fonte di diritto, in *Dir. com. scambi intern.*, 1986, p. 545 ss.

196. Cfr., per tutti, CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, in *Dir. com. scambi intern.*, 1983, p. 409 ss.

197. In argomento cfr. fondamentalmente e per tutti, PESCATORE, *Les droits de l'homme et l'intégration européenne*, in *Cahier de droit européen*, 1968, p. 629 ss., nonché, da ultimo, GRASSO, La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi "flessi sui sistemi penali degli Stati membri", in *Riv. int. dir. uomo*, 1991, p. 617 ss.

198. Cfr., in particolare, la dichiarazione comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione delle Comunità, adottata a Lussemburgo il 5 aprile 1977 (in *Gazz.uff. Com. eur.*, n.C103, 27 aprile 1977, p.1); il Preambolo dell'Atto unico europeo del 1986 (in *Gazz.uff. Com. eur.*, n. L169, 29 giugno 1987, p.1 ss.); nonché, da ultimo, l'art. F n. 2 del titolo I ("Disposizioni comuni") del "Trattato sull'unione europea" firmato a Maastrich il 7 febbraio 1992, in base al quale "L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario".

li e/o nelle Costituzioni dei Paesi membri della Comunità. Per di più – quantomeno secondo larga parte dei commentatori – la Corte di Giustizia sembrerebbe in linea di massima aver accolto il cosiddetto criterio del *maximum standard*<sup>199</sup>, in base al quale a tali diritti (di cui sembra inutile sottolineare l'intrinseco contenuto di "valore")<sup>200</sup> sarebbe assicurato in sede comunitaria il più alto livello di sviluppo e protezione loro attribuito nei diversi sistemi costituzionali; mentre anche quella altrettanto autorevole parte dei commentatori secondo la quale la Corte verrebbe a tutelare i diritti fondamentali non già sino al loro *maximum standard*, ma piuttosto in sintonia con (e nei limiti della) tendenza prevalente negli Stati membri<sup>201</sup>, tenuto altresì conto delle esigenze dell'Ordinamento comunitario<sup>202</sup>, concorda nel ritenere che la protezione offerta a tali diritti in sede comunitaria non possa comunque ridursi entro i limiti del "minimo comune denominatore di tutela" espresso dalle legislazioni nazionali<sup>203</sup>.

Stabilita dunque l'esistenza all'interno del diritto comunitario di queste due distinte categorie di principi di diritto (principi espliciti e principi impliciti) resta da chiarire se esse si prestino all'armonizzazione dei sistemi penali nazionali. In proposito, si può dire che in virtù della preminenza e della efficacia diretta<sup>204</sup> del diritto comunitario sul diritto interno, risulta pacifica l'astratta attitudine dei principi comunitari espliciti ad incidere sul sistema penale nazionale, paralizzandone le disposizioni che siano in contrasto con essi. Quanto poi ai principi comunitari impliciti in materia di diritti fondamentali, va sottolineato come anch'essi risultino astrattamente idonei ad influire sui sistemi penali interni. Infatti, sebbene questa seconda categoria di principi sia stata introdotta essenzialmente in funzione di controllo giurisdizionale della legislazione comunitaria e non della legislazione naziona-

199. *Sul criterio del maximum standard e dei suoi diversi fondamenti teorici cfr., per tutti, TOSATO, La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte delle Comunità europee, in Studi in onore di G. Sperduti, Milano, 1984, p.734 ss., GREMENTIERI, Il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità europee per la protezione dei diritti fondamentali in Europa, in Dir. com. scambi intern., 1979, p.5, RIZ, Diritto penale e diritto comunitario, Padova, 1984, p. 480 ss.; MARCOUX, Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté économique européenne, in Reu. int. dr. comp., 1983, p. 716 ss.; DAUSES, La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire, in Reu. trim. dr. europ., 1984, p. 411 ss. Cfr. altresì BERNARDI, "Principi di diritto" e diritto penale europeo, cit., p. 181 ss., e bibliografia ivi riportata; GAJA, Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario, in Riu. dir. int., 1988, p. §78 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici (n. 11).*

200. *Cfr., specificamente, HETSCH, Emergence des valeurs morales dans la jurisprudence de la C.J.C.E., in Riu. trim. dr. europ., 1982, p. 511 ss.*

201. *Cfr., per tutti, GRASSO, La protezione dei diritti fondamentali, cit., p. 626; ID. Comunità europee e diritto penale, cit., p. 61 ss.*

202. *Cfr., in particolare, GAJA, Aspetti problematici, cit., p. 579 e bibliografia ivi riportata alla n. 13; GRASSO, La protezione dei diritti fondamentali, cit., p. 626, con ulteriori riferimenti bibliografici.*

203. *In proposito cfr., ad esempio, NERI, Le droit communautaire et la Cour constitutionnelle italienne: la protection des droits fondamentaux, in Riu. dir. eur., 1989, p. 91.*

204. *Cfr., per tutti, GRASSO, Comunità europee e diritto penale, cit., p. 257 ss. e bibliografia ivi riportata; LOUIS, L'ordre juridique communautaire, 1989, p.105 ss.*

le, appare chiaro che i relativi principi, una volta accolti in seno all'ordinamento comunitario, si prestano, al pari di ogni altra norma comunitaria scritta o non scritta, a condizionare il diritto interno<sup>205</sup>. Ciò è tanto più evidente, ove si pensi a come sia spesso difficile separare la funzione di controllo sulla legislazione comunitaria da quella sulla legislazione interna. Per esempio, nelle ipotesi in cui gli organi statali si limitino a dare attuazione alla normativa comunitaria, quegli stessi diritti fondamentali il cui rispetto si impone in sede comunitaria dovranno essere puntualmente osservati anche in sede nazionale, pena il contrasto tra normativa comunitaria da attuare e norme interne d'attuazione<sup>206</sup>.

Ma allora, se anche i principi comunitari in tema di diritti fondamentali vengono ad incidere sul diritto penale interno – sia pure limitatamente alla materia dei Trattati – il loro effetto di armonizzazione sui sistemi penali potrebbe essere teoricamente notevolissimo, e certo molto più accentuato di quello consentito dai principi CEDU. Infatti, come visto, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo tende ad un'armonizzazione dei sistemi nazionali circoscritta al minimo denominatore comune di protezione offerto dai pochi e fondamentali diritti dell'uomo in essa previsti<sup>207</sup>; mentre il diritto comunitario, grazie ai diritti fondamentali e al criterio del *maximum standard* (ovvero al criterio dell'“orientamento prevalente” od al criterio – ad esso tendenzialmente complementare – c.d. della *better law*)<sup>208</sup>, sembra consentire una armonizzazione dei sistemi perseguita sulla base di tutti i diritti dell'uomo rinvenibili nelle Costituzioni e nelle Carte internazionali, ed in relazione al massimo livello di sviluppo e tutela di volta in volta raggiunto da ciascuno di tali diritti (criterio del *maximum standard*) ovvero ad un livello di sviluppo e tutela comunque più alto di quello previsto in taluni sistemi nazionali (criterio dell'“orientamento prevalente” e/o della *better law*).

Del resto, il ben diverso livello d'armonizzazione consentito dai principi comunitari in rapporto ai principi CEDU appare in linea coi differenti obiettivi perseguiti dalle rispettive organizzazioni internazionali e dai loro organi giurisdizionali.

205. Cfr., per tutti, DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, cit., p. 306; COHEN-JONATHAN, *La Cour des Communautés européennes et les droits de l'homme*, in *Revue du Marché Commun*, 1978, p. 92 ss; GRASSO, *La protezione dei diritti fondamentali*, cit., p. 627 e bibliografia ivi riportata; BERNARDI, "Principi di diritto" e diritto penale europeo, cit., p. 185 ss, con ulteriori riferimenti bibliografici.

206. Cfr. TOSATO, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte delle Comunità europee*, in *Studi in onore di G. Sperduti*, 1984, p.740.

207. Anche se, per vero, sia il catalogo dei principi/diritti CEDU, sia il loro livello di tutela non risultano affatto immutabili. Da un lato infatti il catalogo di tali principi/diritti può essere ampliato attraverso il meccanismo dei protocolli addizionali, con conseguente dilatazione del campo d'applicazione della Convenzione; dall'altro lato i suddetti principi/diritti possono essere ripulmati dall'interpretazione evolutiva degli organi di Strasburgo, con conseguente eventuale innalzamento del loro grado di sviluppo e protezione. In argomento cfr., per tutti, IMBERT, *L'action intergouvernementale du Conseil de l'Europe en matière de droits de l'homme: sauvegarde ou développement?*, in *Studies in honour of G.J. Wiarda*, cit., p. 260.

208. Al criterio cioè in base al quale, tra i diversi sviluppi conferiti a livello nazionale ad un dato diritto fondamentale, deve essere privilegiato quello comunitariamente "migliore", in quanto più in linea con la struttura e le finalità dell'ordinamento comunitario (cfr. nota 202).

Mentre infatti il Consiglio d'Europa si limita a favorire "un'unione più stretta tra gli Stati", scopo della Comunità e della Corte di Giustizia è addirittura l'unificazione delle legislazioni interne relativamente alla materia dei Trattati; unificazione realizzata nel più generale contesto di sviluppo politico di una Comunità integrata<sup>209</sup>.

14. *Il ruolo in concreto svolto dai principi di diritto comunitario nella prospettiva del ravvicinamento dei sistemi punitivi europei.*

Rispetto alla spiccata attitudine astratta all'armonizzazione dei sistemi penali propria dei principi comunitari impliciti in materia di diritti fondamentali, occorre riconoscere che il ruolo in concreto svolto da tali principi è stato sinora assai inferiore alle loro potenzialità.

A lungo si potrebbe discutere sulle ragioni di ciò<sup>210</sup>. Resta comunque il fatto che la Corte di Giustizia, pur ribadendo a più riprese l'esigenza di tutelare i diritti fondamentali anche nell'ambito della normativa statale<sup>211</sup>, per valutare la conformità di quest'ultima al diritto comunitario ha prevalentemente fatto ricorso alle sole norme dei Trattati e della legislazione derivata. Per vero, anche i *principi impliciti* in materia di diritti fondamentali sono stati a più riprese utilizzati, ma – salvo casi eccezionali nei quali è stato dato loro particolare rilievo<sup>212</sup> – solo come argomento ausiliario, per ribadire le soluzioni già ricavate alla luce della normativa comunitaria.

Rispetto ai principi comunitari impliciti, quelli *espliciti* previsti in particolare agli artt. 7, 30 e 48 CEE (anch'essi, per vero, tendenzialmente afferenti alla materia dei diritti fondamentali)<sup>213</sup> hanno indubbiamente avuto un più significativo ruolo, nell'armonizzazione dei sistemi penali. Attraverso l'interpretazione datane dalla

209. Cfr. sul punto, ELENS, *La notion de démocratie dans le cadre des limitations aux droits de l'homme*, in *Boletín do Ministerio da Justiça*, 1981, p.233; HAILBRONNER, *Die Einschränkung von Grundrechten in einer demokratischen Gesellschaft*, in *Volkerrecht als Rechtsordnung Internationale Gerichtsbarkeit Menschenrechte, Festschrift für H.Mosler*, Berlin, 1983, p. 380 e p. 383; GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Die Bezugnahme auf das innerstaatliche Recht der Vertragsstaaten in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, in *EuGRZ*, 1981, p.481 ss. Cfr. altresì le relazioni di GOLSONG, SASSE, PESCATORE, KLEIN, in *Grundrechtsschutz in Europa*, a cura di Mosler, Bernhardt e Hilf, 1977, rispettivamente alle pp.7 ss., 51 ss., 64 ss., 133 ss.

210. Sulle diverse cause dei non rilevanti risultati ottenuti dai principi comunitari in materia di diritti fondamentali nella prospettiva dell'armonizzazione dei sistemi penali, cfr. BERNARDI "Principi di diritto" e diritto penale europeo, cit., p. 188 ss.

211. Cfr. ad esempio causa 48/75, Royer, sentenza 8 aprile 1976, in *Racc.*, 1976, p.497; causa 118/75, Watson e Belmann, sentenza 7 luglio 1976, in *Racc.*, 1976, p.1185 ss. e, soprattutto, p. 1193.

212. Per esempio, in base innanzitutto al principio di retroattività delle norme penali (che in diritto comunitario costituisce un principio implicito in tema di diritti fondamentali ricavato dai sistemi giuridici degli Stati membri e dall'art.7 CEDU) sono state dalla Corte di Giustizia dichiarate contrarie al diritto comunitario talune disposizioni penali a carattere retroattivo previste dall'ordinamento inglese. Cfr. causa 66/83, Regina contro Kent Kirk, sentenza 10 luglio 1984, in *Racc.*, 1984, p. 2689 ss.

213. Invero da più parti è stato sottolineato come tali principi costituiscano specificazioni dei più generali principi di eguaglianza e/o libertà, senz'altro riconducibili alla categoria dei diritti fondamentali. Cfr., per tutti, GRASSO, *La protezione dei diritti fondamentali*, cit., p. 619 ss., e bibliografia ivi riportata; LOUIS, *L'ordre juridique communautaire*, cit., p. 49 ss., n. 29 ss.

Corte di Giustizia, tali principi si sono infatti dimostrati capaci di incidere in misura significativa sulle norme statuali *lato sensu* penali: in primo luogo imponendo la disapplicazione parziale o totale di una vasta gamma di precetti (e di norme processuali) che, nei singoli Stati, risultavano in contrasto con i principi in questione<sup>214</sup>; in secondo luogo sancendo l'inadeguatezza parziale o totale delle sanzioni previste per talune infrazioni, con conseguenze che possono giungere ancora una volta, in caso di incompatibilità totale tra sanzioni e principi comunitari, alla disapplicazione delle relative norme *lato sensu* penali<sup>215</sup>.

Per quanto specificamente concerne l'incidenza dei principi comunitari sui precetti penali, significativa è risultata ad esempio quella giurisprudenza comunitaria che ha a più riprese ribadito l'incompatibilità col diritto comunitario di una legislazione penale nazionale tale da ostacolare la libera circolazione delle persone, delle merci e dei capitali<sup>216</sup> (si pensi, per tutte, alla celebre sentenza sul *Cassis de Dijon*)<sup>217</sup>.

Per quanto concerne poi l'incidenza dei principi comunitari sulle sanzioni, la giurisprudenza della Corte di Giustizia rivela in modo inequivocabile come spesso le norme-principio contenute nei Trattati possano condizionare le scelte punitive interne in relazione sia al livello sia al tipo di pena utilizzabile. Ciò accade soprattutto ove tali principi siano "letti" alla luce di quel principio di proporzione delle pene che è accolto – sotto nomi e forme diverse – in numerosi ordinamenti costituzionali e nella stessa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>218</sup>, e che dunque assume i contorni di un vero e proprio principio comunitario destinato a vincolare il legislatore e l'interprete in vista della effettiva tutela dei diritti fondamentali<sup>219</sup>.

Di fatto, l'uso combinato dei principi comunitari espliciti e del principio implicito di proporzione ha consentito alla Corte di Giustizia di operare un controllo assai efficace sui livelli sanzionatori previsti negli Stati membri per talune infrazioni. In ogni caso, tale controllo si rivela senz'altro più intenso di quello attuato dalla massima parte delle Corti costituzionali, ed in particolare da quelle italiana e francese (le quali, come ricordato al § 6, si dimostrano assai caute nel sindacare le scelte punitive operate dal legislatore interno). Una evidente prova di ciò è costituita, ad esem-

214. In argomento cfr. *amplius e per tutti*, GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, cit., p.269 ss. Cfr. altresì, da ultimo, BOULOC, *L'influence du droit communautaire sur le droit pénal interne*, in *Mélanges G. Levasseur*, cit., p. 110 ss.

215. Cfr. GRASSO, *ivi*, p. 309 ss.; BOULOC, *ivi*, p. 114 ss.

216. Cfr., *per tutti*, GRASSO, *La protezione dei diritti fondamentali*, cit., p. 629 ss, e bibliografia ivi riportata; RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, cit., p. 206 ss. e 330 ss. Cfr. altresì DELMAS-MARTY, *L'influence du droit communautaire sur le droit pénal interne*, in *La protection juridique des intérêts financiers de la Communauté, Bruxelles-Luxembourg, 1990*, p.234 ss; nonché, con specifico riferimento al sistema penale francese, BORE', *La difficile rencontre du droit pénal français et du droit communautaire*, in *Mélanges Vitu*, cit., p.34 ss.

217. Causa n.120/78, *Rewe-Cassis de Dijon*, sentenza 20 febbraio 1979, in *Racc.*, 1979, p.649.

218. Cfr. DE SALVIA, *La notion de proportionnalité dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour des droits de l'homme*, in *Dir. com. scambi intern.*, 1978, p. 463 ss.

219. Cfr. GRASSO, *La protezione dei diritti fondamentali*, cit., p. 635 ss.

pio, dalla sentenza relativa al caso Drex1<sup>220</sup>, in cui la Corte di Giustizia, censurando le scelte del legislatore italiano, ha dichiarato incompatibili con la disciplina comunitaria il ricorso a pene tra loro manifestamente sproporzionate in relazione a due categorie di infrazioni di gravità sostanzialmente analoga<sup>221</sup>.

Senza contare che ormai anche in sede comunitaria si prospetta l'eventualità che dall'interpretazione in chiave "proporzionalistica" di talune norme comunitarie<sup>222</sup> possano derivare in capo agli Stati membri quegli obblighi di incriminazione penale già affermati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza X e Y contro Olanda<sup>223</sup>. Posto infatti che, come sottolineato dalla Corte di Giustizia nella celebre sentenza sul mais greco<sup>224</sup>, la sanzione comminata per le violazioni al diritto comunitario deve essere in ogni caso efficace, proporzionata e dissuasiva, obblighi di incriminazione potrebbero sussistere nei casi in cui appunto – parafrasando la Corte europea dei diritti dell'uomo – solo attraverso sanzioni di tipo penale possa essere assicurata l'efficace tutela di talune disposizioni comunitarie.

Per quanto sin qui detto sembra inutile dover ulteriormente rimarcare il concreto ruolo d'armonizzazione penale (a livello interno e di riflesso a livello interstatuale) svolto dai principi comunitari. Sotto questo profilo, ciò che oggi accade può forse destare meraviglia, ma non è altro che la traduzione in atto delle potenzialità insite in principi di diritto comuni a più Stati, sovraordinati al diritto interno (anche penale) e sviluppati in sede giurisdizionale sulla base di un omogeneo ancorché flessibile parametro europeo.

Certamente, talune perplessità – specie sotto il profilo della legalità – possono essere avanzate nei confronti di una tecnica normativa che attraverso un largo uso di norme-principio (e grazie anche ai momenti di ambiguità particolarmente frequenti nelle disposizioni comunitarie)<sup>225</sup>, tende a trasformare ogni autorità giudicante, sia nazionale sia – come in questi casi – sovranazionale, in fonte autonoma di diritto<sup>226</sup>. Resta il fatto che è anche e soprattutto attraverso i principi – strumento privilegiato grazie al quale le idee ed i valori affermatasi in altri campi penetrano nel mondo giu-

220. Causa 299/86, Drex1, sentenza 25 febbraio 1988, in Cass. pen., 1989, p. 1618 ss., n. 1374.

221. Cfr., *amplius*, GIGLIO, Diritto comunitario e scelte sanzionatorie degli Stati membri, in Cass. pen., 1990, p. 1354, n. 1115; BONICHOT, Chronique internationale - Droit *communautaire* et droit pénal, in Reu. sc. crim., 1988, p. 591 ss.

222. Ed innanzitutto delle norme-principio di cui all'art.5 Tr. CEE. Cfr. sul punto, BERNARDI, "Principi di diritto" e diritto penale europeo, cit., p.196 ss., con ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

223. Cfr. § 12, nota 191.

224. Causa 68/88, Commissione Cee c. Repubblica ellenica, in Racc., 1989, p.2965 ss. e in Dir. com. scambi *intern.*, 1990, p. 395, con nota di DE FRANCESCHI, Le sanzioni nel diritto comunitario, p. 403 ss. Cfr. altresì, per tutti, BONICHOT, Droit *communautaire*, in Reu. sc. crim., 1990, p. 155; GRASSO, L'harmonisation et la coordination des dispositions pénales *nationales*, in La *protection juridique des intérêts financiers* de la Communauté, cit., pp. 269 e 278.

225. Cfr. in argomento, da ultimo, WOODLAND, *Specificité et ambiguïtés du langage du droit communautaire*, in Le langage *du droit*, Bruxelles, 1991, p. 87 ss.

226. Cfr. ESSER, *Grundsatz und Norm* in der richterlichen *Fortbildung* des *Privatrechts*, cit., p.52 ss.

ridico – che il diritto viene ad incidere attivamente nella costruzione europea, trasformando la sua tradizionale dipendenza rispetto ai fenomeni sociali e culturali<sup>227</sup> in fattore di progresso istituzionale. Sono infatti soprattutto le norme-principio esplicitamente o implicitamente accolte dal diritto comunitario che rendono possibile in sede giurisdizionale quell'interpretazione evolutiva e teleologica atta a favorire la progressione della costruzione comunitaria ed a riflettere i mutamenti che da essa derivano<sup>228</sup>.

#### 15. Considerazioni conclusive.

In questa relazione ho cercato di evidenziare come i principi di diritto, grazie ai loro caratteri, contenuti e funzioni, possano svolgere – e di fatto svolgano – una preziosa opera di razionalizzazione-armonizzazione penale, nel segno di idee e di valori illuministi che nel diritto positivo trovano così voce ed espressione.

In particolare, si è visto come i principi di diritto ricavati o enunciati in ambito nazionale, nonostante i problemi derivanti da un'attività di individuazione e sviluppo non sempre omogenea e coerente, si prestino ad assolvere una funzione di armonizzazione dei diversi settori del sistema penale. Armonizzazione intrasistemica dunque, ma che nell'attuale processo di avvicinamento di modelli sociali e culturali in atto su scala europea, e grazie anche all'apporto del diritto comparato, parrebbe destinata a tradursi in una armonizzazione a livello interstatale.

Successivamente, si è visto come i principi accolti nel diritto internazionale (Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto Comunitario), grazie soprattutto all'attività delle relative Corti, svolgano una penetrante funzione di armonizzazione penale (non solo interna ma anche e soprattutto) interstatale, attuata all'insegna di quelle idee di ragione e di quei diritti dell'uomo che costituiscono la base comune alle democrazie occidentali<sup>229</sup>.

L'analisi della giurisprudenza in materia di principi di diritto internazionale sembra suggerire un'ultima osservazione. Grazie anche ai particolari criteri interpretativi adottati in tema di principi dalle Corti europee (criterio comparatistico, criterio del *maximum standard*, criterio della *better law*), gli stessi principi e addirittura le stesse norme interne di ciascun Paese membro non esauriscono i loro effetti in sede nazionale, ma appaiono destinati ad incidere anche sulla normativa interna degli altri Stati, modificandola in varia misura e contribuendo così all'armonizzazione dei sistemi.

Il fenomeno comincia a manifestarsi in relazione a quei fondamentali principi CEDU (artt. 8 a 11) condizionati nel loro sviluppo da uno standard europeo di democrazia ricavato attraverso un criterio comparatistico che tiene conto del conte-

---

227. Cfr., fondamentalmente, MAYER, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, 1903, passim.

228. Cfr., da ultimo, JACQUE', *Le rôle du droit dans l'intégration européenne*, in *Revue internationale de philosophie politique*, 1991, p.125. Con specifico riferimento al ruolo del diritto penale nell'integrazione europea cfr. ora ZULEEG, *Der Beitrag des Strafrechts zur Europäischen Integration*, relazione dattiloscritta presentata al Simposio di fondazione della "Vereinigung für Europäisches Strafrecht e. V." (22 e 23 maggio 1992, Würzburg).

229. In proposito cfr., da ultimo, le osservazioni di SIEBER, *Unificazione europea e diritto penale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1991, p. 971.

nuto e dei limiti attribuiti ai diritti dell'uomo in ciascuno Stato membro<sup>230</sup>. In questo modo ogni Paese può, attraverso il grado di sviluppo dato a taluni principi fondamentali, incidere sul più generale grado di sviluppo europeo riconosciuto ai principi in questione dalla Corte dei diritti dell'uomo, e di conseguenza incidere sul livello minimo di sviluppo richiesto dalla Convenzione a tutti i Paesi membri limitatamente ai loro sistemi penali<sup>231</sup>.

Lo stesso fenomeno diviene più palese in relazione ai principi comunitari impliciti in tema di diritti fondamentali. Infatti, grazie al tendenziale criterio del *maximum standard* ovvero della *better law*, il diritto comunitario e, di riflesso, il diritto (penale) degli Stati membri, possono risultare condizionati al rispetto di diritti fondamentali estranei alla tradizione nazionale o comunque oggetto nel sistema giuridico interno di un grado di sviluppo inferiore. In proposito, un esempio significativo è offerto dallo stesso principio di proporzione delle pene il quale – come si è visto al § 14 – assume in sede comunitaria profili e dimensioni tradizionalmente sconosciuti in molti dei Paesi membri.

Infine, il fenomeno acquista la massima evidenza in relazione a taluni principi comunitari espliciti, ed in particolare in relazione al principio di libera circolazione delle merci. Infatti, attraverso l'interpretazione data dalla Corte di Giustizia al divieto di qualsiasi misura di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa all'importazione (art. 30 Tr. CEE), l'eventuale divieto di commercializzare un dato prodotto all'interno degli Stati membri diverrà inoperante ove la produzione e commercializzazione di tale prodotto siano consentite in taluni Stati CEE<sup>232</sup>. Attraverso il principio di libera circolazione l'operatività di una norma penale interna risulta così condizionata all'esistenza di un'analogia disposizione negli altri Paesi della Comunità<sup>233</sup>.

Occorre quindi concludere che gli attuali sviluppi interpretativi dati ai principi di diritto internazionale attentano al principio di territorialità ed alla sovranità penale degli Stati? Di certo ogni tipo di frontiera risulta oggi meno rigido e custodito. Come al viaggiatore di questa fine secolo, anche al diritto può accadere così di superare, quasi inavvertitamente, i confini dello Stato di appartenenza, per divenire parte di una più generale realtà chiamata Europa.

#### ABSTRACT

The object of this 3-part study is to point out the functions performed by the principles of Criminal Law.

The first part of the study briefly describes the systematic character of the principles and

230. PALAZZO e BERNARDI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 54 ss.

231. PALAZZO e BERNARDI, *Italie*, in *Raisonnement la raison d'état*, cit., p. 253.

232. Quanto meno, ove i divieti o restrizioni all'importazione non siano giustificati alla luce dei motivi elencati all'art. 36 Tr. CEE, ovvero indicati in via esemplificativa nella ormai celebre sentenza sul *Cassis de Dijon* (cfr. *supra*, n. 217).

233. Cfr., *amplius*, BERNARDI, *Profili penalistici della commercializzazione dei prodotti agro-alimentari*, in *Diritto e giurisprudenza agraria*, 1992, § 11, p. 400 ss.

their regulatory nature, giving shape to policy aims; the controversial subject matter of the principles, and the different functions attributed to them depending on whether one's approach stems from theories of natural or positive law.

In the second part, we analyse the developments within the Italian and French criminal systems of some essential principles. Through an examination of the principles of proportionality, legality and personal responsibility and also a consideration of the humanisation of punishments and their aim of rehabilitation, the harmonising function performed by legal principles within the systems in question is illustrated step by step.

Finally, in the third part we examine the two fundamental classes of "Principles of International Law" affecting criminal law matters (principles of ECHR and principles of EC law) and we emphasize the role played by these bodies of principles with the prospect of the increased harmonisation of European penal systems.

Lo studio, diretto ad evidenziare le funzioni assolute dai principi di diritto penale, si divide in tre parti.

Nella prima parte, vengono sinteticamente esposti i caratteri sistematico e programmatico-direttivo dei principi di diritto; il controverso contenuto di questi ultimi; le differenti funzioni ad essi riconosciute a seconda che si muova da concezioni di impronta giusnaturalista owerò giuspositivista.

Nella seconda parte vengono analizzati gli sviluppi assunti da taluni fondamentali principi nell'ambito dei sistemi penali italiano e francese. Attraverso l'esame dei principi di proporzione, legalità, responsabilità personale, nonché di umanizzazione e rieducatività delle pene, viene così posta progressivamente in luce la funzione di armonizzazione svolta dai principi di diritto all'interno dei suddetti sistemi penali.

Infine, nella terza parte vengono esaminate le due fondamentali categorie di "principi di diritto internazionale" incidenti sulla sfera penale (principi CEDU e principi comunitari) e viene sottolineato il ruolo da essi svolto nella prospettiva del ravvicinamento dei sistemi punitivi europei.

ALESSANDRO BERNARDI

NOTE SULLA DISCIPLINA DELLA PENA PECUNIARIA  
PREVISTA DALLO SCHEMA DI DELEGA AL GOVERNO  
PER L'EMANAZIONE DI UN NUOVO CODICE PENALE(\*)

**Sommario**

**SEZIONE I. I momenti qualificanti della progettata disciplina della pena pecuniaria.**

1) Premessa. 2) L'esclusione assoluta della comminatoria congiunta di pena pecuniaria e detentiva. 3) L'eliminazione della pena pecuniaria fissa. 4) L'estensione dell'ambito di applicazione della pena pecuniaria sostitutiva. 5) L'introduzione della pena pecuniaria a tassi giornalieri. 6) La riforma della pena pecuniaria a somma complessiva.

**SEZIONE II. Gli aspetti problematici della progettata disciplina della pena pecuniaria.**

7) L'eliminazione della pena pecuniaria proporzionale: il "naturale" ambito di applicazione di tale modello sanzionatorio. 8) Le possibili ragioni della soppressione della pena pecuniaria proporzionale: la sua carenza di parametri soggettivi di commisurazione. 9) (Segue): il suo carattere "civilistico". 10) (Segue): la sua eccessiva severità. 11) (Segue): la sua inconciliabilità col criterio del cumulo giuridico. 12) I problemi e gli interrogativi connessi all'eliminazione della pena proporzionale. 13) Nuovi modelli di pena pecuniaria e tecnica di previsione edittale: il ricorso al modello a tassi in caso di comminatoria alternativa, e le sue possibili controindicazioni sul piano funzionale. 14) (Segue): la scelta tra modello a tassi e modello a somma complessiva in caso di comminatoria esclusiva, e la sua tendenziale ininfluenza sul piano funzionale. 15) Le straordinarie analogie riscontrabili tra il modello a somma complessiva e il modello a tassi: profili strutturali. 16) (Segue): l'omogenea incidenza delle condizioni economiche del reo sulla quantificazione dei tassi ovvero della somma complessiva. 17) Il reciproco ravvicinamento tra modello a tassi e modello a somma complessiva, e la conseguente perdita di flessibilità della pena pecuniaria. 18) La restrizione dei compassi edittali ed i problemi posti dalle fattispecie prive di omogeneo contenuto di disvalore. 19) I limiti di duttilità della "nuova" pena pecuniaria ed i loro potenziali riflessi sul piano pratico-applicativo. 20) Spunti per una revisione della disciplina della pena pecuniaria: l'alternativa di una più decisa diversificazione tra il modello a tassi e quello a somma complessiva. 21) (Segue): l'alternativa di un più pieno adeguamento della pena alle condizioni economiche del reo. 22) (Segue): la soppressione della pena pecuniaria a somma complessiva. 23) (Segue): l'adeguamento automatico dei limiti legali di pena alla svalutazione monetaria. 24) Considerazioni conclusive.

---

(\*) Comunicazione presentata al seminario ISISC sulle "Prospettive di un nuovo codice penale" (Siracusa, 15-18 ottobre 1992).

SEZIONE I  
I MOMENTI QUALIFICANTI DELLA PROGETTATA DISCIPLINA  
DELLA PENA PECUNIARIA,

1. Al dichiarato fine di consentire alla pena pecuniaria di svolgere all'interno del sistema penale "un ruolo più ampio e articolato, secondo ben noti orientamenti della politica criminale moderna", lo schema di delega al Governo per l'emanazione del nuovo codice penale prevede per tale pena una disciplina radicalmente diversa rispetto a quella attualmente in vigore. La strada dei timidi ritocchi migliorativi<sup>2</sup> – che non ha impedito all'Italia di mantenere e consolidare nel tempo una sorta di non invidiabile posizione *leader* all'interno del sempre più sparuto gruppo di Paesi definibili come "arretrati" per quanto riguarda i modelli di pena pecuniaria accolti e l'ambito di operatività ad essi riconosciuti<sup>3</sup> – potrebbe quindi in un prossimo futuro essere finalmente abbandonata a favore di percorsi riformistici più decisamente innovativi e consoni alla piena valorizzazione della pena in questione.

Nell'auspicare un felice avvenire ad una pena che in Italia non ha mai conosciuto grandi fortune, e che solo oggi sembra prossima a dotarsi di connotati costituzionalmente adeguati e funzionalmente consoni alle sue non trascurabili potenzialità, può essere forse opportuno ripercorrere brevemente i punti salienti della prospettata riforma: avendo cura non solo e non tanto di sottolinearne gli indiscutibili profili positivi, quanto soprattutto di soffermarsi su quelli che, per certi aspetti, potrebbero essere considerati i nodi maggiormente problematici e fors'anche i punti deboli della disciplina *in fieri*, come tali oggetto di possibile rimediazione, ovvero di ritocchi e miglioramenti.

2. Muovendo dunque all'esame della nuova normativa codicistica ipotizzata dallo schema relativamente alla pena pecuniaria, occorre innanzitutto sottolineare che di tale riforma cinque sembrano essere, essenzialmente, i momenti qualificanti e tendenzialmente coerenti con i fondamentali principi in materia di pena

1. Cfr. "La riforma del codice penale", relazione allo schema di delega al Governo per l'emanazione del nuovo codice penale, in Documenti Giustizia, 1992, fasc. 3, c. 329.

2. Si fa riferimento, essenzialmente, alle modifiche apportate dagli artt. 53 ss. e da 100 a 116 della l. 24 novembre 1981 n. 689 "Modifiche al sistema penale", le quali, come a suo tempo è stato sottolineato, "dimostrano... un disegno riformatore di corto respiro, ispirato più dalla logica del rattoppo, del restauro funzionale che dall'intento di modificare tradizionali strutture e di alterare i tradizionali rapporti di rango tra le sanzioni penali". MUSCO, La pena pecuniaria, Catania, 1984, pp. 6-7; ID. Commento agli artt. 100-105 della l. 24 novembre 1981, n. 689, in *Legislaz. pen.*, 1982, p. 407 ss.; DOLCINI, in DOLCINI, GIARDA, MUCCIARELLI, PALIERO, RIVA CRUGNOLA, Commentario delle "Modifiche al sistema penale", Milano, 1982, sub artt. 100-106, p. 451 ss. e, in particolare, nn. 3 e 4.

3. Cfr. in proposito, GREBING, Die Geldstrafe in *Rechtsvergleichender Darstellung*, in Die Geldstrafe im *deutschen und ausländischen Recht*, a cura di Jescheck e Grebing, Baden Baden, 1978, pp. 1199-1206; MOLINARI, La pena pecuniaria. Aspetti di *diritto* italiano e straniero comparati, Verona, 1983, pp. 17-21. Gli Aa., utilizzando il metodo della comparazione a larga base, riconducono i singoli Stati in quattro distinti gruppi, a seconda del ruolo in essi attribuito alla pena pecuniaria. L'Italia (il sistema penale italiano) viene inserita nel quarto e ultimo gruppo.

accolti dalla nostra Costituzione e più in generale dal movimento internazionale di riforma penale.

Il primo momento è costituito dalla "esclusione assoluta della comminatoria congiunta di pena pecuniaria e detentiva" (art. 37 n. 2). È noto infatti che, mentre in origine il cumulo di pene pecuniarie e detentive incontrava diffusi consensi<sup>4</sup>, specie in relazione ai delitti determinati da motivi di lucro<sup>5</sup>, con l'evolversi degli studi criminologici si è presa progressivamente coscienza degli effetti negativi derivanti da tali forme di sanzione complessa. In questo senso, non si è mancato di sottolineare come la pena pecuniaria, ove aggiunta alla pena detentiva, si dimostri incapace di migliorare sensibilmente gli effetti generalpreventivi propri di quest'ultima; e come per contro, sul piano specialpreventivo, l'irrogazione della pena pecuniaria in capo ad un soggetto sovente afflitto dalle difficoltà economiche connesse alla privazione della libertà ed d'eventuale obbligo al risarcimento del danno derivante dal reato, non faccia altro che moltiplicare ed aggravare le difficoltà di tale soggetto al momento del suo reinserimento sociale<sup>6</sup>, con conseguente tendenziale violazione del principio costituzionale di rieducazione-risocializzazione<sup>7</sup>. Del resto, la stessa giurisprudenza italiana si è dimostrata da tempo sensibile a tali argomentazioni, lasciando pressoché cadere in desuetudine l'art. 24 comma 2° c.p.<sup>8</sup> e rivelando con la sua stessa prassi, l'opportunità di "abolire in via di riforma legislativa la pena della multa in aggiunta alla reclusione"<sup>9</sup>.

4. Cfr., ad esempio, ROSSI, Trattato di diritto penale, Milano, 1852, p. 427.

5. Circa la *ratio* di tale cumulo di pene per i delitti determinati da motivi di lucro, cumulo come noto previsto in via facoltativa dal nostro legislatore all'art. 24 comma 2° c.p., cfr. per tutti DOLCINI, in Commentario breve al codice penale, a cura di Crespi, Stella e Zuccalà, Padova, 1986, sub art. 24, p. 68 e bibliografia ivi riportata.

6. Cfr., per tutti, GREBING, Recht und Praxis der Tagessatz-Geldstrafe, in JZ, 1976, p. 749 ss.; JESCHECK, Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate in Rechtsuergleichender Darstellung, in Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht, a cura di Jescheck, Baden Baden, 1984, p. 2053; ZIPF, Zur Ausgestaltung der Geldstrafe im Kommenden Strafrecht, in ZStW, 77, 1965, p. 541 ss.

7. Tuttavia, per talune ipotesi particolari che legittimerebbero l'applicazione congiunta di pene detentive e pene pecuniarie in funzione sia generalpreventiva sia specialpreventiva, cfr. JESCHECK, ivi, p. 2054; KURZINGER, Bundesrepublik Deutschland, ivi, p. 1839.

Va inoltre sottolineato che similmente a quanto previsto dall'art. 24 comma 2° del codice penale italiano, nel codice penale tedesco l'irrogazione contestuale delle pene detentive e pecuniarie è consentita, laddove il reo abbia conseguito un vantaggio patrimoniale col reato, ovvero abbia tentato di conseguirlo (§ 41 StGB). Disposizioni di contenuto analogo sono inoltre previste nella legislazione penale di molti altri Paesi; per un'analisi critica di tali disposizioni cfr., diffusamente GREBING, Die Geldstrafe in Rechtsvergleichender Darstellung, cit., p. 1241 ss. e bibliografia ivi riportata.

8. Cfr. MOLINARI, Le pene pecuniarie nella punizione dei delitti, in Quaderni di criminologia clinica, 1977, p. 24 ss. Anche la giurisprudenza tedesca è caratterizzata da un'analoga tendenza. Così, ad esempio, "nel 1982, su un totale di più di 622.000 condannati... soltanto 350 furono condannati congiuntamente a pena pecuniaria e detentiva". KURZINGER, Bundesrepublik Deutschland, cit., p. 1840. Tuttavia, per ragioni a sfondo essenzialmente retributivo-economicistico, auspicano un più frequente ricorso all'applicazione congiunta di pena pecuniaria e detentiva WOLFRAM e EBERBACH, Zwischen Sanction und Pravention, in NStZ, 1987, p. 487ss.

9. MOLINARI, ivi, p. 25.

Alla luce di tutto ciò può affermarsi che l'innovazione introdotta all'art. 37 n. 2 rientra nel novero delle riforme da tempo auspiccate, la cui introduzione, proprio in ragione della sua evidente opportunità, non sarà mai abbastanza sollecitata.

3. Il secondo momento qualificante della nuova disciplina della pena pecuniaria, rispetto al quale valgono *a fortiori* le osservazioni or ora fatte, è costituito dalla eliminazione di "ogni forma di pena fissa" (art. 37 n. 5) e dunque anche della pena fissa statisticamente più ricorrente, per l'appunto quella pecuniaria. Del resto non ci si può che rallegrare per l'esclusione di una pena più che sospetta d'incostituzionalità a causa della sua congenita inattitudine a consentire in sede giudiziale ogni attività commisurativa<sup>10</sup>, e dunque a permettere quell'individualizzazione della pena postulata dal principio della responsabilità personale<sup>11</sup>.

4. Il terzo momento qualificante è rappresentato dalla estensione dell'ambito d'applicazione della pena pecuniaria sostitutiva, la quale ai sensi del combinato disposto degli artt. 39 n. 4 e 43 parrebbe senz'altro utilizzabile quantomeno in relazione a tutte le pene detentive di durata inferiore a 6 mesi<sup>12</sup>, con la sola eccezione

10. Per vero (specie in giurisprudenza: cfr., per tutte, Cass., 23 novembre 1972, in Cass. pen. Mass. ann., 1973, p. 158 ss.) non si è mancato di individuare nelle circostanze attenuanti generiche il meccanismo per superare la rigida simmetria, tra reato e pena espressa dalle pene fisse. In proposito è stato tuttavia autorevolmente sottolineato che "In nessun caso... le attenuanti generiche possono surrogare la discrezionalità del giudice ex art. 133 c.p.". PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchie nuovi*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1981, p. 740. Analogamente (ma con riferimento alle circostanze in generale anziché alle sole attenuanti generiche) cfr. TURNATURI, *Aspetti problematici della costituzionalità delle pene pecuniarie fisse e proporzionali*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1977, p. 1455 ss.

11. Cfr. già SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, 1966, p. 136. Cfr. altresì, per tutti, MOLINARI, *La pena pecuniaria*, cit., p. 43. In effetti, sembra di poter dire che dall'individualizzazione della pena potrebbe prescindersi sul piano logico solo in relazione ad ipotetiche fattispecie astratte insuscettibili di graduabilità tanto sotto il profilo oggettivo quanto sotto quello soggettivo. Cfr., amplius, PALIERO, *Pene fisse e Costituzione*, cit., p. 740 ss.

12. Lo schema di legge delega non sembra consentire l'individuazione del limite massimo di pena detentiva convertibile in pena pecuniaria, data l'assenza di ogni indicazione circa il numero massimo di tassi giornalieri previsto per le multe (peraltro presumibilmente non inferiore a 360, per il combinato disposto degli artt. 39 n.4, 43 n.5 e 46) e per le ammende, i limiti stabiliti all'art. 41 riguardando solo le ipotesi di cumulo di pene. Con specifico riferimento a tale articolo, va comunque sottolineato che il limite di trenta tassi giornalieri previsto in caso di cumulo di ammende parrebbe, con ogni probabilità, il frutto di un refuso tipografico: ben più realistico e ragionevole sembrando, in tali ipotesi, il limite di trecento tassi (o quantomeno di centottanta tassi in base al combinato degli artt. 39 n.4, 43 n.5 e 46). Da un lato infatti l'enorme differenza tra il numero massimo di tassi previsti - in caso appunto di cumulo di pene - per la multa (settecento) e per l'ammenda (trenta) non trova equivalenti nella corrispondente differenza stabilita tra multa e ammenda a compasso editale (i cui limiti massimi sono fissati rispettivamente, ex art. 41 n.2 lett. c), in duecento milioni e in cinquanta milioni). Dall'altro lato, e soprattutto, un così basso numero massimo di tassi d'ammenda sembra mal conciliarsi con quanto disposto agli artt. 37 n.3 e 43 n.5. Posto infatti che, nella comminatoria alternativa tra pena pecuniaria a tassi e pena detentiva, per la prima devono essere assunti "come parametri gli stessi limiti stabiliti per quest'ultima", limitatamente alle contravvenzioni risulterebbe impossibile prevedere ipotesi di comminatoria alternativa, la semidetenzione non potendo mai scendere, ex art. 37 n.1, al di sotto del limite di un mese, equiparabile appunto a quei trenta tassi che costituiscono il limite massimo d'ammenda in caso di concorso di reati. E le stesse considerazioni, *mutatis mutandis*, valgono ovviamente per la sostituzione tra semidetenzione e pena pecuniaria a tassi (art. 43 n.5).

dei reati offensivi della vita, dell'integrità fisica, della salute e dell'incolumità pubblica (art. 43 n. 4) e tenuto conto delle esigenze di proporzione e di prevenzione speciale ricordate all'art. 43 n. 2.

Anche in questo caso si tratta di una riforma che sin dal momento della promulgazione della l. 689/1981 – anzi, sin dal momento della sua elaborazione<sup>13</sup> – era stata a più riprese suggerita in modo esplicito o implicito dalla migliore dottrina. Tale dottrina sottolineava tra l'altro come nella massima parte dei Paesi che ammettono il ricorso alle sanzioni sostitutive, lo spazio a tal fine lasciato alla pena pecuniaria fosse assai più ampio di quello previsto dal legislatore delle "Modifiche al sistema penale"<sup>14</sup>, il quale come noto ha ammesso la sostituibilità tra pena detentiva e pena pecuniaria solo laddove la prima non sia superiore ad un mese (art. 53). Del resto, nel tentativo di adeguare la disciplina della pena pecuniaria sostitutiva alle moderne tendenze politico-criminali riscontrabili a livello europeo, era stato presentato già nel 1985 un disegno di legge<sup>15</sup> nel quale il limite di sostituibilità tra pena detentiva e pena pecuniaria era stato fortemente innalzato<sup>16</sup>. Tale progetto di riforma, accolto con vivo favore dalla dottrina<sup>17</sup>, risulta comunque ulteriormente rimodellato nell'attuale schema di legge delega. Da un lato infatti il limite di pena detentiva sostituibile passa dai quattro mesi previsti dal suddetto disegno di legge a (quantomeno) sei mesi; dall'altro lato, e soprattutto, si stabilisce che la sostituzione awenga secondo la tecnica dei tassi giornalieri (art. 43 n. 5).

5. Il quarto momento qualificante è rappresentato appunto dalla introduzione

13. Cfr. GRASSO, Le sanzioni sostitutive delle pene *detentive* brevi: osservazioni critiche ad un recente progetto di legge, in *Jus*, 1980, p. 279 ss.; ID, La riforma del sistema sanzionatorio: le nuove pene sostitutive della detenzione di breve durata, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 1430; PADOVANI, La pena pecuniaria nel progetto di "Modifiche al sistema penale", in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 1185.

14. Cfr., per tutti, PALAZZO, Commento agli artt. 53 e 54 della l. 689/1981, in *Legislaz. pen.*, 1982, p. 319; PALIERO, in DOLCINI, GIARDA, MUCCIARELLI, PALIERO, RIVA CRUGNOLA, in Commentario delle "Modifiche al sistema penale", cit., sub art. 53, p. 279, n. 4.

15. Cfr. disegno di legge n. 2609 (Camera) concernente "Modifiche alla disciplina della sospensione condizionale della pena e delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi", presentato al Parlamento il 1° marzo 1985 dal Ministro di Grazia e Giustizia, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 945.

16. Art. 9, d.d.l. n. 2609: "L'art. 53 della l. 24 novembre 1981 n. 689 è sostituito dal seguente:

'Art. 53 (Sostituzione di pene detentive brevi) - il giudice, nel pronunciare la sentenza di condanna, quando determina la durata della pena detentiva entro il limite di 6 mesi può sostituire tale pena con la semidetenzione; quando la determina entro il limite di 4 mesi può sostituirla anche con la libertà controllata o con la pena pecuniaria della specie corrispondente'".

17. Cfr., per tutti, PADOVANI, Sospensione e sostituzione nella prospettiva d'un nuovo sistema sanzionatorio, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 994; PALAZZO, Prospettive di riforma per le sanzioni sostitutive: la razionalizzazione del sistema nel segno della continuità, *ivi*, p. 1043; VASSALLI, Il disegno di legge sulla sospensione condizionale della pena e sulle sanzioni sostitutive, *ivi*, p. 1083. Sia pure condizionatamente alla trasformazione del modello di pena pecuniaria sostitutiva (da pena a somma complessiva a pena a tassi) si era dichiarato favorevole ad un più dilatato uso della pena pecuniaria sostitutiva anche PAGLIARO, Le sanzioni sostitutive, *ivi*, p. 1032.

del modello di pena pecuniaria detto a tassi giornalieri<sup>18</sup>; cioè di un modello il quale, per la sua attitudine a favorire la trasparenza commisurativa ed a perseguire una eguaglianza/giustizia sostanziale non adeguatamente garantita dalla tradizionale pena pecuniaria a somma complessiva<sup>19</sup>, ha conosciuto una grandissima fortuna nel Nord Europa<sup>20</sup>, per poi espandersi rapidamente anche nella parte Sud del continente<sup>21</sup>, sino a trovare nelle Alpi italiane una delle ultime barriere di resistenza.

Del resto, non vi è ormai più nessuno che ponga in dubbio la "superiorità" teorica della pena a tassi rispetto a quella tradizionale a somma complessiva. Sicché, una volta affrontato ed in linea di massima risolto il problema generale concernente la cernita dei criteri per l'accertamento delle condizioni economiche del reo<sup>22</sup>, all'accoglimento anche in Italia di tale modello di pena sembra opponibile una unica obiezione, sinora peraltro dimostratasi vincente: quella che, muovendo dalla constatazione del generalizzato fenomeno dell'evasione fiscale e dell'occultamento patrimoniale riscontrabile nel nostro Paese, nonché delle concomitanti carenze (di personale e di efficienza) degli organi giudiziari, tende a negare la possibilità pratica di poter acquisire in sede processuale una conoscenza sufficientemente attendibile della situazione economica dell'autore<sup>23</sup>. Situazione economica la cui conoscenza costituisce, come noto, elemento indispensabile per una corretta utilizzazione della

---

18. Sulla pena pecuniaria a tassi la letteratura è ormai vastissima. Cfr., per tutti e limitatamente alla letteratura in lingua italiana, DOLCINI, Pene pecuniarie e principio costituzionale di eguaglianza, in Riv. it. dir. proc. pen., 1972, p. 439 ss.; ID., Le pene pecuniarie come alternativa alle pene *detentive* brevi, in Jus, 1974, p. 537 ss.; JESCHECK, La pena pecuniaria, moderno mezzo di politica criminale ed i problemi ad essa connessi, in Indice pen., 1977, p. 372 ss.; MOLINARI, La pena pecuniaria, cit., p. 43 ss. e bibliografia ivi riportata; MUSCO, La pena pecuniaria, cit., p. 90 ss.

19. In argomento cfr. ancora, in generale e per tutti, DOLCINI, Pene pecuniarie e principio costituzionale di eguaglianza, cit., p. 408 ss.

20. Cfr., volendo, BERNARDI, La pena pecuniaria in Italia e Francia, e *l'esigenza* di una sua *armonizzazione* a livello europeo, in Riv. it. dir. proc. pen., 1990, p. 229 e bibliografia riportata alla nota 5.

21. Come noto, ormai anche molti sistemi penali dell'Europa centrale e financo meridionale (quali ad esempio quelli francese e portoghese) hanno accolto il modello di pena pecuniaria a tassi giornalieri. Cfr., per tutti, DOLCINI e PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, Milano, 1989, pp. 51 e 81; VAN KALMTHOUT e TAK, *Sanctions-systems in the Member-states of the Council of Europe*, Deventer, 1988, pp. 181 e 259 ss.

22. Accertamento che, come si sa, il modello della pena a tassi rende ineludibile. Cfr., per tutti, DOLCINI, in DOLCINI, GIARDA, MUCCIARELLI, PALIERO, RIVA CRUGNOLA, *Commentario delle "Modifiche al sistema penale"*, cit., sub art. 100, p. 453 ss. Peraltro, per un tentativo di adattamento del modello della pena a tassi tale da consentire al giudice italiano di sottrarsi all'onere di un puntuale accertamento delle condizioni economiche del reo, cfr. PAGLIARO, *Le sanzioni sostitutive*, cit., p. 1032 ss. In merito ai criteri per l'accertamento delle condizioni economiche del reo cfr., nella letteratura italiana, DOLCINI, *ivi*; JESCHECK, *La pena pecuniaria*, cit., p. 374 ss.; MOLINARI, *La pena pecuniaria*, cit., p. 71 ss. Nella letteratura straniera cfr., fondamentalmente e per tutti, KREHL, *Die Ermittlung der Tatsachengrundlage zur Bemessung der Tagessatzhöhe bei der Geldstrafe*, Frankfurt am Main, 1985; BRANDIS, *Geldstrafe und Nettotenkommen*, Köln, 1987.

23. Cfr. Commissione *ministeriale* per la riforma della normativa in materia di conversione di pene pecuniarie, Relazione, p. 2 del testo dattiloscritto; MUSCO, *La pena pecuniaria*, cit., p. 29. Pur prendendo posizione a favore della pena a tassi (previo peraltro un suo rimodellamento mediante "una operazione forse spregiudicata ma certamente realistica" - cfr. nota 22 -) si è

pena pecuniaria a tassi.

Senonché, quantomeno a quella autorevole e assolutamente maggioritaria dottrina dichiaratasi propensa all'inserimento della pena a tassi d'interno del nostro sistema penale<sup>24</sup>, ormai da tempo risulta chiaro come l'eventuale inefficienza dell'apparato amministrativo e giudiziario italiano non debba costituire occasione per fossilizzare il sistema sanzionatorio a contenuto pecuniario entro modelli di pena dai profili arcaici, in quanto costituzionalmente e funzionalmente inappropriati.

Pur nella consapevolezza di come il processo di rinnovamento giuridico debba sempre tenere ben presente la realtà sociale e istituzionale in cui viene ad iscriversi<sup>25</sup>, nel caso qui considerato salta agli occhi l'inopportunità di ogni posizione rinunciataria che si faccia scudo dell'attuale stato di cose per giustificare soluzioni immobiliste volte a precludere ogni eventuale tentativo di trasformazione della pena pecuniaria.

Se invero il raggiungimento di un livello minimale di efficienza amministrativa e giudiziaria non può non costituire uno degli impegni primari d'uno Stato che si prefigge di appartenere ad un'Europa moderna e integrata, occorre salutare positivamente l'ottimistica volontà innovativa dei redattori dello schema di delega. È nel contempo occorre da un lato formulare l'auspicio che anche ciò possa contribuire in qualche modo a stimolare una riforma migliorativa del sistema fiscale, dall'altro lato sottolineare con vigore la necessità che al giudice chiamato ad irrogare la pena a tassi siano conferiti dal legislatore e dall'amministrazione quegli strumenti atti a facilitare una puntuale attività di accertamento della situazione economica del reo<sup>26</sup>.

Del resto, di fronte alle macroscopiche e risapute distorsioni che il tradiziona-

dichiarato scettico sulla "possibilità odierna, per la nostra amministrazione, di effettuare accertamenti attendibili sul reddito di tutti i soggetti sottoposti ad una pena pecuniaria" PAGLIARO, *Le sanzioni sostitutive*, cit., p. 1031; ID., *Prospettive di riforma*, in *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Milano, 1977, p. 429. Da ultimo, taluni dubbi sull'opportunità di introdurre in Italia la pena pecuniaria a tassi in ragione del difficile accertamento della situazione economica individuale, sono stati sollevati da PULITANO nel corso della Relazione tenuta il 17 ottobre 1992 a Siracusa in occasione del Seminario ISISC sulle "Prospettive di un nuovo codice penale".

24. Per una prima elencazione degli autori favorevoli all'introduzione in Italia della pena a tassi, cfr. DOLCINI e PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, cit., p. 201 nota 50.

25. Onde evitare soluzioni legislative utopicamente fondate sulla sopravalutazione delle effettive risorse sociali, economiche e organizzative disponibili. Sottolineano i rischi connessi ad un eccesso di innovazione giuridica rispetto all'innovazione sociale, BETTINI (*Analisi funzionale ed efficacia del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1988, p. 6) nonché, con specifico riferimento alla pena pecuniaria, HURTADO POZO, *L'amende. Essor, diversité des systèmes et perspectives*, in *Schweiz Zeitschrift für Strafrecht*, 102, 1985, p. 73. Cfr. altresì, in generale e fondamentalmente, PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 445 ss.; ID., *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 510 ss.

26. Per esempio facilitando i rapporti tra gli uffici giudiziari e gli uffici finanziari, se non addirittura - secondo quanto già accade in taluni Stati - consentendo il ricorso ad appositi questionari finalizzati ad acquisire informazioni dirette sulla capacità economica del reo; questionari che tuttavia non appaiono pienamente compatibili col principio nemo tenetur se detegere. In argomento cfr. diffusamente e per tutti, in prospettiva comparatistica, FRIEDMAN, *The West German Day-Fine System: A Possibility for the United States?*, in *The University of Chicago Law Review*, 1983, p. 298 ss.; ALBRECHT, *Strafzumessung und Vollstreckung bei Geldstrafe*, Berlin, 1980, p. 204 ss.; LACKNER, *Strafgesetzbuch*, München, 1983, § 40, p. 202 ss., n.7n e bibliografia ivi riportata; SCHONKE e SCHRODER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 1985, § 40, n. 19.

le modello di pena pecuniaria a somma complessiva determina in relazione a tutta una serie di importanti istituti<sup>27</sup>, e prima ancora di fronte al concreto rischio – connaturato al mantenimento di tale modello – di una sostanziale elusione del criterio di commisurazione formalmente imposto dall'art. 133 bis c.p. ("Condizioni economiche del reo; valutazione agli effetti della pena pecuniaria")<sup>28</sup>, sembra senz'altro giunto il momento di optare per una "meditata" introduzione nel nostro sistema della pena a tassi. Introduzione, per l'appunto, "meditata", cioè consapevole della sua ineludibilità, ma altresì dei pericoli che una insoddisfacente messa in opera della riforma potrebbe comportare sul piano pratico-applicativo<sup>29</sup>.

6. Infine il quinto momento qualificante è costituito dalla riforma della pena pecuniaria a somma complessiva. Riforma diretta a conferire anche a tale modello sanzionatorio quella "trasparenza commisurativa" che rappresenta il presupposto indispensabile per una quantificazione della sanzione realmente improntata al principio della "parità di sacrificio", nonché per una corretta applicazione di quegli istituti<sup>30</sup> che risultano a vario titolo influenzati dall'entità della pena in concreto, e che tuttavia debbono prescindere dall'incidenza delle condizioni economiche in sede di commisurazione.

Invero, per consentire tale "trasparenza", la Commissione ha operato nell'unico modo possibile; cioè attribuendo anche alla pena a somma complessiva una commisurazione di tipo bifasico (art. 39 n.6) capace di rendere immediatamente visibile la variazione applicata sulla pena base in ragione delle condizioni economiche del reo.

---

27. Si allude, naturalmente, agli istituti della sospensione condizionale; del perdono giudiziale e della non menzione della condanna; della conversione in caso di insolubilità del condannato. In argomento cfr., per tutti, DOLCINI, in DOLCINI, GIARDA, MUCCIARELLI, PALIERO, RIVA CRUGNOLA, Commentario delle "Modifiche al sistema penale", cit., sub artt. 100 n. 4, 102 n. 3 e 104 n. 3, pp. 453,465 e 471 ss; PADOVANI, La pena pecuniaria nel progetto di "modifiche al sistema penale", cit., p. 1185; MUSCO, Commento agli artt. 102 e 104, cit., pp. 421 e 425 ss. e bibliografia ivi riportata.

28. Cfr. ancora DOLCINI, *ivi*, p. 453; PALIERO, *Methodologie de lege ferenda*, cit., p. 536.

29. Pericoli consistenti, essenzialmente, sia nella maggiore "visibilità" (derivante dalla stessa "trasparenza" della pena a tassi) di un'errata valutazione giudiziale delle condizioni economiche del reo. Sia in un indebito spostamento del "baricentro processuale" dall'acquisizione delle prove di colpevolezza all'accertamento della situazione finanziaria del presunto autore. Sia, infine, nella "fuga" dalla pena pecuniaria a tassi, ove ritenuta di troppo complessa commisurazione per un giudice culturalmente e istituzionalmente poco attrezzato a valutazioni di tipo economico. Deve peraltro sottolinearsi che quest'ultimo pericolo appare, come detto (cfr. nota 26), in larga misura evitabile attraverso l'introduzione di nuovi strumenti per l'accertamento della situazione patrimoniale individuale, ivi compresi i tanto attuali e discussi accertamenti presuntivi; e che comunque, come è stato acutamente osservato, "La determinazione delle condizioni economiche del soggetto è un gioco da ragazzi in rapporto alla pretesa di stabilire una proporzione esatta con la colpevolezza". BAUMANN e METZGER, *Peine pécuniaire écbalonnée en tant que postulat et qu'instrument d'une individualisation pénale efficace*, in *Les techniques de l'individualisation judiciaire, Rapports nationaux et particuliers*, VIII Congresso Internazionale di difesa sociale, Roma, 1971, p. 318.

30. Cfr. nota 27.

In questo modo si è infine posto rimedio alle più evidenti incongruenze causate o comunque favorite dalla precedente disciplina commisurativa di tale modello di pena pecuniaria. Tuttavia, si è finito altresì per trasformare la pena a somma complessiva in una sorta di "doppione" della pena a tassi: con le conseguenze che saranno esposte nella seconda sezione del presente lavoro.

## SEZIONE SECONDA GLI ASPETTI PROBLEMATICI DELLA PROGETTATA DISCIPLINA DELLA PENA PECUNIARIA.

7. Per quanto sin qui visto, appare indiscutibile che la disciplina della pena pecuniaria prevista dallo schema di delega al Governo si presti, sotto più profili, a conferire alla pena in questione una maggiore adeguatezza costituzionale ed una più efficace funzionalità.

Per altri aspetti, la suddetta disciplina sembra poter suscitare reazioni meno univoche. In particolare, dubbi sembrano poter discendere da talune scelte di fondo le quali, pur apparendo ispirate alla lodevole finalità di conferire al sistema sanzionatorio a contenuto monetario una più piena coerenza penalistica, potrebbero tuttavia dimostrarsi non pienamente appaganti sotto il profilo funzionale, o addirittura potenzialmente idonee a sortire effetti negativi nel momento della loro reciproca interazione.

Cominciando dunque ad esaminare le scelte di fondo che potrebbero rivelarsi (specie nei loro reciproci effetti) problematiche in prospettiva funzionale, occorre innanzitutto soffermarsi sull'art. 37 n. 5, laddove si dispone di "Eliminare ogni forma di pena proporzionale". All'introduzione del modello di pena pecuniaria a tassi sancita dall'art. 37 n. 3 si contrappone così la cancellazione di un modello di pena (quello appunto proporzionale) per alcuni aspetti simile al primo, per altri profondamente diverso e ad esso complementare.

In proposito, è bene precisare come il modello della pena pecuniaria proporzionale e quello della pena a tassi, se da un lato presentano la caratteristica comune di essere entrambi formati da due dati numerici (o fattori che dir si voglia) dal cui prodotto viene ricavata l'entità complessiva della sanzione<sup>31</sup>, dall'altro lato trovano il loro essenziale momento di distinzione nella eterogeneità dell'elemento che essi rispettivamente privilegiano, isolandolo e riservandogli appositamente uno dei due dati numerici (o fattori) della commisurazione; elemento come noto costituito nella pena pecuniaria proporzionale dalla "dimensione" della fattispecie concreta<sup>32</sup>, e nella pena a tassi dalla capacità economica del reo.

Orbene, è da ritenere che il ricorso privilegiato all'uno o all'altro elemento, cioè

---

31. In argomento cfr., *amplius*, BERNARDI, La pena *pecuniaria* in Italia e Francia, cit., p. 252.

32. "Dimensione" che di volta in volta il legislatore individua nel valore o nella quantità dell'oggetto del reato, ovvero nell'entità del danno causato o del profitto ricavato attraverso il reato.

all'uno o all'altro dei due modelli di pena pecuniaria qui considerati, possa e debba – quantomeno in una prospettiva di razionalizzazione del sistema sanzionatorio attenta alle sue valenze funzionali – risultare collegato a talune caratteristiche dei reati puniti con pena pecuniaria. Più esplicitamente, ed in estrema sintesi, sembra di poter dire che, alla luce dell'attuale primato del paradigma preventivo della sanzione penale, la pena pecuniaria proporzionale andrebbe riservata ai reati rispetto ai quali l'elemento della "dimensione" della fattispecie concreta risulta prioritario ai fini di una corretta commisurazione in prospettiva preventiva; mentre la pena pecuniaria a tassi andrebbe utilizzata per sanzionare i reati rispetto ai quali – sempre in prospettiva preventiva – risulta prioritario l'adeguamento della pena alla situazione economica del reo.

In altro precedente lavoro ho cercato di descrivere (sia pure in modo sommario e sintetico) i complessi e variegati meccanismi logico-funzionali attraverso i quali risulta possibile individuare quale tra i due succitati elementi ("dimensione" del fatto, capacità economica del reo) sia quello di volta in volta da privilegiare in relazione ai singoli reati puniti con pena pecuniaria<sup>33</sup>. In questa sede basterà in proposito ricordare come a tal fine sia possibile operare una prima fondamentale distinzione tra *reati caratterizzati da una oggettiva finalità di lucro* (da sanzionare con la pena pecuniaria proporzionale) e *reati senza finalità di lucro* (da colpire con la pena a tassi). Infatti, nei *reati con finalità di lucro* sembra lecito ritenere che l'entità della pena pecuniaria necessaria ad intimidire i consociati (dunque a prevenire il reato) debba rapportarsi non tanto alla capacità economica dell'autore, quanto alla "dimensione" del fatto commesso. Ciò perché in questo tipo di reati – di solito realizzati da soggetti "razionali" abituati a calcolare vantaggi e svantaggi economici rispettivamente connessi al reato ed alla pena – come l'utilità economica derivante dalla violazione risulta oggettivata nella "dimensione" della fattispecie concreta, così la contropinta prodotta dalla pena pecuniaria tende anch'essa a rapportarsi alla mera entità economica del fatto. In altre parole, nei reati con finalità di lucro è dato credere che, quali che siano le risorse finanziarie del soggetto, costui il più delle volte si asterrà dal commettere il reato ove l'entità della pena pecuniaria sia tale da rendere controproducente il reato stesso sotto il profilo economico.

Del resto, in relazione alla criminalità dei colletti bianchi, l'inopportunità di dare ampio spazio alle risorse individuali nel calcolare l'entità della pena pecuniaria è stata sottolineata dagli studi americani sull'analisi economica della criminalità. Nel corso di tali studi è emerso che una individualizzazione incentrata sulle risorse personali costituirebbe un irragionevole vantaggio per

33. BERNARDI, *La pena pecuniaria in Italia e Francia*, cit., p. 253-257.

34. In argomento cfr., per tutti, COFFEE, *Making the Punishment Fit the Corporation: The Problems of Finding an Optimal Corporation Criminal Sanction*, in *Northern Illinois University Law Review*, 1980, 3, p. 3 ss.; KLEPPER e NAGIN, *The Deterrent Effect of Perceived Certainty and Severity of Punishment Revisited*, in *Criminology*, 1989, p. 721, e bibliografia ivi riportata.

i soggetti meno abbienti: i quali, a fronte di pari possibilità di illecito guadagno, incorrerebbero in un "rischio economico di pena" assai diverso e minore<sup>5</sup>. Inoltre, è appena il caso di accennare che talora, nei reati con finalità di lucro, colpire l'autore con una pena pecuniaria prevalentemente commisurata alla sua capacità economica anziché alla dimensione del fatto, potrebbe risultare incongruo sulla base di considerazioni a sfondo non solo preventivo, ma anche retributivo; ciò, quantomeno, ove la pena pecuniaria non venga affiancata e integrata da altri strumenti sanzionatori capaci di colpire l'ingiusto profitto connesso alla dimensione della violazione<sup>36</sup>.

Per contro, nei reati senza finalità di lucro, è verosimile ritenere che l'entità della pena pecuniaria necessaria ad impedire il reato debba essere significativamente diversa a seconda delle risorse economiche del reo. Ciò essenzialmente perché tali reati, non essendo passibili di una oggettiva valutazione economica, favoriscono l'affermarsi di equilibri proporzionalistici, tra spinta criminosa e contropinta punitiva a contenuto pecuniario, a carattere eminentemente soggettivo. In altre parole, nei reati senza finalità di lucro l'intrinseca incommensurabilità esistente tra la violazione e la relativa pena pecuniaria tende a propiziare valutazioni ed equivalenze di tipo soggettivo, presumibilmente influenzate o influenzabili in misura significativa dalle condizioni economiche individuali<sup>31</sup>. Si può quindi affermare che in relazione ai reati in questione ragioni di ordine preventivo (oltre che retributivo) suggeriscono di comminare pene pecuniarie fortemente individualizzate rispetto alla capacità economica, e dunque improntate al modello dei tassi giornalieri.

Per quanto sin qui visto, il modello di pena pecuniaria proporzionale e quello della pena a tassi sembrerebbero – quantomeno in linea di massima – riconducibili sul piano logico-funzionale ad ambiti normativamente e criminologicamente distinti, caratterizzati l'uno dalla presenza di una finalità di lucro, l'altro dalla tendenziale assenza di ogni scopo di tipo economicistico. Ben si capisce quindi come la prospet-

---

35. Cfr., in particolare, FRIEDMAN, *The West German Day-Fine System: A Possibility for the United States?*, in *The University of Chicago Law Review*, 1983, p. 302 ss. e bibliografia ivi riportata. In una diversa e complementare prospettiva, l'utilizzazione in materia di reati lucrativi di un modello di pena pecuniaria prioritariamente incentrato sulla dimensione economica della fattispecie concreta appare poi ancor più giustificata ove si pensi che, di frequente, in tali reati la condizione economica soggettiva viene a riflettersi in modo diretto nella dimensione economica del reato, e può quindi essere colpita anche attraverso una pena pecuniaria proporzionale al fatto anziché al soggetto. Così, ad esempio, ai tempi in cui in Italia l'esportazione di valuta era perseguita penalmente, la condizione economica personale si manifestava, il più delle volte, proprio nell'entità della somma esportata, in relazione alla quale appunto era prevalentemente calcolata la pena pecuniaria proporzionale.

36. In argomento cfr., *infra*, il § 21 e in particolare la nota 90.

37. Così, ad esempio (almeno prescindendo dall'autonomo contenuto intimidativo proprio della componente stigmatizzante connaturata ad ogni procedimento penale), è ragionevole ritenere che il livello di pena pecuniaria necessario ad indurre il potenziale autore a non deturpare o imbrattare cose altrui (art. 639 c.p.) ovvero a non compiere in luogo pubblico atti contrari alla pubblica decenza (art. 726 c.p.) possa variare grandemente a seconda del livello economico individuale.

tata eliminazione della pena pecuniaria proporzionale (eliminazione che – come vedremo al § 12 – appare logicamente riferita all'intero sistema penale anche se, per ipotesi, fosse sancita in relazione ai soli reati del codice penale)<sup>38</sup> potrebbe lasciare in taluni settori del diritto penale un vuoto funzionale difficilmente colmabile, o quantomeno non colmabile attraverso la semplice introduzione della pena pecuniaria a tassi.

Si tratta allora di capire le ragioni di tale scelta riformistica, volta a cancellare dal nostro sistema un modello di pena oggi largamente utilizzato dal legislatore<sup>39</sup> ed al quale sinora non molti Paesi hanno saputo rinunciare<sup>40</sup>. Ciò al fine di verificare se tale scelta risulti davvero opportuna nonché, in caso di risposta positiva, se lo schema di delega al Governo abbia previsto gli strumenti sanzionatori atti a surrogare il suddetto modello.

8. Muovendo dunque alla ricerca delle ragioni connesse all'eliminazione della pena proporzionale, va ricordato come un unico argomento venga esplicitamente addotto dalla Relazione illustrativa dell'articolato a giustificazione della riforma qui analizzata. Infatti, secondo detta Relazione, la pena proporzionale andrebbe cancellata dall'ordinamento penale in quanto "vincolata a parametri commisurativi di consistenza meramente obiettiva, e quindi in parziale contraddizione con .... il principio di individualizzazione (a sua volta ricollegabile al principio di personalità della responsabilità penale)"<sup>41</sup>.

Ora, si può senz'altro convenire che una eventuale mancata previsione all'interno della pena di parametri soggettivi di commisurazione si riveli in contrasto col princi-

---

38. Un uso della pena pecuniaria proporzionale circoscritto a specifici settori del sistema penale (quali innanzitutto il settore doganale e quello fiscale) esterni al codice penale si riscontrava e si riscontra tutt'ora in alcuni Paesi. Cfr. SIMSON, *Das schwedische Kriminalgesetzbuch*, Berlin-New York, 1976, p. 186, n.253; ERMGASSEN, *Die Geldstrafe in den nordischen Ländern (Dänemark, Norwegen, Schweden, Finnland)*, in *Die Geldstrafe im deutschen und ausländischen Recht*, cit., p.895, n.184; nonché, in una amplissima prospettiva comparatistica, GREBING, *Die Geldstrafe in Rechtsvergleichender Darstellung*, cit., p. 1236 e bibliografia ivi riportata alla n.244.

39. In particolare in materia finanziaria, tributaria, doganale, alimentare, forestale, giuslavoristica e previdenziale. Cfr. in proposito PICOTTI, *Pene pecuniarie proporzionali e cumulo giuridico* ex art. 81 *c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 230.

40. Come noto, fra questi Paesi si segnala innanzitutto la Germania. Tuttavia l'adozione in tale Stato del solo modello di pena pecuniaria a tassi, se da un lato costituisce il coerente riflesso del processo di marcata soggettivizzazione dell'illecito penale che caratterizza il sistema tedesco, e della relativa valorizzazione della colpevolezza nella prospettiva di una commisurazione della pena incentrata sul criterio della c.d. "parità del sacrificio", dall'altro lato si espone a fondate critiche sul piano strettamente preventivo (cfr. gli Aa. citati alle note 34 e 35. Per un vigoroso richiamo alla necessità di prevedere risposte sanzionatorie atte a controbilanciare i vantaggi patrimoniali derivanti dalla commissione di fatti illeciti, così come per una puntuale denuncia delle carenze palesate, sotto questo profilo, dal sistema sanzionatorio tedesco cfr., in particolare, WOLFRAM e EBERBACH, *Zwischen Sanction und Prävention*, cit., p. 486 ss.

41. La riforma del codice penale. Relazione, in *Doc. giustizia*, marzo 1992, p. 329. Analogamente, l'idoneità della pena proporzionale a valutare "le precipue diversità personali di ciascun individuo" è stata negata da TURNATURI, *Aspetti problematici*, cit., p. 1457, nota 142.

pio di personalità; e che tale assunto permanga valido persino ove la pena sia diretta a colpire reati con finalità oggettiva di lucro, dato che anche rispetto a tali tipi di illecito penale una troppo rigida simmetria tra la dimensione economica del fatto materiale e l'entità pecuniaria della pena finirebbe, con ogni probabilità, per compromettere irrimediabilmente la proporzionalità retributiva di quest'ultima, in qualche misura pur sempre correlata ad elementi di tipo soggettivo. Senonché occorre al riguardo sottolineare come l'assenza di parametri soggettivi di commisurazione sia riscontrabile nella pena proporzionale *solo* laddove, nell'ambito dei due fattori numerici che concorrono a quantificarne l'entità monetaria complessiva, quello predeterminato dal legislatore sia indicato in misura assolutamente fissa<sup>42</sup>. Ove invece (come del resto avviene il più delle volte) tale fattore numerico si configuri sotto forma di compasso edittale<sup>43</sup>, la pena proporzionale potrà e dovrà essere commisurata non solo in relazione alla "dimensione" del fatto, ma anche in relazione a tutti gli altri tradizionali elementi rilevanti ai fini della commisurazione<sup>44</sup>. Ciò in quanto d'interno del suddetto compasso verranno a confluire ed a trovare espressione sia gli elementi oggettivi del reato diversi dalla sua mera "dimensione" concreta (cui come visto viene riservato un apposito fattore numerico) sia, per quello che qui interessa, gli elementi soggettivi significativi ai fini della quantificazione della pena<sup>45</sup>.

In definitiva, è possibile affermare che la pena proporzionale con fattore numerico provvisto di compasso edittale, pur essendo certo prevalentemente focalizzata sul particolare elemento oggettivo di tipo "quantitativo" che trova espressione nel secondo, specifico fattore legale, consente una commisurazione in chiave soggettivistica adeguata alle esigenze proprie dei reati punibili con tale modello di pena<sup>46</sup>.

42. Cfr., ad esempio, l'art.10, l. 23 dicembre 1956, n.1526 ("Difesa della genuinità del burro"), in base al quale "Chiunque produce, confeziona, detiene per vendere, vende o cede a qualsiasi titolo burro contenente grassi diversi da quelli derivati dal latte è punito con la multa di lire 5.000 per ogni chilogrammo di burro risultato sofisticato...". La dubbia costituzionalità delle pene pecuniarie proporzionali a parametro fisso, è stata sottolineata tra gli altri, da BRICOLA, *Pene pecuniarie, pene fisse e finalità rieducativa*, in *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964, p.193 ss., e da PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, Milano, 1983, p. 218 ss.

43. Così, ad esempio, l'art.13, comma terzo, l.18 dicembre 1973, n.877 ("Nuove norme per la tutela del lavoro a domicilio") dispone che "Il committente lavoro a domicilio il quale contravvenga alle disposizioni di cui all'art.4 terzo comma e agli artt.8,9 e 10 della presente legge è punito con l'ammenda da lire 10.000 a lire 50.000 per ogni lavoratore a domicilio e per ogni giornata di lavoro".

44. Cfr., per tutti, BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, p. 373; PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, cit., p. 219.

45. Così, ad esempio, in caso di inosservanza dell'età minima per l'ammissione dei minori all'attività lavorativa, il datore di lavoro viene punito con un'ammenda complessiva risultante dal prodotto di un fattore numerico, costituito dal numero di lavoratori assunti irregolarmente ("dimensione" del fatto), moltiplicato per un altro fattore numerico consistente in una somma di denaro variabile tra un minimo ed un massimo e commisurata in rapporto a tutti gli ulteriori elementi, diversi dalla "dimensione" del fatto, atti a determinare la gravità oggettiva e soggettiva dell'illecito in questione.

46. Compassi edittali particolarmente ampi si rinvencono, ad esempio, nell'art.33, l. 2 febbraio 1973, il quale prevede una serie di sanzioni proporzionali nelle quali l'elemento numerico predeterminato dal legislatore si caratterizza per un massimo edittale addirittura venti volte superiore al minimo.

9. Passando all'analisi di altre possibili ragioni dell'eliminazione della pena proporzionale, peraltro non esplicitate nella Relazione, una seconda potrebbe risiedere nel carattere *lato sensu* "civilistico" di tale modello sanzionatorio; carattere che emergerebbe con particolare evidenza dall'analisi di certi suoi aspetti strutturali e funzionali.

Nell'impossibilità in questa sede di esporre in modo esauriente i termini della questione<sup>47</sup>, basterà ricordare sinteticamente che i dubbi circa la piena "coerenza penalistica" della pena proporzionale deriverebbero dalla sua stessa dimensione logico-funzionale, la quale appare ispirata ad un meccanismo "utilitaristico-economicistico" di marca decisamente civilistica<sup>48</sup>. Meccanismo per l'appunto "civilistico", in quanto – come vedremo subito – inidoneo a segnalare il disvalore del comportamento astrattamente vietato (compito questo peculiare della sanzione penale), ed atto invece a "conformare" la sanzione al concreto contenuto delle singole violazioni (secondo uno schema tipico delle sanzioni civili di tipo risarcitorio e restitutorio)<sup>49</sup>.

Se invero si ammette che l'entità legale della sanzione penale debba in qualche misura costituire un indice del disvalore della relativa fattispecie astratta, risulterebbe evidente la tendenziale inadeguatezza della pena proporzionale ad assolvere tale compito. In effetti il modello di pena in questione, per la sua straordinaria capacità di adeguarsi alla "dimensione" dell'illecito, tenderebbe a spostare l'attenzione dalla fattispecie astratta a quella concreta, in quanto appunto è dall'effettiva "grandezza" di quest'ultima che viene prevalentemente a dipendere il *quantum* della pena. La pena proporzionale mal si presterebbe quindi ad assolvere la funzione "morale" di disapprovazione del fatto tipico; il suo effetto preventivo verrebbe piuttosto ottenuto contrapponendo al profitto o comunque al vantaggio connesso alla specifica "dimensione" del fatto di reato lo svantaggio insito nella relativa pena pecuniaria, calcolata nella sua entità secondo criteri proporzionalistici tali da rendere in ogni caso controproducente la commissione dell'illecito<sup>50</sup>. In

---

47. In argomento si permette rinviare a BERNARDI, *Natura penale e retaggi civilistici della pena pecuniaria*, in corso di pubblicazione in *Riv. it. dir. proc. pen.*, § 15.

48. PALAZZO, *Tutela dei diritti, tutela del provvedimento giurisdizionale e categorie penalistiche*, in *Processo e tecnica di attuazione dei diritti*, a cura di S. Mazzamuto, Napoli, vol. II, 1989, p. 1270.

49. Cfr., *amplius*, BERNARDI, *Natura penale e retaggi civilistici*, cit., § 14.

50. In questa sede è purtroppo impossibile trattare delle tecniche di calcolo utilizzabili per individuare il *quantum* di pena pecuniaria necessario a controbilanciare l'utilità economica derivante al reo dalla commissione del reato. Tre cose, tuttavia, vanno ricordate. 1) In linea generale, la contropinta criminale connessa alla sanzione non deriva solo dalla sua severità, ma da molte altre variabili a contenuto oggettivo e soggettivo; 2) con specifico riferimento all'analisi economica del reato, il fattore *severità* della pena deve essere integrato, come noto, dal fattore *certezza* della pena, cioè dal livello di probabilità d'essere condannato: donde il fondamentale problema se e in che limiti sia lecito innalzare (in sede di commisurazione legislativa e soprattutto giudiziale) l'entità della pena per controbilanciare l'aumento statistico dei casi di impunità; 3) per quanto concerne in particolare la pena pecuniaria, il danno economico derivante dalla condanna non discende solo dall'entità monetaria della sanzione, ma anche da molti altri fattori quali innanzitutto le spese legali, nonché la perdita di relazioni privilegiate e di opportunità economiche connesse al processo ed ai suoi effetti di stigmatizzazione. In relazione a questo ultimo punto cfr., diffusamente e per tutti, KLEPPER e NAGIN, *The deterrent effect*, cit., p. 725 ss.

sintesi: il modello di pena qui esaminato sarebbe coerente alla funzione generalpreventiva della mera deterrenza, ma non a quella funzione generalpreventiva di orientamento culturale che appare oggi più che mai corollario indispensabile della sanzione penale.

Tuttavia, a fronte degli argomenti sin qui esposti, non sembrano mancare anche argomenti di segno diverso, atti a giustificare l'uso in sede penale della pena proporzionale. Così, muovendo dalla constatazione che il disvalore della fattispecie astratta può essere evidenziato non solo dalla quantità, ma anche dalla qualità (naturalistica o vero giuridica) della sanzione, è possibile osservare come il solo fatto che il legislatore attribuisca alla pena proporzionale carattere penale (conferendole così il relativo pendant di elementi stigmatizzanti propri dell'apparato punitivo criminale)<sup>51</sup> dovrebbe forse bastare a rendere evidente l'intrinseco disvalore del fatto tipico, nonostante l'assenza del dato "quantitativo" rappresentato da precisi limiti massimi e minimi di pena<sup>52</sup>. Anche la pena proporzionale verrebbe così ad assolvere, sia pure in misura attenuata, una funzione di orientamento culturale.

Per quanto poi concerne specificamente il meccanismo utilitaristico-economicistico della pena proporzionale, la sua compatibilità col sistema di tutela penale emergerebbe dalla constatazione sia dell'irrinunciabile profilo "utilitaristico" assunto dalla sanzione in ogni concezione del diritto penale funzionalmente orientata, sia dalla dimensione inevitabilmente "economicistica" (o quantomeno anche economicistica) assunta dalla pena pecuniaria – da ogni modello di pena pecuniaria – comminata in relazione ad un reato con finalità oggettiva di lucro.

In definitiva, ferma restando l'impossibilità di approfondire in questa sede i termini della questione, si può senz'altro riconoscere che l'aspetto utilitaristico-economicistico, ancorché potenzialmente connaturato ad ogni tipo di pena pecuniaria, risulta particolarmente evidente e dominante nella pena pecuniaria proporzionale. Ma si può altresì affermare che tale modello di sanzione, benché prevalentemente ispirato ad uno schema di tutela di tipo "civilistico", appare pur sempre compatibile con le funzioni e coi principi propri del sistema penale. Le ragioni sin qui esaminate non sembrano quindi tali da imporre senz'altro, quale unica scelta, quella della totale eliminazione del modello sanzionatorio in questione.

---

51. Quali la stessa sottoposizione al processo; gli effetti penali derivanti dalla condanna; la possibile conversione della pena pecuniaria in pena limitativa della libertà.

52. L'intrinseco disvalore del fatto tipico emergerà indubbiamente con maggiore evidenza laddove la sanzione pecuniaria proporzionale non si limiti ad avere carattere penale, ma venga anche corredata di un limite minimo indipendente dalla proporzione, o vero laddove essa venga a sommarsi ad una pena pecuniaria di entità fissa (c.d. pena pecuniaria "complessa"). Un esempio del primo tipo (ricordato da PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, cit., p. 222) è offerto dall'art. 26, l. 17 ottobre 1967, n. 977 ("Tutela del lavoro dei fanciulli e degli adolescenti"), in base al quale "L'inosservanza delle disposizioni contenute negli artt. 3, 4 e 5 della presente legge è punita con l'ammenda da lire 9.000 a lire 18.000 per ogni minore occupato e per ogni giorno di lavoro, con un minimo di lire 300.000". Un esempio del secondo tipo (peraltro criticabile per la fissità del fattore numerico predeterminato dal legislatore) è offerto dall'art. 48 r.d.l. 15 ottobre 1925, n. 2033 ("Repressione delle frodi nella preparazione e nel commercio di sostanze di uso agrario e di prodotti agrari"), ai sensi del quale l'autore del reato ivi previsto "è punito con la pena fissa di lire 1.250.000 e con quella proporzionale di lire 125.000 per ogni quintale o frazione di quintale di merce posta in vendita, venduta o somministrata".

10. Sulla scorta di differenti considerazioni, d'ordine al contempo retributivo e politico-criminale, l'eliminazione della pena proporzionale potrebbe essere suggerita dall'esigenza di non affidare la commisurazione giudiziaria a meccanismi essenzialmente aritmetico-proporzionalistici capaci di far lievitare l'entità monetaria della pena sino a livelli economicamente rovinosi per il reo nonché, di riflesso, per quanti a vario titolo ne condividono le sorti: non solo i parenti ma anche, talora, i collaboratori e i dipendenti.

In proposito può tuttavia osservarsi che, se da un lato la c.d. "rimbalzabilità sui terzi" degli effetti negativi della sanzione appare corollario pressoché imprescindibile di ogni tipo di pena pecuniaria e di pena in generale<sup>53</sup>, dall'altro lato il raggiungimento di entità monetarie di pena esiziali per il reo e per i suoi prossimi, non appare affatto una possibilità ineluttabilmente collegata all'adozione di modelli sanzionatori di tipo proporzionale. Molti sono infatti i correttivi capaci di mitigare, attraverso meccanismi differenti, gli eventuali eccessi punitivi derivanti dal ricorso a sanzioni paramtrate alla "dimensione" della fattispecie concreta. Si pensi, solo a titolo di esempio, alla possibilità di stabilire un tetto legale massimo all'entità della pena proporzionale<sup>54</sup>, ovvero alla possibilità di ridefinire in sede esecutiva l'entità stessa della sanzione pecuniaria, alla luce sia delle esigenze specialpreventive manifestatesi nel periodo successivo alla sentenza di condanna sia di ulteriori particolari circostanze<sup>55</sup>. Ma, certamente, la migliore barriera contro la potenziale irrogazione di pene pecuniarie proporzionali di entità esagerata e dagli effetti devastanti è rappresentata da una previa e accorta attività di commisurazione legislativa, nell'ambito della quale le pene proporzionali nascano provviste di fattori numerici stabiliti nei limiti di quanto strettamente richiesto sul piano preventivo<sup>56</sup>, e comunque dotati di compassi edittali sufficientemente ampi, così da lasciare al giudice una certa libertà nella determinazione della pena più adeguata alla singola fattispecie concreta ed al suo autore.

In definitiva, va riconosciuto che le pene proporzionali, se mal commisurate dal legislatore, possono effettivamente favorire l'irrogazione di una sanzione troppo elevata rispetto alla gravità del fatto ed alle stesse esigenze preventive. Ma va altresì affermato che tale problema può essere risolto con metodi meno radicali di quello

---

53. In argomento cfr., *amplius* e per tutti, MUSCO, La pena pecuniaria, cit., p. 41 ss, e bibliografia ivi riportata.

54. Cfr., ad esempio, l'art.12, l. 10 gennaio 1935 n. 112 in tema di libretto di lavoro, il quale stabilisce che "l'assunzione al lavoro di persone non munite di regolare libretto di lavoro e la mancata consegna, nel termine prescritto, del libretto al lavoratore da parte del datore di lavoro sono punite con l'ammenda da E. 4.000 a E. 10.000 per ogni lavoratore a cui si riferisce la contravvenzione, fino al massimo complessivo di £. 2.000.000". Tuttavia, per talune riserve in merito d'espressa previsione di limiti massimi di pena nell'ambito delle sanzioni proporzionali, cfr. BERNARDI, Natura penale e retaggi civilistici, cit. § 15.

55. In argomento cfr., per tutti, RYAN, *Criminal Fines: A Sentencing Alternative to Short-Term Incarceration*, in Iowa Law Review, 1983, p. 1298 ss. e bibliografia ivi riportata alla nota 109.

56. "Proprio per consentire uno sviluppo proporzionale indefinito, senza tuttavia attingere.... dimensioni ingiustificatamente elevate", PADOVANI, Diritto penale del lavoro, cit., p. 235.

consistente nella completa rinuncia alle suddette pene. Senza contare poi che una eventuale eliminazione della pena proporzionale dall'arsenale punitivo penale in ragione della sua potenzialmente eccessiva severità risulterebbe addirittura grottesca ove non si provvedesse all'eliminazione di tale modello sanzionatorio anche dall'arsenale punitivo amministrativo; cioè dall'arsenale punitivo di un sistema il quale, rispetto al sistema penale, vede innanzitutto giustificato il proprio inferiore livello garantistico nella minore gravità delle relative sanzioni.

11. Se dunque le ragioni fin qui esaminate non riescono ad offrire elementi decisivi in favore dell'opportunità di cancellare totalmente le sanzioni proporzionali dal sistema penale, sembra tuttavia esistere una quarta ragione capace forse di fornire più pieno fondamento alla scelta operata dallo schema di delega. Si allude al *contrasto esistente tra il modello della pena proporzionale e il criterio del cumulo giuridico delle pene*; criterio come noto accolto (previe opportune modifiche) dallo schema di delega non solo in relazione alle ipotesi di concorso formale e di reato continuato, ma più in generale in relazione a tutte le ipotesi di concorso di reati.

Invero, è noto come in Italia il problema dell'eventuale applicabilità alle pene proporzionali del trattamento sanzionatorio previsto per il reato continuato, risulti ancora tutt'altro che risolto in via definitiva. E certamente, la miriade di soluzioni prospettate dalla giurisprudenza<sup>57</sup>, ed i perduranti contrasti fra questa e la dottrina<sup>58</sup>, sono il sintomo evidente di un profondo disagio che affonda le proprie radici nella stessa, assai dubbia, compatibilità logica tra pene proporzionali e cumulo giuridico (o meglio: tra pene proporzionali ed ogni tipo di trattamento sanzionatorio diverso dal cumulo materiale). Disagio che dunque, evidentemente, una eventuale generalizzazione del regime del cumulo giuridico non potrebbe che accentuare.

A prescindere dall'approfondimento delle diverse tesi – ed in particolare di quella tesi che, nell'affermare l'assoluta incompatibilità tra regime della continuazione e pena proporzionale<sup>59</sup>, ne individua la causa nella struttura stessa dei precetti cui si ricollega tale particolare modello sanzionatorio<sup>60</sup> – sembra possibile affermare che la difficile coesistenza fra cumulo giuridico e pena proporzionale deriva, essenzialmente, dalla profonda diversità dei rispettivi meccanismi logico-funzionali.

Per quanto concerne il criterio del cumulo giuridico, esso parrebbe invero correlato sul piano razionale a sanzioni quantificate essenzialmente in rapporto al livello

---

57. Cfr., per tutti e fondamentalmente, PADOVANI, *ivi*, p. 227 ss., con numerosi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

58. Cfr., in particolare, DOLCINI, in *Commentario breve al codice penale*, cit., *sub* art.27, p. 71 ss.; PICOTTI, *Pene pecuniarie proporzionali e cumulo giuridico ex art.81 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 229 ss. e bibliografia *ivi* riportata alla nota 4.

59. Più precisamente, tra il regime del cumulo giuridico e le pene proporzionali "improprie" (dette anche "progressive"). Cfr., specificamente, CADOPPI, *Il reato valutario nella prospettiva della compatibilità fra continuazione e pene proporzionali*, in *Riv. dir. econ. valutaria*, 1982, p. 397 ss.

60. Cfr. ancora CADOPPI, *ivi*. In argomento cfr. altresì, diffusamente e per tutti, PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, cit., p. 233 ss.; PICOTTI, *Pene pecuniarie proporzionali*, cit., p. 231 ss.

di disvalore complessivo del fatto o dei fatti illeciti commessi. In questa prospettiva, infatti, ben si comprende come in caso di concorso di reati il disvalore del reato più grave possa "assorbire", almeno in parte, il disvalore degli ulteriori reati commessi, e di riflesso le relative pene<sup>61</sup>.

Per contro, la pena pecuniaria proporzionale prescinde in larga misura da ogni quantificazione in termini di disvalore (o quantomeno può anche prescindere)<sup>62</sup>. Piuttosto, la sua logica essenzialmente utilitaristico-economicistica fa sì che essa tenda prevalentemente a commisurarsi, in modo diretto o indiretto, all'entità del profitto connesso al reato (alla "dimensione" del reato), così da offrire una adeguata contropinta motivazionale rispetto all'incentivo economico che sta alla radice del comportamento illecito. Ed ecco allora che, rispetto alla pena proporzionale, il regime del cumulo giuridico da un lato sembrerebbe perdere ogni fondamento dogmatico, parallelamente al venir meno della concezione volta a considerare la colpevolezza (*rectius*: il disvalore oggettivo e soggettivo del fatto o dei fatti commessi) come un limite all'entità della pena; dall'altro lato, e soprattutto, finirebbe col precludere alla pena pecuniaria la sua funzione assolutamente prioritaria di deterrenza attraverso disincentivazione economica. Mentre infatti, come detto, il disvalore del reato più grave può parzialmente assorbire quello dei reati meno gravi, il *profitto* derivante dal reato punito con la pena proporzionale più elevata non "assorbe" certo – né in tutto né in parte – il profitto derivante dagli ulteriori reati commessi, ma semplicemente si somma ad esso; cosicché la pena proporzionale quantitativamente adeguata a prevenire la commissione dei reati concorrenti non potrebbe essere che quella ricavata attraverso la somma aritmetica delle relative pene proporzionali, cioè quella espressa dal criterio del cumulo materiale<sup>63</sup>.

12. Per quanto sin qui visto, sembra quindi possibile affermare che la scelta legislativa volta ad assoggettare la disciplina del concorso di reati al criterio del cumulo giuridico (e più in generale volta a riaffermare e rinvigorire il ruolo centrale assunto dal disvalore del fatto tipico nella commisurazione della sanzione) tende a risultare

---

61. In questa prospettiva appare quindi naturale che la Commissione, nel "ricercare la pena complessiva che riflette nel modo migliore il disvalore concreto di tutti i fatti" (Relazione, cit., p. 323), abbia appunto finito per accogliere il criterio del cumulo giuridico. Del resto, già alla luce della teoria retributiva (o quantomeno di ogni teoria retributiva fondata su giudizi di disvalore anziché su forme di contrappasso a sfondo economico) emerge l'eccessiva severità del cumulo materiale delle sanzioni; e ciò anche a prescindere dalla tradizionale concezione c.d. dell'"incremento geometricamente proporzionale" della sofferenza rispetto alla durata della pena.

62. Per un ricorso alla pena proporzionale in quanto strumento atto a rispecchiare il mutevolissimo livello di disvalore delle fattispecie astratte, il cui livello di gravità viene così fatto dipendere dalla "dimensione" delle relative fattispecie concrete, cfr., *infra*, par.18.

63. Ciò, quantomeno, nell'ipotesi in cui i reati siano tutti caratterizzati da un fine oggettivo di lucro, e sanzionati con pena proporzionale. Il criterio del cumulo giuridico sembra comunque mal adattarsi anche all'ipotesi in cui si abbia concorso fra reati (con fini oggettivi diversi) puniti volta a volta con pena pecuniaria proporzionale ovvero con altri modelli di pena: sono infatti ben note le difficoltà che l'applicazione di tale criterio incontra in caso di pene eterogenee (per contenuto ovvero anche solo per funzione).

incompatibile col mantenimento della pena proporzionale. Se dunque, sotto questo profilo, va senz'altro condivisa la soluzione della Commissione (l'unica capace di evitare sul nascere le discrasie rinvenibili in dottrina e giurisprudenza circa l'applicabilità alle pene proporzionali di un trattamento sanzionatorio diverso dal cumulo materiale)<sup>64</sup>, non possono essere comunque trascurati i problemi che la sua realizzazione certamente porrebbe al legislatore.

Problemi, innanzitutto, di ordine per così dire "quantitativo", posto che – anche alla luce di tale assoluta incompatibilità tra cumulo giuridico e pena proporzionale – l'eliminazione di quest'ultima non andrebbe circoscritta alle sole fattispecie codicistiche, ma dovrebbe anche interessare le innumerevoli norme speciali punite con tale tipo di pena. Ciò comporterebbe, ovviamente, un enorme impegno per il legislatore, in quanto l'estrema varietà dei meccanismi sanzionatori di tipo proporzionalistico utilizzati nell'ambito delle singole fattispecie astratte, lungi dal consentire il ricorso a clausole generali per la sostituzione della pena proporzionale con strumenti punitivi di tipo diverso, imporrebbe una specifica ricostruzione delle singole comminatorie edittali<sup>65</sup>.

Ma, più ancora, problemi di ordine per così dire "qualitativo", dato che l'eliminazione del modello della pena proporzionale dal panorama penale imporrebbe la previsione di modelli sanzionatori alternativi funzionalmente e criminologicamente coerenti con quello originario o quantomeno capaci di surrogarsi ad esso. Ed è soprattutto sotto questo profilo che occorre esaminare lo schema di delega al Governo, nel tentativo di rinvenire, all'interno del catalogo sanzionatorio in esso previsto, pene di contenuto e struttura tale da risultare funzionalmente adeguate a colpire i comportamenti illeciti puniti oggi con pena proporzionale. Muovendo da tale esame, appare poi quanto mai opportuno ampliare l'ambito dell'indagine, per cercare di dare risposta ad un interrogativo più generale: quello concernente l'effettivo ruolo attribuibile alla pena pecuniaria così come disciplinata dallo schema in questione, e l'eventuale idoneità di tale sanzione ad erodere almeno in parte l'attuale campo d'applicazione delle pene detentive brevi.

13. Nell'ambito dunque del suddetto esame dello schema di delega, e di una più generale indagine per la determinazione del ruolo consentito alla pena pecuniaria dalla disciplina per essa prevista in tale schema, salta immediatamente agli occhi

---

64. Una conferma della difficoltà di derogare al criterio del cumulo materiale ove si faccia ricorso a pene improntate ad una logica prevalentemente utilitaristico-economicistica, è offerta dalle molteplici eccezioni che incontra in Francia il principio del non cumulo delle pene (in caso di concorso di reati il sistema penale francese risulta infatti ispirato al c.d. criterio dell'assorbimento) in relazione alle pene pecuniarie, specie se di tipo proporzionale. Cfr., sul punto, BERTHEAS, v° *Amende*, in *Repertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Paris, 1982, n. 38 ss., con puntuali riferimenti giurisprudenziali; DELMAS-MARTY, *Droit pénal des affaires*, Paris, 1990, vol.I, p. 277 ss. e bibliografia ivi riportata.

65. Per altro verso, e più radicalmente, l'eliminazione delle pene proporzionali sembrerebbe inoltre imporre, quantomeno in taluni casi, una integrale riformulazione dei relativi precetti penali, data la stretta interconnessione esistente tra formulazione del precetto e sanzione proporzionale. Sul punto cfr. *infra*, § 18.

l'estrema linearità e semplicità del complessivo sistema sanzionatorio delineato dalla Commissione. Respinta risolutamente ogni suggestione diretta all'accoglimento di autonome tipologie di pene a contenuto paradedentivo o interdittivo, il nuovo sistema sanzionatorio appare infatti fundamentalmente ispirato "sul piano della comminatoria edittale, al binomio pena detentiva-pena pecuniaria"<sup>66</sup>. Dato anche il perdurante, risaputo sfavore con cui viene vista ogni eventuale dilatazione dell'ambito di applicazione della pena detentiva, sembra pertanto verosimile ritenere che l'eredità lasciata dai modelli di pena pecuniaria eliminati (pena fissa e, soprattutto, proporzionale) debba essere raccolta, in linea di massima, proprio dalla pena pecuniaria, attraverso i relativi modelli riplasmati owerò previsti *ex novo*. Ciò appare del resto coerente con l'esplicita volontà di fare un più ampio ricorso alla pena pecuniaria<sup>67</sup>; volontà che sembrerebbe presupporre, innanzitutto, il mantenimento della pena pecuniaria all'interno dei settori di intervento penale che già ora la prevedono.

Si impone, a questo punto, un esame dei modelli di pena pecuniaria previsti dallo schema di delega, onde valutarne l'effettiva attitudine ad assolvere i compiti loro attribuiti. E nell'ambito di questo esame va innanzitutto sottolineato come i due modelli di pena pecuniaria elaborati dalla Commissione (il modello a somma complessiva e quello a tassi giornalieri) sembrerebbero trovare i loro rispettivi settori di applicazione non già sulla base di specifiche esigenze logico-funzionali proprie delle singole categorie di reati (per esempio dei *reati con finalità oggettiva di lucro* e dei *reati senza finalità di lucro*)<sup>68</sup>, bensì sulla base di criteri applicativi almeno in parte diversi. La tecnica di previsione edittale accolta dallo schema di delega sancisce infatti (art.37 n.3) l'inderogabilità del ricorso al modello a tassi in relazione alle fattispecie nelle quali *la pena pecuniaria sia comminata in alternativa con la pena detentiva*<sup>69</sup>. Se ne deve dedurre che, in caso di comminatoria alternativa, la pena pecuniaria dovrà essere prevista secondo la tecnica dei tassi anche in relazione a quei reati che, per le ragioni ricordate al § 7, sembrerebbero postulare sul piano logico-funzionale pene pecuniarie in sede di commisurazione non troppo sensibili alla capacità economica del reo, e dunque improntate a modelli diversi da quello a tassi.

14. Se dunque, sotto questo profilo, la soluzione sanzionatoria a contenuto pecuniario prescelta in caso di comminatoria alternativa, nonostante le sue indubbe analogie con la soluzione accolta dal sistema tedesco, si presta a suscitare talune perplessità<sup>70</sup>, occorre peraltro riconoscere che, paradossalmente, una situazione non

66. Relazione allo schema di delega al Governo, cit., c. 327.

67. Cfr., *ivi*, c. 329.

68. In merito a tale distinzione cfr., *supra*, § 7.

69. "In tal caso, infatti, più pressante si manifesta l'esigenza che le due sanzioni, riferite ad un medesimo reato in scansione progressiva di gravità, risultino tra loro nitidamente commisurabili". Relazione, cit., p. 329. Con specifico riferimento al modello tedesco della pena a tassi, sottolineano peraltro la difficoltà di risolvere "il quesito se l'assimilazione - sia pure a soli fini di calcolo - delle unità (ideali) di pena pecuniaria alle unità (reali) di pena detentiva (il 'giorno') porti seco come conseguenza ineluttabile un ragguaglio effettivo" DOLCINI e PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, cit., p. 18.

70. Cfr., sul punto, le nn. 34, 35 e 40.

troppo diversa sembra caratterizzare anche le ipotesi nelle quali la pena pecuniaria venga comminata in via esclusiva. Vero è infatti che, in tal caso, nell'ambito delle singole fattispecie astratte lo schema di delega consente la scelta tra pena a somma complessiva e pena a tassi (art.37 n.5). Tuttavia, sembra verosimile ritenere che questa scelta non possa comunque risultare particolarmente significativa sul piano logico-funzionale, non consentendo in ogni caso risposte sanzionatorie modulate sulle specifiche esigenze preventive delle singole fattispecie astratte; e ciò a causa della notevole omogeneità che caratterizza su tale piano i suddetti modelli di pena pecuniaria, e che emerge con evidenza dall'esame delle loro straordinarie analogie strutturali.

15. Per quanto concerne innanzitutto il modello a somma complessiva, va in proposito sottolineato come esso, alla luce della disciplina conferitagli nello schema di delega, non presenti poi molti elementi distintivi rispetto al modello a tassi, ma anzi finisca quasi per confondersi con esso.

Se, invero, elementi essenziali e caratterizzanti di ogni modello a tassi sono la struttura bifasica della commisurazione (atta a garantire la "trasparenza" di quest'ultima) e l'elevazione delle condizioni economiche del reo ad autonomo e specifico elemento commisurativo (così da perseguire una effettiva "parità di sacrificio"), appare evidente come tali elementi siano rinvenibili anche nel modello a somma complessiva ripasmato dalla Commissione.

Anzi, secondo quanto previsto all'art.39 n.6, il giudice nell'ambito della sua attività di quantificazione di tale somma complessiva deve non solo determinare "distintamente la pena base in ragione della gravità del reato e la variazione applicata in ragione delle condizioni economiche del reo" (così da garantire quella trasparenza commisurativa e quella parità del sacrificio tradizionalmente riservate alla pena a tassi); ma addirittura deve contestualmente determinare, "in vista di una eventuale conversione in pena restrittiva della libertà personale, il numero dei tassi corrispondenti". In sostanza, quindi, il "nuovo" modello a somma complessiva assume anch'esso la struttura bifasica propria della pena a tassi, imponendo per di più, sia pure ai soli fini della conversione, l'individuazione del numero di tassi corrispondente alla gravità del reato (e di conseguenza, indirettamente, anche l'individuazione dell'entità di ciascun tasso). Come si può vedere siamo ormai assai lontani dal tradizionale modello a somma complessiva vigente in Italia (caratterizzato, come ben si sa, dalla confusione in fase commisurativa tra l'elemento della gravità del reato e quello delle condizioni economiche del reo, con tutte le conseguenze negative, sotto il profilo teorico e pratico, che ciò comporta) e per contro molto vicini al modello a tassi giornalieri accolto innanzitutto (con piccole variazioni da uno Stato all'altro)<sup>71</sup> nei Paesi di lingua tedesca.

16. Assimilati così sotto il profilo strutturale per quanto concerne i meccanismi del processo commisurativo, il modello a somma complessiva e quello a tassi

---

71. Cfr. sul punto diffusamente, DOLCINI e PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, p. 31.

potrebbero tuttavia ancora differenziarsi in modo significativo per il grado di incidenza in essi rispettivamente assunto dalle condizioni economiche soggettive sulla complessiva quantificazione della pena. Del resto, è facile verificare come all'interno dei modelli a somma complessiva, come noto ancor oggi accolti in molti Stati, gli aumenti e le diminuzioni di pena consentiti in ragione delle condizioni economiche del reo risultino – proprio per la non eccessiva attenzione tradizionalmente attribuita da tali modelli alle condizioni in questione – mediamente assai inferiori a quelli consentiti dai modelli rinvenibili nei Paesi convertitisi alla *Tagessatzgeldstrafe*.

Ora, però, nemmeno sotto questo profilo i due modelli di pena pecuniaria previsti nello schema di delega sembrerebbero destinati a differenziarsi in misura significativa. Addirittura, poiché secondo quanto stabilito dall'art. 37 n.4 dello schema, "Per ciascun tasso giornaliero, i limiti di valore saranno fissati dalla legge in misura tale che il massimo non ecceda il decuplo del minimo", è agevole constatare come l'incidenza delle condizioni economiche del reo sull'entità globale della pena a tassi finirebbe per non differire poi molto dall'incidenza che tali condizioni hanno attualmente sull'entità della pena a somma complessiva in vigore in Italia (72). In effetti, l'aumento sino al triplo e la diminuzione fino ad un terzo della pena pecuniaria a somma complessiva oggi consentiti dall'art. 133 bis, comma secondo, c.p. per ragioni afferenti alla capacità economica del reo si traduce, all'evidenza, in una oscillazione dell'entità della pena che può giungere sino ad un rapporto di 1 a 9. Un rapporto, appunto, molto vicino a quel rapporto di 1 a 10 previsto dallo schema di delega in relazione alla pena a tassi.

In definitiva, sotto il profilo dell'incidenza delle condizioni economiche soggettive sull'entità globale della pena, è dato riscontrare una notevole omogeneità tra il "nuovo" modello a tassi e il "vecchio" modello a somma complessiva. E, pur nell'assenza di indicazioni precise da parte dell'art.39 nn. 5 e 6 dello schema, tutto lascia pensare che tale omogeneità sia destinata a permanere ed a rafforzarsi anche rispetto al "nuovo" modello a somma complessiva. In esso, infatti, una eventuale riduzione dell'incidenza delle condizioni economiche risulterebbe in contrasto non solo con istanze di giustizia sostanziale ormai universalmente riconosciute, ma anche con la stessa nuova struttura conferita alla pena pecuniaria a somma complessiva; struttura invero così simile a quella della pena a tassi da rendere assolutamente illogica una differenziazione (concernente appunto il ruolo in sede commisurativa delle condizioni economiche del reo) giustificabile solo sulla base di modelli di pena nettamente distinti per lineamenti e funzione.

17. Se dunque, per quanto attiene all'incidenza delle condizioni economiche in sede di quantificazione della pena pecuniaria, le tradizionali differenze tra modello a tassi e modello a somma complessiva sembrano venire a cadere, è interessante rile-

---

72. Quantomeno, una volta fatte salve talune differenze teoriche e pratiche relative ai meccanismi e criteri in base ai quali le condizioni economiche del reo vengono ad operare nei due modelli; differenze che è comunque impossibile analizzare in questa sede. Cfr., per taluni spunti in argomento, DOLCINI, in DOLCINI, GIARDA, MUCCIARELLI, PÁLIERO, RIVA CRUGNOLA, Commentario delle "Modifiche al sistema penale", cit. sub art. 100, p. 456 ss., nn. 9 e 10.

vare che questa volta il processo di ravvicinamento tra i due modelli avviene, per così dire, non già in forza dell'affrancamento del "nuovo" modello a somma complessiva dai suoi più tradizionali profili, ma semmai in forza di un processo esattamente opposto. È infatti il "nuovo" modello a tassi che, nel fissare il massimo di ciascun tasso in misura non eccedente il decuplo del minimo, si discosta in modo macroscopico dai consueti modelli di tipo analogo oggi rinvenibili in Europa. Modelli come noto caratterizzati da una estrema divaricazione fra l'entità massima e minima dei singoli tassi<sup>73</sup> in funzione di un più pieno adeguamento della pena alle diversissime condizioni economiche individuali riscontrabili nelle società moderne, e quindi in funzione di una più completa ed effettiva attuazione del principio della "parità del sacrificio".

Certamente, non mancano le ragioni per comprimere anche nel modello a tassi i limiti massimi e minimi di ogni singola quota giornaliera entro soglie proporzionalistiche tradizionalmente proprie dei modelli a somma complessiva<sup>74</sup>; così come, del resto, evidenti e condivisibilissime appaiono le ragioni che hanno portato alla previsione di una struttura bifasica di commisurazione in relazione non solo alla pena a tassi, ma anche alla pena a somma complessiva<sup>75</sup>. Ma resta il fatto che il reciproco e notevolissimo ravvicinamento fra questi due modelli di pena pecuniaria operato dallo schema di delega, mal si presta a rafforzare quella complessiva flessibilità strutturale e funzionale della pena pecuniaria già fortemente compromessa dalla eliminazione della pena proporzionale.

Anzi, l'analisi combinata dei due modelli sanzionatori a contenuto monetario previsti dallo schema restituisce l'immagine di una pena pecuniaria caratterizzata, per così dire, da un marcato ibridismo, capace di sottrarla a quelle più evidenti storture che oggi ne compromettono la stessa legittimità costituzionale, ma altresì incapace di sfruttarne tutta la vasta gamma di potenzialità funzionali. Si può quindi essere indotti a dubitare che la nuova pena pecuniaria possa davvero dilatare i suoi attuali ambiti di applicazione a danno della pena detentiva.

Più precisamente, tale complessiva inadeguatezza sembra emergere sotto due distinte prospettive.

---

73. Così, ad esempio, nel sistema penale francese l'entità di ciascun tasso può oscillare tra i dieci e i duemila franchi (art.43-9, comma secondo c.p.); nel sistema portoghese tra i duecento e i diecimila scudi (art. 46 c.p.); nel sistema svedese da dieci a mille corone; nel sistema tedesco addirittura tra due e diecimila marchi (§ 40 Abs 2 StGB). Infine, in Spagna, l'art.46 del recentissimo *Proyecto de ley organica del código penal* stabilisce i limiti del tasso in trecento e trentamila pesetas.

74. Si pensi, ad esempio, all'opportunità di non ridurre l'entità minima delle singole quote giornaliera fino a livelli in contrasto con l'importanza dei beni penalmente tutelati e con la stessa "serietà" della risposta punitiva di tipo criminale; ovvero, all'opposto, all'opportunità di non spingere l'entità massima di ogni singola quota sino a livelli tali da trasformare la pena pecuniaria a carico dei soggetti più benestanti in uno strumento "oggettivamente" e macroscopicamente surdimensionato rispetto alla gravità del fatto, se non addirittura in una sorta di confisca mascherata del loro patrimonio.

75. Si pensi, innanzitutto, all'esigenza di garantire l'effettivo accertamento da parte del giudice delle condizioni economiche del reo, e di porre rimedio alle macroscopiche distorsioni determinate dalla tradizionale pena a somma complessiva rispetto agli istituti della sospensione condizionale, perdono giudiziale, non menzione della condanna e conversione.

In primo luogo in *prospettiva preventiva*, in quanto la prevista disciplina della pena pecuniaria sembra favorire una valutazione delle condizioni economiche tendenzialmente omogenea dall'uno all'altro modello e quindi insensibile alle differenti logiche commisurative peculiari delle singole categorie di reato (quali innanzitutto i *reati a fine oggettivo di lucro* ovvero *senza fine di lucro*). Sotto questo profilo infatti il "nuovo" modello a somma complessiva – in ragione appunto della sua struttura bifasica e più in generale del ruolo in esso assunto dalle condizioni economiche in sede di commisurazione – si trova esposto alle stesse critiche indirizzabili alla pena a tassi nei casi in cui essa venga a colpire reati che richiedono una pena quantificata prevalentemente in relazione alla "dimensione" del fatto anziché alla capacità economica del soggetto. In questi casi, appunto, l'applicazione di una pena pecuniaria non "pensata" per controbilanciare e neutralizzare i vantaggi economici derivanti dal reato potrebbe dimostrarsi disfunzionale sotto il profilo preventivo<sup>76</sup> (ma anche retributivo)<sup>77</sup>; e ciò specie nell'ambito di un sistema come quello italiano, caratterizzato – quantomeno sino a tempi recentissimi – da un'evidente sottoutilizzazione della confisca e delle altre misure atte a perseguire l'ablazione dei profitti illeciti<sup>78</sup>.

In secondo luogo in *prospettiva retributiva*, in quanto la nuova disciplina della pena pecuniaria, non consentendo amplissime oscillazioni di pena per ragioni attinenti alla situazione economica del condannato, inibisce la piena attuazione del principio della parità del sacrificio in relazione a quei reati (tendenzialmente *non a fine di lucro*) che richiedono una commisurazione in chiave innanzitutto soggettiva, e che quindi appaiono sanzionabili in modo adeguato solo attraverso una pena pecuniaria dotata di tassi particolarmente elastici, proporzionabili alla effettiva e variabilissima capacità economica individuale<sup>79</sup>.

18. Se dunque le considerazioni sin qui fatte lasciano progressivamente emergere una certa rigidità della pena pecuniaria di nuovo conio, questa rigidità parrebbe venire, sotto un diverso profilo, ulteriormente accentuata dall'art.58 dello schema, secondo il quale occorre "Prevedere i limiti edittali di pena dei singoli reati in modo da proporzarli al disvalore complessivo del fatto.... restringendo il divario tra minimo e massimo edittale, così da rendere più circoscritta e significativa la scelta legislativa come limite della commisurazione della pena".

Tra l'altro tale "principio generale di parte speciale", ancorché riferito appunto alle sole fattispecie astratte previste dal codice penale, appare oviamente ricco di valenze politico-criminali destinate ad influenzare l'intero sistema penale. In questa più generale prospettiva, finiscono così con l'apparire in odore di eresia tutti quei reati (a sfondo prevalentemente economico o comunque lucrativo) il cui livello di

---

76. Cfr. ancora le note 34, 35 e 40.

77. Cfr., *supra*, § 7 e *infra*, 5 21.

78. Un analogo fenomeno di sottoutilizzazione di tali misure si riscontra comunque anche in Germania. In argomento cfr., fondamentalmente, GÜNTERT, *Gewinnabschöpfung als strafrechtliche Sanction*, 1983, p. 85 ss.

79. Cfr., in proposito, le osservazioni di JESCHECK, *Principes du nouveau droit pénal allemand en comparaison avec les dispositions générales du projet de loi portant réforme du code pénal français*, in *Reu. sc. crim.*, 1987, p. 100.

disvalore viene fatto dal legislatore dipendere dalla mutevolissima dimensione delle relative fattispecie concrete<sup>80</sup>. Reati privi dunque di un nucleo omogeneo di disvalore, rispetto ai quali la pena proporzionale, o in subordine una pena pecuniaria a somma complessiva dotata di un amplissimo compasso edittale, in virtù della sua estrema modulabilità consente oggi una graduazione della sanzione appropriata ai livelli concreti di colpevolezza (prospettiva retributiva) oltreché – come in precedenza ricordato<sup>81</sup> – appropriata alle esigenze di neutralizzazione del guadagno illecito correlato alla "grandezza" delle singole violazioni (prospettiva preventiva ma anche retributiva).

Posti così in crisi sia dall'eliminazione della pena proporzionale, sia dall'introduzione del regime del cumulo giuridico (poco consono a reati la cui gravità dipende dalla "grandezza" complessiva delle violazioni, indipendentemente dal loro numero), sia infine dalla auspicata compressione dei compassi edittali, tali reati parrebbero fatalmente destinati a dover essere riformati e ripensati in termini di omogeneità di disvalore. La qual cosa a sua volta sembra imporre, rispetto alle attuali, consolidate forme di intervento penale, una vera e propria rivoluzione copernicana non certo facile da realizzare.

19. Dall'analisi sin qui effettuata, sono dunque emersi due distinti profili della nuova disciplina della pena pecuniaria, valutabili in modo contrapposto.

Al primo profilo afferiscono i momenti della riforma attraverso i quali si afferma finalmente il definitivo affrancamento della pena pecuniaria da taluni dei suoi più tradizionali aspetti di irrazionalità e financo di incostituzionalità, dovuti in particolare alla mancata previsione di due distinte fasi per la commisurazione della sanzione in rapporto alla gravità del reato ed alla capacità economica del reo<sup>82</sup>.

Al secondo profilo afferiscono i momenti della riforma che determinano una ridotta duttilità della pena pecuniaria rispetto alle specifiche esigenze retributive e

---

80. Cfr. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, cit., p. 228.

81. Cfr. *supra*, §§ 9 e 11.

82. Tuttavia, nella prospettata riforma della pena pecuniaria è forse possibile cogliere ancora l'eco della tradizionale, indebita commistione in fase commisurativa tra gravità del reato e capacità economica soggettiva. La nuova disciplina della sospensione condizionale della pena pecuniaria sembrerebbe infatti destinata a riproporre (sia pure in forma attenuata) questioni di legittimità costituzionale in parte analoghe a quelle sollevate dall'attuale disciplina (sul punto cfr., per tutti, DOLCINI, in DOLCINI, GIARDA, MUCCIARELLI, PALIERO e RIVA CRUGNOLA, *Commentario delle "Modifiche al codice penale"*, cit., sub art.104, p. 471 ss., n.3; PADOVANI, *L'incostituzionalità dell'art.136: un capitolo chiuso o una vicenda aperta?*, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1980, p.26 ss.; ID., *La pena pecuniaria nel progetto di "modifiche al sistema penale"*, cit., p.1185). Poiché infatti, ai sensi dell'art.42 n.9, la revoca della sospensione della pena in questione viene prevista "per sopravvenienza di condanne a pena pecuniaria complessivamente superiore a un determinato ammontare", non è escluso che ancora una volta il superamento dell'entità della pena atta a far scattare la revoca della sospensione possa dipendere - oltre che dalla gravità del fatto - dalle particolari condizioni economiche del reo. Per contro, ogni problema sul punto potrebbe venire eliminato ancorando la revoca della sospensione alla sopravvenienza di condanne a pena pecuniaria complessivamente superiore a un dato numero di tassi (siano essi "reali" owerò previsti ai soli fini della conversione, *ex art.39 n.6*).

preventive delle singole fattispecie (astratte e concrete) e dei singoli autori. Ridotta duttilità che si potrebbe rivelare particolarmente controindicata *sia in relazione ai reati* che, a seconda dei punti d'osservazione, esigono un trattamento sanzionatorio atto a controbilanciare il profitto derivante dal comportamento illecito, e dunque una pena non troppo sensibile alle condizioni economiche del reo (prospettiva preventiva, ma anche retributiva), ovvero sono privi di un nucleo omogeneo di disvalore, e dunque richiedono una pena di entità oltremodo variabile (prospettiva retributiva). *Sia in relazione ai soggetti* dotati di mezzi particolarmente cospicui; soggetti rispetto ai quali il principio della "parità del sacrificio" potrebbe arrivare ad imporre il ricorso a pene pecuniarie non dieci (cfr. art. 37 n. 4), ma anche cinquanta o addirittura cento volte superiori a quelle applicabili ai soggetti di modeste risorse, e ciò quale che sia, tra i vari criteri possibili, quello prescelto per la valutazione delle condizioni economiche soggettive (criterio del "reddito netto", della "perdita giornaliera", del "limite di impignorabilità", delle "spese personali"<sup>83</sup>, ovvero ancora del "reddito annuale lordo"<sup>84</sup>, delle "fasce di reddito"<sup>85</sup>, ecc. ecc.).<sup>3</sup>

Owamente, una pena pecuniaria non sufficientemente duttile, cioè non adeguata alle specifiche esigenze funzionali manifestate dalle diverse categorie di reati e di autori, risulterebbe esposta ad un duplice rischio: quello di venire utilizzata in modo non conforme a criteri di razionalità, e quello di venire utilizzata, in sede legislativa ovvero giurisprudenziale, in misura inadeguata o comunque inferiore alla volontà ed alle aspettative sottese allo schema di delega. Anzi, sotto questo secondo aspetto non è forse del tutto infondato ipotizzare che la nuova disciplina qui esaminata potrebbe alla prova dei fatti mal prestarsi ad ostacolare l'attuale strisciante fenomeno di progressiva erosione degli ambiti e dei livelli percentualistici d'applicazione della pena pecuniaria<sup>86</sup>. Fenomeno invero già manifestatosi, sia pure a livelli e con modalità differenti, in alcuni Paesi-guida dell'esperienza penalistica europea<sup>87</sup>, e oggi favorito in Italia dalla concorrenza che nei confronti della pena pecuniaria esercitano da un lato la tradizionale pena detentiva, per certi aspetti rivitalizzata dalla crisi del principio rieducativo e dalle attuali, pressanti esigenze di difesa sociale, dall'altro lato la sanzione amministrativa, ormai come noto assai simile alla pena pecuniaria (o quantomeno a certi tipi di pena pecuniaria<sup>88</sup>) ma rispetto a quest'ultima caratterizzata da una più vasta gamma di modelli<sup>89</sup>, e dunque da una maggiore duttilità.

83. In merito a tali criteri cfr. DOLCINI e PALIERO, *Il carcere ha alternative?* cit., p. 20 e bibliografia ivi riportata.

84. Cfr. MOLINARI, *La pena pecuniaria*, cit., p. 75 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici.

85. Cfr. MUSCO, *La pena pecuniaria*, cit., p. 88 ss.

86. Cfr. in proposito, da ultimo, PALAZZO, *Bene giuridico e tipi di sanzioni*, in *Indice pen.*, 1992, p.224 ss.

87. Per esempio in Svezia. Cfr. DOLCINI e PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, cit., p.113.

88. Cfr. ancora PALAZZO, *Bene giuridico e tipi di sanzioni*, cit., p.224.

89. Grazie in particolare al permanere di sanzioni amministrative fisse e proporzionali.

20. Per evitare questi rischi di utilizzazione irrazionale ovvero di sottoutilizzazione della pena pecuniaria, e volendo al contempo mantenere ferma la scelta di eliminare il modello della pena proporzionale (modello, come visto, difficilmente compatibile col criterio del cumulo giuridico) sembrerebbero *de iure condendo* prospettabili due possibili alternative.

*La prima alternativa* prevederebbe una più netta diversificazione tra pena a tassi e pena a somma complessiva.

In questo senso, si potrebbe intervenire da un lato sulla pena a tassi, stabilendo una maggiore dilatazione dei limiti edittali di ciascuna quota giornaliera in vista di una più piena osservanza del principio della "parità del sacrificio"; dall'altro lato sulla pena a somma complessiva, rendendola – pur nel rispetto della struttura bifasica di commisurazione – un po' meno sensibile alle condizioni economiche individuali, e soprattutto consentendo al giudice di valutare discrezionalmente, di volta in volta, l'incidenza attribuibile alle condizioni economiche in sede di quantificazione della pena, tenuto conto delle particolari esigenze retributive e specialpreventive sottese ai singoli episodi. In questo modo il legislatore potrebbe ricorrere all'uno o all'altro modello di pena pecuniaria a seconda dell'esigenza di privilegiare, in fase di commisurazione, la capacità economica del reo ovvero la "dimensione" del fatto.

Tuttavia la soluzione ora prospettata non sembra immune da controindicazioni. Infatti, per potersi adeguare in modo soddisfacente alle assai mutevoli "dimensioni" del fatto, nei reati a fine di lucro la pena a somma complessiva dovrebbe comunque venir fornita di un amplissimo compasso edittale, disattendendo così le indicazioni dell'art. 58 (la cui portata, come si è detto, pur risultando circoscritta alle fattispecie codicistiche, non può non influenzare anche la normativa speciale). Inoltre la soluzione in questione lascerebbe sussistere, sia pure in forma attenuata, il problema della dubbia compatibilità logica fra un modello di pena particolarmente sensibile in sede commisurativa alla "dimensione" delle violazioni e un criterio, quello del cumulo giuridico, destinato a privilegiare il "disvalore complessivo" dei reati in concorso (diverso dalla somma aritmetica dei singoli "disvalori") piuttosto che la loro "dimensione complessiva" (ricavabile sommando tra loro le "dimensioni" delle singole violazioni).

21. *La seconda alternativa* – senz'altro preferibile alla prima – prevederebbe una maggiore divaricazione sia dei limiti monetari del *tasso* sia dei limiti di variazione della somma *complessiva* consentiti in vista dell'adeguamento della pena alle condizioni economiche soggettive. In tal modo entrambi i modelli di pena pecuniaria potrebbero garantire il pieno rispetto – e dunque la valorizzazione – del criterio della "parità del sacrificio", quali che siano i mezzi finanziari del reo.

La soluzione qui prospettata, nel consentire una effettiva applicabilità del criterio della "parità del sacrificio" nei confronti di *tutti gli autori*, lascerebbe tuttavia aperto il problema relativo all'opportunità di applicare tale criterio nei confronti di *tatti i reati*. Per quanto sin qui visto, esigenze d'ordine innanzitutto preventivo sembrerebbero infatti suggerire, in relazione ai reati a fine oggettivo di lucro, una commisurazione prevalentemente incentrata sulla "dimensione" del fatto piuttosto che sulle condizioni economiche del reo. Mentre per contro non sembra esservi dubbio

che le scelte operate dallo schema di delega vadano nel senso di una commisurazione incondizionatamente ed omogeneamente incentrata sul criterio della "parità del sacrificio" (e dunque sulle condizioni economiche). Univoche sotto questo profilo appaiono, come visto, le decisioni di sopprimere la pena proporzionale; di prevedere due modelli di pena pecuniaria tendenzialmente analoghi per quanto concerne la rilevanza in essi attribuita alle condizioni economiche soggettive; di comprimere i limiti edittali di pena dei singoli reati proporzionandoli al disvalore complessivo (e non già alla "dimensione") del fatto.

In proposito, una cosa appare certa: una soddisfacente soluzione del complesso e fondamentale problema qui esaminato presuppone, a sua volta, l'introduzione di talune significative riforme all'interno del sistema penale e del relativo apparato sanzionatorio, per vero in parte contemplate dallo stesso schema di delega.

In particolare, sembra di poter dire che il ricorso privilegiato al parametro della capacità economica soggettiva anche in sede di commisurazione dei reati a fine oggettivo di lucro potrà realizzarsi, senza un eccessivo sacrificio delle istanze di ordine preventivo (ma anche retributivo) emergenti dall'analisi economica del reato, solo in presenza di due condizioni preliminari.

*La prima condizione* è che tutte le fattispecie (sia codicistiche sia speciali) vengano effettivamente configurate come unità omogenee di disvalore, con conseguente "ripensamento" e rielaborazione di quei reati la cui gravità viene oggi a dipendere dalla "dimensione" dei fatti in essi ricompresi. Infatti, come in precedenza ricordato, in relazione a questi ultimi reati così come oggi delineati e considerati risulterebbero adeguate, sotto il profilo retributivo, solo pene pecuniarie passibili di fortissime oscillazioni quantitative in ragione innanzitutto della "entità" del fatto; oscillazioni sconsigliate dall'art. 58 e per contro pienamente valorizzate esclusivamente dal modello sanzionatorio di tipo proporzionale (ovvero, in subordine, da un modello a somma complessiva dotato di un amplissimo compasso edittale), purché non chiamato a sottostare al criterio del cumulo giuridico.

*La seconda condizione* è che vengano previsti strumenti sanzionatori – distinti e paralleli rispetto alla pena pecuniaria principale così come rispetto ad ogni eventuale sanzione civile a contenuto risarcitorio – capaci di garantire una effettiva ablazione degli illeciti profitti derivanti dal reato. In tal modo sarebbe possibile commisurare la pena pecuniaria esclusivamente in relazione al livello di disvalore del fatto ed al criterio della "parità del sacrificio" (prospettiva retributiva) salvaguardando al contempo quella fondamentale funzione preventiva di disincentivazione economica non più assolta da una pena pecuniaria ormai in larga misura disancorata, in fase commisurativa, dalla "dimensione" della fattispecie concreta<sup>90</sup>.

Pur nell'impossibilità di analizzare in questa sede tali eventuali strumenti sanzio-

---

90. Tra l'altro, tali strumenti sanzionatori ablativi degli illeciti profitti si presterebbero ad assolvere una funzione non solo preventiva, ma anche lato *sensu* retributiva. Infatti, per intuitibili ragioni d'ordine economicistico derivanti dal rapporto d'analogia esistente tra reato e pena, solo sul presupposto dell'esistenza dei suddetti strumenti, in relazione ai reati a fine di lucro potrebbe considerarsi proporzionata (e prima ancora "ragionevole") una pena pecuniaria commisurata prioritariamente al disvalore del fatto e alle condizioni economiche del reo, anziché alla "dimensione" della violazione e del relativo, illecito profitto.

natori volti a colpire gli illeciti guadagni, non si può tuttavia fare a meno di sottolineare come essi pongano da sempre seri problemi: non solo di ideazione e di inquadramento dogmatico<sup>91</sup>, ma anche e soprattutto di applicazione concreta, in ragione sia della difficoltà di appurare con esattezza i guadagni in questione sia degli intuibili riflessi di ordine sociale ed economico che il ricorso ai suddetti strumenti presenta. Oltremodo istruttivo, sotto questi profili, può rivelarsi lo studio del *Geldlaufen*, del *Verfall* e della *Einziehung* previsti rispettivamente ai §§ 56 b II n.2, 73 ss. e 74 ss. *StGB*<sup>92</sup> e delle difficoltà da essi incontrate al momento della loro messa in opera<sup>93</sup>.

22. La seconda e preferibile alternativa riformistica ipotizzata nel paragrafo precedente sembrerebbe ammettere un ulteriore sviluppo. Infatti, una volta individuati due modelli di pena pecuniaria capaci di garantire, in presenza delle condizioni preliminari ricordate al paragrafo precedente, una effettiva ed omogenea applicazione del principio della "parità del sacrificio" nei confronti di tutti i reati e di tutti gli autori, resterebbe da chiedersi se sia opportuno mantenere in vita entrambi i modelli, o se viceversa, tenuto conto delle loro straordinarie analogie di struttura e funzione, non risulti piuttosto preferibile – a questo punto – identificare *tout-court* la pena pecuniaria nel modello a tassi, eliminando dal sistema penale ogni altro modello sanzionatorio a contenuto pecuniario. Questa domanda, sia detto per inciso, sembra mantenere una sua plausibilità anche in relazione ai modelli di pena pecuniaria delineati dallo schema di delega, tra loro pur sempre assai simili, e diversi da quelli qui ipotizzati soltanto per la minore capacità di adeguamento alle condizioni economiche soggettive.

In proposito, ferma restando l'inopportunità di approfondire in questa sede un argomento tutto sommato di non vitale importanza, merita forse di essere ricordato che la coesistenza di entrambi i modelli, se da un lato potrebbe consentire una certa qual loro, sia pur limitata, diversificazione funzionale<sup>94</sup>, dall'altro lato potrebbe comportare taluni piccoli inconvenienti. In particolare, il mantenimento della pena a somma complessiva potrebbe complicare – sia pure in misura non troppo rilevante – la disciplina della pena pecuniaria<sup>95</sup>; e potrebbe anche porre, per altro verso, problemi di giustizia/proporzione in caso di cumulo di pene pecuniarie (art.41 n.4) qualora, inopportunamente, si ammettesse che i limiti di pena rispettivamente pre-

91. Così, ad esempio, nel sistema penale francese la *confiscation* assume di volta in volta il carattere di pena, di misura di sicurezza, di misura di riparazione. Cfr., per tutti, DELMAS-MARTY, *Droit pénal des affaires*, vol.I, Paris, 1990, p. 300 ss. Quanto poi al sistema tedesco, oltremodo controversa è la natura giuridica del *Verfall*. Cfr., in particolare, WOLFRAM e EBERBACH, *Zwischen Sanction und Prävention*, cit., p. 489, n.2, e bibliografia ivi riportata.

92. In argomento cfr., per tutti, ESER, *Die Strafrechtlichen Sanktionen gegen das Eigentum*, 1969; STREE, *Delictsfolgen und Grundgesetz*, 1960.

93. Cfr. EBERBACH, *Einziehung und Verfall beim illegalen Betäubungsmittelhandel*, in *NSiZ*, 1985, p.294 n.I.1 e p.300 ss. n.IV.3.

94. Cfr. Relazione allo schema di delega, cit., p. 329.

95. Si pensi ad esempio alla necessità, prevista all'art.39 n.6, di determinare anche in relazione alla pena a somma complessiva il numero dei tassi ai fini della conversione.

visti all'art.41 n.2 lett.c e d possano sommarsi tra loro<sup>96</sup>.

23. Nell'ambito di queste brevi osservazioni orientate in prospettiva riformistica, merita forse di fare, in chiusura, accenno ad un problema tradizionalmente negletto: quello dell'adeguamento della pena pecuniaria all'inflazione monetaria<sup>97</sup>.

È noto infatti che, in Italia come nella massima parte degli ordinamenti, tale adeguamento viene da sempre realizzato attraverso saltuari ed improvvisi innalzamenti dell'entità legale della pena pecuniaria; innalzamenti realizzati di norma moltiplicando per un dato numero di volte le somme poste quali limiti edittali della sanzione.

Un siffatto meccanismo, all'evidenza di estrema rozzezza, risulta fortemente controindicato per tre ragioni.

La prima ragione è che esso si dimostra da sempre fonte di innumerevoli incertezze e disarmonie interpretative. Ed infatti – ancorché siano fortunatamente ormai lontane nel tempo certe paradossali situazioni di caos normativo causate da tale tecnica d'adeguamento in tutta una serie di settori penali di grande rilievo, quale ad esempio il settore agro-alimentare<sup>98</sup> – anche l'ultimo aumento delle pene pecuniarie, previsto dall'art.113, l. 22 novembre 1981, n.689 ("Modifiche al sistema penale") ha prodotto una miriade di casi problematici sino all'illegittimità costituzionale, concernenti anche reati fondamentali quali la rapina e l'estorsione<sup>99</sup>.

La seconda ragione è che il meccanismo in questione, per la sua stessa eccezionalità, tende ad essere utilizzato solo quando, con il progredire dell'inflazione, si rendano necessari aumenti di pena talmente forti da risultare in palese contrasto col principio di proporzione della sanzione. Invero, si avrà la violazione di tale principio sia ove il legislatore, nel dettare i nuovi livelli di pena, si limiti a prendere atto di una inflazione monetaria già avvenuta (in questo caso infatti la stessa

---

96. In tal caso, infatti, l'eventuale cumulo di sole pene a tassi finirebbe per comportare una entità pecuniaria totale caratterizzata da un limite massimo assai inferiore al limite massimo raggiungibile in caso di cumulo derivante dal concorso di pene a tassi e pene a somma complessiva; e ciò, nonostante la tendenziale minore gravità di queste ultime rispetto alle prime, dovuta al fatto che - ex art. 37 n. 2 - il modello a tassi giornalieri deve essere adottato in tutti i casi in cui la pena pecuniaria sia prevista in alternativa ad una pena detentiva.

97. Tuttavia, per taluni spunti in argomento, cfr. già GIULIANI, *Istituzioni di diritto criminale*, Macerata, 1856 p. 338; FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, Paris, 1853, p. 199.

98. Basterà qui ricordare la situazione innescata dalle leggi 23 febbraio 1950, n. 66 e 13 marzo 1958, n. 282, le quali hanno aumentato - rispettivamente di 50 e 10 volte - le pene pecuniarie contenute nel r.d.l. 2033/1925, senza peraltro prevedere (a giudizio della Suprema Corte) analoghi aumenti per le pene pecuniarie contenute nelle altre leggi speciali in materia di alimenti promulgate prima del 1947. Si sono così verificate macroscopiche sperequazioni, solo in parte venute meno quando a queste ultime leggi speciali è stato applicato l'aumento di 40 volte sancito in via generale dalla l. 12 luglio 1961, n. 603. Cfr. SIGISMONDI, voce *Frode alimentare*, in *Enc. dir.*, vol XVIII, 1969, p. 98, nota 6, con puntuali riferimenti giurisprudenziali.

99. Cfr., per tutti, MUSCO, *Commento all'art.11?*, l. 24 novembre 1981, in *Legislax penale*, 1982, p. 442 ss.; PIOLETTI, voce *Pena pecuniaria (Diritto pende)*, in *Noviss.dig.it.*, Appendice V, 1984, p. 804 ss.; VINCIGUERRA, *La riforma del sistema punitivo nella l. 24 novembre 1981*, n.689, Padova, 1983, p. 350 ss.

entità degli aumenti edittali rivelerà inequivocabilmente la "sproporzione per difetto" delle pene pecuniarie irrogate in relazione ai fatti immediatamente precedenti all'adeguamento tariffario) sia ed ancor più laddove il legislatore per così dire "giochi d'anticipo", stabilendo i nuovi limiti tariffari in vista non solo dell'inflazione già manifestatasi, ma anche di quella futura (in questo caso, assai meno probabile ma tutt'altro che impossibile, alla "sproporzione per difetto" delle pene relative ai fatti immediatamente precedenti la rivalutazione corrisponderà una eguale e contraria "sproporzione per eccesso" delle pene relative ai fatti immediatamente successivi).

Tra l'altro, merita di essere sottolineato come le carenze, sotto il profilo della proporzione, rivelate da tale meccanismo di adeguamento tariffario non possano venire soddisfacentemente neutralizzate dal potere discrezionale del giudice: non solo in ragione della stessa entità degli aumenti legali di pena, che porrebbero a dura prova ogni operazione di ortopedia giudiziaria volta a riequilibrare in sede di commisurazione gli scompensi venutisi a creare nel breve periodo; ma anche per la stessa illegittimità di tali operazioni, possibili solo attraverso un uso abnorme dei compassi edittali, degli elementi circostanziali così come di qualsivoglia altro istituto capace di influire sull'entità della pena in concreto.

La terza ragione è che un meccanismo di adeguamento tariffario così congegnato, per la sua già ricordata saltuarietà ed eccezionalità, determina a livello comparatistico gravi problemi, in particolare nella repressione della criminalità economica e sovranazionale. Infatti la pressoché inevitabile non contemporaneità degli adeguamenti tariffari nei singoli Stati porta, come ovvia conseguenza, una ciclica alterazione dei rapporti di proporzione fra le pene edittali previste nei vari sistemi penali nazionali. Alterazione tanto più evidente quanto più gli adeguamenti risultino temporalmente sfasati nei diversi Paesi (cioè non concomitanti sul piano spazio-temporale) e maggiori i relativi incrementi edittali.

Certamente, in un'Europa ormai intenta a sviluppare anche (e soprattutto) a livello comunitario un principio di proporzione capace di condizionare le scelte legislative e giudiziarie interne in materia di sanzione<sup>100</sup>, una tale situazione tende a risultare stonata. In effetti, l'attuale meccanismo d'adeguamento delle pene all'inflazione non può non contribuire anch'esso (al di là dell'ovvia originalità ed autonomia delle scelte sanzionatorie nazionali) all'applicazione, da un Paese all'altro, di pene pecuniarie d'entità diseguale per il medesimo reato: rendendo quest'ultimo – ove connaturato da un fine oggettivo di lucro – più o meno vantaggioso a seconda del luogo di commissione, e comunque alterando il processo di ammortamento dei costi del crimine<sup>101</sup>.

Per tutte queste ragioni, senza aspettare che altri ci precedano su questa stra-

100. Cfr., per tutti, GRASSO, La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri, in Riv.int.dir.uomo, 1991, p. 635 ss.; BERNARDI, "Principi di diritto" e diritto penale europeo, in Annali dell'Università di Ferrara - Scienze giuridiche, vol.II, 1988, p. 195 ss.

101. In argomento cfr., *amplius*, BERNARDI, La pena pecuniaria in Italia e Francia, cit., p. 243 ss.

da<sup>102</sup>, sembra giunto il momento di abbandonare un tradizionale sistema d'adeguamento tariffario che costituisce forse la prova più lampante della tradizionale e generalizzata assenza di cultura e sensibilità verso i problemi legati alla commisurazione della pena pecuniaria. In sua vece, si potrebbe varare un sistema di adeguamento automatico ed a scadenze prefissate, basato sugli indici ufficiali di svalutazione e capace di eliminare, a livello interno e – potenzialmente – a livello interstatale, le disarmonie ed i problemi connessi a bruschi e sensibilissimi sbalzi di pena. Si tratterebbe di un sistema sul tipo di quello previsto in tema di locazioni immobiliari ovvero di retribuzione da lavoro dipendente, di facile predisposizione e privo di significative controindicazioni, destinato probabilmente ad essere col tempo recepito anche in altri Paesi, specie fra quelli contraddistinti da più elevati coefficienti annuali di inflazione.

Forse il più grosso ostacolo all'introduzione di un siffatto sistema – specie in periodi storici come l'attuale, contraddistinti da un certo ridimensionamento del fenomeno inflazionistico – risiede nella sua attitudine a segnalare, con la sua stessa presenza, l'esistenza di un problema, quello dell'inflazione, che si vorrebbe negare, o considerare superato, ovvero veder circoscritto a campi diversi dal penale. Ma il legislatore, come si sa, deve legiferare "per sempre" o quantomeno per un futuro non di breve periodo, e proprio l'esperienza di questi ultimi mesi insegna come inflazione e svalutazione siano realtà sempre ben vive, pronte a riacquistare improvviso vigore.

24. A fronte di un ormai evidente declino delle tradizionali pene pecuniarie a somma rigorosamente fissa e a somma complessiva, si assiste oggi in tutto il mondo occidentale alla progressiva affermazione di più moderne e sofisticate tipologie sanzionatorie a contenuto monetario contraddistinte da una commisurazione bifasica. Tipologie dunque tra loro strutturalmente vicine, ma di volta in volta riconducibili al modello della pena proporzionale ovvero a quello della pena a tassi, cioè a modelli costituenti l'espressione di concezioni punitive tra loro profondamente diverse, e per certi versi addirittura antitetiche.

Il modello della pena proporzionale, d'impronta vagamente anglosassone, esalta indubbiamente la dimensione "oggettivistica" della retribuzione (retribuzione per il fatto, per la sua "dimensione") conformando al contempo la sanzione, in modo esplicito o più spesso implicito, all'entità del profitto derivante dal reato. Ne risulta privilegiata la funzione preventiva della deterrenza attraverso disincentivazione economica; funzione la quale tende tuttavia a conferire al modello in questione una colorazione economicistica che lo rende naturalmente sensibile, specie in sede di

---

102. Tuttavia l'indagine comparatistica rivela come siano già rinvenibili esempi di più moderni sistemi di adeguamento della pena pecuniaria alla svalutazione. Cfr. ad esempio, la legge belga 5 marzo 1952, modificata dalla 1.22 dicembre 1989, che ha introdotto un meccanismo di adeguamento incentrato su "decimi addizionali" sottoposti a periodici aggiornamenti: l'ultimo dei quali, previsto dalla 1. 20 luglio 1991, ha portato il numero dei decimi addizionali da settecentonovanta a ottocentonovanta. Cfr. sul punto la *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1992, *Chronique de législation* 1991, p.461.

commisurazione legislativa, a fenomeni (si pensi, ad esempio, al fenomeno della criminalità sommersa e della cifra nera nei suoi diversi aspetti) di grandissimo rilievo economico e criminologico<sup>103</sup>, ma tradizionalmente ininfluenti sul piano della responsabilità penale, estranei cioè al diritto penale della colpevolezza. Ovviamente anche in sede di commisurazione giudiziale la suddetta colorazione economicistica risulta ben chiara. In particolare, la prevalenza attribuita nella pena proporzionale all'elemento "quantitativo" del fatto rispetto ad ogni altro elemento, oggettivo o soggettivo, capace di segnalare il livello di disvalore del reato commesso, sembra sottolineare ancora una volta il primato del dato economico *sul* principio di colpevolezza ovvero, se si preferisce, il ruolo primario assunto dal dato economico *all'interno del* principio di colpevolezza.

Ben si comprende quindi come tale modello da un lato risulti particolarmente adatto a prevenire e punire i reati a fine oggettivo di lucro, dall'altro lato mal si preste a colpire reati privi di valenza economica<sup>104</sup>, e più in generale stenti ad armonizzarsi pienamente con una concezione penalistica incentrata sul disvalore oggettivo e soggettivo del fatto. Quest'ultima dissonanza tende tuttavia, per certi aspetti, ad attenuarsi e financo a svanire ove la pena proporzionale venga strutturata in modo da consentire una commisurazione anche in chiave soggettiva, e ove, in caso di concorso di pene, non venga accolto il criterio del cumulo giuridico.

Per contro, *il modello della pena a tassi*, d'ispirazione nordica e mitteleuropea, valorizza la dimensione "soggettivistica" della retribuzione espressa dal principio della "parità del sacrificio", consentendo al contempo una commisurazione – in senso stretto e in senso ampio<sup>105</sup> – improntata innanzitutto al disvalore del fatto ed alla colpevolezza dell'autore. Ne risulta da un lato privilegiata la funzione di prevenzione generale allargata, dall'altro sacrificato l'effetto deterrente legato a quelle forme di contrappasso monetario insite in una pena commisurata all'utilità derivante dal reato.

Logico quindi che, diversamente dalla pena proporzionale, la pena a tassi appaia perfettamente in armonia con i principi in tema di responsabilità colpevole. Tuttavia, il modello in questione, se da un lato ben si presta a prevenire e punire fatti connotati da un intrinseco contenuto di disvalore ma privi di finalità lucrativa, dall'altro lato, come si è visto, appare non pienamente rispondente alle esigenze preventive sottese ai reati cui è connaturato un meccanismo psicologico di tipo utilitaristico-economicistico<sup>106</sup>.

---

103. Per un'analisi del ruolo della cifra nera (così come degli altri eterogenei elementi rilevanti nell'ambito dell'analisi economica del reato) nei processi di motivazione criminale e di valutazione del "rischio complessivo di pena", cfr. gli Aa. citati alla nota 34. Cfr. altresì, specificamente e fondamentalmente, BECKER, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in *Journal of Political Economy*, 78, 1968, p.176 ss.

104. Merita forse di essere sottolineato che, nel sistema sanzionatorio francese, l'unico caso in cui è stata dichiarata l'incostituzionalità di una comminatoria edittale per manifesta irragionevolezza (cfr. *Conseil constitutionnel*, sentenza n.87-237 DC del 31 dicembre 1987) ha avuto ad oggetto proprio una pena proporzionale prevista in relazione ad un illecito privo di finalità oggettiva di lucro.

105. Per tali concetti cfr., in particolare, DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, p. 4 ss,

106. Cfr. *supra*, § 7,

Nell'ambito dunque di questo generale quadro, contraddistinto dalla riconducibilità delle moderne tipologie di pena pecuniaria ad uno dei due modelli or ora ricordati, lo schema di delega ha decisamente privilegiato il ricorso a pene pecuniarie ricalcate sul secondo modello. All'introduzione di una nuova pena improntata alla tecnica dei tassi (peraltro caratterizzata da una insolitamente limitata escursione tra valore minimo e massimo del tasso) si è infatti accompagnata l'eliminazione della pena proporzionale e la rielaborazione della pena a somma complessiva sulla falsariga della pena a tassi.

Accantonata l'idea della convivenza tra pena proporzionale e pena a tassi (soluzione questa funzionalmente assai efficace ma certo ibrida, e comunque per vero non pienamente in linea con i profili generali del nuovo progetto di codice), si è così optato per la soluzione più coerente ad una tutela dei beni giuridici perseguita attraverso la predisposizione di fattispecie caratterizzate da un nucleo omogeneo di disvalore, da valutarsi in sede concreta alla luce del principio di colpevolezza<sup>107</sup>.

Il prezzo pagato a tale coerenza è stata la tendenziale rigidità strutturale e funzionale della pena pecuniaria di nuovo conio. Con la conseguenza che, risultando in parte compressa la polifunzionalità della pena in questione, a quest'ultima potrebbe forse essere impedito di svolgere quel "ruolo ampio ed articolato" auspicato dalla Commissione<sup>108</sup>.

E tuttavia, sembrano possibili talune modifiche atte a coniugare il raggiungimento della piena dignità costituzionale della pena pecuniaria (opera dello schema di delega) con il potenziamento della dimensione polifunzionale e della versatilità di tale pena.

In particolare, pur non mancando certo le ragioni che potrebbero aver suggerito di stringere il tasso giornaliero entro limiti di valore tra loro piuttosto ravvicinati<sup>109</sup>, sembrerebbe opportuno consentire una maggiore divaricazione dei suddetti limiti, così da rendere possibile l'effettivo adeguamento della pena pecuniaria al principio della "parità del sacrificio" nonché l'effettivo ricorso, in tale prospettiva, ai più moderni criteri di valutazione delle condizioni economiche del reo<sup>110</sup>.

Tra gli altri eventuali correttivi atti a semplificare e razionalizzare la disciplina della pena pecuniaria prefigurata dallo schema di delega, sembrerebbe poi forse possibile includere l'eliminazione della pena a somma complessiva in quanto ormai concepita, parrebbe, come una sorta di mero doppione della pena a tassi. È auspicabile sarebbe anche, per altro verso, l'eventuale introduzione di un meccanismo di adeguamento automatico dei limiti legali di pena all'inflazione monetaria; meccanismo capace di risolvere, a livello sia interno sia interstatale, i molteplici problemi

---

107. *rectius*: alla luce di un principio di colpevolezza in larga misura disancorato dal dato economico (colpevolezza per il *disvalore* del fatto anziché per la dimensione del fatto).

108. Cfr. nota 1.

109. Cfr., esemplificativamente, le ragioni ricordate alla nota 74.

110. Cfr. *supra*, § 19, note 83, 84 e 85. È evidente infatti che un eventuale contenimento dei limiti minimo e massimo di valore del tasso giornaliero entro il rapporto di 1 a 10 finirebbe per rendere di fatto sovente inapplicabili quei criteri (si pensi innanzitutto al criterio del "reddito netto") elaborati, nei Paesi che già prevedono la pena a tassi, al fine di garantire il rispetto del principio della "parità del sacrificio".

derivanti dai bruschi e fortissimi aumenti di pena che l'attuale metodo "eccezionale" di adeguamento comporta.

Infine, l'analisi economica del sistema di giustizia penale evidenzia come il modello della pena a tassi possa essere efficacemente ed equamente utilizzato anche in relazione ai reati a sfondo lucrativo solo laddove, a fianco della sanzione principale, vengano introdotti strumenti realmente capaci di sottrarre al reo i profitti illeciti derivanti dalla sua attività criminale. Fra quelle sin qui prospettate, quest'ultima modifica è peraltro indubbiamente la più ardua da realizzare, per le difficoltà teoriche e pratiche ad essa riconnesse<sup>111</sup>, e prima ancora per la tendenziale inadeguatezza degli strumenti in questione rispetto a fenomeni criminali caratterizzati da una cifra nera non marginale<sup>H2</sup>.

Merita comunque di essere sottolineato come, proprio in questi ultimi anni, si siano avute importanti iniziative legislative sul piano internazionale per l'introduzione all'interno di sistemi penali nazionali di strumenti normativi e tecnici capaci, pur nel rispetto dei diritti fondamentali, di colpire gli illeciti guadagni derivanti dall'attività criminale<sup>H3</sup>. In particolare, il previsto ampliamento delle ipotesi di obbligatorietà della pronuncia della confisca<sup>114</sup>, l'applicabilità di tale misura anche nei casi di trasferimento del provento da reato in uno Stato diverso da quello in cui il fatto è stato commesso<sup>115</sup>, e molte delle ulteriori disposizioni relative al riciclaggio, ricerca, sequestro e confisca dei proventi da reato varate dal Consiglio d'Europa, assolvendo a compiti preventivi e repressivi complementari a quelli tradizionalmente propri della pena a tassi, potrebbero di fatto legittimare l'uso di tale pena anche nei confronti dei reati con finalità oggettiva di lucro. Infatti, una volta che effettivamente venisse almeno in parte svolta dalla confisca e dalle altre analoghe misure quella fondamentale funzione di disincentivazione economica peculiare della pena proporzionale ma estranea alla pena a tassi, quest'ultima potrebbe essere finalmente commisurata ed utilizzata – senza tema di incongruenze e vuoti funzionali – nella peculiare prospettiva di disvalore e di colpevolezza sancita dallo schema di delega.

---

111. Cfr. *supra*, § 21, note 91 e 93.

112. Infatti, mentre la pena pecuniaria proporzionale può essere commisurata dal legislatore in modo tale da controbilanciare, sia pure solo in parte e con le perplessità ricordate alla nota 51 n. 2, la cifra nera (così da rendere il comportamento vietato meno conveniente sotto il profilo economico rispetto ai comportamenti legalmente conformi), un analogo traguardo appare più difficilmente raggiungibile attraverso strumenti meramente ablativi dell'illecito guadagno. In argomento cfr., *mutatis mutandis*, le puntuali osservazioni di SAVONA, *Un settore trascurato: l'analisi economica della criminalità, del diritto penale e del sistema di giustizia penale*, in *Soc.dir.*, 1990, p.256 ss. e bibliografia ivi riportata.

113. Cfr. BERNASCONI, *Il nuovo diritto europeo sul sequestro e il depistaggio di valori patrimoniali provento di reato transnazionale*, in *Riv.trim. dir. pen. econ.*, 1992, p.1 ss.

114. Cfr. BERNASCONI, *ivi*, p. 16.

115. Cfr. BERNASCONI, *ivi*, p.2 ss.

## ABSTRACT

The study takes as its starting point the rules governing the fine as provided by the instrument delegating legislative power to the government to issue a new criminal code.

It examines the reforms intended to guarantee greater conformity of the fine with principles of constitutional law affecting criminal matters: in particular the principles of equality, personal responsibility and rehabilitation.

The study thus tackles some problems connected with the reform of the fine, pointing out the expediency of maintaining and, where possible, enhancing its various functions (preventive or repressive) with a view to assigning it a wider and better coordinated role in criminal policy.

Prendendo spunto dalla disciplina della pena pecuniaria prevista dallo schema di delega al governo per l'emanazione di un nuovo codice penale, lo studio esamina le riforme dirette a garantire una più piena conformità della pena in questione ai principi costituzionali in materia penale: in particolare i principi di uguaglianza, di responsabilità personale, di rieducazione-socializzazione.

Lo studio affronta quindi taluni problemi connessi alla riforma della pena pecuniaria, segnalando l'opportunità di mantenere e, ove possibile, potenziare il carattere polifunzionale di quest'ultima, onde poterle attribuire un ruolo politico-criminale ampio ed articolato.

ARRIGO D. MANFREDINI

## CODICI E GIURISTI: RIFLESSIONI DI UNO STORICO<sup>1</sup>

1. Parlare delle compilazioni tardo romane nel quadro della tradizione codicistica europea, ad un pubblico di specialisti, si rischia fortemente l'owio.

Anche se non del tutto sicuri di schivare il pericolo, desideriamo inserirci in un dibattito attualmente molto vivace, almeno in Italia. Si discute infatti se l'esperienza codicistica nei paesi di civil law sia in fase di fisiologica consunzione<sup>2</sup> perché i codici ottocenteschi e anche quelli più tardi erano espressione dello stato centralizzato<sup>3</sup> e del predominio della classe borghese<sup>4</sup>. L' 'accelerazione della storia', per usare una nota frase di Halévy<sup>5</sup>, da una parte ha mutato i rapporti sociali con la piena integrazione, nelle singole società nazionali, del così detto 'quarto stato'<sup>6</sup>; dall'altra, ha intensificato i rapporti sovranazionali provocando un fenomeno di extrastatalità<sup>7</sup> del diritto privato. Il confronto dei codici ottocenteschi e più tardi con questa mutata realtà appare sempre più difficile. Si parla, con riguardo alla presente, di età della decodificazione<sup>8</sup>. Molti auspicano un diritto civile più conforme alla ragione e alla natura delle cose rispetto a quello contenuto nei codici<sup>9</sup>.

Parallelamente, a gran voce, si chiama in causa la scienza giuridica. La scienza giuridica moderna, si dice, deve uscire dai torpori del dogmatismo<sup>10</sup> dove ha trovato punte di crisi tali da autodefinirsi 'esistenzialistica'. In altri termini, la scienza giuridica, estromessa, in quasi tutti i codici moderni, dalle fonti del diritto, deve recuperare questo ruolo. Le si additano compiti importanti soprattutto nei rapporti sovranazionali<sup>12</sup>, ad

---

1. Testo in lingua italiana della relazione tenuta al convegno 'European Legal Tradition and Israel', Gerusalemme 20-23 dicembre 1992. I rinvii testuali e bibliografici non sono esauritivi.

2. A. CAVANNA, Storia del diritto moderno in Europa, 1, Milano 1979, p.3 ss.

3. P. RESCIGNO, Introduzione al Codice civile, Bari 1991, p.17 ss.

4. F. WIEACKER, Diritto privato e società industriale, trad., it., Napoli 1983, passim.

5. C. HALEVY, Essai sur l'accélération de l'histoire, Paris 1948.

6. F. WIEACKER, Diritto privato, cit., p.133.

7. P. RESCIGNO, Introduzione, cit., p.17 ss.

8. N. IRTI, L'età della decodificazione, Milano 1989<sup>2</sup>.

9. Differenti orientamenti discussi in A. MASCHI, Diritto europeo e principi romanistici, in AG 194 (1978) p.136 ss.

10. B. BIONDI, Conferenze Romanistiche, Milano 1960, p.26 ss. Diversamente, T. ASCARELLI, L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione, in Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione, Milano 1952, p.165 ss.

11. Citiamo una definizione attribuita a F. Carnelutti in B. BIONDI, Conferenze, cit., p.28.

12. A.P. SERENI, Principi generali del diritto e processo internazionale, Milano 1955; G. MORELLI, Studi del processo internazionale, Milano 1963.

esempio quello di creare un diritto comune europeo<sup>13</sup>.

L'osservatore, a questo punto, può legittimamente avvertire e denunciare il pericolo che si nasconde dietro il disegno di liberare il diritto dai codici, e vedere insidiato l'indiscutibile valore etico-politico della certezza del diritto<sup>14</sup>.

Ma proprio la storia giuridica insegna che ogni disegno di rinchiudere il diritto privato nei codici, come in una inespugnabile fortezza concepita per sfidare i secoli, nasce quale reazione al fenomeno opposto, cioè quando, fino a quel momento, lo Stato non ha monopolizzato la produzione del diritto, lasciando che liberamente fluisse da una pluralità di fonti, tra cui le opinioni dei giuristi. A sua volta, l'idea di sottrarre il diritto al controllo dello Stato, si è prontamente manifestata all'indomani di ogni codificazione, come necessità insopprimibile di adeguamento della norma codificata al divenire della storia.

Esigenza dell'essere, della certezza, del diritto. Esigenza del divenire, di adeguamento, di mutamento, del diritto.

Due esigenze opposte, che acquistano il loro valore assoluto nell'interagire, nell'essere l'una il guardiano dell'altra, l'una il correttivo dell'altra.

2. E' noto che le codificazioni moderne sono il frutto più maturo del pensiero razionalistico settecentesco. Vengono in mente le parole di Leibniz sul *novus quidam codex brevis, clarus, sufficiens, auctoritate publica concinnetur, quo ius, multitudine, obscuritate, imperfectione legum, varietate tribunalium, disceptationibus peritorum obtenebratum et ad miram incertitudinem redactum, in clara tandem luce collocetur*<sup>15</sup>.

Ma la idea basilare del primato della legislazione formulata in poche proposizioni certe, chiare e semplici, ha radici molto lontane. Come molto da lontano parte la polemica contro i giuristi, i 'dottori' e le loro dottrine sottili, indicati come la causa prima dell'incertezza del diritto.

Nell'età moderna, la lamentazione contro la dottrina comincia almeno a partire dal XVI secolo e si leva da tutti i paesi di diritto comune: Francia, Italia, Germania, Belgio, Olanda, Spagna. Il tema è sempre lo stesso: la ingovernabilità delle fonti del diritto a causa soprattutto della immensa e difforme dottrina. Da qui l'incertezza del diritto e la conseguente arbitrarietà dei giudicati.

Questa lamentazione si svolge in parallelo all'auspicio che un legislatore finalmente metta ordine in tanta dispersione, e concretamente occasiona le prime forme di consolidazione del diritto<sup>16</sup>.

Almeno a partire dall'*Hotman* e dal suo celebre *Antitriboniano*<sup>17</sup>, alla polemica contro

13. R. DAVID, *The International Unification of Private Law, in International Encyclopedia of Comparative Law, II, The Legal Systems of the World. Their Comparison and Unification*, cap.5., Tuebingen, La Haye, Paris, New York 1971, par.294. 301 ss. ; G. GORLA, *Unificazione 'legislativa' e unificazione 'giurisprudenziale'*. *L'esperienza del diritto comune*, in *Il Foro Italiano 1977, parte quinta, p.91 ss.*; A. MASCHI, *Diritto europeo e principi romanistici*, cit., p.3 ss.

14. A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, cit., p.3 ss.

15. Citiamo da G. ERMINI, *Corso di diritto comune*, Milano 1962<sup>3</sup>, p.107.

16. G. ERMINI, *Corso di diritto comune*, cit., p.100 ss.

17. *L'opera è del 1567.*

la dottrina contemporanea si affianca quella contro la codificazione giustiniana, e la sua inadeguatezza, in una escalation di argomentazioni che, soprattutto nel '700 italiano, sfociano nelle invettive: prima, i responsabili dell'incertezza del diritto sono solo i dottori, poi, anche la compilazione giustiniana perché divenuta oscura e superflua in molte sue parti, atta a favorire la lungaggine e l'incertezza delle liti e perché prodotto di ambizione e imbecillità umana (secondo una ben riconoscibile gerarchia di responsabilità personali, più in basso sta Triboniano, poi Giustiniano e, al vertice, Teodora, la prostituta al potere<sup>18</sup>).

3. La opposizione tra legge e dottrina non è un fenomeno dell'età moderna. Già nella esperienza e cultura giurica romana, almeno quella della tarda antichità, il fenomeno è presente; e, come le consolidazioni e i codici moderni, così le grandi codificazioni postclassiche sono nate dalla reazione ai *tractatus et responsa prudentium*.

A questo proposito ci sembra utile ampliare l'orizzonte oltre la compilazione giustiniana e prendere le mosse dalla compilazione di Teodosio II.

4. Grazie alle costituzioni *de redigendo codice*<sup>19</sup> (marzo 429 e dicembre 435) e *de Theodosiani codicis auctoritate*<sup>20</sup> (febbraio 438) siamo abbastanza bene informati sul dibattito che stava a monte del disegno compilatorio, sulle esigenze pratiche che spingevano verso la codificazione e sui fini che questa si proponeva.

L'assetto politico-costituzionale della monarchia assoluta, con l'imperatore quale legge vivente, appare, nell'età di Teodosio II, pienamente consolidato. Conseguentemente, risulta acquisita l'idea del primato assoluto della *lex generalis* sulle altre fonti del diritto.

L'imperatore Teodosio II concepisce un primo progetto di codificazione nel 429. Esso contemplava anzitutto una raccolta di tutte le leggi generali emanate da Costantino in poi. Da questa raccolta, dalle due di età precedente di Gregoriano e Ermogeniano, a carattere privato, integrate con i trattati e i responsi dei giuristi, doveva essere ricavato il vero codice senza errori e senza ambiguità<sup>21</sup>.

Si noti l'atteggiamento manifestato nei riguardi delle opere dei giuristi, destinate alla canonizzazione ed a essere rivestite di autorità imperiale attraverso la compilazione, alle quali tuttavia si attribuiva una funzione meramente integrativa delle costituzioni imperiali.

Di questo progetto, come è noto, non se n'è fatto niente, c'è chi dice per incapacità<sup>22</sup>,

18. Nel quadro degli indirizzi di storiografia romana del Settecento (G. GIARRIZZO, *Edward Gibbon e la cultura europea del Settecento*, Napoli 1954) ricordiamo: L.A. Muratori e A. Verri, su cui R. BONINI, *Crisi del Diritto Romano. Consolidazioni e codificazioni nel settecento europeo*, Bologna 1985, rispettivamente p.19 ss. e p. 79 ss.; degni di menzione per l'accentuata vis polemica sono pure C. Pilati (su cui A. ARMELLINI, *L'antiromanesimo giuridico di Carlantonio Pilati*, in Riv. intern. di filos. del dir., 51(1974), p.3 ss.; G.U. Botton di Castellamonte (su cui C. GHISALBERTI, *Il diritto romano nel pensiero di un illuminista piemontese*, in AG 153 (1957) p. 81 ss.).

19. CTh.1,1,5 e CTh.1,1,6.

20. Nov. Theod.1.

21. CTh.1,1,5.

22. G.G. ARCHI, *Nuove prospettive sul Teodosiano*, in *Istituzioni giuridiche e realtà politiche nel tardo impero*, Milano 1976 e ora in *Teodosio II e la sua codificazione*, Napoli 1973, p.36 ss. V., tra gli altri: B. ALBANESE, *Sul programma legislativo esposto nel 429 da Teodosio II*, in AUPA 38 (1985) ora in *Scritti giuridici, II*, Palermo 1991, p.1669; A. GUARINO, *Su CTh. 1,1,5*, in *Labeo* 35 (1988) p.2670. In generale G.L. FALCHL, *Sulla codificazione del diritto romano nel V e VI secolo*, Roma 1989.

ma forse piuttosto perché l'idea di consacrare l'intera codificazione al solo *ius principale* andava velocemente maturando, nella volontà di affrancare la legislazione imperiale dalla scienza giuridica e affermarne l'autosufficienza e l'autonomia nel segno della certezza del diritto finalmente conseguita<sup>23</sup>.

Infatti, nel 435 Teodosio impartiva l'ordine di raccogliere le sole *leges generales* emanate da Costantino in poi<sup>24</sup>:...Quod ut brevitate constrictum claritate luceat, adgressuris hoc opus et demendi supervacanea verba et adiciendi necessaria et demutandi ambigua et emendandi incongrua tribuimus potestatem...<sup>25</sup>.

È in esecuzione di questi ordini, nel febbraio del 438 veniva pubblicato il codice Teodosiano a noi pervenuto.

Per comprendere il significato di questo codice concepito in nome della certezza del diritto e in funzione antigiusrisprudenziale, osserviamo che nella gerarchia delle fonti i *responsa prudentium* sono solo al quarto e ultimo posto<sup>26</sup>. In ciò si esprime il valore meramente sussidiario e integrativo assegnato agli scritti dei giuristi, ancorché quelli e solo quelli canonizzati nella legge delle citazioni<sup>27</sup>.

Se poi passiamo alla lettura della costituzione con cui Teodosio ha promulgato il nuovo codice, quanto abbiamo detto sull'orientamento manifestato in ordine all'antinomia legge-giurisprudenza riceve illuminante conferma.

E qui è la giurisprudenza contemporanea che viene attaccata. Già espressivo è l'esordio contro l'insipienza della scienza giuridica in cui, nonostante le incentivazioni solo uno o un altro hanno raggiunto la solidità della perfetta dottrina *in tanto lucubrationum tristi pallore?* I giuristi contemporanei solo di elucubrazioni sono capaci, dice Teodosio. Ma per fortuna c'è il nuovo codice: "affinché il diritto non venga più trattato da qualcuno con assidua costante ambiguità in conseguenza della immensa ambiguità dei libri, della diversità delle azioni, della difficoltà delle cause e anche in conseguenza della grande mole di leggi, con un compendio e corretta l'interpretazione, sono state divulgate le deliberazioni dei passati principi, affinché non si dovessero aspettare i temibili responsi dei giuristi, ignoranti non meno che severi, apparendo ormai chiaro come si fa una donazione, una stipulazione, come si

---

23. A.D. MANFREDINI, Il Codex *Theodosianus* e il codex '*magisterium vitae*', in Atti Acc. Rom. *Costantiniana*, V, 1983, p.177 ss., partic.193 ss. Il Teodosiano occasionato non dall'esigenza di certezza del diritto, bensì dell'idea del primato del diritto cristiano: E. VOLTERRA, Sulla legge delle citazioni, in Mem. Acc. Lincei, Class. Sc. morali, ecc., serie VIII, 1983, p.195 ss., 208 s. Contro, G.G. ARCHI, Le *codificazioni* postclassiche, in La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana, Padova 1987, p.159 ss.: dello stesso a.: *La certezza* del diritto nell'esperienza giuridica romana. Le compilazioni postclassiche, in Estudios Iglesias, I, Madrid 1988, p. 24 ss.

24. *CTb.* 1,1,6 pr.

25. *CTb.* 1,1,6,1.

26. *CTb.* 1,4.

27. *CTb.* 1,4,3. Questa concezione della prevalenza delle *leges* si riconosce anche nelle scarse testimonianze della cultura giuridica, forse scolastica, del tempo, in occidente come in oriente, quali la *Consultatio* e gli *Scholia Sinaitica*: G.G. ARCHI, *Giustiniano* Legislatore, Bologna 1970, p.130 ss.

28. Nov. Theod. 1 pr.

esige un debito... A nessuno, dopo le calende di gennaio, sarà lecito produrre, nei processi come nelle transazioni, se non il *ius principale* tratto da questi libri che passarono sotto il nostro nome e sono tenuti nei sacri scrigni<sup>29</sup>.

Del resto, la tendenza ad affermare la supremazia della legge imperiale e la sua certezza, sembra già manifestarsi in quei tentativi di riordino (la scarsità delle testimonianze ci impedisce di parlare di disegni codificatori) attribuiti già a Costantino<sup>30</sup>, a Giuliano<sup>31</sup> e a Teodosio il Grande<sup>32</sup>. Quel che urgeva, come dice l'Anonimo del *de rebus bellicis*<sup>33</sup> era una *purgatio* delle *confusae legum contrariaeque sententiae*, cioè la certezza del diritto della monarchia assoluta.

5. Questo conflitto di base tra legge e dottrina e l'idea di codificazione come primato della legge sulla dottrina, del diritto certo sul diritto reso incerto dalle elucubrazioni dei giuristi, sono sottesi anche alla compilazione giustiniana.

Ancora una volta sono le costituzioni preposte o posposte alle diverse parti del *Corpus Iuris* che ci danno informazioni.

Anzitutto noi aderiamo all'opinione<sup>34</sup> che l'intera compilazione non sia il frutto di un disegno unitario concepito come tale fin dall'inizio **quando** con la costituzione *Haec, quae necessario* del febbraio 528 Giustiniano disponeva la compilazione del *Codex*. Non a caso la sua attenzione si rivolge immediatamente alle leggi e forse, in principio, non pensa che alle leggi perché la fonte per eccellenza del diritto. Lo scopo che la nuova raccolta si prefigge è chiaramente espresso nell'opportunità di eliminare la lunghezza delle liti (*prolixitatem litium amputare*<sup>35</sup>). Era indispensabile perciò fare una raccolta breve ed essenziale, ricavata dai codici Ermogeniano, Gregoriano, Teodosiano e dalle leggi postteodosiane, che togliesse ogni possibilità di testi contrastanti onde evitare che su questi contrasti si impernasse la lunghezza delle liti. Ne discende una idea, del resto indiscutibile, che sulle leggi, e non su altre fonti, si dovesse basare le risoluzioni delle liti. Nella costituzione di promulgazione, la *Summa rei publicae* dell'aprile 529, dopo le parole di esultazione per avere condotto a brevità la moltitudine delle costituzioni e averle sottratte alla caligine che insidia l'attività dei giudici, Giustiniano perviene alla sanzione: sappiano i litiganti e gli avvocati che nei giudizi si possono recitare, a pena di imputazione di falso, le sole leggi inserite nel codice, aggiunti i lavori dei vecchi interpreti del diritto. Frase sibillina che per la maggior parte degli studiosi starebbe a significare il riconoscimento, ancorché con valore meramente suppletivo, del vecchio diritto giurisprudenziale<sup>36</sup> ma che invece può

29. *Nov. Theod.* 1, 2-3.

30. *Paneg.* 10, 38.

31. *Amm.* 22, 10, 7.

32. Claud. in *Rufinum*, 56; Hyd, *Chron.* a. 389, in TH. MOMMSEN, *Chronica minora*, II, Berolini 1894, p. 15.

33. Anon. *de rebus bellicis*, XXI (ed. THOMPSON, *A roman Reformer and Inventor*, Oxford 1952, p. 105).

34. Tra gli altri, G. G. ARCHI, *Giustiniano legislatore*, cit., p. 189 ss.

35. *Const. Haec, quae necess. pr.*

36. Così, tra gli altri, G. G. ARCHI, *Giustiniano legislatore*, cit., p. 127 s.

benissimo intendersi, in collegamento con quanto segue nella costituzione<sup>37</sup>, come la possibilità di allegare, insieme con i libri dei vecchi interpreti, anche la loro opinione ma solo quando fosse in armonia con le leggi del codice<sup>38</sup>.

Poi viene il seguito, a tutti noto. Giustiniano, legislatore pratico e improvvisamente sognatore, mosso da discusse pulsioni profonde, decide di lavorare non più per un'esigenza contingente ma per la storia, per la scuola<sup>39</sup>, per l'eternità<sup>40</sup>, e imbrocca la via dei Digesta e della codificazione dell'antico diritto giurisprudenziale.

Diritto guardato con grande ammirazione ma anche con un forte senso critico (le tante migliaia di volumi posti nel profondo<sup>41</sup>, i dispersi volumi<sup>42</sup>, gli immensi volumi<sup>43</sup>, la loro vacua immensità normativa<sup>44</sup> e le divergenti e oscure opinioni<sup>45</sup>, soprattutto).

Un ultimo punto: il divieto tassativo, imposto, prima da Teodosio, poi da Giustiniano, di porre mano, con commenti ed altro, alla loro opera.

Teodosio rivendica solo a sé il potere di emendare e abrogare la legge<sup>46</sup>. Giustiniano, più esplicitamente, stabilisce, con riguardo ai Digesta, il divieto per i giuristi in avvenire di dedicarvi commentari, di alterare, con la loro verbosità, la brevità dell'opera così come era accaduto in passato, quando tutto il diritto era stato conturbato dalla contrarie sentenze degli interpreti<sup>47</sup>. Nessun commentario dunque, solo traduzioni letterali in greco o semplici annotazioni chiarificatrici e il richiamo di passi paralleli, per evitare la confusione prodotta dalle interpretazioni -piuttosto perversioni che interpretazioni- dei giuristi e dalla loro verbosità<sup>48</sup>.

Un ulteriore elemento che denuncia l'estremo segno di diffidenza nutrito dall'imperatore nei confronti della dottrina.

6. Il mito della legge certa auspicata da Leibniz, della legge semplice, che non ha bisogno di interpreti, vagheggiata da Thomas More e da Jeremy Bentham e che serpeggia in tutto il pensiero moderno, i legislatori di ieri credevano di averlo tradotto in realtà.

---

37. *Const. Summa rei publicae*, 3: *...nulli concedimus ex libris veteris iuris interpretatorum aliter eas habentes recitare, sed solam iuris interpretatoris sententiam commendare, ut tunc teneat, cum minime adversetur eiusdem nostri codicis constitutionibus.*

38. M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari 1991<sup>4</sup>, p.381. *Ci pare plausibile supporre che in questi limiti si ammettesse la recitatio dei soli giuristi della legge delle citazioni, a quel che sembra introdotta nel codex* (M. BRETONE, *Storia*, cit., p.381 con note).

19. F. WIEACKER, *Vom roemischen Recht*, Stuttgart 1961<sup>2</sup>, p.242 ss.

40. G.G. ARCHI, *Giustiniano legislatore*, p.194.

41. *Const. Tanta*, 16.

42. *Const. Deo auct.* 2.

43. *Const. Imperat.* 2; *Tanta*, 13.

44. *Const. Tanta*, 12 (13).

45. *Const. Deo auct.* 4.12; *Tanta*, 16.

46. *CTh.* 1,1,5.

47. *Const. Deo auct.* 12 .

48. *Const. Tanta*, 21.

Ma illusoriamente. Da poco terminate le due grandi codificazioni, quella di Teodosio e di Giustiniano, volte sostanzialmente a consegnare in forma certa, chiara e definitiva tutto il diritto vigente, e così sottrarlo all'interpretazione dottrinale, ecco riapparire la dottrina: per il Teodosiano, la *interpretatio* così detta visigotica in Occidente, e in Oriente la dottrina di giuristi come Patrikios, Dominus, Demosthenes, Eudoxius<sup>49</sup>; per quanto concerne la compilazione giustiniana, ecco pronti ad aggredirla i vari Teofilo, Doroteo, Cirillo il Giovane, Stefano.

7. Riportiamo all'oggi -al dibattito apertosi sulla crisi dell'idea di codificazione- l'esperienza di ieri. Oggi si sostiene che il fenomeno codicistico è in fisiologica consunzione perché è sempre meno espressione dei rapporti reali, perché quella della legge certa e semplice, che non ha bisogno di interprete, è un'utopia<sup>50</sup>.

Ed è infatti un'utopia. Una celebre frase di Giustiniano dice: *humani vero iuris condicio semper in infinitum decurrit*<sup>51</sup>, perché è la vita degli uomini, perché sono le loro esigenze di nuove forme giuridiche, che si rinnovano all'infinito.

Ma tutto questo non condanna senza appello la codificazione, strumento insostituibile per il diritto certo<sup>52</sup>; ne sancisce semplicemente la relatività e l'imperfezione storica. Al giurista il compito, altrettanto insostituibile, di denunciare le insufficienze a mano a mano che il codice si allontana dalla dinamica socioeconomica del presente.

Ma per tendere a una ricodificazione.

#### ABSTRACT

The historian of law has a contribution to make to the current debate on whether or not written, codified law is dying a natural death, being less and less an expression of 'real relations' and whether an 'interpretative' perspective should therefore be promoted. However, the historian of Roman law, too, can contribute to the debate, by referring to the experiences in codifications of Theodosius II and Justinian. Although both experiences were conceived of as the triumph of 'simple and certain law' and as way of circumventing the dread jurists, these two great legislators lived to see them harshly attacked by contemporary jurisprudence. The lesson to be learned from this is that not even the codification can dispense with jurists and their interpretations. At the same time, as those two great postclassical legislators fully understood, the perspective of a codification is the only guarantee for a measure of certainty of law, an absolute value in the late Roman period and in today's world, alike (principal texts: *CTb.1.1,5;1.1,6; Nov.Theod.1; Iust. Const. Deo auct. 12; Tanta, 21*).

Lo storico del diritto può dare un contributo al dibattito corrente se sia l'esperienza codicistica moderna in fase di 'fisiologica consunzione', perché sempre più lontana, come si sostiene, dai 'rapporti reali' e se sia auspicabile un 'recupero' della scienza giuridica come fonte di produzione. In particolare lo storico del diritto romano può contribuire al dibattito richiamando le esperienze codicistiche dell'età tardo imperiale. Concepite in nome della cer-

49. L. WENGER, *Die Quellen des roemishes Rechts*, Wien 1953, p.621 ss.

50. M. BRETONE, *Storia*, cit., p.398 ss.

51. *Cons. Tanta*, 18.

52. Condividiamo il pensiero di A. CAVANNA, *Il ruolo del giurista nell'età del diritto comune. Un'occasione di riflessione sull'identità del giurista d'oggi*, in *SDHI* 44 (1978), p.95 ss.

tezza del diritto e per emarginare definitivamente la scienza giuridica, queste codificazioni sono state immediatamente aggredite dalla dottrina. L'insegnamento che si può trarre è che una codificazione non può escludere l'apporto dei giuristi, come non ne può essere esclusa, appunto in nome della certezza del diritto (testi principali: *CTb.* 1,1,5;1,1,6; *Nov. Theod.*1; *Iust. const. Deo auct.* 12; *Tanta*, 21).

## NOTIZIARIO

Nell'ambito delle manifestazioni indette per celebrare il VI centenario della fondazione dell'università degli Studi di Ferrara (1391-1991), la Facoltà di Giurisprudenza ha proposto il conferimento della *laurea honoris causa* al dott. Otto von Habsburg; al prof. Peter Stein, professore presso il Queens' College di Cambridge; al prof. Erik Jayme, professore presso l'università di Heidelberg; al prof. Andrzej Stelmachowski, dell'università di Varsavia, e al dott. Filippo Maria Pandolfi, vicepresidente della Commissione delle Comunità Europee.

Nello stesso ambito sono stati promossi i seguenti convegni: «Funzioni dell'università in Europa», organizzato dalla prof. L. Forlati; «Strutture dell'università in Europa», organizzato dai proff. A. Di Pietro e G. Mastragostino; «*In supreme dignitatis*», organizzato dai proff. P. Capellini e P. Castelli, dedicato alla storia dello Studio ferrarese; «L'ordinamento creditizio della Comunità Economica Europea», organizzato dal prof. F. Belli; «La costituzione economica negli anni novanta», incontro annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, organizzato dalla prof. L. Carlassare.

Altri convegni, tavole rotonde e conferenze promossi nell'ambito del Dipartimento di Scienze Giuridiche nell'a. a. 1991/92: conferenza sul tema «Filosofia e diritto penale», tenuta dal prof. A. Cattaneo, dell'università Statale di Milano; conferenza sul tema «Rappresentazioni cerimoniali sulle regge di Roma e di Etruria», tenuta dal prof. M. Torelli, dell'università di Perugia; conferenza sul tema «Il problema giuridico delle proprietà collettive in Italia», tenuta dal prof. P. Grossi, dell'università di Firenze; il seminario sul tema «Le libertà nella giurisprudenza della Corte Costituzionale», coordinato dalla prof. L. Carlassare; un incontro, organizzato dai proff. V. Angiolini e F. Cocozza, del "Gruppo San Martino", sul tema «Diritti sociali». Segnaliamo inoltre il convegno «Lavoro e diritto nella X legislatura», organizzato dal prof. G.G. Balandi.

Nel quadro del progetto ERASMUS, per l'a. a. 1991/92, vi sono stati diciannove studenti in uscita e ventidue in entrata. [W. F. C.].

**Il Centro interuniversitario per la documentazione e lo studio delle relazioni giuridiche fra Italia e Germania** si è costituito nel 1990 tra l'università di Ferrara e quella di Trieste (ex artt. 89 e 91 ss. del d.p.r. 382/80) e gode di piena autonomia amministrativa e gestionale.

Tra le iniziative del Centro, come già realizzate, va annoverata anzitutto l'annuale organizzazione dei corsi di introduzione e perfezionamento in diritto tedesco per studenti e laureati, tenuti in lingua italiana presso la facoltà giuridica ferrarese da docenti di università germaniche e svizzere.

Il Centro, inoltre, si è fatto promotore di incontri di studio e seminari di interes-

se internazionale (per es.: collaborazione in occasione del "Convegno di Studi sull'accertamento tributario nella Comunità Europea: L'esperienza della Repubblica Federale di Germania" [Bologna]; del "Seminario di studio sulla formazione universitaria e post-universitaria dei giuristi in Italia, Francia e Germania [Asiago - Sede estiva delle Università di Ferrara e di Trieste]; del congresso "Direttive comunitarie e responsabilità civile: il danno da prodotti" [Trieste]).

Sempre nella prospettiva di favorire una più ampia diffusione della conoscenza del diritto tedesco, il Centro ha curato traduzioni italiane e pubblicazioni di testi legislativi e dottrinali in lingua tedesca (es.: traduzione della c.d. *Treuhandgesetz* - Legge sulla gestione fiduciaria del 17 giugno 1990 (ex DDR); traduzione del libro di HANS JÜRGEN SONNENBERGER, *La conclusione del contratto secondo il diritto tedesco*, Padova, 1991; pubblicazione del volume di ERIK JAYME, *La compravendita internazionale di beni mobili nei rapporti tra Italia e Germania*, Padova, 1991). [C. D.]

## INDICE

Osservatorio .....	pag. 3
GIOVANNI BATTAGLINI: <i>Riflessioni intorno al cap. VII dello Statuto N. U.</i> .....	pag. 5
ARRIGO D. MANFREDINI: <i>Municipii e città nella lotta ai "latrones"</i> .....	pag. 23
WANDA FORMIGONI CANDINI: <i>De his, qui sanguinolentos emptos vel nutriendos acceperint. Ancora su CTb. 5.10.1</i> .....	pag. 35
LUCETTA DESANTI: <i>Qui se testamento pupillo tutorem scripsit. Un contrasto tra Papiniano e Paolo?</i> .....	pag. 49
ALESSANDRO BERNARDI: <i>Sulle funzioni dei principi di diritto penale</i> .....	pag. 59
ALESSANDRO BERNARDI: <i>Note sulla disciplina della pena pecuniaria prevista dallo schema di delega al governo per l'emanazione di un nuovo codice penale</i> .....	pag.111
ARRIGO D. MANFREDINI: <i>Codici e giuristi: riflessioni di uno storico</i> .....	pag.147
Notiziario .....	pag.155