

GIOVANNI BATTAGLINI

"AZIONE" E "ITER PROCESSUALE" NEI GIUDIZI INTERNAZIONALI(*)

Sommario

1. - Arbitrato e giurisdizione nel diritto internazionale secondo la dottrina dominante, in base al suo concetto di "azione". 2. - Regolamento giudiziario e regolamento arbitrale secondo la Convenzione europea per la soluzione delle controversie (1957), con inversione rispetto alla dottrina. 3. - L'ausilio dei principi generali comuni del processo di parti nella scelta di campo fra dottrina e Convenzione. 4. - L'ausilio di taluni risultati della dottrina processuale-amministrativa e processual-civilistica.

1. - La dottrina italiana che ha insistito sul confronto fra arbitrato e giurisdizione nel diritto internazionale¹ ne aveva costantemente proposto una distinzione, più che terminologica, concettuale a seconda che le parti in lite adissero il c.d. arbitro (fra loro) di comune accordo o che una sola di loro vi ricorresse, sottoponendogli unilateralmente la domanda ("requête") di un "giudizio" risolutivo della controversia in atto².

(*) Queste riflessioni, originariamente ispirate al pensiero del prof. Feliciano Benvenuti, sono destinate agli Studi in suo onore.

1. E già di QUADRI, R., Diritto internazionale pubblico, Palermo, (Priulla Ed.), 1949, pp.164, 165, la tesi dell'attività giurisdizionale in senso proprio solo nell'ipotesi di ricorso unilaterale, essendo "caratteristico della giurisdizione il potere di azione (detto 'diritto di azione') il quale consiste...nella possibilità di assoggettare l'altra Parte", appunto "mediante ricorso unilaterale, alle conseguenze giuridiche di una pronuncia". Lo stesso A., Diritto internaz. pubbl., V ed., Napoli (Liguori Ed.), 1968, p. 246 (anche per la bibliografia) considera questa posizione della dottrina come dominante. V., insieme, QUADRI, R., Arbitrato e giurisdizione nel diritto internazionale, in "Jus", 1950, pp. 336 ss.

2. Riflette la posizione dominante in dottrina anche ARANGIO-RUIZ, G., Arbitrato (Diritto internazionale pubblico), in "Enciclopedia del Diritto" II (1958), pp. 975, 2^a col., 982, 1^a col., 991, 2^a col.; poi vi si associa STARACE, V., Giurisdizione

Nella prima ipotesi le parti stipulando, per l'appunto, un "compromesso" per l'arbitrato hanno entrambe interesse alla decisione imparziale, alla soluzione della lite fra loro insorta, grazie al giudizio del terzo. Nella seconda ipotesi, invece, il concorso degli interessi di due o più soggetti di diritto internazionale, non ancora parti di una controversia, a predisporre convenzionalmente il terzo come arbitro fra loro³ ha per oggetto solo la sua istituzione quale "giudice" precostituito, da adirsi da ciascun contraente unilateralmente una volta che sia insorta una lite dell'uno con l'altro.

Giusto attraverso il conferimento di tale "potere di azione", l'istituzione del giudice e l'attribuzione di efficacia alle sue sentenze⁴, le parti stesse

internazionale, in *Enciclopedia del Diritto* XIX (1970), p. 427, 1^a col., scrivendone: "un simile criterio distintivo appare idoneo ad essere assunto nell'ordinamento internazionale, perchè esso si concilia perfettamente con il fondamento volontario della competenza dei tribunali". E se ne trae la conseguenza: "Sulla base di tale criterio è da ritenere che l'attività di decisione delle controversie svolta dalla Corte Internazionale di Giustizia (come, in genere, dai tribunali permanenti) sia qualificabile come giurisdizionale in senso proprio quando il processo può essere instaurato mediante ricorso unilaterale....come meramente arbitrale quando il processo può essere instaurato unicamente mediante accordo delle parti". Del resto, a proposito dei criteri distintivi fra arbitrato e giurisdizione, ritorna ora, sia pure fuggelvolmente, su codeste posizioni (non intravedendone - a quanto sembra - di nuove fino a questo momento) RECCHIA, G., Arbitrato internazionale, in "Enciclopedia giuridica" (Treccani) II (1988), p. 2.

3. Vero è che, in tutte le ipotesi, il "giudizio" internazionale fra due parti in controversia riposa costantemente sul loro accordo, AGO, R., *Lezioni di diritto internazionale*, Milano, 1945, p. 27; che, perciò, il giudice internazionale è sempre come un "arbitro" (ARANGIO-RUIZ, G., Arbitrato, cit., pp. 991-992) se, con questo si vuole intendere l'assenza di un procedimento a carattere inquisitorio ad opera di "autorità" giudiziali nel senso verticistico-continentale: assenza ch'è invece normale per la giurisdizione di "common law". Non solo lo mette incisivamente in luce, con semplicità, CHURCHILL, W.S., *A History of the English-Speaking Peoples*, Vol. I - "The Birth of Britain", Ch V°, London, 1962 (First Ed. 1956), in particolare per i primi tempi delle corti inglesi (v. *infra*, nt. 22); ma, persino per la giurisdizione penale fino ad epoca tarda, ciò emerge in modo sintomatico visto che "as late as 1818 in the case of Thornton v. Ashford...Abraham Thornton, accused of murdering Mary Ashford, threw down a gauntlet in court and claimed his right to challenge his accuser Mary Ashford's brother, to wager of battle. His suit was allowed" e solo "After this, judicial duels were abolished by the law of 1819", DE BEAUMONT, Ch.-L., *Duel*, in "Encyclopaedia Britannica", Vol. 7 (1964), p. 735, 2^a col.

4. È il caso delle norme generali (sempre di diritto internazionale particolare) attributive, cioè, di efficacia ad una generalità di sentenze risolutive di un numero indeterminato di controversie future ed eventuali fra i rispettivi contraenti, nel mentre il compromesso varrebbe solo per la specifica controversia, già insorta, e per questa soltanto attribuirebbe efficacia alla decisione del giudice, secondo MORELLI, G., *Nozioni di diritto internazionale*, Padova, 1967 (7^a ed. riveduta), pp. 380 ss., 382 s. E almeno inizialmente anche STARACE, V., *Giurisdizione*, cit., p. 413, 2^a col., ritiene di potere usare con riguardo a entrambe le ipotesi l'espressione "giurisdizione", ora "generale" ed ora "speciale".

si sarebbero date in precedenza – per così dire – una legislazione processuale⁵ al fine di una soluzione delle loro liti future ed eventuali per iniziativa di una sola parte. Visto che tutto, perciò, trova fondamento nel loro accordo, quando la dottrina più recente si è orientata verso un'attenuazione delle differenze terminologiche fra "giudizi" c.d. arbitrari e non, ma sempre basati su di un consenso dei medesimi soggetti in lite, ha creduto di potersi pronunciare, a ragion veduta, nel senso che "Si resta...pur sempre nell'ambito dell'arbitrato"⁶.

Nel contempo, però, la stessa dottrina ha mantenuto fermo che al caso del ricorso unilaterale – e a questo soltanto – si attaglia concettualmente il dire che "si è al limite rispetto alla giurisdizione così come questa è esercitata negli ordinamenti interni": ossia, grazie a un potere che si impone all'altro soggetto in controversia "indipendentemente da una sua manifestazione di volontà"⁷.

2. – Certo che la Convenzione europea per la soluzione pacifica delle controversie (1957) fra gli Stati membri del Consiglio d'Europa⁸, d'indubbia importanza per l'Italia (L. di approvazione 23 marzo 1958, n. 411)⁹ appare, invece, orientata in tutt'altro senso.

5. Cfr. MORELLI, G., *La sentenza internazionale*, Padova (Cedam), 1931, pp. 193 ss., che equipara il fondamento pattizio della potestas in iudicando (che vi sarebbe in tutt'i casi) a quello legislativo.

6. CONFORTI, B., *Diritto internazionale*, Napoli (Edit. Scientifica, IV Ediz.), 1992, p. 399.

7. CONFORTI, B., *Diritto internaz.*, cit., loc. cit.

8. V. "Rivista di diritto internazionale", 1960, pp. 335 ss.

9. Cfr. RECCHIA, G., *Arbitrato internaz.*, cit., p. 6, 1^a col., per come, all'atto del deposito dello strumento di ratifica, il 23 gennaio 1960 (v. G.U. 13 febbraio, n. 77) il Governo abbia dichiarato che la ratifica italiana non si estendeva ai capitoli II e III della Convenzione relativi, rispettivamente, alla conciliazione ed all'arbitrato (propriamente inteso); ammettendosi, così, in via esclusiva, l'importanza del capitolo I per la Repubblica anche riguardo alla controversia, allora pendente, fra l'Italia e l'Austria per l'Alto Adige, ove poi si superasse il limite temporale dell'art. 27, lettera a, della stessa Convenzione. In tal senso venne firmato con l'Austria il 17 luglio 1971 l'accordo reso esecutivo dall'Italia con legge 8 ottobre 1973, n. 644, G.U. del 3 novembre, n. 284, per cui v. SAULLE, M.R., *Procedimento giudiziario e procedimento arbitrale nella convenzione europea per il regolamento pacifico delle controversie internazionali*, in "Comunicazioni e Studi" dell'Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Università di Milano, Vol. XIV, Milano 1975, p. 764, nt. 2 ivi. Ma, nell'ottica austriaca, la controversia da risolvere era oramai, piuttosto che giuridica (relativamente alla interpretazione ed applicazione dell'Accordo De Gasperi-Gruber del 1945), politica (sub Cap. III della Convenzione europea). Evidentemente per questo, il Governo austriaco fece, poi, attendere la propria ratifica dell'accordo del '71, entrato in vigore solo il 10 giugno 1992 (G.U. 20 agosto, n. 195). Si veda la "Rivista di diritto internazionale", 1992, p. 545; e la stessa "Rivista", 1960, p. 355, per la Dichiarazione italiana di esclusione dei Cap. II e III della

Anzitutto, nel primo Capitolo di questa Convenzione s'è intitolato al "regolamento giudiziario" solo il procedimento che in base alla clausola generale dell'art. 1¹⁰ venisse ad instaurarsi mediante compromesso fra le parti di una controversia giuridica, ai fini della sua soluzione con sentenza della C.I.G.¹¹.

All'opposto, per tutte le altre controversie – le c.d. controversie politiche¹² – secondo il Capitolo terzo della stessa Convenzione si dovrebbe avere comunque un "regolamento arbitrale" ad opera d'uno speciale tribunale, di garantita istituzione¹³, ancorchè sia previsto (dall'art. 25) l'instaurarsi del procedimento anche per volontà di una sola parte in mancanza di compromesso¹⁴.

Conv. europea per la soluzione delle controversie ai sensi del suo art. 34, § 1, lettera b) delle Disposizioni generali (Cap. IV).

10. "The High Contracting Parties shall submit to the judgement of the International Court of Justice all international legal disputes which may arise between them..." e che, pertanto, esse – la disposizione è chiarissima – "sottopongano" (shall submit) di comune accordo alla Corte medesima ai sensi del suo Statuto, art. 36, comma 1, prima parte. In effetti non si vede nessuna distinzione fra codesta formula e quella di ogni altra clausola generale di arbitrato o "compromissoria" come l'art. XI, 2° comma del Trattato di Washington per l'Antartide del 1959: e ovviamente la mancanza di compromesso (espressamente contemplata da quest'ultima disposizione) aprirebbe la via – come per l'art. XI, comma 1, dello stesso Trattato per l'Antartide, in combinato disposto con il primo comma – ad altri modi di costituzione del giudice in ordine alla causa, se ve ne siano le basi in accordi diversi (quale un accordo risultante dalle dichiarazioni delle parti medesime secondo l'art. 36, comma 2 dello Statuto della C.I.G.). Cfr. SAULLE, M.R., Procedimento giudiziario, cit., per le corrette considerazioni critiche di pp. 768 e 770; peraltro, senza la variante (di cui non si comprende nè il motivo nè la giustificazione) di p. 771. V. pure *infra*, nt. 46, con riguardo al primo capitolo della Convenzione europea per la soluzione delle controversie.

11. E di qui i titoli: Chapter I "*Judicial Settlement*" (Chapitre premier "*Du règlement judiciaire*") nei testi inglese e francese, entrambi – e solo essi – facenti fede.

12. Cfr. MORELLI, G., Nozioni, cit., p. 371, sulla classificazione delle controversie come "giuridiche" o come "politiche" (evidentemente al fine di selezionarne l'iter risolutivo, in specie processuale) a seconda della ragione della parte, di cui non può mancare un atteggiamento di volontà come elemento costitutivo di una controversia (sul presupposto di un conflitto internazionale d'interessi). Anche per quanto segue non è affatto da sottovalutare la collocazione delle controversie in una di codeste categorie, Si veda, viceversa, CONFORTI, B., Diritto *internaz.*, cit., p. 395; probabilmente perchè ha presente una distinzione solo per altri fini, con riferimento ai fattori obiettivi della lite in chiave storico-descrittiva, su cui cfr. QUADRI, R., Dir. internaz. (1968), cit., p. 239, che sotto questo profilo insiste sulla esistenza per lo più di controversie miste, per ragioni e fattori sia politici che giuridici.

13. Cfr. RECCHIA, G., Arbitrato, cit., p. 3 (§ 3.3).

14. "Faute de conclusion d'un compromis dans un délai de trois mois à partir de la constitution du tribunal arbitral, celui-ci sera saisi par requête de l'une ou de

Non sembra, dunque, che possa esservi una chiave di lettura dei titoli di questa Convenzione se non restituendo tutto il valore alla qualifica di una controversia come "giuridica" o non (in tal caso "politica" per i fini del procedimento): e questa classificazione sarebbe, anzi, uno dei punti decisivi in tema d'interpretazione e di applicazione della Convenzione giusta il suo art.38 (sulla soluzione delle controversie relative, da trattato)¹⁵.

Che gli Stati contraenti della Convenzione del '57 non abbiano affatto sottovalutato la differenza fra controversie giuridiche e politiche in vista di due diversi metodi di soluzione giudiziale è proprio da questo dimostrato: che la scelta fra regolamento "giudiziario" oppure "arbitrale" dipenderà da chi in una qualunque controversia internazionale sollevi la questione con una domanda che si fondi su una "ragione" (secondo lui) di diritto obiettivo, e ne chieda pertanto l'accertamento con una decisione che tragga il suo contenuto dal diritto medesimo (anche se l'efficacia le sia stata attribuita in anticipo da entrambe le parti in lite); o da chi, al contrario, protestando o pretendendo in nome di una propria "ragione" extragiuridica, vorrà che a questa sia fatto spazio modificando il diritto. Il che non potrà avvenire se non per mutuo consenso delle parti in causa che si accordino su nuovi contenuti normativi direttamente, o mediante un fatto di produzione giuridica (di terzo grado) com'è la decisione di un'arbitro *amicable compositeur*¹⁶.

l'autre des parties".

15. "Disputes relating to the interpretation or application of this Convention, including those concerning the classification of disputes ...shall be submitted to the International Court of Justice..." (Les différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de la présente Convention, y compris ceux relatifs à la qualifications des litiges...seront soumis à la Cour International de Justice...). È pure da notare, incidentalmente, che la formula "shall be submitted" (seront soumis), ben differente (per l'uso del passivo) da quella dell'art. 1 della Convenzione (riferita all'uguale attivarsi di entrambi i soggetti), per quanto utilizzata, ad es., anche dall'art. XI, 2° comma, del Trattato antartico (ma in tal caso con riferimento espresso al mutuo consenso delle parti nel sottoporre alla C.I.G. una controversia in atto) può far pensare, questa volta sì, alla duplice ipotesi in successione, di compromesso e di ricorso unilaterale secondo l'art. 36, 1° comma, seconda parte. Cfr. SAULLE, M.R., *Procedimentogiudiziario*, cit., *ult. loc.* cit.; con riguardo, però, al solo art. 38 (Capitolo IV) della Convenzione europea, cui il tenore dell'art. 1 non sarebbe, comunque, paragonabile.

16. L'espressione, nota alla dottrina francese, riecheggia una scelta già medievale di nominare nell'arbitro 'tamquam in privatam personam' vuoi un arbitralern *sententiatorem* che pronuci una 'sententiam arbitralem' secondo diritto vuoi, distintamente – sia pure per la medesima controversia (giuridica) e nella stessa persona – un amicabilem *expositorem* che detterà una 'dispositionem, compositionem' secondo criteri extragiuridici, per fini di pace e amicizia. V. "Compromissum nomine Regis Angliae Eduardi factum quae Potestas omnis arbitraria transfertur in Serenissimum Patrem Bonifacium VIII, Papam, tamquam privatam Personam..."

Che poi ogni volta l'altra parte concorra, con chi solleva la questione, alla formazione del 'petitum' già in occasione della stipulazione del "compromesso" – non importa se libero o obbligatorio¹⁷ – o più tardi in contraddittorio, in sede processuale, se il giudice è stato adito da una sola parte, non toglie nulla – è chiaro – al valore dell'iniziativa di chi sollevando la questione si sia fatto primo protagonista, "attore" nella controversia impostando la domanda sul diritto internazionale, sì da incidere sulla formazione del 'petitum partium' avanti ad un giudice comunque adito.

Non per nulla, del resto, si poteva osservare fin dagli inizi del secolo, nel caso Tacna Arica (1922), che il documento integrativo essenziale ("Supplementary Act"; "*Acta Complementaria*") del "compromesso" c.d. arbitrale, attributivo di efficacia alla sentenza del terzo imparziale, designato da un iniziale atto (lo "Arbitration Protocol") per la interpretazione del Trattato di Ancon, consisteva fondamentalmente nella determinazione della questione giuridica sollevata ('brought up'; '*promovida*') dal Governo reclamante¹⁸. E questi si presentava, per tale profilo, in qualità di "attore"

(Anno 1298, 14 Juin-DL.), in DUMONT, *Corps Diplomatique du Droit des Gens*, I^e Partie du Tome I, Amsterdam-Ls Haye, 1726, p.308.

17. *Formalmente* obbligatorio, nel senso che le c.d. clausole generali di arbitrato o *compromissorie* obbligano i loro contraenti a negoziare in buona fede, nel serio intento di riuscire a stipulare il compromesso arbitrale per la soluzione di ogni loro controversia, una volta insorta. D'altra parte, con la clausola, si contempla da taluni Trattati espressamente (cfr. QUADRI, R., *Dir. internaz. pubblico*, 1949, cit., p. 164) la possibile (non illecita) mancanza dell'accordo – il compromesso arbitrale, la cui fonte non può essere che l'incontro delle libere volontà delle parti; sicchè le dette clausole equivalgono in effetti solo ad un "*pactum de contrahendo*" (obbligo di trattare in vista della stipulazione del compromesso). Tuttavia, sostanzialmente, per una parte in lite, il sottrarsi alla stipulazione d'un compromesso voluto dall'altra parte per adire un giudice di comune accordo, è d'obbligo se essa non vuole l'effetto di trovarsi comunque assoggettata ad un giudizio per via di una "*requête*" sulla base di un accordo diverso – come quello ex art. 36, 2, dello Statuto della C.I.G. – che, eventualmente, esista fra le stesse parti: e soprattutto è d'obbligo – ove risulti altrimenti impossibile la soluzione della controversia – se non si vuole incorrere nella conseguenza sfavorevole di una rappresaglia come '*extrema ratio*' rivolta al (e proporzionata al) fine di reintegrazione forzata nel diritto ad opera della parte che lo pretenda – e per come lo pretenda – leso. Per il principio, sin dal diritto romano delle dodici tavole: STEIN, P., *Legal Institutions. The Development of Dispute Settlement*, London, Butterworths, 1984, pp. 27 s., 45.

Ciò non varrebbe per le controversie politiche, non venendo in luce per esse un diritto da sanzionare: per le quali pertanto, come ultima ratio, ci si è preoccupati nella Convenzione europea di Strasburgo (art. 25) di rimettere infine all'iniziativa processuale di una sola parte la loro soluzione. Dunque la Convenzione è coerente, da tale angolo visuale, e non merita, rispetto al solo obbligo di "compromesso" per il suo primo capitolo (art.1), la critica che "appare piuttosto discutibile" anche a SAULLE, M.R., *Procedimento giudiziario*, cit., pp. 769-770.

18. V. *Arbitration between Peru and Chile*, Washington, 1923, pp. 11 s., 15 s., 21 ss. in ispecie: "Protocol" and "Supplementary Act".

nel senso del soggetto in lite che individuava formalmente, per primo, l'oggetto del giudizio, e dal cui atteggiamento unilaterale dipendeva sostanzialmente la formazione del 'petitum' sottoposto al giudice della controversia¹⁹.

3. - Il brusco scarto della Convenzione europea del 1957 dall'orientamento della dottrina fino a quel momento dominante circa l'arbitrato e la giurisdizione nel diritto internazionale appare, insomma, giustificato in termini di proposizione del 'petitum' che viene a formarsi sempre su istanza di una parte. Questa è la connotazione essenziale del potere di agire in giudizio per la soluzione di una controversia giuridica tra potenze di fatto indipendenti ancor più se si rifletta come alle origini del sistema normativo internazionale esse andassero mutuando il contenuto dei principi, pure nell'organizzare la giurisdizione o l'arbitrato, da quelli comuni e uniformi delle persone su di un piede di parità sin dal medioevo. In effetti, di qui, va ricostruito il contenuto materiale di quei principi generali per i rapporti intersignoriali-internazionali: perchè solo là dov'è la fonte storica (materiale)²⁰ di quelle norme primarie che hanno la loro fonte *formale* nel generale uso delle genti (la pratica generale accettata come diritto)²¹ può esser largamente verificato lo spirito dei principi comunemente diffusi e uniformi anche in tema di soluzione delle liti. E uno spirito che, d'altronde, ha lasciato traccia pure nel "common law" vigente attraverso lo sviluppo di procedimenti non inquisitori, a differenza dei processi derivati dal diritto romano nei sistemi continentali moderni.

Nel Regno Unito di Enrico II^o Plantageneto, con la "creazione di un sistema di tribunali regi che davano a tutto il paese una giustizia eguale", il giudice "è un arbitro, che giudica in base alle prove e ai documenti che le stesse parti credono di dedurre" e i testi "sono interrogati e messi a confronto" da entrambe le parti "o da loro rappresentanti qualificati" e non possono deporre in segreto, o in assenza di una delle parti²². E un'analogha posizione delle parti tra loro e di fronte al giudice ha le sue radici già nel-

19. Menzionai il caso in *La protezione diplomatica delle società*, Padova (Cedam), 1957, pp. 156 s., come esempio della presenza dell'attore pur quando il giudice, una volta istituito da un Trattato, viene costituito in ordine alla causa da entrambe le parti in lite, mediante un loro accordo logicamente distinto anche se si tratta di atti contestuali (come in tal caso), o assommantisi (altre volte) nel testo di un unico compromesso.

20. Cfr. BATTAGLINI, G., *Il riconoscimento internazionale dei principi generali del diritto*, in "Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione" - Studi in onore di Roberto Ago, Milano, 1987, pp. 122 ss.

21. BATTAGLINI, G., *Il riconoscimento*, cit., ibidem, p. 132 ss.

22. CHURCHILL, W.S., *Storia. Nascita dell'Inghilterra*, trad. dall'inglese (*A History*, I, cit.) di Bruno Maffi, Varese (Arnoldo Mondadori, Ed.), 1956, pp. 201s.

l'alto medioevo, ad es. irlandese, per via della procedura risolutiva della lite che si svolge avanti ad un individuo "specialist in law" ('the brithem'): "a professional arbiter to whom the two parties would refer their dispute, and whose conclusions they bound themselves in advance by pledges to accept"²³.

Si tratta, inoltre, di un procedimento con rigoroso carattere formale come processo per il giudizio, non per la esecuzione della sentenza, tendente secondo un primo percorso alla ricerca della verità dei fatti o, per altra via, della norma da applicare o del diritto soggettivo o dell'obbligo, fino a un'alternativa che tutti li ricomprende in sede di accertamento giudiziario ("the Five Paths of Judgement": 'Cóic Conara Fugill'; fino alla "inquiry before a judge": 'athchomarcc do brithemain')²⁴. Processo che si svolge in distinte fasi, dall'accesso delle parti al giudizio con i loro consiglieri legali e testimoni e dalla fissazione dei tempi delle udienze, alla determinazione del primo percorso procedurale ("the proper 'path'") secondo l'opinione della parte che avanzi una pretesa ed alla promessa scambievolmente delle parti di accettare il giudicato, fino alla difesa della parte che resiste e alla replica del reclamante, indi alla formulazione del giudizio ('breth') anche in base ai precedenti legali ('fdaige') - e non solo alle massime giuridiche ('roscada') - sempre con attenzione alle circostanze del caso concreto; poi, finalmente, giungendo alla promulgazione della cosa giudicata ('forus') e alla conclusione del processo²⁵.

È vero che tale parametro non è così rigorosamente seguito in altre esperienze alto-medievali; ma le accomuna almeno, in tutt'i ricorsi alle corti locali, l'offerta reciproca delle parti di presentarsi entrambe al giudice mediante appositi atti della procedura consuetudinaria ('notitiae paricolae', 'equales praeceptiones' nel processo merovingio)²⁶ o promesse scritte scambievoli di comparire in giudizio e di consentire al giudicato ('pacta' o 'manifesta' nel processo catalano)²⁷, mentre costantemente una parte figura come reclamante (o attore) e l'altra come resistente (o difendente): e si dà pure il riconoscimento delle testimonianze rese per il caso singolo dai 'periti' di ambedue i soggetti in lite nell'ambito di una procedura formale, di rito, ma sempre ispirata alla domanda di chi ha sollevato

23. V. SHARPE, R., *Dispute settlement in medieval Ireland: a preliminary inquiry*, in *The settlement of Disputes in Early Medieval Europe* edited by DAVIES, W., and FOURACRE, P., Cambridge University Press, 1986, pp. 183 s.

24. SHARPE, R., *Dispute settlement*, cit., ibidem, p. 184.

25. SHARPE, R., *Dispute settlement*, cit., p. 185.

26. FOURACRE, P., 'Placita' and the settlement of disputes in later Merovingian Francia, in *The Settlement of Disputes*, cit., pp. 24 ss., specialmente 35.

27. V. COLLINS, R., Visigothic law and regional custom in disputes in early medieval Spain, in *The Settlement of Disputes*, cit., pp. 86 ss., 90, 92 ss.; più in particolare: 87, 89 s., specialmente 93.

la questione protestando o pretendendo in base al diritto, sovente consuetudinario, verso un resistente (nel processo carolingio)²⁸. Ma ciò anche senza escludere, ad es. nella stessa Francia carolingia occidentale²⁹, una transazione extraprocessuale, laddove l'accordo di entrambe le parti venisse in tal modo a prevalere sul diritto vigente ("*agreernent...over l a ~*", "*love over judgement*").

Per di più, quello che accomuna le esperienze processuali medioevali è il "minimo o inesistente" interesse dello "Stato" al processo³⁰ essendo sufficiente, ad es. nella procedura lombardo-carolingia in materia di diritti reali, l'impegno dell'esecuzione del giudicato, garantito da 'fideiussores' delle parti: le quali si sottoponevano di comune accordo ad un giudizio imparziale circa il fondamento giuridico della pretesa dell'una o della resistenza dell'altra³¹.

Costituivano, pertanto, una eccezione i casi in cui (ad es. nella Bretagna del sec. IX) il reclamante prendesse unilateralmente l'iniziativa di chiedere l'intervento di un'autorità contro un'altra parte da lui accusata di un torto, ma non necessariamente in base al diritto: poichè, di preferenza, l'autorità (il 'princeps'), sentite entrambe le parti, decideva a seconda degli interessi in gioco con riguardo a quelli cui fosse più sensibile³², eventualmente in ragione del ceto o del censo di una di loro. Un intervento incline, in ultima analisi, a una decisione più giusta o 'ex aequo et bono' o più opportuna secondo le vedute dell'autorità interveniente, o magari a suo arbitrio; non di mero accertamento del diritto. Addivenendosi allora, con questo, ad un regolamento *arbitrale* anche per volontà - o su istanza - di una sola parte, ma basato anch'esso internazionalmente - dove non v'è autorità sovraordinata - sull'accordo dei medesimi soggetti delle liti come per il Cap. III della Convenzione europea del '57 sulla soluzione delle controversie.

È appena il caso di aggiungere che la fase esecutiva del giudicato rimanendo distinta da quella del giudizio nel processo medievale di accertamento del diritto, ha sempre comportato la realizzazione spontanea del diritto accertato, o la sua attuazione *in via di autotutela* ove la parte soccombente vi si rifiutò, e nei suoi confronti³³. Parallelamente il carattere sanzionatorio del giudicato ha per oggetto es-

28. NELSON, J.L., *Dispute settlement in Carolingian West Francia*, in *The Settlement of Disputes*, cit., pp. 48-49, 58 ss., in specie 58 e 59, 63.

29. V. NELSON, J.L., *Dispute settlement*, cit., pp. 63 s.

30. Cfr. DAVIES, W., *People and places in dispute in ninth-century Brittany*, in *The Settlement of Disputes*, cit., p. 82.

31. WICKHAM, C., *Land disputes and their social framework in Lombard-Carolingian Italy, 700-900*, in *The Settlement of Disputes*, cit., pp. 106, 109.

32. Cfr. DAVIES, W., *People and places*, cit., p. 72.

33. Cfr. BATTAGLINI, G., *La protezione dipl.*, cit., pp. 128 ss., 147 ss.

senzialmente l'esatta determinazione e la conferma del precetto in questione, in sè.

In **codeste** vedute s'inquadrano attualmente pure le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nei casi in cui essa insiste sulla "réparation suffisante **grace** au constat de violation" ³⁴.

Nel **complesso**, ad ogni **modo**, tutte le vicende processuali del diritto internazionale hanno comunemente trovato riscontro – e conforto insieme – nelle antiche **consuetudini** ³⁵. Addirittura emblematica è anche la corrispondenza tra le fasi del procedimento avanti alla Corte Internazionale di Giustizia, o altro giudice internazionale, e quelle, ad es., prima ricordate in particolare, del processo irlandese alto-medievale ³⁶.

4. – In termini di giustificazione dottrinarina attuale conviene nondimeno osservare come la stessa dicotomia fra giurisdizione e arbitrato secondo la convenzione europea per la soluzione delle controversie si ricolleggi a due idee-guida delle riflessioni teoriche più avanzate – e ormai classiche ³⁷ – **processual-civilistiche** e processuali-amministrative. In primo **luo-**

34. La formula è della sentenza della Corte europea dei diritti umani, 25 aprile 1983, nell'affare Pakelli, ma si tratta di un orientamento giurisprudenziale consolidatosi sin dal 1975 in sentenze nei vari affari Golder (del 21 febr., '75), *Marckx* (13.6.1979), Corigliano (10.12.1982), *Minelli* (25.3.1983) quando erano in causa danni morali alle vittime di violazioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo; cfr. BERGER, V., *Jurisprudence* de la Cour européenne des droits de l'homme, Paris, 1984, pp. 54 s., 106, 179, 188, 192.

Ancora con riguardo al 'riconoscimento della violazione contenuto nella sentenza' come "equa soddisfazione per il danno morale" (art. 50 della Convenzione), v. Istituto internazionale di Studi sui Diritti dell'Uomo, 7. *L'interpretazione giudiziaria della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di Roberto FACCHIN, Padova (Cedam), 1,988, pp. 435 s., 444 ss., 453 s., 456, per gli affari successivi come il Zimmermann e Steiner (13.7.1983), l'*Albert*, *Le Compte* (24.10.'83), e i casi Abdulaziz, Cabales, Balkandali (28.5.1985), *Deumeland* (29.5.'85), *Bentham* (23.10.'85), Sanchez-Reisse (21.10.1986), Johnston e altri (18.12.'86), Pudas (27.10.1987), F. contro Svizzera (18.12.'87); e per l'indirizzo giurisprudenziale costante della Corte europea dei diritti umani, sempre sull'art. 50, IDEM, 13. *L'interpretazione*, cit., Vol. Secondo, Padova, 1990, pp. 396 s. E da ultimo la sentenza della stessa Corte europea dei diritti umani del 26 febbraio 1993, nell'affare *Salesi c. Italia* (Serie A, n. 257 E) in Rivista internazionale dei diritti dell'uomo, anno VI, n. 1/1993.

35. Cfr., per la ispirazione che può animare correttamente anche questo richiamo, la Conferenza di Roberto AGO all'Università di Camerino: "*Il diritto internazionale: diritto nuovo o diritto antico?*" (27 novembre 1986), il giorno della consegna al Prof. Ago, giudice della C.I.G., dei volumi che raccolgono i suoi scritti sulla responsabilità internazionale, editi a cura dell'Istituto di diritto pubblico della Facoltà di Giurisprudenza.

36. V. supra, nt. 23-25, e il testo corrispondente.

37. Un vero polo di attrazione per la scienza giuridica in genere fu quella stagione di opere, dallo stile e dai contenuti spesso affascinanti, che rese memorabile

go, sotto quest'ultimo profilo, si è stabilita rigorosamente l'idea che "azione" sia, nell'essenza, non altro che "individuazione dell'oggetto del giudizio"³⁸. Questa si risolve in un "potere" d'iniziativa "giurisdizionale" all'atto della costituzione del giudice in ordine alla causa, non importa se ad opera di entrambe le parti o di una parte sola: basta che sia "giurisdizionale" il procedimento nel senso di un iter formale che conduce alla "cosa giudicata"³⁹ oviamente in applicazione del diritto obiettivo invocato da una parte per prima, riferito alle circostanze del caso singolo⁴⁰.

La seconda idea è che l'iter formale che conduce alla "cosa giudicata", venendo infine a porre la sentenza che fa stato fra le parti in relazione con l'"oggetto del giudizio" individuato dall'attore (nel senso di chi ha sollevato la questione secondo diritto, e ne è inizialmente il protagonista, protestando o pretendendo all'origine della controversia),⁴¹ è solo esso *giurisdizionale*. Anzi, a qualificare una controversia come "giuridica" respingendo tutte le altre nella categoria delle controversie dette "politiche", vale proprio, da sola, la individuazione di codesto oggetto del giudizio già nel momento in cui la volontà di chi solleva la questione si atteggia secondo

la teoria generale del processo, in ispecie civile, da Calamandrei e da Betti a Carnelutti, da Liebman a Carnacini, da Redenti ad Allorio. Anche le opere più avanzate di quel periodo sono, ormai, classiche per gli allievi di quei Maestri e per quelli che li hanno seguiti dopo che "Questa vicenda culturale" sembrò essersi conclusa negli anni cinquanta" (DENTI, V., Azione - I Diritto processuale civile, in "Enciclopedia giuridica" Treccani, II-1988, pp. I, II^a col. - 2, I^a col., nonché 2, II^a col. e seg.

38. V. BENVENUTI, F., L'istruzione nel processo amministrativo, Padova, 1953, 26 s., 39, 43 ss. e nt. 42-46, 50 ss., 381 in nota, sul "potere" esclusivo ed originario di affermare la pretesa a vantaggio di una sola parte, che per il suo aspetto processuale si può far coincidere con la individuazione dell'oggetto del giudizio.

39. V. ALLORIO, E., Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria, in Rivista di diritto e procedura civile, 1948, p. 526

40. Premessa la individuazione dell'oggetto del giudizio ad opera di una sola delle parti, dovrebbe ritenersi oggetto del potere di entrambe ogni altra attività rivolta a condizionare la formazione del giudicato, BENVENUTI, F., L'istruzione, cit., p. 45. Nel dare la norma del caso concreto a seconda delle circostanze presenti all'una e all'altra parte pur in base ai loro diversi riferimenti, il convincimento del giudice si forma, pertanto, grazie a tutt'i poteri che sono attribuiti alle parti oltre a quelli di "iniziativa decisoria" in quanto intesi "a delimitare il campo della res *iudicanda*". Ma il loro esercizio dipende complessivamente, nell'esperienza concreta, pur sempre dal modo in cui l'azione stessa si inserisce "nello snodarsi del procedimento" (DENTI, V., Azione, cit., p. II, 2^a col.).

41. Per come si possa parlare dell'azione anche "prima del processo e fuori dal processo" ma sempre in vista della "eventualità di un processo nel quale la ragione si faccia valere" con una valutazione "retrospettiva.. a processo iniziato" della ragione che stava alla base della azione-pretesa all'origine della lite, BETTI, E., Ragione e azione, in "Rivista di diritto processuale civile", 1932, I, pp. 228 s.

una certa "ragione" giuridica della sua pretesa o **protesta**⁴². E sempre su questa base l'iter processuale si svolge sino al momento della sua conclusione: la cosa giudicata.

Tutt'altra fase è quella della esecuzione, che attiene alla "amministrazione" piuttosto che alla "giurisdizione" in senso proprio, perchè la cosa giudicata è ad essa **estranea**⁴³. Tanto più per questo, sotto il profilo processuale, la sanzione si evidenzia nella sua accezione più lata, indipendentemente **dall'attuazione** delle garanzie in forma specifica: come "**riaffermazione della giuridicità del precetto**"⁴⁴. E il fatto di sanzionare in tal modo con la sentenza la ragione di una parte secondo il diritto contrapposta al "**torto dell'altra** parte non ha a che vedere con il porsi di una sentenza (dispositiva) quale fatto di produzione giuridica, neanche **nell'ipotesi di requête** (la domanda di una sola parte) come secondo l'art. 25 della convenzione europea per la soluzione delle controversie **del '57**.

I principi extragiuridici, valori o interessi addirittura antigiuridici nel momento del sostanziale formarsi delle nuove regole, sono perciò in tal caso il contenuto voluto dalle parti e dettato *ex novo* **dall'arbitro** che media fra le loro posizioni (arbitro-mediatore, **o**, appunto, "**aimiable compositeur**")⁴⁵ creando il regolamento nuovo della controversia. Gli

42. Nel momento in cui muove da una realtà sociale e psicologica l'**azione-pretesa** si profila con lo stesso carattere dell'attività che, in pratica, promuove i contratti nell'interesse privato di una parte rispetto **all'altra** (CARNELUTTI, F., Saggio di una teoria integrale *dell'azione*, in "Riv. di dir. processuale", 1946, I-1^a, p. 9) e "si riduce a un semplice comportamento di fatto" in confronto all'azione rilevante nel processo: la quale si ha dal momento in cui la pretesa di una parte verso l'altra che vi resista si presenta per dei fini che possano ottenere, più tardi, la garanzia giurisdizionale. V. LIEBMAN, E.T., L'azione nella teoria del processo civile, in "Studi in onore di Francesco Carnelutti", II, Padova, 1950, pp. 438, 441, 446, 449.

43. ALLORIO, E., Saggio polemico, cit., pp. 498 s.

44. V. BENVENUTI, F., Sul concetto di sanzione, in "Jus", 1955, pp. 225 ss., 243 ss., 250 ss.

45. Per quanto una controversia possa presentarsi solo come "politica" in rapporto alla ragione della protesta o della pretesa di una parte, non è dubbio che la materia in questione sia comunque obiettivamente valutabile in base al diritto al fine di stabilire se in essa sussistano limiti normativi alla libertà di fatto dei soggetti, o non sussistano: e quindi la libertà ne risulti illimitata. Dunque, non si vede perchè lo *aimiable compositeur* (o *amicable compositeur*, sulla cui figura, già nel diritto francese consuetudinario, v. STEIN, P., *Legal Institutions*, cit., p. 53) ai fini di meglio decidere *ex aequo et bono*, modificando quanto occorra il diritto, non possa esaminare prima, se le parti che lo istituiscono si siano accordate in tal senso (come nell'art. 26 della Convenzione europea), anche lo stato (giuridico) delle cose in base ai principii del diritto internazionale. Insomma non si vede la necessità d'immettersi, invece, in una problematica più complessa a tale riguardo, viste anche le difficoltà segnalate da SAULLE, M.R., Procedimento giudiziario, cit., pp. 774 S.

si addice, quindi, l'appellativo di regolamento arbitrale come secondo la convenzione europea, al Cap. III.

L'organo collettivo della Unione, il Consiglio d'Europa, che ne ha elaborato il testo, ha in definitiva fatto opera corretta pure nel suo fondamento teorico, pervenendo ad un aggiustamento della dottrina ch'era finalmente il caso di proporre⁴⁶.

ABSTRACT

The author compares the settlement of disputes in international law and in early medieval Europe, in the light of any arguments drawn from italian doctrine of civil and administrative procedure. On that ground he suggests a revision of the theory of application to an international court and judicial settlement, or arbitral composition, in conformity with the European Convention for the peaceful settlement of disputes (1957).

L'a. mette a confronto la soluzione delle controversie nel diritto internazionale e nell'Europa alto-medioevale, sulla base di taluni argomenti della dottrina italiana dei processi civile e amministrativo. In codesta luce egli suggerisce una revisione della teoria dell'azione avanti a tribunali internazionali e della soluzione giudiziaria o del regolamento arbitrale delle liti, a termini della Convenzione europea per la soluzione pacifica delle controversie (1957).

46. In quest'ottica non sembra necessario lo sforzo d'inquadrare il Cap. primo della Convenzione europea del 1957, per la soluzione delle controversie, nell'ambito della dottrina internazionalistica da considerarsi fino allora dominante, affrontando soprattutto la difficoltà di far coincidere l'art. I della Convenzione con l'idea di *requête* (per cui v. SAULLE, M.R., *Procedimento giudiziario*, cit., p. 771). Quanto alla mia *Protezione diplomatica* (1957), cit., pp. 110 ss., 119 ss., 150 ss., s'era posta, viceversa, implicitamente già in linea con la Convenzione, nonostante l'asserzione del QUADRI, *Dir. internaz.* (1968), cit., p. 238: che per le controversie politiche la Convenzione europea per la soluzione delle controversie del 1957 si limiterebbe a istituire "un procedimento conciliativo".

LORENZA CARLASSARE

MINORI E CRONACA: PRINCIPI COSTITUZIONALI (*)

Sommario

1. Il difficile bilanciamento fra norme costituzionali che esprimono esigenze confliggenti. - 2. Doverosità d'interpretare restrittivamente i limiti alla manifestazione del pensiero. - 3. Il limite generale della riservatezza: necessità di adeguarlo alla particolare sensibilità dei minori. - 4. L'art. 31, comma 2° come fondamento specifico di una particolare tutela nella giurisprudenza costituzionale. - 5. La Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia. La Carta di Treviso. - 6. Necessità di distinguere la posizione del minore nei singoli casi, valutando comunque l'incidenza della 'pubblicità' sulla personalità in formazione.

1. - Il rapporto fra tutela dei minori e cronaca apre interrogativi gravi cui non è facile dare risposte sicure: a parte le difficoltà di ordine teorico, quando si considerino le situazioni nella loro specificità e concretezza ci si accorge subito che tracciare una linea precisa tra ciò che può essere e ciò che non può essere consentito è impresa davvero ardua. Ma già il tema in sé presenta difficoltà notevoli per una serie di ragioni. In primo luogo per la carenza di una specifica legislazione, inoltre perchè i giuristi (anche per tale motivo) se ne sono occupati pochissimo, almeno sotto il profilo che qui interessa. Ogni discorso sui minori nei confronti dei mezzi di comunicazione (e più in generale di spettacoli, stampa, affissioni) si riferisce ad aspetti diversi, sicuramente meritevoli di tutela, che però non attengono alla protezione della loro personalità e della loro corretta formazione complessivamente considerata, ma essenzialmente ad un solo lato di quest'ultima: quello relativo alla sfera sessuale. È quindi unicamente il problema della censura che viene in considerazione, dei limiti e divieti orientati sempre a quell'unico fine.

Se si eccettuano le norme relative al divieto di pubblicità dei processi contro imputati minorenni, tutte le altre disposizioni sembrano impronta-

(*) Questo scritto riproduce la relazione al Convegno "Quando un bambino è in cronaca", Ferrara, 12 marzo 1993.

te ad una visione limitata, esclusivamente moralistica, concentrata su di un unico profilo: l'art. 1 della l.n. 1591 del 1960 punisce "chiunque fabbrica, introduce, affigge od espone in luogo pubblico od aperto al pubblico, disegni, immagini, fotografie od oggetti figurati comunque destinati alla pubblicità i quali offendono il pudore o la pubblica decenza, considerati secondo la particolare sensibilità dei minori degli anni diciotto e le esigenze della loro tutela morale". Non che il problema della morale sessuale non sia importante, tutt'altro; la sua gravità è fin troppo evidente, ma non dovrebbe essere l'unico considerato dalla legislazione come viceversa avviene, quasi che l'esigenza di tutela dei minori non sia presente anche su altri versanti.

In definitiva, allora, fuori dalla sfera sessuale è solo dai principi più generali proclamati in Costituzione, e da documenti internazionali, che si possono ricavare lumi. Ciò sposta però il discorso sul piano più arduo e problematico dell'interpretazione sistematica, dovendosi mettere a confronto principi costituzionali fondamentali che, esprimendo esigenze diverse tra loro contrapposte, potrebbero venire in conflitto. Il bilanciamento non è operazione agevole nè sicura negli esiti, perchè, se alcune conclusioni di base si possono trarre, non è semplice poi tracciare nitidamente i confini, trovare la regola certa per risolvere i dubbi.

2. - La difficoltà maggiore è costituita dalla natura e dal rilievo della libertà costituzionale con cui l'interesse del minore si scontra. Infatti una riflessione sui limiti cui la libertà d'informazione può legittimamente essere sottoposta nell'interesse dei minori - a tutela della loro personalità e dello sviluppo della loro personalità, in considerazione della particolare vulnerabilità e sensibilità che li caratterizza - non può non tener conto della posizione che occupa nel sistema costituzionale la libertà di manifestazione del pensiero, in cui diritto d'informazione e diritto di cronaca sono ricompresi (dò per scontata quest'ultima affermazione benchè si tratti di un punto che è stato oggetto di discussione, perchè la diversa tesi può considerarsi ormai superata: v. già P. Nuvolone, Cronaca, in Enc. dir. 1962). Si tratta infatti di porre limiti ad un diritto fondamentale, di rilievo primario, il cui libero esercizio è assolutamente essenziale non solo per l'individuo, ma per l'esistenza stessa di un sistema democratico. Il discorso quindi è difficile e una cautela particolare s'impone; oggi soprattutto che da tante parti e con tanta enfasi, s'invoca l'introduzione di vincoli all'informazione.

La libertà di manifestazione del pensiero, in tutte le sue forme, è tutelata nel modo più ampio dalla Costituzione all'art. 21 dal quale emergono indicazioni precise: uno, ed uno soltanto è il limite espressamente menzionato, il buon costume; da intendersi fra l'altro, secondo l'opinione dominante, in senso restrittivo, ossia unicamente come divieto dell'*osceno*.

Da qui in poi si abbandona il terreno sicuro per inoltrarsi sull'incerta

via dell'individuazione di limiti *impliciti* alla manifestazione del pensiero, limiti che non tutti ricostruiscono allo stesso modo e sono da taluni ricavati con procedimenti interpretativi assai dubbi che ne determinano un ampliamento tale da togliere ogni consistenza alla garanzia costituzionale della libertà di pensiero.

I giuristi si sono interrogati in proposito, chiedendosi innanzitutto se siano ammissibili *altri* limiti oltre all'unico espressamente menzionato dall'art. 21. Le risposte non sono uniformi; sul problema la dottrina costituzionalistica è massimamente divisa. Un unico punto è sicuro: trattandosi di un diritto definito dalla stessa Corte costituzionale "pietra angolare" del sistema democratico (sent. n. 84/1969), valore centrale e caratterizzante del nostro ordinamento (sent. n. 9 1965), e considerato il "più alto" tra i diritti fondamentali (sent. n. 16811971), il problema dei limiti ad esso **apponibili** va risolto tenendo conto di un'indicazione fondamentale: la **doverosità di un'interpretazione restrittiva** dei limiti stessi. Questa indicazione degli studiosi (mi limiterò a ricordare Paolo Barile e Costantino Mortati) è, e deve rimanere, il punto di partenza per qualsiasi discorso in proposito. La libertà d'informazione è un valore troppo prezioso perchè la si possa mettere in gioco o sacrificare laddove dalla stessa Costituzione non emergano altri beni o valori di eguale livello, altrettanto meritevoli di tutela. Ciò deve essere assolutamente riaffermato con forza, già lo dicevo, oggi più che mai. Da più parti **invero** si levano voci indignate che, adducendo a pretesto eventi diversi, alle volte luttuosi, sostengono la necessità che alla stampa e in generale ai mezzi d'informazione siano posti dei limiti; e di quegli eventi si servono per metterne in luce la pericolosità, per evidenziare i 'danni' che una libertà – ritenuta *eccessiva* – può determinare. Da più parti, ho detto, ma in verità da parte essenzialmente di politici inquisiti (o preoccupati di esserlo in un prossimo futuro). L'attacco è continuo e troppo scoperto perchè lo si possa ignorare. Ciò impone una cautela estrema, dunque, nel parlare di limiti, e quella regola d'interpretazione restrittiva cui prima accennavo va sempre applicata col massimo rigore.

Non è il caso di soffermarsi qui su tutte le posizioni in materia; è però indispensabile un chiarimento fondamentale, come criterio guida **nell'incertezza del percorso**: esclusivamente dalla Costituzione, dai beni o valori che essa tutela, è possibile ricavare elementi su cui fondare eventuali limitazioni alla libertà di pensiero e d'informazione. Solo quando due principi fondamentali, *entrambi di rango costituzionale*, si trovino in conflitto tra loro è possibile operare un bilanciamento tra i due e quindi sacrificare parzialmente l'uno e l'altro: la libertà d'informazione, essendo un diritto *inviolabile* non può subire limitazioni "moltiplicate ad arbitrio, nè affidate alla discrezione del legislatore ordinario" (Paladin).

Si è così fissato un criterio che vale almeno ad escludere tutti gli interessi, i valori, i beni non tutelati in Costituzione, i quali, qualora

si trovino in contrasto con la libertà d'informazione, non possono in alcun modo limitarla ma di fronte ad essa sempre devono cedere.

Va subito chiarito tuttavia che con ciò si è operata solo una selezione negativa, ma non si è ancora pervenuti a identificare i limiti che il legislatore può legittimamente porre alla libertà di cronaca. Infatti, non tutto ciò che si trova menzionato in Costituzione può fungere da limite al fondamentale diritto garantito dall'art. 21: questo è un altro punto sicuro (si veda per tutti Alessandro Pace), in piena armonia, del resto con quanto ho già detto sulla doverosità d'interpretare restrittivamente i limiti stessi.

3. – Date le premesse, è dunque necessario chiedersi innanzitutto quali siano i principi costituzionali invocabili al fine di introdurre limiti alla libertà di cronaca a tutela della personalità dei minori e del suo corretto sviluppo. Benchè vi sia stata qualche incertezza iniziale nell'identificarne il preciso fondamento costituzionale, si può sicuramente ammettere che la **riservatezza** costituisca un limite alla libertà d'informazione.

È possibile agganciarsi a questa, allora, per tutelare anche il minore? Tutelarlo, intendo, in modo efficace e più intenso di quanto non lo sia in genere ogni individuo? La risposta sembra senz'altro affermativa: la garanzia generale della riservatezza, collegata alla tutela della persona umana, che riguarda tutti, assume connotati più forti e radicali quando viene riferita alla persona di un minore.

In proposito possono valere due considerazioni: la prima che, da tempo, anche nel nostro ordinamento la tutela della privacy è riconosciuta in giurisprudenza e in dottrina come limite alla libertà d'informazione, più di quanto non lo sia nell'ordinamento nord americano dove subisce notevoli attenuazioni; alcune comprensibili, altre meno. Quelle comprensibili riguardano la graduazione d'intensità della tutela in rapporto al carattere pubblico della **persona**, alla sua notorietà – che giunge fino al punto da affermare che la figura pubblica non ha una privacy –, quelle meno comprensibili comportano un'attenuazione, se non un azzeramento, della privacy in rapporto alla **notorietà del fatto**, alla presenza di una materia di pubblico interesse.

Si palesano qui tutti i rischi che possono derivarne anche per i minori che si trovino coinvolti in eventi al centro della pubblica **attenzione**, potendosi per questa via consentire situazioni pericolosissime per la loro personalità: l'esempio più clamoroso è il caso di una famiglia tenuta in ostaggio nella propria casa da un gruppo di evasi, la quale, successivamente, ha dovuto subire l'ulteriore violenza della pubblicazione di un racconto – con nomi e cognomi – ispirato al drammatico **evento**, dove venivano fra l'altro narrati fatti disdicevoli non corrispondenti al vero. Eppure la Corte Suprema Federale in una sentenza del **1967** (*Time Incorporation v. Hill*, **385 U.S. 374 (1967)**) ha concluso addirittura che, pur trattandosi di una narrazione di carattere fantasioso e commerciale – e dunque, in questo senso

non completamente tutelata come espressione del diritto d'informazione—, troppo elusiva è la distinzione tra informare e intrattenere per poter essere in armonia con l'ampia garanzia di cui gode in Costituzione la libertà di stampa (si veda Baldassarre, A., *Privacy e Costituzione*, Roma 1974). Questo a noi può parere eccessivo: tuttavia dà bene il senso dell'importanza di un 'potere' come la stampa in un sistema democratico. Giova anche ricordare che la Carta costituzionale degli Stati Uniti (1° emendamento), stabilisce che "il Parlamento non approverà alcuna legge...che limiti la libertà di parola e la stampa".

Da noi, per quanto riguarda la privacy, il discorso è più sfumato, anche se non v'è dubbio alcuno che il diritto si attenui di fronte alla importanza della notizia e al carattere pubblico della persona. Già utilizzando questo limite si potrebbe fare spazio ad una tutela più penetrante per quanto riguarda i minori che normalmente non sono figure pubbliche, almeno in senso politico, benchè possano avere acquistato notorietà (nel mondo dello spettacolo, ad esempio o nello sport).

Ma soprattutto, per accenturne la tutela, sembra possibile far ricorso al concetto di adeguatezza, concetto cui del resto già si ricorre per graduare e rendere più incisivo il limite del buon costume. Intendo dire che anche in relazione a quest'ultimo non si usa una misura eguale per adulti e minori, ma la nozione di 'buon costume' si adegua alla diversa sensibilità di questi **ultimi**. Nessuno ad esempio, trova criticabile il fatto che la censura su opere teatrali e cinematografiche distingua gli adulti dai minori e coloro che hanno un'età inferiore a quattordici anni da coloro che sono inferiori a diciotto. Lo stesso, mi pare, può valere per la privacy, che deve essere intesa in modo adeguato alla particolare sensibilità del soggetto cui si riferisce.

Ma non è solo questo l'aggancio costituzionale idoneo a porre limiti all'informazione: il discorso ulteriormente si semplifica tenendo conto che il testo della Costituzione fornisce anche una specifica base giuridica per una più intensa tutela.

4. – Invero un fondamento costituzionale specifico per proteggere la posizione dei minori anche nei confronti della stampa, della cronaca e di ogni altra espressione del pensiero è facilmente individuabile: si tratta dell'art. 31, comma 2 che impegna la Repubblica a tutelare l'infanzia e la gioventù.

Questo è un punto sicuro, confermato del resto dalla stessa Corte Costituzionale: nella giurisprudenza di quest'ultima trova infatti affermativa risposta l'indiscutibilità di una tutela specifica dei minori nei confronti dell'informazione (in base appunto all'art. 31 comma 2). Mi riferisco in particolare alla sent. n. 16/1981 nella quale si respinge la questione di legittimità costituzionale (sollevata dal giudice istruttore del Tribunale di Milano) della norma che sanziona penalmente il divieto di dare notizia di procedi-

menti giudiziari a carico di minori perchè incompatibile con la libertà di manifestazione del pensiero, che comprende logicamente la libertà di cronaca. Già in precedenza, del resto (sent. n. 25/1965) la Corte aveva giustificato la limitazione a questa libertà "in funzione della tutela di altri interessi costituzionalmente rilevanti tra cui la tutela dei minori, osservando che la pubblicità dei fatti di causa può apportare a questi conseguenze ben gravi, sia allo sviluppo spirituale, sia alla loro vita materiale".

In particolare la Corte respinge l'assunto del giudice milanese secondo cui "l'imposizione del limite alla libertà d'informazione—con la quale il legislatore ordinario ha risolto il conflitto tra l'interesse del minore e l'interesse all'informazione, entrambi di rilievo costituzionale—sarebbe in contrasto con l'art. 21 Cost. perchè nel sistema costituzionale la libertà d'informazione avrebbe tale **fondamento,preminente** valore da escludere che essa possa essere compressa dalla tutela che nel sistema costituzionale è riconosciuta al minore". E lo respinge richiamando il principio, già affermato in una precedente sentenza (n. 25 del 1965), secondo cui "la tutela costituzionale dei diritti ha un limite nell'esigenza insuperabile che **nell'esercizio** di essi non siano violati beni **ugualmente** garantiti dalla Costituzione", e considerando che, nel caso, "la deroga alla pubblicità del dibattimento costituisce un mezzo per il conseguimento di un'altra finalità di tutela dei minori, ai quali la pubblicità dei fatti di causa può apportare conseguenze gravi sia allo sviluppo **spirituale**,sia alla vita **materiale**,conseguenze che hanno rilevanza costituzionale ai termini dell'art. 31, comma 2 Cost., che prevede la tutela dei minori, intesa in correlazione con il principio fondamentale dell'art. 2 Cost., per gli effetti che la diffusione di fatti emersi nel dibattimento può provocare sulla formazione sociale ove si svolge o potrà svolgersi la personalità del minore".

Ma il giudice remittente aveva proposto un altro argomento cui la Corte risponde a metà e **che,viceversa**, ai nostri fini presenta il massimo **interesse**. Egli sollevava il dubbio che comunque quel divieto non realizzasse effettivamente la tutela dei minori perchè l'interesse del minore—tutelato nei confronti della cronaca giudiziaria — sarebbe comunque compromesso, prima, da eventuali notizie di cronaca sul reato da *lui* commesso, notizie normalmente consentite, rientrando nella generale libertà d'informazione. A questo la Corte rispondeva che, se "l'attività della stampa trova nella norme scritte disciplina e limiti insufficienti", la Federazione internazionale dei giornalisti (a Bordeaux nel 1954) ha precisato i doveri essenziali del giornalista, la cui attività "deve conciliarsi col rispetto della personalità sia pubblica che privata del singolo e degli enti nell'esercizio delle loro funzioni". **Ora**, conclude la sentenza, se "l'attività del giornalista deve conciliarsi col rispetto della **personalità**,non è contestabile che la tutela del minore postula una particolare disciplina propria per quanto attiene alla personalità,

che risente, nella sua *evoluzione*, dei più diversi fattori biologici, familiari e sociali, i quali incidono in modo definitivo sulla sua formazione'.

Un limite dunque è ammissibile in nome della tutela dei minori. Ma l'interrogativo più grave è un'altro : quale sia la misura di tale *tutela*, la sua estensione, la sua intensità. Come, e fino a dove può giustificare una limitazione alla libertà d'informazione?

5. - D'altra parte nell'ordinamento italiano operano ora anche norme specifiche di origine internazionale. Importantissima è la Convenzione internazionale sui diritti *dell'infanzia* dell'8 marzo 1989, in vigore per l'Italia dal 5 ottobre 1991 (la legge di autorizzazione alla ratifica e di esecuzione è del 27 maggio 1991 (n. 176); il deposito della ratifica del 5 settembre 1991). Già prima esistevano atti internazionali in materia - ad es. la Dichiarazione dei diritti del fanciullo, New York 1959, che invitava gli Stati ad adottare norme in grado di assicurare la tutela ivi prevista-, privi tuttavia di effetto vincolante. È questa è la differenza profonda con la Convenzione recente: non si tratta più di una mera 'Dichiarazione' ma di un vero e proprio trattato internazionale che è già operante nel nostro sistema non solo in quanto vincola lo Stato italiano ad adeguare l'ordinamento interno ove sia necessario, ma le cui norme - in gran parte self-executing -, in virtù dell'ordine di esecuzione (contenuto nella menzionata legge n. 176 del '91) operano già senza bisogno di altre *intermediazioni* legislative e, sono quindi direttamente applicabili, anche a preferenza di eventuali leggi interne contrarie sulle quali le norme della Convenzione prevalgono in base al principio di specialità. Dove l'articolo del trattato internazionale è già completa e formulato in modo idoneo ad essere applicato dall'*operatore interno*, non è dunque necessario attendere ulteriori disposizioni legislative emanate dallo Stato italiano.

È un rilievo importante, su cui mi pare necessario richiamare l'attenzione di tutti coloro che operano in questo delicato settore: la Convenzione - della quale gli Stati parti "s'impegnano a far conoscere diffusamente i principi e le norme... con mezzi attivi ed adeguati, tanto agli adulti quanto ai bambini" (art. 42) - è a disposizione, basta applicarla.

Non sembra inoltre possibile trascurare che, comunque, anche nei casi in cui siano necessarie apposite leggi per adeguare il nostro ordinamento alla Convenzione (nelle parti in cui essa non sia già direttamente applicabile), la mancata emanazione di tali leggi da parte dello Stato italiano non esime i giudici - e, ritengo, neppure gli altri operatori giuridici - dal tener conto dei principi contenuti nel trattato per interpretare e applicare le norme interne nel significato maggiormente conforme ai principi stessi; e, soprattutto nel modo più idoneo a conseguire i risultati che esse si proponevano, e di "dare la norma del caso concreto il più possibile in armonia con il fine di adattamento" in base all'ordine di esecuzione del trattato (come sostiene Giovanni Battaglini, in Le garanzie giurisdizionali dei *di-*

ritti *fondamentali*, a cura di L. Carlassare, Padova, 1988). Del resto, la necessità di interpretare il diritto interno alla luce dei principi contenuti nelle Convenzioni internazionali rese esecutive in Italia è esplicitamente affermato in un recentissima decisione della Corte costituzionale (n. 10 del 1993) relativa ad alcuni articoli del codice di procedura penale in tema di diritto alla difesa.

Per quanto qui principalmente interessa, ricordo l'art. 16, comma 1, "Nessun bambino/a dovrà essere sottoposto ad interferenze arbitrarie o illegali nella sua privacy, nella sua vita familiare, nella sua casa o nella sua corrispondenza, nè ad illeciti attentati al suo onore e alla sua reputazione", e l'art. 16, comma 2, "Il bambino ha diritto ad essere protetto dalla legge contro tali interferenze e attentati".

Altre disposizioni si rivolgono viceversa agli Stati, obbligati ad assolvere gli impegni assunti, come ad esempio l'art. 17, lett. e), che impegna gli Stati parti a "incoraggiare lo sviluppo di appropriati codici di condotta affinché il bambino sia protetto da informazioni e materiali dannosi al suo benessere". E, ancora, l'art. 40, 2., VII, dove gli Stati si impegnano a garantire ad ogni bambino accusato o riconosciuto colpevole di avere infranto la legge penale "il pieno rispetto della sua privacy in tutti gli stadi del procedimento".

Quanto ai codici di autoregolamentazione di cui lo Stato dovrebbe (proprio in base alla Convenzione) incoraggiare lo sviluppo, mi limito solamente a ricordare la Carta di Treviso, già conosciuta dai partecipanti a questo Convegno ai quali è stata distribuita, che costituisce un fatto assai importante, un ulteriore insieme di norme in grado sicuramente di dare buoni frutti.

6. - Il quadro normativo di riferimento delineato fornisce dunque elementi per risolvere la questione della tutela dei minori nei confronti della cronaca. Peraltro il nodo veramente problematico, già lo dicevo, è quello della *misura* della tutela più intensa, che va valutata, forse, anche in relazione alle singole situazioni.

Nel concreto i rischi sono notevoli e gravi. Da un lato il minore *deve* essere tutelato; questo è indiscutibile e la situazione attuale appare assolutamente insoddisfacente. D'altra parte la posizione particolare del bambino non deve poter funzionare come pretesto per interventi limitativi sulla stampa: per comprendere come non sia questa una eventualità tanto improbabile, basta tener conto che - come già nel 1965 sottolineava Vezio Crisafulli commentando la sent. n. 25 della Corte costituzionale - "persino la cronaca nera e la cronaca spicciola più futile, per la natura e le implicazioni dei fatti, la qualità delle persone che vi sono coinvolte, lo stimolo a *riflessioni* di ordine sociale suscettibili di derivarne può assumere carattere politico".

La riflessione, allora, deve essere attenta, e, soprattutto, contro ogni

tentazione semplificatrice, deve orientarsi verso risposte articolate, adeguate alla complessità dei problemi. Bisognerebbe distinguere situazione da situazione, e chiedersi innanzitutto per *quali ragioni* il bambino è in cronaca, e, inoltre, se la sua implicazione è *diretta* oppure *indiretta* – pur tenendo conto che la pubblicità, anche nel secondo caso, in presenza di certe circostanze, può essere egualmente se non maggiormente dannosa per la sensibilità del minore. Sono considerazioni sulle quale, del resto, già si soffermava, introducendo i lavori, il presidente Sacchetti.

È quindi necessario riflettere in primo luogo sui modi in cui il bambino può trovarsi in cronaca: egli può comparire non solo come *autore* di infrazioni alla legge penale oppure come *vittima*, ma anche per ragioni diverse non collegate a fatti disdicevoli o traumatici. Se è autore, il minore deve essere assolutamente difeso dalla pubblicità; se è vittima, è ancora necessario distinguere a seconda del torto o della violenza subita: è diverso che si tratti di una violenza sessuale o di un furto. Nella violenza sessuale, invero, già si palesa un'ulteriore complicazione: se l'autore è un estraneo, normalmente basta omettere il nome del bambino; il nome dell'autore della violenza può essere reso noto senza danno per la vittima che non è riconoscibile (a meno che la situazione non sia tale da consentire egualmente l'identificazione del minore). Ma se si tratta di un familiare? Troppo evidente è che conosciutone il nome, conosciuta è la vittima. E tuttavia spesso l'informazione non se ne cura. È sulla 'Stampa' di questi giorni un esempio clamoroso: viene riferita la condanna della madre (nome e cognome) di due gemellini, lasciati in 'custodia' al fratellastro diciannovenne (anch'egli nominato) che approfittava di loro. I due bambini risultano così, attraverso l'indicazione nominativa dei colpevoli, chiaramente riconoscibili sebbene, sicuramente, il loro interesse alla riservatezza superasse in modo evidente l'interesse della notizia, che, comunque avrebbe potuto essere fornita senza indicazione di nomi.

Non è tuttavia solo in casi drammatici o collegati alla commissioni di reati che si deve far attenzione ai rischi della pubblicità per una personalità in formazione. Il minore può essere implicato talora in fatti di cronaca che non hanno, di per sé, alcun carattere disdicevole o intrinsecamente dannoso. Eppure, la pubblicità intorno alla sua persona può turbarne la sensibilità e recargli danno. Si dovrebbe concludere che qualora non sia indispensabile, egli debba essere comunque tenuto fuori.

La risposta tuttavia non è facile, perchè non si può del tutto prescindere dall'interesse della notizia, anche dal punto di vista della formazione dell'opinione pubblica. Ho in mente un caso, che mi ha particolarmente colpito negli ultimi tempi: il caso della giovane donna, condannata a morire da malattia senza scampo, che ha rifiutato le cure in grado di prolungarle la vita in quanto dannose per il bambino che doveva nascere.

La vicenda penosa era resa maggiormente penosa dalla presenza di un'altra figura umana, quella di un bambino, il figlio in tenera età della

donna che ne era la protagonista. Egli non era, in apparenza, direttamente implicato, nè d'altra parte in nulla di disdicevole veniva a trovarsi coinvolto, che anzi la madre fu portata ad esempio lodevole: eppure la pubblicità lo ha sicuramente turbato, in una situazione per lui già intensamente dolorosa. Sarebbe stato meglio ignorarne l'esistenza? Omettere di fotografare quella piccola presenza muta?

Da un lato la risposta è sicuramente affermativa, dall'altro tuttavia, per una valutazione complessiva della vicenda (che nel suo complesso sarebbe stato meglio fosse rimasta 'privata') l'esistenza di quel bambino non poteva essere ignorata, perchè costituiva uno degli elementi cardine di un discorso che sembrava non tenerne conto lui e passare indifferente sulla sua vita. Siccome da più parti sulla vicenda si esprimevano pubblicamente giudizi e si traevano conseguenze, stimolando anche l'opinione pubblica a giudicare, era necessario che gli elementi concreti di valutazione fossero tutti presenti. Tanto più che la vicenda tendeva ad essere, in direzioni opposte, strumentalizzata.

L'altro caso a tutti presente è quello che portò alla ribalta la piccola Serena Cruz, oggetto di un'attenzione spietata da parte dei media, che hanno fatto leva sul sentimentalismo più irrazionale ed epidermico per scopi commerciali. Ferma, anzi fermissima, deve rimanere in questi casi la tutela del minore, il cui equilibrio non può essere subordinata a interessi di mercato. E mai deve quindi andare in cronaca, 'fare notizia', essere dato in pasto alla curiosità e all'indiscrezione.

Qui può essere utile il richiamo alle condizioni poste alla stampa dalla Corte di Cassazione (Sez I civ., sent. 18 ottobre 1984 n. 5259) in una decisione criticata da molti come 'ottocentesca', sicuramente eccessive in rapporto alla generalità delle situazioni, ma viceversa accettabili se riferite solo alla tutela del minore: 1) utilità sociale dell'informazione; 2) verità oggettiva dei fatti esposti, o anche soltanto putativa purchè "frutto di un serio e diligente lavoro di ricerca"; 3) forma civile dell'esposizione, vale a dire "non eccedente lo scopo informativo da conseguire" e in ogni caso "rispettosa di quel minimo di dignità cui ha sempre diritto anche la più riprovevole delle persone".

Applicando rigorosamente simili criteri, e adattandoli alla situazione particolare dei minori – la dignità della persona, trattandosi di un minore in fase di formazione, in base al criterio dell'adeguatezza esige un rispetto massimo e non minimo – già molti inconvenienti potrebbero essere eliminati. Penso in particolare alle cose importanti e gravi che sono state dette questa mattina dagli operatori sociali sugli effetti negativi conseguenti alla pubblicizzazione di fatti relativi alle vicende dei minori ricostruiti in modo inesatto sulla base di notizie non accuratamente vagliate. Ma penso anche a situazioni diverse, connesse all'interesse che informazioni riguardanti la persona del minore non siano divulgate perchè potrebbero danneggiarlo e costituire motivo di discriminazione. Nè si può trascurare un altro aspetto

assai rilevante della *privacy*: il 'diritto di non sapere', "di escludere dalla propria sfera privata una certa categoria di informazioni", di impedire iniziative che "incidendo sul patrimonio informativo di un'altra persona, possono determinarne in maniera persino definitiva la condizione esistenziale", come dice Stefano Rodotà (in *Politica del diritto*, 1991). Informazioni sul proprio patrimonio genetico, ad esempio, su malattie ereditarie e, addirittura, per il bambino, notizie traumatizzanti relative alla propria famiglia di origine (sia nel caso in cui vi sia ancora inserito, sia nel caso in cui ne sia stato allontanato).

È chiara, mi sembra, la necessità di valutare le situazioni nella loro peculiarità, certamente alla luce dei principi fondamentali del sistema, ma tenendo conto nel concreto dell'incidenza e gravità degli interessi implicati. Data la difficoltà di tracciare una volta per tutte confini sicuri, massima è la mia perplessità nei confronti delle soluzioni troppo radicali cui si può giungere senza un'adeguata riflessione critica. Il bilanciamento fra l'interesse del bambino e quello all'informazione non può essere fatto in modo aprioristico e superficiale. Ad esempio, la sensibilità del bambino, oltre che per fatti che lo coinvolgono in prima persona, è sicuramente scossa dalla pubblicità di eventi relativi ai genitori, alle persone cui è affettivamente legato. Egli è pesantemente colpito anche dalla raffigurazione di queste persone in situazioni disdicevoli, così come dai giudizi espressi nei loro confronti. Potremmo far prevalere in modo assoluto ed in tutti i casi il suo interesse su quello dell'informazione, anche quando questa è fondamentale per l'opinione pubblica? Alcuni inquisiti eccellenti, in questi giorni, hanno menzionato, e giustamente, il turbamento dei figli: dovremmo per questo innegabile turbamento e dolore vietare alla stampa ogni notizia sui protagonisti di tangentopoli?

Il discorso dei figli può dilatarsi fino ad oscurare ogni cosa: di figli quasi tutti ne hanno, anche i criminali accertati; ne ha anche Totò Riina. Il problema vero è dunque quello della *misura*. Ma qui va ribadito con forza l'unico punto sicuro: che la ricerca di limiti ulteriori rispetto a quelli esplicitamente posti in Costituzione ad un diritto fondamentale qual'è la libertà di pensiero e d'informazione, – fondamentale non solo per i singoli ma per la stessa democrazia – deve ispirarsi ad una regola rigorosa: l'interpretazione non può che essere restrittiva, perchè il principio di libertà è affermato in Costituzione in tutta la sua pienezza.

ABSTRACT

The protection of children's dignity and privacy from media, constitutes a difficult problem. Every restriction of fundamental rights, such as freedom of speech and press, must be founded on other fundamental principles as recognized in art. 31, 2° of Italian Constitution.

La tutela dei minori nei confronti dei mezzi di comunicazione comportando limiti alla libertà di manifestazione del pensiero, diritto fondamentale assolutamente primario, deve trovare un fondamento costituzionale: la 'riservatezza' in primo luogo, adeguata alla tutela della persona del bambino e al suo sviluppo – art. 2 Cost. –, oltre alla tutela specifica dell'infanzia (art. 31, 2°).

PIERPAOLO ZAMORANI

IL MAGISTER POPULI DA AUSILIARE DEL REX A MAGISTRATO REPUBBLICANO.

(a proposito di Giuseppe Valditara: Studi sul magister populi. Dagli ausiliari militari del rex ai primi magistrati repubblicani, Milano, Giuffrè 1989, p. XII-435).

1. - Buon libro, questo di Giuseppe Valditara sul magister populi. Intendo esprimere subito (in modo forse un po' atipico) il mio positivo giudizio sul lavoro perché qualche lettore, conoscendo (e non condividendo) le mie assai personali opinioni sui primi 150 anni della repubblica romana, e temendo che queste pagine costituiscano l'occasione per riproporre, in contraddittorio con l'a., la mia interpretazione delle antiche fonti, non sia indotto a disinteressarsi di questa "lettura".

La quale non mira certo, in via esclusiva o anche solo principale, a mettere in luce gli aspetti "discutibili" o "fragili" (eufemismi che sovente qualificano idee ed opinioni che hanno il solo torto di differire da quelle da noi professate) della ricostruzione offertaci dal giovane studioso: sarebbe, questa, un'impresa fin troppo facile per qualsiasi recensore nei confronti di qualunque autore che, come il nostro, avesse scelto quale campo di indagine un tema di storia "costituzionale" tanto risalente e per il quale il ricorso alla congettura è pressoché inevitabile.

Persuaso come sono che l'opera scientifica debba essere valutata, per così dire, dal suo "interno", né essere raffrontata con modelli prefissati ma solo con sé stessa, spero di riuscire a spogliarmi quanto più possibile dei miei convincenti in materia e mi accingo a riferire del lavoro di Giuseppe Valditara.

2. - Dopo una sobria e chiara premessa (p. IX-XII), nella quale l'a. illustra nelle sue grandi linee il contenuto del volume, nel Capitolo I [La tradizione antica sull'età regia (Fonti e attendibilità), p. 1-39] viene affrontato il problema della credibilità delle notizie annalistiche relative al periodo storico che maggiormente interessa: l'età regia, in particolare quella della monarchia etrusca.

La trattazione annalistica dell'epoca regia è, scrive V., singolarmente ampia; ma è anche nella sua sostanza attendibile ovvero, come ad esempio

vuole Alfoldi, essa è in gran parte frutto della personale elaborazione di Fabio Pittore? V. rifiuta, ed è in ottima compagnia, la seconda alternativa, ma ciò non lo porta frettolosamente a concedere incondizionata fiducia alla narrazione annalistica relativa al periodo regio. Se non furono i più antichi annalisti (e Fabio in particolare) ad inventare le notizie trasmesse fino a noi, di quale materiale essi disponevano? E' certo che, sia del periodo delle origini, sia di quello successivo, ebbero ad occuparsi storici greci i quali, a propria volta e con ogni probabilità, potevano vantare "ampia conoscenza di tradizioni locali romane e latine (ma anche etrusche)" (così Gabba, citato da V.): dunque, e senza oviamente escludere che le notizie abbiano potuto subire, nel corso della loro trasmissione, qualche ritocco, l'origine di questo materiale le rende sostanzialmente affidabili (ciò è vero soprattutto per l'epoca della monarchia etrusca, nonché per quella che inizia con la metà del IV secolo, periodi in cui i rapporti fra Roma e la Grecia furono più stretti; la riscontrata scarsità di notizie annalistiche per il primo secolo e mezzo della repubblica sarebbe dovuta al sostanziale disinteresse che la Grecia ed i suoi storiografi avrebbero nutrito per una Roma uscita dalle grandi correnti di traffico ed in preda alla cosiddetta "crisi del V secolo").

Se non dagli *Annales Maximi*, che nella parte concernente l'epoca regia sarebbero una ricostruzione abbastanza tarda e che in ogni caso andarono perduti a causa dell'incendio gallico, gli antichi annalisti ebbero la possibilità di attingere notizie ad altri documenti che si salvarono, o vennero salvati, dalla catastrofe, nonché a tradizioni orali le quali, con tutte le cautele che queste conclusioni richiedono, possono aver contenuto frammenti di informazioni genuine.

Ebbene, anche se non è da escludere l'eventualità che su questo materiale siano intervenuti gli annalisti ed abbiano operato falsificazioni a scopo politico - ideologico, nota saggiamente V. che è sempre necessario, prima di dichiarare inattendibile una notizia tramandataci, "riuscire a dimostrare quali fossero le esigenze che avrebbero sollecitato" la falsificazione; ove la dimostrazione non riuscisse, "la notizia delle fonti andrà considerata come un elemento da utilizzare per ulteriori valutazioni" (p. 22). E ciò anche in considerazione del fatto che scoperte archeologiche più o meno recenti stanno fornendo della storicità di fatti e personaggi importanti conferme.

Dopo questo quadro generale delle nostre fonti e della loro credibilità, V. si sofferma più specificamente sui due autori le cui opere forniscono la quasi totalità del materiale sul quale indagare: Livio e Dionigi di Alicarnasso.

Rapido e piuttosto duro (ma lo condivido pienamente) è il giudizio sul primo: è la stessa modestia di storico nonché la stretta dipendenza dalle sue fonti che rendono l'autore patavino utilizzabile con sufficiente tranquillità; egli, anche quando è costretto a spiegare, a sé ed ai suoi lettori,

punti oscuri e controversi delle fonti utilizzate, lo fa solitamente in adesione ad opinioni già manifestate e riduce di conseguenza al minimo (per nostra buona sorte, aggiungerei) il proprio apporto personale di studioso. Ma, il più delle volte (ed anche per gli specifici e confessati fini della sua spera), egli non si spinge oltre la superficie dei fenomeni considerati.

Più cauto deve essere il giudizio su Dionigi, la cui Storia è assai più ricca di particolari rispetto a quella liviana (e, a detta dello stesso autore greco, anche rispetto a quelle di altri autori). Ebbene, se è indubitabile che l'impostazione retorico – drammatica dell'opera, le sue finalità (dimostrare la grecità di Roma contestando l'influsso etrusco) e la sua destinazione (al lettore greco, circostanza che suggerisce a Dionigi paragoni e paralleli spesso discutibili) non invitano sempre alla fiducia nelle notizie in essa contenute, pure (ed in questo senso conclude V.) la serietà di studioso dell'autore, pur se da lui enfaticizzata, è garanzia sufficiente perché il ricercatore moderno lo metta largamente a profitto. La conclusione mi trova consenziente: penso, anzi, che ancora non breve tratto si debba percorrere sulla via che porta ad una piena e sostanziale valorizzazione dello storico greco.

3. – Nei Capitoli II (Il ruolo di Servio Tullio alla corte di Tarquinio *Prisco*, p. 41-71) e III (Valutazione della tradizione etrusca su Macstrna, p. 73-136) V. si occupa della figura di Servio Tullio rispettivamente nelle fonti latine ed in quelle etrusche. In essi l'a. cerca di dare contorni più precisi (o meno evanescenti) alla figura del grande re mettendo a profitto tutte le testimonianze disponibili.

La tradizione latina, assai incerta sulla persona e l'origine del padre di Servio, ed oscillante pure per quanto concerne la persona della madre, è invece singolarmente quasi unanime nel qualificare Servio Tullio come *servus regis*. Se a ciò si aggiunge che tale versione appare essere assai antica (nota già a Fabio Pittore risalirebbe quindi a prima della metà del III secolo a.C.), essa ha buone probabilità – ed in tal senso conclude V. – di essere in qualche misura fededegna. Poiché non sembra attendibile l'opinione che il nome *Servius* sia di origine etrusca (valga per tutte la testimonianza dell'imperatore Claudio, il quale nella sua celebre orazione sottolineava come solo dopo il suo arrivo a Roma Mastarna mutò il proprio nome in *Servius* – p. 52), il nome del sesto re pare derivare dal sostantivo *servus* e denotare perciò, in pieno accordo con la tradizione, una (almeno temporanea) condizione servile del suo portatore.

Tali considerazioni, e molte altre che sarebbe troppo lungo riportare, fanno concludere a V. che *Servius* fu effettivamente il nome del sesto re di Roma; che tale nome era di origine latina; che il nome denotava la condizione personale di chi lo aveva portato.

Persuaso della natura ipotetica della conclusione, e malgrado essa contraddica alla tradizione che vuole Servio nato da madre schiava (per taluni

però manomessa prima della nascita del futuro re), V. pensa a Servio come ad un prigioniero di guerra, sollevato ad opera dell'annalistica da questa onta con l'attribuzione di una madre schiava. Né contrasta con lo status servile di Servio Tullio la circostanza che egli, alla corte di Tarquinio Prisco, abbia poi svolto un ruolo di grande importanza: proprio il re etrusco, invero, a causa delle alte qualità – soprattutto militari – del prigioniero, potrebbe averlo liberato e legato a sé, così come ebbe a fare, secondo una notizia di Dionigi (7.7.4), Aristodemo di Cuma, vincitore degli Etruschi ad Aricia, con alcuni prigionieri (p. 62). Il legame fra Tarquinio Prisco e Servio appare infatti, nella testimonianza delle fonti, essere stato assai forte, tanto che, negli ultimi anni di regno del primo, Servio tende a sostituirlo non solo nella conduzione delle operazioni militari, ma anche nel governo della città. Ciò, afferma V., può ben avere sollevato malumori in Roma e generato sommosse (le fonti ne ricordano due) contro Tarquinio, ma soprattutto contro Servio. Anzi, suppone V., non è da escludere che la prima di queste sommosse sia stata soffocata proprio grazie all'intervento dei Vibenna, futuri alleati del nuovo re. Più che gli eredi di Marcio desiderosi di vendicarsi, sarebbero stati elementi gentilizi, probabilmente alleati a membri della gens Tarquinia o alla stessa gens appartenenti, che male avrebbero tollerato il potere di Servio e che non avrebbero gradito la sua politica contraria alle città di Veio e di Cere, a fomentare una seconda ribellione contro Tarquinio Prisco, coronata, questa, dal successo. Né può escludersi, secondo V., che questa ribellione, oltre alla morte del vecchio sovrano, abbia altresì causato – pure se per breve periodo – l'esilio di Servio il quale solo con la forza e con il determinante aiuto dei Vibenna sarebbe riuscito a riprendere il controllo della città.

Dunque, al termine di questo secondo capitolo dedicato all'analisi della tradizione romana relativa a Servio Tullio (e prima di passare all'esame di quella etrusca su *Macstrna-Servio*), V. opportunamente riassume in questi termini il non breve discorso: "Probabile prigioniero di guerra, Servio Tullio appare poi come un fedele subordinato di Tarquinio, particolarmente famoso come guerriero, giungendo anche a ricoprire le importanti cariche di comandante della cavalleria e della fanteria oplitica romana. Al trono perviene attraverso un periodo di torbidi, che lo vedono contrapposto a consistenti gruppi gentilizi, e forse ad alcuni congiunti del re defunto" (p. 71).

Il punto di passaggio fra le testimonianze romane e quelle etrusche su Servio è costituito dalla celebre orazione di Claudio tenuta nel 48 d.C. nella quale il dotto imperatore riferiva come Servio Tullio, *Caeli quondam Vibennae sodalis fidelissimus*, venne sconfitto e, con quanto restava dell'esercito del suo comandante, *montem Caelium* occupavit... mutatoque nomine, nam tusce *Mastarna* ei nomen erat, si diede il nome di Servio e si impadronì del regno. La menzione congiunta di Cele Vibenna e di Mastarna porta V. ad interessarsi dei celebri affreschi della tomba François di Vulci,

ove compaiono i medesimi personaggi, associati, tra gli altri, ad un Cneve Tarchunies Rumach.

V. dedica agli affreschi in parola (più precisamente alle figure dipinte nella stanza centrale della tomba e snodantisi "alla destra della porta che immette nella stanza di fondo comunemente identificata come VII)" (p. 75) un esame minuzioso (che è tuttavia consigliabile – per chi non abbia del complesso pittorico un ricordo molto preciso – seguire tenendo sotto gli occhi una loro riproduzione), al termine del quale, respinte vecchie e recenti obiezioni, conclude per la sostanziale unitarietà del ciclo: esso si aprirebbe dunque con Marce Camitlnas che uccide (o si appresta ad uccidere) Cneve Tarchunies Rumach, proseguirebbe raffigurando tre eroi vulcenti che uccidono tre seguaci di Cneve, per concludersi con *Macstrna* che libera dai lacci che lo tengono avvinto Caile Vipinas (verosimilmente fratello di Aule *Vipinas*, uno dei tre guerrieri vulcenti prima raffigurati). Unitarietà storica, specifica V., non necessariamente cronologica: le tre scene, in altre parole, anche se potrebbero raffigurare episodi non svoltisi contemporaneamente, ma in successione cronologica, sembrano tuttavia appartenere ad un medesimo episodio.

Ma, una volta affermata l'unitarietà del racconto che ha per protagonisti i fratelli Vibenna, Tarquinio e Mastarna, immediatamente si pone il quesito circa la storicità del personaggi. V. difende, contro opposte opinioni, la soluzione affermativa, che sembra altresì confermata da testimonianze letterarie (Tac. *ann.* 4.65 e Fest. *s.v.* Tuscum vicum, 486 L.) ed archeologiche (p. 90 ss.), che danno spessore e concretezza storica alle figure dei Vibenna e di Mastarna.

E tuttavia, come è chiaro, il problema più importante da risolvere al fine di poterci **avvalere** della testimonianza pittorica vulcente è quello di stabilire se il Macstrna etrusco possa o meno essere identificato col il latino Servio Tullio, così come ha affermato nella sua orazione l'imperatore Claudio. E' quanto si chiede V. a partire da p. 92.

Contro quanti hanno negato l'identità fra Servio e Mastarna (magari preferendo identificare quest'ultimo con Porsenna) (p. 93-96), V. difende la competenza scientifica dell'imperatore Claudio (p. 96), respinge l'ipotesi che l'identificazione sia opera di storiografi etruschi repubblicani (p. 99), nonché quella che Macstrna nulla abbia a che fare con Servio ma semplicemente designi la carica di magister di un ignoto personaggio (p. 100) e nega infine che autore dell'identificazione Servio-Mastarna possa essere stato Fabio Pittore o altro annalista romano: lequiparazione fra il sesto re di Roma ed il personaggio effigiato nella tomba François, conclude V. (p. 103), è nota ad una risalente tradizione etrusca.

Ma questa tradizione etrusca, che conosce un Mastarna-Servio, affiancato dai fratelli Vibenna, schierato contro Tarquinio, è allora in contrasto insanabile con quella romana? V. lo nega, sostenendo anzi

la complementarità e la reciproca integrazione delle due tradizioni, le differenze che le connotano essendo meramente apparenti (p. 106).

Nel dipinto della tomba vulcente quanto “ostacola” maggiormente l'idea dell'identificazione fra Servio e Mastarna è il vedervi raffigurati Mastarna e i fratelli Vibenna mentre lottano contro un Tarquinio, laddove la tradizione romana non conosce fratture (neppure temporanee) fra il quinto re ed il suo successore e gli stessi Vibenna sembrano essere intervenuti a sostegno sì di Servio, ma anche del monarca etrusco. Ma non v'è contraddizione. Il fatto è, spiega V., che il Cneve Tarchunies *Rumach* non è (come rende palese il *praenomen*) da identificare con Lucio Tarquinio, il quinto re di Roma, sibbene con uno degli appartenenti alla sua stirpe che, come sopra rilevato, mal tollerando la sua politica ostile verso talune città etrusche ed invidioso del ruolo di preminenza che Servio-Mastarna aveva ormai assunto alla corte del re, aveva ordito un complotto per sbarazzarsi di entrambi. Perciò, una volta morto Tarquinio Prisco, Servio si trovò solo ad affrontare la stessa minaccia e fu costretto a cercare l'alleanza dei condottieri vulcenti, ai quali peraltro doveva già essere noto per le sue imprese militari e che già in precedenza erano intervenuti in appoggio suo e di Tarquinio Prisco. Con il loro aiuto gli riuscì di conquistare quel regno cui il quinto re lo aveva predestinato e che gli era invece contestato da altri Tarquini. Che poi il Mastarna delle tradizioni etrusche non sia noto con questo nome a Roma non depone – continua V. – per la diversità dei due personaggi; a Roma, più che per la carica di *magister-macstrna* (che non doveva caratterizzare il personaggio così fortemente come avveniva in Etruria), doveva porsi l'accento sul nome Servius, che lo latinizzava e lo poneva in forte dipendenza del quinto re (era *servus regis*), mentre il nome *Tullius* (da Servio verosimilmente aggiunto) era forse destinato a stabilire legami con un monarca caro all'aristocrazia gentilizia, il consenso della quale egli cercava: Tullo Ostilio.

In sintesi: le tradizioni etrusca e latina non considererebbero Mastarna e Servio personaggi diversi: esse semplicemente accentuerebbero taluni aspetti dell'attività del personaggio, mentre ne oscurerebbero altri. Comprensibile risulterebbe così che la tradizione etrusca conoscesse (e celebrasse) il condottiero amico dei fratelli Vibenna che aveva sconfitto eserciti e famosi personaggi romani (vedi tomba François). Altrettanto comprensibile sarebbe però che, da parte romana, questa attività di Mastarna-Servio fosse lasciata nell'ombra (anche forse solo per ignoranza, ma più verosimilmente perché non tornava a gloria dell'Urbe che il suo sesto re, l'amatissimo Servio, si fosse impossessato del regno con il determinante aiuto di soldati vulcenti) e si preferisse accentuare quella parte dell'attività di Servio che lo poneva nel solco della tradizione nazionale (servo, amico e successore del giusto Tarquinio Prisco) (p. 116).

Così spiegate e conciliate le tradizioni etrusca e romana su Mastarna-Servio, V. passa alla considerazione di un punto certo non secondario e

che solo per esigenze di chiarezza nell'esposizione era stato fino ad ora accantonato: Mastarna, il nome con cui Servio è noto in ambiente etrusco, deriva veramente dal termine latino magister (p. 116)? Rilevato che, dei personaggi effigiati nella scena considerata della tomba François, *Macstrna* è, insieme a Rasce, il solo a non essere indicato con la "formula onomastica bimembre", V. aderisce all'idea di Mazzarino secondo la quale, se i due personaggi non erano conosciuti per la gente di appartenenza, il loro appellativo era "un attributo adottato a nome proprio ed usato in funzione antonomastica". Che poi *Macstrna* suonasse originariamente macister (unito al suffisso *na*) sarebbe reso probabile dal fenomeno (proprio degli inizi del V secolo a.C.) della caduta nelle parole etrusche delle vocali brevi interne non in prima sillaba (cito V., che a propria volta segue Rix). In macster sarebbe per sincope caduta altresì la *i*; restituendo pertanto a *macstr* (privo del suffisso *na*) la *i*, precedente il gruppo *st*, e la *e*, vocale breve interna non in prima sillaba, si ottiene macister (la cui somiglianza con magister è di tutta evidenza), che doveva essere il titolo-nome con cui si designava Servio in Etruria.

E tuttavia, continua V. (p. 123), è proprio il suffisso *-na* (unito alla circostanza che Mastarna non porti il gentilizio) che crea difficoltà: è stato infatti sostenuto che questa mancanza denoterebbe bassa condizione sociale del personaggio che lo porta, mentre il suffisso *-na* starebbe ad indicare addirittura appartenenza (così Pallottino, citato da V.). Mastarna sarebbe allora, secondo questa interpretazione, non il magister, ma l'appartenente al magister etrusco Cele Vibenna. Anche la tradizione etrusca, quindi (e non soltanto quella romana), conoscerebbe Servio come servo. Ribatte V.: l'assenza del gentilizio non sta nel mondo etrusco (a differenza da quello romano) ad indicare una bassa condizione sociale; di più, il suffisso *-na*, che originariamente nel mondo etrusco significava effettivamente rapporto di filiazione e quindi di appartenenza, muta successivamente il proprio significato, passando prima a designare l'appartenenza di un soggetto ad un gruppo gentilizio, e successivamente divenendo un'aggiunta automatica ad un nome, senza designare una reale ed effettiva appartenenza ad una *gens*. Ma, a parte questi rilievi linguistici, v'è da dire (e l'argomentazione sembra senz'altro assai centrata) che è lo stesso pittore della tomba François che esclude recisamente la condizione servile di *Macstrna*, raffigurandolo in atteggiamento eroico che mal si adatta ad un "appartenente al magister". Questi, ed altri argomenti che V. adduce (p. 130 ss.) portano a ritenere sommamente improbabile l'ipotesi che con Mastarna ci si trovi di fronte, anziché al celebre e potente magister romano, ad un servo di Cele Vibenna.

4. – Il Capitolo IV (*Gli ἡγεμόνες τῶν πεζῶν* e *τῶν ἱππέων* e gli altri ausiliari militari del re etrusco, p. 137-175) è dedicato all'individuazione delle figure di magister populi e di *magister equitum* (ma soprattutto della prima)

come ausiliari del re e comandanti in grado unico rispettivamente della fanteria e della cavalleria. Impresa non agevole, questa, dal momento che l'annalistica romana aveva perduto la memoria di questi ausiliari, essendo per essa impensabile che non fosse lo stesso re a guidare le proprie truppe in battaglia contro i nemici. Eppure, nota V., le nostre fonti di questi ausiliari hanno conservato una tenue ma precisa memoria; ed è pure evidente l'imbarazzo di Dionigi che, ad indicare i comandanti della cavalleria e della fanteria in battaglie combattute sotto Anco Marcio e Tarquinio Prisco, fa uso delle generiche espressioni ἡγεμῶν τῶν ἱππέων e ἡγεμῶν τῶν πεζῶν, e non fa mai ricorso a locuzioni tecniche, indicanti una carica a lui nota.

Ragiona V.: se i dipinti della tomba François rendono verosimile che Mastarna e Servio siano lo stesso personaggio diversamente indicato e se quindi Mastarna era la denominazione etrusca di Servio, tutto lascia pensare che Servio (la cui attività militare è ampiamente riportata dall'annalistica) fosse un magister. Questo è termine di origine latina, ma il cui uso è ignoto nelle città latine ed è testimoniato (sia pure in epoca più tarda di quella serviana) solo a Roma. L'origine del termine, allora, dovrebbe essere più propriamente romana, precedere l'assai tardo uso etrusco e, con ogni verosimiglianza (e sono sempre i dipinti della tomba François a consentire la deduzione), essere usato a Roma già nel VI secolo a.C. Del che, afferma V., esisterebbero conferme (p. 139).

Nel capitolo 4 del libro 3 Dionigi afferma che Servio era stato in diverse occasioni ἡγεμῶν τῶν ἱππέων e ἡγεμῶν τῶν πεζῶν di Tarquinio Prisco. A quali cariche romane allude lo storico greco? Se, ci dice V. – che in questo come in molti altri luoghi lodevolmente avverte il lettore verso quali conclusioni intende indirizzare il proprio ragionamento – si potesse affermare che in queste espressioni "si dovesse riconoscere... il ricordo dei latini *magister equitum* e *magister populi*" si acquisirebbe conferma che, già in età regia, esisteva una figura di ausiliare del rex chiamato magister e, su questa base, si potrebbero altresì precisare i suoi compiti e le sue funzioni.

Notato quindi che, mentre l'espressione ἡγεμῶν τῶν ἱππέων si ritrova letteralmente in Dionigi, non altrettanto può dirsi per quella (ai nostri fini assai più importante) di ἡγεμῶν τῶν πεζῶν, V. rileva che il contesto e la correlazione fra ἡγεμῶν τῶν ἱππέων e l'espressione allusiva alla carica di comandante dei fanti in Dion.Ha1.4.3.2 consentono di concludere che anche a quest'ultimo possa essere estesa la qualifica di ἡγεμῶν. Con l'a. (p. 140), penso anch'io che la cosa possa essere ammessa senza soverchie difficoltà.

Ora, vi sono molteplici argomenti per affermare che l'ἡγεμῶν τῶν ἱππέων era unico (p. 140-2); lo stesso deve concludersi per l'ἡγεμῶν τῶν πεζῶν, che "sembra alludere ad un ruolo di comandante in capo" (p. 142) (anche se mi pare piuttosto debole l'argomento desunto da Dion.Hal.4.85.3, se-

condo il quale, allorché il Superbo dovette rientrare a Roma per cercare di soffocare l'insurrezione causata dall'oltraggio a Lucrezia, lasciò al comando del proprio esercito due ὑπαρχοι, "evidentemente preposti uno alla fanteria, l'altro alla cavalleria" – p. 143). Perché poi Dionigi usi, ad indicare due magistri, la generica espressione di ἡγεμόνες (o, nel caso sopra citato, di ὑπαρχοι) è da V. spiegato col fatto che, della carica di magister populi-ausiliare del rex, si era nell'annalistica perduto il ricordo, laddove si era conservata memoria di ausiliari in grado unico del monarca, ai quali peraltro non si sapeva che nome dare: gli annalisti (e Dionigi con loro) si videro così costretti a fare uso di espressioni generiche (ἡγεμόνες) e, per converso, ad evitare con cura espressioni più tecniche, che tuttavia designavano diverse realtà (χιλίαρχος, τριβοῦνος, ἐκατόνταρχος). Ma, e in tal senso conclude V., pur nella loro genericità le espressioni ἡγεμῶν τῶν πεζῶν – ἡγεμῶν τῶν ἱππέων sembrano alludere alla coppia magister populi – magister equitum e non, rispettivamente, ad uno dei *tribuni militum* e dei tribuni *celerum* (p. 151-173). Tali magistri erano ausiliari del rex, resi necessari dall'adozione della tattica di combattimento oplitica; né vi sono argomenti per affermare (ma, anzi, tutto lascia pensare il contrario) che il magister equitum abbia cronologicamente preceduto il magister populi (p. 173-5; alla riga 3 del quarto capoverso di p. 175 deve leggersi magister equitum in luogo di magisterpopuli. Si tratta di uno dei pochi errori di un libro assai accurato).

5. – Il Capitolo V (La risalenza cronologica del magister populi tra critica storica e *fonti* antiche, p. 177-199) funge, per così dire, da cerniera fra la prima e la seconda parte dell'indagine: prima di passare alla parte più propriamente ricostruttiva della ricerca, V. confronta la propria ipotesi con quella degli studiosi che l'hanno preceduto e passa in rassegna gli scarsi accenni delle fonti alla figura del magister.

Così sono prese in considerazione le opinioni di quanti considerano di origine repubblicana la figura del magister, intendendola come quella di un magistrato che, titolare di un comando unico, avviava agli inconvenienti del regime consolare e costituiva pertanto un precursore del dittatore; di coloro che, sempre considerandolo di origine repubblicana, hanno scorto nel magister un magistrato ordinario (anzi, il primo magistrato ordinario) che si sarebbe, in prosieguo di tempo, trasformato nella coppia consolare; altri ancora l'hanno identificato col dictator della lega latina. Contro queste (ed altre) opinioni, accomunate nel collocare nella prima repubblica l'origine del magister populi, si pronuncia V.: esse non sembrano tenere conto del fatto che la tattica oplitica, come ora si ritiene, venne introdotta in Roma già nel VI secolo a.C. e che questa tattica, comportando una profonda ristrutturazione dell'esercito, "necessitava" di un comandante ordinario in unico grado, quale poteva essere solo il magister populi, ausiliare del rex, coadiuvato dal magister equitum.

Le fonti annalistiche, che non parlano del *magister*, sembrano, col loro silenzio, avallare l'idea di una sua alta antichità, tale che molto per tempo il suo ricordo si sarebbe cancellato dalle fonti e dalla memoria degli storici. Solo fonti antiquarie, invero, alludono al *magister populi* e tra esse un posto di primo piano, per antichità ed autorità, spetta a Cic. *rep.* 1.40.63, importante perché testimonia come notizia del *magister populi* fosse contenuta in un documento sacerdotale fededegno quale i libri *augurum*, che Cicerone, augure dal 53 a.C., ben poteva (e doveva) conoscere mentre attendeva alla redazione del *de re publica*. E la circostanza pare confermata da Varrone che, per quanto conoscesse assai bene l'opera ciceroniana ed abbia pubblicato il quinto libro del *de lingua latina* (ove, al par.82, si parla del *magister populi*) quando questa era già di pubblico dominio, sembra essere da essa indipendente ed avere attinto di prima mano la notizia anch'egli da fonti antiquarie.

A questo punto V. considera sufficientemente provata l'origine regia del *magister populi*. Su questa base può affrontare la *pars construens* della sua indagine.

6. – Il contenuto del Capitolo VI (Le funzioni del *magister populi*: definizione del concetto arcaico di *populus*, p. 201-232) è efficacemente riassunto nel primo, brevissimo paragrafo dello stesso: V. si propone (una volta resa verosimile l'origine regia del *magister*) di "cercare di chiarire quali funzioni avesse questa figura e quindi (di) tentare di precisare in quale circostanza storica sia stata verosimilmente introdotta, quale fosse la natura del suo potere, se si trattasse di un semplice ausiliare o invece di una particolare terminologia usata per indicare lo stesso rex, se fosse nominata per fronteggiare situazioni eccezionali o se invece avesse un carattere stabile" (p. 201). Come si vede, un piano ordinato, nitido, esauriente, che l'a. passa immediatamente a svolgere. O, almeno, questo si attenderebbe il lettore, soprattutto in considerazione del titolo stesso del capitolo. Tuttavia, almeno così mi è parso, delle "funzioni del *magister populi*" in questa sede non si parla se non in modo assai generico, mentre (questo sì) l'a. analizza in modo diffuso il concetto arcaico di *populus*. In realtà (e lo si comprende progredendo nella lettura), V. esamina in questo capitolo il concetto di *populus* allo scopo di concludere che le funzioni del *magister populi* erano di natura esclusivamente militare: forse l'aggiunta di questo aggettivo nel titolo del capitolo non sarebbe stata superflua.

Nel Capitolo VI, dunque, viene presa in considerazione l'espressione *magister populi* dal punto di vista etimologico.

Magister pare derivare da *magis*, e quindi da *maior*; la parola richiama perciò immediatamente un'idea di comparazione o, per meglio dire, di relatività; la sfera di competenza del *magister* (*maior*, ma non *maximus*) viene infatti specificata dal genitivo del sostantivo che lo accompagna. Il *magister* non avrebbe dunque, come invece il *dictator*, un *imperium sum-*

mum, ma vanterebbe "una posizione di preminenza ridotta ad una parte soltanto della comunità" (p. 203), atteggiandosi come "il membro di un gruppo cui è affidato temporaneamente un determinato potere limitato ai membri di esso" (p. 203). Tale carica (ed è la conclusione di V.), per la propria competenza limitata, pare presupporre sopra di sé una figura più potente e di competenza illimitata, quale il *rex*.

Molto più ampio (p. 203-232) rispetto a quello di *magister*, è l'esame del sostantivo *populus*, di cui V., respinte alcune opinioni discordi e, se male non vedo, nettamente minoritarie, riafferma l'originario significato militare; più specificamente *populus* indicherebbe, più che l'*exercitus* nel suo complesso (comprensivo cioè anche della cavalleria), la sola fanteria oplitica. L'affermazione (di importanza capitale nell'economia di tutta l'indagine) è dall'a. sostenuta con una serie di considerazioni vuoi di ordine storico, vuoi di ordine testuale. Fra le prime è certo impressionante l'argomento costituito dal divieto fatto al dittatore (in origine al *magister populi*) di montare a cavallo, divieto che presuppone una netta separazione fra i comandi della fanteria e della cavalleria, nonché quello costituito dall'obbligo del *dictator* (in origine del *magister populi*) di nominarsi un collaboratore nella persona del *magister equitum*, che porta alla medesima conclusione. Fra le seconde un particolare peso sembra avere la frase *pube praesenti* in *contione*, omni poplo di Plaut. Pseud.126, con cui il *commediografo* pare citare un detto popolare (e quindi allusivo ad una situazione assai più antica dell'epoca plautina) secondo il quale il popolo è riunito in assemblea allorché è riunita la *pubes*, vale a dire gli *iuniores* (e quindi i fanti, ché la distinzione fra *iuniores* e *seniores* vale solo per la fanteria) del comizio centuriato (p. 224). Alle medesime conclusioni (cioè che *populus* designasse la sola fanteria) si giunge, secondo V., analizzando il significato di poplo (*populus*) nelle *tabulae Iguvinae*. Il suo significato militare risulterebbe dalla sua contrapposizione a *tota* (p. 225-228), mentre per altra via (della quale non mi pare opportuno riferire in questa sede: la si veda a p. 229-232) si ricava la sua limitazione alla fanteria oplitica.

7. - Se la natura esclusivamente militare dei compiti del *magister populi* è stata affermata nel Capitolo VI "in positivo" (mettendo in luce l'originaria valenza militare del sostantivo *populus*), nel successivo Capitolo VII (Il problema del *praefectus urbi* quale ausiliare del re etrusco, p. 233-250) V. nega al *magister* altre competenze diverse da quelle militari, in quanto le funzioni civili spetterebbero ad altro collaboratore del *rex*, appunto il *praefectus urbi*.

V. difende, contro opposte opinioni, l'alta antichità e la stessa origine regia della carica, testimoniata dalle fonti e della quale le fonti non avrebbero avuto alcun motivo per negare l'origine repubblicana, ricollegandola alla figura non certo amata del Superbo. Il che non significa tuttavia dire - precisa V. - che, già in epoca regia, quella di *praefectus urbi* fosse una figu-

ra "istituzionalizzata". Può ben essere che, sotto la monarchia etrusca, essa fosse la figura di un collaboratore scelto fra i parenti o gli uomini di fiducia del rex, esterno, per così dire, alla "costituzione" monarchica ma non per questo meno indispensabile allorché, in particolare, il rex abbandonava la città per guidare l'esercito contro i nemici. D'altro canto, l'alta risalenza del praefectus urbi è resa probabile dalla totale estraneità di comizi e senato alla sua nomina, rimessa invece esclusivamente alla discrezionalità del titolare del *summum imperium* (p. 245).

Quali poi fossero le funzioni del praefectus urbi in epoca monarchica può essere solamente supposto: verosimilmente egli sostituiva il rex (assente) nei compiti di reddere ius, di sorvegliare la città, di difenderla con armati non appartenenti all'esercito (e quindi giovani non ancora in età per far parte dell'armata) ed anziani. Ma, in definitiva (sembra concludere V.), i compiti del praefectus urbi non erano né potevano essere predeterminati o predeterminabili: tutto quanto il rex avrebbe potuto compiere in materia civile se presente in Roma, questo poteva compiere il praefectus, che in tal modo escludeva qualsiasi altro personaggio (e, nella fattispecie, il *magister populi*) dal compimento di attività non strettamente militari.

8. – Dunque [e siamo al Capitolo VIII (L'oplitismo ed i caratteri della carica di *magister*, p. 251-277)] V. ha concluso nei capitoli precedenti che il *magister populi* era un ausiliare del rex che comandava la fanteria oplitica, la *classis clipeata*. Si tratta ora (e ciò costituisce l'oggetto del presente capitolo) di esaminare quando e come si introdusse a Roma la tattica oplitica di combattimento, circostanza che dovrebbe avere determinato la nascita di questo ausiliare del rex.

Terminus post quem dell'introduzione del *magister populi* (e, nel contempo, dell'introduzione della tattica oplitica) è costituito dall'abbandono del modo di combattere "gentilizio", nel quale l'esercito era formato da tre migliaia di uomini, ciascuna comandata da un tribunus, ciascuna espressione di una tribù genetica. Lo stesso modo di combattere di questo esercito, piuttosto frammentato e libero da schemi rigidi, non necessitava di un comandante particolare diverso dal rex: la figura del monarca era infatti sufficiente per dare all'esercito pre-oplitico quel tanto di unità che esso richiedeva.

Ma, originario dalla Grecia e dalla Grecia passato in Etruria, l'oplitismo divenne noto a Roma e la tattica di combattimento oplitica venne adottata anche dagli eserciti dell'Urbe. In quale epoca questo avvenne? Poiché, ragiona V. (p. 253), "l'esercito centuriato viene considerato come l'esercito oplitico per eccellenza", poiché sembra altresì altamente verosimile che la riforma centuriata sia opera di Servio Tullio (p. 254), poiché questo re, noto come Mastarna in ambiente etrusco, aveva combattuto al fianco dei Vibenna ed era quindi esperto di cose militari etrusche e particolarmente vulcenti, sembra agevole concludere che proprio con i re etru-

schì di Roma sia stata adottata la tattica falangitica. Se non proprio con lo stesso Servio, opina V., probabilmente col suo predecessore Tarquinio Prisco si introdussero in Roma "i primi rudimenti di questo nuovo modo di combattere" (p. 255). Servio Tullio l'avrebbe appreso dal re Tarquinio e, una volta assimilato, ne avrebbe fatto la base della riforma centuriata. Che la falange oplitica fosse comandata dal *magister populi* si desumerebbe altresì dal termine di sei mesi di durata in carica del *dictator* (che al *magister* succederà in epoca repubblicana), semestre che cade nel periodo tardo primaverile, estivo e primo autunnale, il che è a dire nel lasso di tempo in cui, in antico, le condizioni climatiche consentivano lo svolgimento di operazioni militari di fanteria. All'osservazione fa riscontro la testimonianza di Plut. *Fab.*4.1, onde si evince come il *magister populi-dictator* fosse strettamente legato alla fanteria ed alla stessa legato dovesse continuare a restare anche durante lo svolgimento della battaglia, ad evitare lo sfaldamento della formazione, circostanza che avrebbe reso straordinariamente vulnerabile la falange (p. 260). Questa trovava infatti nella compattezza dei ranghi e nella simultaneità dei movimenti dei soldati la ragione della propria forza, onde si comprende come fosse considerato comportamento passibile della morte l'abbandono dei ranghi da parte di un soldato, comportamento che poneva in crisi tutto l'assetto dello schieramento falangitico; e del pàrì si intuisce come il *magister populi* non potesse lasciare la propria posizione di guida alla testa della falange, pena lo sbandamento dei soldati abbandonati a sé stessi (p. 264).

Lo stretto legame fra comandante e falange e l'imprescindibile presenza del primo alla testa della seconda inducono V. a respingere (p. 264 s.) l'ipotesi che il *magister equitum* potesse essere, in epoca regia, un collaboratore straordinario ed occasionale del *rex*, la cui nomina si sarebbe resa necessaria qualora, per motivi contingenti, il *rex* non potesse comandare personalmente la falange; ipotesi che, a propria volta, presuppone che il *rex* stesso fosse l'ordinario *magister populi*. Nulla, afferma V., depone a favore di questa eventualità, mentre più di un argomento sembra smentirla (p. 266 ss.).

Anche per altra via, comunque, può essere resa verosimile l'idea che la carica di *magister* avesse carattere di stabilità: erano infatti, sottolinea V., l'alta specializzazione dell'esercito oplitico e le conseguenti intense esercitazioni necessarie per acquisirla che postulavano l'esistenza di un comandante stabile e professionalmente capace, verosimilmente proveniente da un ceto che faceva della guerra la propria esclusiva attività. Il richiamo ai *sodales* di Cele Vibenna e Mastarna, nonché a quelli di *Poplios Valesios* del *lapis Satricanus* diviene a questo punto necessario ed irresistibile. Chi ricordi quanto ho scritto in *Plebe Genti Esercito* (Milano 1987) comprenderà come volentieri sottoscrivo queste affermazioni.

fosse "semplicemente un ausiliare militare del rex, normalmente ordinario, nominato direttamente dal monarca con lo specifico compito di comandare la falange oplitica" (p. 279), V. passa a confutare nel Capitolo IX (Ancora sulla condizione giuridica del *magister populi* pre-repubblicano; nomina e poteri, p. 279-305) diverse teorie circa il *magister*, e segnatamente quella secondo la quale il titolo di *magister populi* sarebbe stato assunto dagli stessi governanti etruschi ed avrebbe segnato il passaggio fra la prima monarchia (quella cosiddetta latino-sabina) e la repubblica. Secondo questa teoria il *magister populi*, espressione della classe oplitica, avrebbe cumulado in sé sia i poteri militari sia quelli politici.

Questa costruzione, nota V., non è in modo alcuno sorretta dalle fonti, che non serbano il ricordo del *magister* come capo di uno stato prerepubblicano: la tradizione è invece salda ed unanime nell'indicare i due Tarquini e Servio come monarchi e nel sottolineare che solo prima di divenire tali alcuni di loro ricoprirono la carica di *magister-ἡγεμῶν* del predecessore. Di più (e l'affermazione mi sembra senz'altro calzante), se i dominatori etruschi non avessero governato col titolo di rex, non si spiegherebbero l'odio ed il disprezzo che accompagnano nella cultura repubblicana questo titolo, sentimenti che non possono certo essere maturati con riferimento agli antichi monarchi latino-sabini, né, per converso, si giustificerebbe come l'allora odiata carica di *magister*, contro la quale i Romani sarebbero insorti nel 509 a.C., sarebbe potuta essere riportata in vita ed utilizzata fin dalla prima epoca repubblicana. Ed infine, troppo gravi sono i vincoli e le limitazioni cui soggiace il *magister populi* (non ultima l'esistenza di un *magister equitum* che lo priva del comando della cavalleria) per poterlo considerare il dominatore della città.

Anche gli studi archeologici condotti sulla Regia confermano, per l'epoca in cui si suole porre la monarchia etrusca, l'esistenza di un rex, che non è il *rex sacrorum*, mentre il recei del lapis niger evoca, per l'epoca di Sewio, una figura monarchica.

Dunque, conclude V., mancano argomenti per porre in dubbio la testimonianza della tradizione: i re governarono Roma fino al termine del VI secolo e, fino ad allora, il *magister populi* fu nulla più di un loro ausiliare militare (p. 286).

Il che conduce l'a. (ed a mio avviso con pieno fondamento) a rifiutare la tesi cara a Mazzarino, secondo la quale il *magister populi* sarebbe stato espressione politica delle classi inferiori e come tale si sarebbe posto in rapporto dialettico con il *magister equitum*, emanazione invece dell'aristocrazia, anche se non mi convince l'affermazione di V. che l'aristocratico Valerio Publicola sarebbe stato un *magister populi* dell'inizio della repubblica. La cosa, sia chiaro, non è impossibile, ma andrebbe spiegata in modo assai più approfondito da un autore che ha a lungo trattato della professionalità della carica di *magister* e, soprattutto, della novità che la tattica oplitica rappresentava in rapporto

al modo di combattere "gentilizio", del quale mi sembra esempio probante la spedizione dei Fabi al Cremera.

In generale, nel comprensibile sforzo di dare consistenza ad una figura che, come quella del magister populi, è nelle fonti trattata solo di sfuggita, V. sembra attribuire la patente di magister con una certa facilità a numerosi personaggi. Così, mentre il Superbo potrebbe essere stato magister populi di Servio (p. 289), potrebbe a propria volta avere avuto come *magistri* il figlio Sesto (p. 290), l'altro figlio Arrunte, Collatino, Bruto (magister equitum), Tito Erminio e Marco Orazio (rispettivamente magister populi ed equitum). Debbo confessare che questo non irrilevante numero di *magistri populi* che avrebbe avuto il Superbo (i due figli, Collatino e Tito Erminio) mi sconcerta un poco: leggendo il volume di V. mi ero formato l'idea (o, per meglio dire, l'idea era stata suggerita dallo stesso V.) che la nomina a magister da parte di un rex costituisse, tra l'altro, una sorta di predestinazione alla successione al trono (Tarquinio Prisco è magister di Anco Marcio, cui succede; Servio è magister di Prisco, e gli succede; il Superbo – suppone l'a. – potrebbe essere stato magister di Servio al quale, sia pure in modo cruento ed atipico, succede). Ebbene, il Superbo avrebbe potuto predestinare a succedergli quattro diversi personaggi? Ancora: lo strettissimo rapporto che V. ha supposto esistere fra il magisterpopuli e la classis ciipeata – rapporto sul quale ha secondo me giustamente insistito V. – non è forse in contrasto con la contemporanea esistenza di un non indifferente numero di comandanti della fanteria? Forse non ho rettamente inteso il pensiero di V., oppure, violando i propositi enunciati in apertura di questa "lettura", sto sovrapponendo il mio pensiero a quello dell'a.

Tornando a V., in chiusura di questo capitolo l'a. sottolinea ancora lo stretto e personale rapporto che intercorreva fra monarca e magister *populi*, la cui nomina era lasciata alla più totale discrezionalità del rex ed avveniva secondo modalità (riportate per il dictator repubblicano, ma riferibili all'antico magister) evocatrici di un'atmosfera magico – religiosa, aventi lo scopo di tranquillizzare la comunità che la scelta del comandante della fanteria era stata operata di concerto con la divinità ed era dunque la migliore (p. 293). Questa scelta (dictio) discrezionale del rex era sufficiente alla nomina del magister, sicché, anche nell'ipotesi in cui fosse intervenuta, successivamente ad essa, una *lex curiata de imperio*, quest'ultima non avrebbe fatto altro che "garantire all'ausiliare del rex l'effettività dei propri poteri tramite la dichiarazione di obbedienza del *populus*" (p. 295). Al quesito se il magisterpopuli fosse o meno dotato di *imperium* V. risponde affermativamente, così come, almeno limitatamente all'*Urbs*, l'aveva il praefectus urbi (p. 298) e come l'aveva il magister equitum, che lo acquistava non già in forza della nomina del magisterpopuli (come sarà in epoca repubblicana), bensì a seguito della dictio regia. Se, pertanto, deve riconoscersi una subordinazione del magister equitum al magister populi, ciò non deriverebbe dal fatto della nomina (ché, da questo punto di vista, i due

magistri erano, in epoca regia, *dicti* entrambi dal rex) sibbene dalla maggiore importanza della fanteria rispetto alla cavalleria.

10. – L'indagine di V. si chiude con il Capitolo X (L'evoluzione verso le prime magistrature repubblicane, p. 308-365), il capitolo più ampio, più complesso e di gran lunga più problematico di tutto il volume.

Posto che il *magister populi* è stato tratteggiato come un ausiliare del *rex*, quale fu la sua sorte una volta che quest'ultimo venne meno? Quesito che, in termini assai più generali, può porsi anche nel modo seguente: come si passò dalla monarchia alla repubblica e quali magistrati raccolsero l'eredità che il rex lasciava vacante? Siamo, come ognuno può agevolmente scorgere, di fronte ad uno dei temi più ostici e dibattuti della storia del diritto pubblico romano: va dato atto a V. di non averlo evitato, arrestando la propria indagine alla fine del periodo regio, ma di essersi preoccupato in modo sufficientemente ampio di "gettare un ponte" fra l'epoca regia e quella repubblicana. Molte, troppe volte, invece, l'anno 509 a.C. segna per gli studiosi uno spartiacque invalicabile, sì che la "costituzione" repubblicana sembra improvvisamente emergere dalle tenebre, quelle stesse tenebre che avevano inghiottito la "costituzione" monarchica, scomparsa lasciando di sé la sola figura del *rex sacrorum*, l'antico monarca ridotto ad sacra.

Dunque (e lodevolmente) V. tratta del passaggio dalla monarchia alla repubblica: passaggio che, in accordo con la tradizione, anch'egli colloca attorno alla fine del VI secolo e che fu determinato da un colpo di stato (così come, ancora, la tradizione vuole) e non da un processo di lento esaurimento del *rex*. Gli argomenti che l'a. adduce a sostegno di questa tesi (peraltro oggi largamente prevalente) mi sembrano persuasivi e divisibili (p. 308 ss.).

In questo colpo di stato, prosegue V. (p. 310 ss.), tre personaggi hanno avuto un ruolo preminente sopra quello degli altri: si tratta di Marco Giunio Bruto, di Spurio Lucrezio e di Valerio Publicola. Se noi (è quanto pensa V.) riusciremo a individuare di questi personaggi la carica che essi effettivamente ricoprirono (parzialmente diversa da quella loro attribuita dall'annalistica) disporremo di una chiara traccia per ricostruire le linee della prima costituzione repubblicana.

Dopo la sollevazione ed il rifiuto di riammettere in città Tarquinio e i suoi fedelissimi, ritornati precipitosamente dall'assedio di Ardea, il *praefectus urbi* Spurio Lucrezio, padre della Lucrezia violata dalla libidine di Sesto Tarquinio, procede, secondo le modalità dettate dai commentari di Servio Tullio (Liv.1.60.3), alla nomina dei due consoli, nelle persone di Lucio Giunio Bruto e di Lucio Tarquinio Collatino. Ora – ragiona V. – poiché il titolo di *consul* (che esprime il concetto della piena collegialità repubblicana) è certamente tardo ed è cronologicamente preceduto da quello di *praetor* (Liv.3.55.12; Fest. s.v. Praetoria porta, 249 L.); poiché, anco-

ra, il titolo di *consul* (con quanto esso comporta) verrà attribuito ai magistrati supremi solo nel 367 a.C.; e poiché, infine, la nomina dei primi magistrati repubblicani viene fatta (come si è appena detto e come le fonti attestano) ex *commentariis* Servi *Tulli*, i quali verosimilmente dettavano le norme per la nomina degli ausiliari del rex (magisterpopuli, magister *equitum* e *praefectus urbi*), da tutto ciò scaturisce una conclusione: la collegialità pari non può essere stata introdotta nel 509 a.C. In questo anno, invece, sono attivi sulla scena politica tre personaggi (simbolo delle nuove cariche repubblicane, p. 312) di chiara provenienza monarchica.

Tale sarebbe Giunio Bruto, cui le fonti attribuiscono la carica di *tribunus celerum* in grado unico, ma che V. preferisce considerare un magister equitum (la relativa dimostrazione si trova a p. 165 ss.: Bruto può convocare i comizi, è definito ἄρχων da Dionigi, sembra essere comandante della cavalleria in grado unico, dopo il suo tradimento verrebbe sostituito dal Superbo con un ὑπαρχος e, in genere, un semplice tribunus *celerum* non avrebbe avuto un ruolo così incisivo nella rivolta).

Credibile è altresì per V. che Spurio Lucrezio (che, come praefectus *urbi* del Superbo, aveva il compito della custodia urbis in assenza del monarca nonché, nella medesima evenienza, quello della sua difesa militare) abbia avuto un ruolo di primo piano nella cacciata del re. E' infatti l'armata cittadina (la riserva, cioè, che serviva agli ordini del praefectus *urbi*) che per prima si ribella e chiude le porte in faccia al monarca che ritorna da Ardea; solo successivamente alla rivolta si unirà l'esercito attivo. La tradizione stessa, poi, facendolo padre di Lucrezia, gli attribuisce un ruolo di preminenza nella vicenda decisiva per l'instaurazione della repubblica. Ed è ancora la tradizione che riconosce il suo importante ruolo, allorché afferma che i "consoli" furono da lui nominati; ruolo che, fra l'altro, non si esaurisce con l'instaurazione della repubblica, ma si protrae nei giorni successivi, che vedono l'esilio di Lucio Tarquinio Collatino (a ciò indotto proprio da Spurio Lucrezio).

Valerio Publicola, infine, sembra (così come il suo cognomen lascia trasparire, se a *populus* si dà la valenza militare originaria) essere un importante capo militare, collega di Giunio Bruto nella guerra contro il Superbo appoggiato da Veio e Tarquinia, che *peditem ducit...* quadrato *agmine* (p. 315): tutto, insomma – conclude V. – sembra indicare in Valerio Publicola un magister populi (cosa sulla quale ho già sopra espresso la mia perplessità).

Col che, come agevolmente si scorge, V. ha individuato come attivi nell'instaurazione del nuovo regime e come insediati nelle sue posizioni di vertice un magister populi (Valerio Publicola), un magister equitum (Lucio Giunio Bruto) ed un praefectus *urbi* (Spurio Lucrezio): dunque, le figure dei tre principali ausiliari espressi dalla monarchia etrusca, solo limitate nella loro durata ad un anno allo scopo di impedire che

fra comandanti dell'esercito ed armati si consolidasse un rapporto che potesse portare a tentazioni di reintroduzione della monarchia.

Ciò precisato, V. passa a tracciare quello che poté essere lo "scenario istituzionale" che caratterizzò la prima repubblica. Ricordate le tre principali linee di pensiero nelle quali si sono suddivisi gli studiosi (magistratura doppia annuale con piena collegialità, dittatura annua o coppia di magistrati con collegialità diseguale, collegialità diseguale fra più di due magistrati), V. ritiene ragionevole ipotizzare che il governo della città, una volta caduti i re, dovesse spettare al *magister populi*, che già durante il periodo monarchico appariva come l'*ausiliare* del rex di maggiore prestigio. Il *magister populi*, dunque, avrebbe visto, con l'avvento del regime repubblicano, ampliati i propri poteri, in quanto sarebbe venuto ad ereditare dal rex il comando dell'intero esercito e, se i monarchi esercitavano la *iurisdictio*, anche il potere di *dirimere* le liti fra i cittadini, pur affidandone la decisione ad un giudice privato (p. 321); il *magister populi* avrebbe perciò preso un deciso sopravvento sul *magister equitum* il quale, pur rimanendo comandante in capo della cavalleria, sarebbe divenuto subordinato al collega, così come in epoca regia lo era stato al rex.

Questa conclusione è secondo V. suffragata da due circostanze: anzitutto l'esistenza, già nella più antica magistratura romana e fino all'epoca decemvirale, del sistema del turno nel comando, avente il fine di limitare e temperare l'assolutezza del potere spettante al *magister populi*, comandante assoluto dell'esercito, e di scoraggiarne eventuali mire autoritarie (p. 322 ss.). In secondo luogo, le fonti attestano l'esistenza a Roma di un *praetor maximus*, come riportato dalla notissima *lex vetusta*: costui altri non sarebbe stato che il comandante pro *tempore* della fanteria, che aveva il comando supremo delle operazioni militari (ed aveva perciò un *imperium maximum* rispetto a quello degli altri *praetores*: il *magister equitum*, il *praeefectus urbi*) ed al quale era subordinato – pur conservando la *summa potestas* sugli equites – lo stesso *magister equitum*. Questo *magister populi* – *praetor maximus*, insieme al *magister equitum* con cui si alternava nel comando supremo, avrebbe costituito, secondo V., la coppia di magistrati che succede alla monarchia. Ed il comando unitario che la soluzione garantiva (essenziale ai fini di una corretta applicazione della tattica oplitica) renderebbe altresì ragione del fatto che le fonti riportino (per i primi sessant'anni della repubblica) la nomina di pochissimi dittatori (due soltanto, secondo V., che avrebbero peraltro, come si vedrà, una peculiare natura): il *praetor maximus* – *magister populi*, pensa V., "è" il *dictator*, il primo magistrato, insieme al collega minor *magister equitum*, della Roma repubblicana. Questo non compresero i primi annalisti che, posti di fronte ad una coppia di magistrati eponimi ed all'oscuro – a causa anche della distruzione dei fasti durante l'incendio gallico – della prima "costituzione" repubblicana di Roma, non trovarono di meglio che

"tradurre" questa coppia in una coppia consolare con collegialità pari, anticipando con ciò un avvenimento verificatosi solo con il raddoppiamento della legione.

Ciò posto, V. passa a rendere conto dell'uso del superlativo *maximus* accanto a *praetor*, laddove gli eponimi (*magister populi* e *magister equitum*) sarebbero solo due. Se è vero (p. 339) che in due casi *maximus* viene usato in relazione a due soli soggetti, è pur vero che, solitamente, esso presuppone una pluralità di soggetti. Ma il terzo *praetor*, che giustifica il superlativo assoluto, non presenta per V. difficoltà di individuazione. Premesso che quello di *praetor* è titolo generico che si addice ad ogni comandante militare dotato di *imperium*, tale termine si presta allora a designare, oltre ai due eponimi, anche il *praefectus urbi* che, in quanto investito della custodia *urbis*, poteva all'occorrenza comandare la riserva di anziani.

E, sottolinea V. (p. 342), questa del *praefectus urbi* è carica tanto importante che, anche quando si decise di far luogo alla nomina dei tribuni *militum consulari* potestate, uno di questi comandanti (che furono in numero di tre fino al 426) rimaneva in città con le specifiche funzioni di *praefectus*. Ma una grossa differenza caratterizzava questo tribunus – *praefectus* dal *praefectus urbi* di origine regia nominato nella prima repubblica: e precisamente che, mentre quest'ultimo era nominato solo quando la coppia di magistrati usciva di città, ora, per usare le stesse parole di V., "una terna di comandanti militari, tutti e tre eletti dai comizi, era stabile ed annuale" (e quindi stabile e annuale era anche il *praefectus urbi*). Sicché, una volta che, esaurita l'esperienza del tribunato militare, si ritornò nel 367 a.C. ai due *praetores*, venne naturale indicare il terzo, che rimaneva in città, con lo stesso titolo che competeva ai due eponimi, *praetor* (sia pur *minor*).

Qui, però, mi pare di cogliere una piccola incongruenza. V. ci ha detto che il *magister populi* è *praetor maximus* proprio perché vi sono altri due pretori (il *magister equitum* ed il *praefectus urbi*) e che, alle idi di settembre, c'era sempre in carica un *praetor maximus* che piantasse il chiodo nella parete del tempio di Giove Capitolino. Ma se il *magister populi* era in città, come poteva essere *praetor maximus*, visto che il *praefectus urbi* (nominato solo in caso di assenza dall'Urbe dei due magistrati) doveva essere cessato dalle funzioni eventualmente assunte? In altre parole: secondo la ricostruzione di V. ci è testimoniata l'esistenza di un *praetor maximus* proprio in un momento in cui i *praetores* sono soltanto due.

Dalla coppia *magister populi* – *magister equitum* a collegialità impari si passò alla coppia di comandanti dotati di collegialità pari allorché si pervenne, per pressanti esigenze di carattere militare, al raddoppiamento della legione; se v'erano stati sporadici tentativi già dall'inizio del V secolo di frazionare l'esercito, affidando la guida di parte dell'armata a comandanti diversi, fu solo attorno alla metà del V secolo che si stabilizzò la prassi di

eleggere due (o più: i tribuni *militum* consulari potestate) magistrati dotati di *summum imperium*, con la conseguente necessaria scomparsa della carica di praetor *maximus*. Non scomparve, tuttavia, dalla "costituzione" romana la carica di comandante unico (il dictator), alla cui nomina si faceva luogo ogni volta che la gravità della situazione rendesse necessario un comando unitario, coadiuvato dal subordinato magister *equitum* (p. 348 ss.).

Dunque, secondo V. la dittatura romana è cronologicamente successiva al raddoppio della legione e alla conseguente elezione di due comandanti dotati di pari potere. Questa affermazione deve tuttavia coordinarsi con un dato delle fonti a tutti assai noto: e cioè che alla dittatura si sarebbe fatto luogo in Roma, sia pure in modo del tutto sporadico, già a partire dal 501 o 498 a.C. e che solo dopo la metà del V secolo la dittatura, intesa come magistratura straordinaria, si ritrova in Roma con una certa frequenza.

Ecco, in sintesi, il ragionamento di V. Il tentativo di instaurare un'egemonia sul Lazio fu una politica tenacemente perseguita dagli ultimi re di Roma, finalmente realizzata dal Superbo, che riuscì a farsi riconoscere dai Latini il titolo di ἡγεμῶν τοῦ ἔθνους (Dion.Ha1.4.48.3). Caduti i Tarquini, Aricia sostituì l'Urbe nella guida della federazione, verosimilmente riesumando anche la carica di dictator che Tarquinio aveva abolito (p. 356), carica che non casualmente non spettò in questo turno di tempo a Roma, ma in successione a due diversi tuscolani. Senonché la battaglia di Aricia, combattuta verso la fine del 500, sconvolse l'assetto che si era stabilito dopo la caduta del Tarquini: questo solo avvenimento ebbe per Roma il benefico effetto di liberarla dall'egemonia di Porsenna, sotto la quale era nel frattempo caduta, di indebolire gravemente la forza militare dei pur vittoriosi Latini, mentre il potente Aristodemo da Cuma, soddisfatto di avere arrestato l'avanzata di Porsenna, se ne tornava alle proprie terre. Si erano con ciò poste le premesse per una restaurazione del predominio romano sui Latini, esprimendosi nella guida della lega da parte di un dictator. Roma, questa preminenza, avrebbe teso ad affermarla ancor prima della battaglia del Regillo, pretesa che si sarebbe ovviamente rafforzata e realizzata dopo questa battaglia vittoriosa: da questo momento, invero, e stabilmente, il comandante in capo delle forze romane, il magister populi, sarebbe divenuto altresì il dictator della lega latina. Tutto ciò non poteva non portare, prosegue V., ad una identificazione nell'uso corrente delle due cariche, nel senso che al magister *populi* romano, in quanto comandante in capo anche delle forze della lega latina, venne attribuito il titolo di *dictator*. Dunque, allorché noi troviamo menzionata la carica dittatoriale per l'epoca precedente il decemvirato, scrive V., dobbiamo concludere che essa non fosse quella del magistrato straordinario, nominato per ovviare agli inconvenienti della collegialità dei consoli, sibbene quella del magister populi romano, in quanto comandante delle forze federali latine. Il che tro-

verrebbe significativa conferma nella circostanza che Tito Larcio e Aulo Postumio, i primi dittatori della repubblica, furono "consoli" che continuarono a governare come dittatori: in realtà si sarebbe trattato di *magistri populi* cumulant in sé anche la carica di comandanti della lega latina (appunto quella di dictator). Se a questa "regola" sfugge la dittatura di Valerio è solo perché essa è mera invenzione annalistica, attribuita al personaggio sul presupposto di un suo importante ruolo di riappacificatore in occasione della secessione plebea. Sarà solo con il raddoppiamento della legione, avvenuto in epoca successiva al decemvirato, che, da un lato, si cancellerà la distinzione fra *magister populi* e *magister equitum* ed il primo non sarà più praetor *maximus* (giacché della seconda legione è a capo un comandante di grado e poteri pari ai suoi), mentre, dall'altro, alla carica di dictator (con relativo comandante della cavalleria) si farà luogo allo scopo di unificare il comando dell'esercito in una sola persona.

11. – Nella non breve *Appendice* (Il problema dei celeres e la riforma di Tarquinio Prisco della cavalleria, p. 367-401) V. riprende ed amplia alcuni temi trattati nelle pagine precedenti, chiarendo cosa debba intendersi col termine celeres e che rapporti essi avessero con la cavalleria.

La cavalleria antica, ricorda l'a., era costituita di tre centurie levate dalle tribù genetiche; secondo la tradizione, poi, il primo Tarquinio avrebbe proceduto al suo raddoppiamento, portando l'effettivo della cavalleria a 600 uomini (300 *primi* o priores e 300 *secundi* o posteriores), senza tuttavia che questo comportasse un aumento del numero delle centurie, che continuavano ad essere tre e continuavano ad essere levate dalle tribù genetiche. Ma, accanto agli equites ora descritti, le fonti conservano il ricordo di altri 300 cavalieri chiamati celeres: sono essi parte della cavalleria o costituiscono un corpo particolare e dalla cavalleria distinto? V., rilevato che anche le fonti che attribuiscono a Romolo la creazione del corpo dei celeres testimoniano comunque una loro receniorità rispetto all'antico *equitatus*, ritiene che col termine celeres si designassero "le tre centurie operative della cavalleria romana a seguito della riforma di Tarquinio Prisco" (p. 369). Essi costituirebbero un corpo speciale, distinto dalla normale cavalleria per il diverso modo di combattere, caratterizzato dalla straordinaria rapidità di intervento e legato, più che alla cavalleria romana, alla fanteria oplitica, giacché i *tribuni celerum* prendevano parte alla danza dei Salii, sacerdoti indubbiamente connessi con la fanteria (p. 371 s.). I celeres costituirebbero il parallelo romano dei berittene Hopliten greci, soldati di fanteria che si spostavano però a cavallo da un punto all'altro della battaglia, là dove il bisogno o le necessità tattiche ne imponevano la presenza. La loro esistenza pare confermata da una raffigurazione rinvenuta a Roma nel comizio nella quale compaiono due cavalieri in corsa, l'uno armato con l'armamento oplitico (destinato perciò a combattere anche a piedi), l'altro disarmato, avente a tutta prima le funzioni di attendente. Del resto,

che Roma si avvalessse di questi opliti montati è testimoniato sia dalla battaglia del lago Regillo (Liv.2.20.10: *Tum ad equites dictator advolat, obtestans ut fesso iam pedite descendant ex equis et pugnam capessant*), sia da quella contro i Sabini del 449 a.C. (Liv.3.62.8: *...equitum duarum legionum sescenti fere ex equis desiliunt, cedentibusque iam suis provolant in primum simulque et hosti se opponunt...*). E l'autore dell'*Ineditum Vaticanum* (citato da V. alla nt.5 di p. 378), forse equivocando sul significato della fonte che consultava, asseriva che i Romani si erano dotati di una cavalleria solo a partire dalle guerre sannitiche. E' certo che la notizia pare inesatta, ma, anche ammettendo una certa esagerazione, la testimonianza ridimensiona grandemente il ruolo della cavalleria romana che, pur conservando un ruolo specifico come corpo a cavallo, doveva svolgere principalmente i propri compiti come forza di supporto della fanteria. Ciò, secondo V., spiega da un lato la necessità dell'esistenza di un *magister equitum* e, dall'altro, la sua subordinazione al capo della fanteria oplitica. Sicché Tarquinio Prisco, in sostanza, non avrebbe riformato la cavalleria romana, ma avrebbe radicalmente innovato il suo impiego tattico, armonizzandolo con l'adozione della tattica oplitica per la fanteria. Poiché questi berittene Hopliten si spostavano velocemente a cavallo da un punto all'altro della battaglia ma combattevano a piedi, Tarquinio Prisco li dotò altresì di uno scudiero, a propria volta fornito di cavallo, che li seguisse e che custodisse le cavalcature mentre l'oplita combatteva. Questi sarebbero i *secundi* (o *posteriores*) equites: cavalieri non combattenti, dunque, forse clienti dell'oplita, titolari della seconda cavalcatura testimoniata dalle raffigurazioni fittili del VI secolo scoperte nel comizio. Certo, gli autori antichi (Granio Liciniano e Festo) che parlano dell'introduzione di questa seconda cavalcatura non accennano anche all'introduzione dello scudiero: anzi, Festo (*s.v. paribus equis*, 247 L.) afferma esplicitamente che il secondo cavallo era a disposizione del combattente nel caso che il primo si stancasse. Ma si tratterebbe, secondo V., di fraintendimento, dovuto all'ormai scolorito ricordo della tattica oplitica sostituita, già nel IV secolo, dalla tattica manipolare.

La circostanza, infine, che talune fonti indichino i *celeres* come una guardia del corpo del *rex* potrebbe essere agevolmente spiegata dal fatto che alcuni di questi opliti montati, reclutati principalmente fra i soldati fedeli al *rex*, potevano venire scelti dallo stesso come sua scorta personale ed accompagnarlo, proteggendolo, in battaglia (p. 381 s.).

Con questa interessante ipotesi sui *celeres* e sulla riforma della cavalleria ad opera di Tarquinio Prisco termina il libro di Giuseppe Valditara sul *magister populi*.

12. – Il quale libro a mio avviso è, come ho affermato all'inizio di queste pagine, un buon libro: oltre alle caratteristiche per le quali si suole lodare un lavoro che è, nel contempo, un'opera prima, il volume brilla per

talune qualità certo non comuni e che personalmente ritengo assai importanti.

Anzitutto è scritto in uno stile ammirevolmente chiaro e scorrevole, scevro di neologismi o di espressioni alla moda, privo di discutibili contorcimenti stilistici: non mi è mai accaduto, durante la sua lettura (e lo dico con un sentimento di gratitudine nei confronti dell'a.) di dovere tornare sui miei passi per rileggere frasi o periodi di cui non avevo compreso il significato letterale.

Questa chiarezza nell'esposizione si coniuga poi con una grande chiarezza dell'impianto dell'opera. V., come ho sopra già rilevato, non abbandona mai a sé stesso il proprio lettore, lasciandogli il compito spesso ingrato di ricostruire la trama del lavoro, ma esplicita subito la direzione che intende dare all'indagine e la richiama sovente alla memoria compiendo opportune messe a punto riassuntive. Nella lettura non mi sono mai smarrito, né sono rimasto nel dubbio (anche solo temporaneo) di cosa l'a. intendesse porre in luce o a quali conclusioni intendesse pervenire.

Ed infine, il lavoro di V. è un lavoro che "dice". E mi spiego. A tutti sarà accaduto di leggere contributi scientifici nei quali, in apparente omaggio alla "concretezza storica", ai "molteplici e variegati aspetti della realtà" o ad espressioni simili, le idee venivano ad assumere contorni tanto sfumati ed evanescenti da risultare addirittura difficilmente individuabili. Non comprendo il timore di "dire", di scoprirsi, di compromettersi che caratterizza certi autori: è questo, mi pare, anche un atto di sfiducia nel lettore, che di solito è (o dovrebbe essere) perfettamente in grado di esercitare la propria critica, di addolcire le affermazioni che gli paiono troppo nette, di attenuare contrasti troppo profondi e di "estrarre", in una parola, dai lavori altrui gli insegnamenti che essi contengono (sempre che ne contengano). A questo rilievo si sottrae il lavoro di Valditara: il quale, se enuncia con decisione le proprie opinioni, non lo fa certo (almeno spero) perché ignora la "concretezza storica" o la possibilità che i fenomeni possano avere avuto diverso svolgimento rispetto a quello da lui tratteggiato, ma lo fa semplicemente perché l'ipotesi sulla quale ha lavorato lo convince, senza l'assurda ed antistorica pretesa di enunciare verità eterne o indiscutibili assiomi.

Ma non sono solo questi motivi estrinseci che mi fanno apprezzare il volume di V.

Di esso condivido l'impostazione di fondo (anche se forse un po' troppo accentuata, come di qui a poco dirò), secondo la quale è l'adozione della tattica oplitica di combattimento (un fatto militare, dunque) che sta alla base della nascita della stessa "costituzione" repubblicana. In genere mi convince l'idea che quest'ultima abbia una forte impronta (dovuta alla sua stessa origine) militare. Come pure concordo con V. nel supporre l'esistenza di un ceto di militari di professione o, comunque, di soggetti che facevano della guerra la loro attività precipua. Sia questo ceto nato in segui-

to all'adozione della tattica oplitica o meno, sembra chiaro che da essa traesse giovamento e peso politico, data la specializzazione richiesta ai comandanti della fanteria e la necessità che la falange operasse in modo ordinato e sincrono.

D'altro canto, taluni aspetti del lavoro di V. hanno lasciato in me qualche perplessità: più che a punti specifici (che pure vi sono), penso ad una caratteristica che informa di sé tutto il lavoro e che è certamente stata il frutto di una precisa scelta dell'a.

V. ha studiato le vicende della prima repubblica prescindendo in modo pressoché totale da quello che, nelle opere degli storici antichi, è il *Leitmotiv* della narrazione: il contrasto fra i ceti. Eppure (almeno stando a quel che ci dicono le fonti) esso ha precisi riflessi militari: basti pensare al "pendolarismo" plebeo nella risposta alla leva e, soprattutto, al racconto di Dion.Hal.5.70 relativo all'introduzione della dittatura nel 498 a.C. Io ammetto volentieri che il contrasto dei ceti abbia nelle nostre fonti una risonanza maggiore di quanto non fosse nella realtà: e tuttavia i primi decenni della repubblica sono contrassegnati da accanite dispute circa la *provocatio ad populum* (o, come io preferisco pensare, circa i poteri del comandante militare). Deve ritenersi questa disputa un'invenzione annalistica? Io penso di no; se V. ritiene il contrario (cosa peraltro non impossibile) avrei preferito che prendesse esplicitamente posizione, così come ha fatto su numerosi altri problemi forse non altrettanto rilevanti.

V. ha inoltre supposto che, almeno fino all'epoca decemvirale, la coppia di magistrati eponimi fosse costituita dal *magister populi* e dal *magister equitum*. Se così, e se non ho inteso male, i due comandanti sarebbero dovuti essere sempre (e contemporaneamente) presenti alla testa della legione. Dato, questo, difficilmente conciliabile tuttavia con numerose testimonianze secondo le quali in svariate occasioni o i due comandanti hanno avuto campi di operazione diversi, ovvero è stato attivo uno solo di essi, mentre il collega o non ha avuto compiti militari o li ha svolti in patria. Mi riesce difficile pensare che le fonti mentano su circostanze tutto sommato piuttosto banali,

La questione dell'identificazione del *praetor maximus* della *lex vetusta* è tema sul quale, citando Omar Khayyâm, "ogni saggio disse qualcosa, come una fantasia triste"; quel che dice V. è acuto (e per nulla triste), ma la sua è una soluzione che postula l'attribuzione del titolo di praetor al *praefectus urbi* (i cui compiti militari mi sembrano piuttosto marginali e, comunque, eventuali) e non risolve, mi pare, il problema del superlativo assoluto, dal momento che, alle idi di settembre, allorché i due pretori comandanti dell'esercito (*magister populi* e *magister equitum*) sono in città, non dovrebbe essere in carica il terzo, supposto, pretore (*praefectus urbi*).

Un po' di "malessere" mi ha causato, infine, il leggere la storia del *magister populi* ricostruita quasi per intero con fonti relative al dictator re-

pubblicano. E' vero che V. ha asserito la derivazione di quest'ultimo dal primo; ed è pure vero che non c'era altro modo di procedere, dato il silenzio pressoché totale che le fonti osservano sul magister. E' tutto vero, però il "malessere" è rimasto, né mi è riuscito di scacciarlo.

Io qui mi arresto. E lo faccio non perché il volume non tocchi altri argomenti meritevoli di essere discussi, ma proprio per il motivo opposto (ed è questo un altro suo non secondario pregio). Se procedessi, questa recensione si amplierebbe a dismisura e, ne sono certo, mi riuscirebbe sempre più difficile mantenere quel distacco e quella "neutralità" alle quali mi sono proposto di attenermi (e che confido di avere osservato) accingendomi a riferire della figura del magister populi così come Giuseppe Valditara l'ha ricostruita.

Spero solo di non avere troppo travisato il pensiero dell'autore e che quanti si interessano dell'affascinante tema siano stimolati da queste pagine a prenderne conoscenza diretta.

ABSTRACT

L'articolo riassume il contenuto del volume di Giuseppe Valditara (*Studi sul magister populi*. Dagli ausiliari militari del rex ai primi magistrati repubblicani, Milano, Giuffré 1989, p. XII-435) e formula alcune critiche allo stesso.

This article summarizes the contents of Giuseppe Valditara's book (*Studi sul magister populi*. *Dagli* ausiliari militari del rex ai primi magistrati repubblicani, Milano, Giuffré 1989, p. XII-435) and reports some critical opinions on same.

ARRIGO D. MANFREDINI

LA RUBRICA DI CI. 8,51 (52): DE EXPOSITIS LIBERIS ET SERVIS ET DE HIS QUI SANGUINOLENTOS EMPTOS VEL NUTRIENDOS ACCEPERUNT

1. - Nel Codice Teodosiano abbiamo due titoli che si occupano dell'esposizione e della vendita dei neonati: CTh. 5,9 e 5,10¹. Ciascuno di questi titoli ha la rubrica che ne descrive compiutamente l'oggetto.

CTh. 5,9 è intitolato *de expositis* e la disciplina è rigorosamente circoscritta alla esposizione. Si dispone infatti, in due costituzioni², che chi abbia raccolto un esposto libero o servo e lo abbia alimentato del suo, possa trattenerlo e attribuirgli lo *status* che vuole, negandosi ogni pretesa di ripetizione all'avente potestà che ha compiuto l'esposizione o che comunque era *sciens*³. Ma se la pretesa fosse avanzata da *domini* o *patroni*⁴, essa po-

1. Nell'edizione di TH. MOMMSEN, *Theodosiani libri XVI cum constitutionibus sirmondianis*, 1904.

2. CTh. 5,9,1 (Costantino, a. 331): *Quicumque puerum vel puellam, proiectam de domo patris vel domini voluntate scientiaque, collegerit ac suis alimentis ad robur provexerit, eundem retineat sub eodem statu, quem apud se collectum voluerit* agitare, hoc est *sive filium sive servum eum esse maluerit: omni* repetitionis inquietudine penitus *submovenda eorum*, qui servos aut liberos scientes propria voluntate domo recens natos abiecerint. CTh. 5,9,2 (Onorio, a. 412): *Nullum dominis vel patronis repetendi aditum relinquimus*, si expositos *quodammodo ad mortem* voluntas *miserericordiae amica* collegerit, nec *enim dicere suum* poterit, *quem pereuntem contempsit*; si modo testis episcopalis subscriptio fuerit subsecuta, de qua nulla penitus ad *securitatem* possit esse cunctatio.

3. CTh. 5,9,1. V. testo, supra, nt. 1. Sulla costituzione, G. PUGLIESE, *Note sull'espositio* in diritto romano, in Studi Sanfilippo, VI, Milano 1985, p. 642 s.

4. Invero, secondo la lettera di CTh. 5,9,2, che detta norma su questo punto, il requisito del documento sembra stabilito solo per il caso che gli eventuali rivendicanti dell'esposto fossero domini o patroni, e non anche per il caso del pater di un libero. La versione giustiniana di questa costituzione (CI. 8,51,2) non chiarisce se essa si applicasse anche al pater. Sulla plausibilità di una differente disciplina per padroni e patroni da una parte, e padri dall'altra, v. J. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, I, Lipsiae 1736, p. 489. Incline a credere che, nell'originale, la *precostituzione* della subscriptio ecclesiastica valesse anche per il pater è M. BIANCHI FOSATI VANZETTI, *Vendita* ed esposizione degli *infanti* da Costantino a Giustiniano, in SDHI 49 (1983) p. 216 s.

trà essere paralizzato solo opponendo, da parte del raccoglitore, un documento sottoscritto dall'autorità ecclesiastica che attesti l'avvenuta raccolta dell'esposto alla presenza di testimoni⁵.

Il titolo che segue, cioè CTh. 5,10, con rubrica de his, qui *sanguinolentos emptos vel* nutriendos acceperint, è costituito da una costituzione unica⁶, assai disputata⁷, che disciplina, coerentemente con la rubrica, la vendita dei neonati. La costituzione, in sintesi, stabilisce che chi abbia comprato un neonato *vel* nutriendum putaverit,⁸ diciamo 'per doverlo nutrire',

5. CTh.5,9,2. V. supra, nt. 1.

6. CTh.5,10,1 (Costantino, a. 329): *Secundum statuta priorum principum* si quis a *sanguine infanтем* quoquo modo legitime comparaverit *vel* nutriendum putaverit, obtinendi eius sewitii habeat *potestatem*: ita ut, si quis post *seriem annorum* ad *libertatem eum* repetat *vel* sewum 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*.

7. La letteratura è molto estesa. I contributi più recenti, oltre a quello di M. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, cit., sono di: M. SARGENTI, Il diritto privato nella legislazione di Costantino. Problemi e prospettive nella letteratura dell'ultimo trentennio, ora in Studi sul diritto del tardo impero, Padova 1986, p. 15 ss.; D. NARDI, Il *ius vendendi* del pater *familias* nella legislazione di Costantino, in ANA 89 (1978) p. 53 ss.; Id., Ancora sul *ius vendendi* del pater *familias* nella legislazione di Costantino, in Sodalitas, Studi Guarino, V, Napoli 1984, p. 2287 ss.; D. DALLA, Aspetti della patria potestà e dei rapporti tra genitori e figli nell'epoca postclassica, in AARC VII, Perugia 1988, p. 95; R. MARTINI, Sulla vendita dei neonati nella legislazione costantiniana, in AARC VII, Perugia 1988, p. 424 ss.; G. DE BONFILS, Gli schiavi degli ebrei nella legislazione del IV secolo. Storia di un divieto, Bari 1992, p. 65 ss.; W. FORMIGONI CANDINI, De his, qui sanguinolentos *emptos vel* nutriendos acceperint. Ancora su CTh. 5,10,1, in AUFE, ns., VI (1992) p. 35 ss.

8. L'interpretazione della locuzione si *quis a sanguine infanтем quoquo modo legitime comparaverit vel nutriendum putaverit* presenta le stesse difficoltà della rubrica del titolo perché ne è una abbastanza fedele riproduzione. Oltre al caso della compravendita dell'infante, che nessuno mette in discussione, per qualche studioso sarebbe contemplato, con le parole *vel nutriendum* putaverit, un altro caso: o l'esposizione (P. BONFANTE, Il *ius vendendi* del pater *familias* e la legge 2, Codice 4, 43, di Costantino, in Studi Fadda, 1, Napoli 1906, successivamente in Scritti giuridici varii, I, Torino 1926, p. 68; E. COSTA, La vendita e l'esposizione della prole nella legislazione di Costantino, in Mem. Acc. Scien. Bologna, ser. prima, 4 (1910-12) p. 117 ss.; E. VOLTERRA, L'efficacia delle costituzioni imperiali emanate per la provincia e l'istituto della expositio, in Studi Besta, I, Milano 1939, p. 471 ss.; B. BIONDI, Il diritto romano cristiano, III, Milano 1954, p. 21; adesioni di massima esprimono, tra gli altri, C.A. CANNATA, Possessio, possessor, possidere nelle fonti del basso impero romano, Milano 1962, p. 80; G. DE BONFILS, op. cit., p. 65 ss.; R. MARTINI, op. cit., p. 429) o cessioni diverse dalla vendita, come donazioni (M. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, op. cit., p. 197 s.). Noi incliniamo a favore dell'idea che il caso contemplato dalla legge sia uno solo, cioè la vendita; l'espressione *vel nutriendum* putaverit potrebbe semplicemente indicare il requisito — quasi elemento essenziale che la rende lecita — che la vendita sia fatta per assicurare il sostentamento del bambino (W. FORMIGONI CANDINI, op. cit., p. 45 ss.). Le parole *vel nutriendum* putaverit sarebbero

può ottenerne il suo servizio (frequentemente intesa, quest'ultima frase, come riconoscimento di uno vero stato servile⁹), ma il venditore ha il diritto di riscatto.

Orbene, le due rubriche unificate intitolano CI. 8,51: de infantis *expositis liberis et servis* et de his qui sanguinolentos emptos *vel* nutriendos *acceperunt*, come leggiamo nell'editio *maior* di Krüger¹⁰.

Di fronte a questo luogo del Codice di Giustiniano con questa rubrica, ciò che ci aspetteremmo sarebbe la disciplina congiunta e della esposizione e della vendita, e ci disporremmo anche ad apprezzare l'avanzamento, sul piano della tecnica codificatoria, compiuto dai compilatori giustiniani rispetto a quelli di Teodosio II, nel segno della unificazione del diritto *ratione materiae*.

Ma, se scorriamo il contenuto di CI. 8,51, vediamo che esso tratta solo della esposizione, non della vendita. Del resto, la vendita dei neonati è contemplata in un apposito luogo, precisamente in CI. 4,43 de patribus qui *filios* suos distraxerunt, ove è proprio inserita la costituzione unica di CTh. 5,10,1 de his, qui sanguinolentos emptos *vel* nutriendos acceperint, vista sopra.

2. - A questo punto, prima di procedere, è utile assicurarsi, sia pure attraverso una lettura cursoria, dell'effettiva estraneità di CI. 8,51 alla materia della vendita. Solo dopo, potremo interrogarci sul testo di questa strana rubrica che annuncia quel che non c'è; e sulla sua plausibilità dal punto di vista della tradizione e palinogenesi del testo.

Nel titolo sono comprese tre costituzioni.

Una prima costituzione, di Severo Alessandro¹¹, sancisce il diritto del

interpolate per SOLAZZI, *Glossemi e interpolazioni* nel Codice Teodosiano, in SDHI 10 (1944), ora in Scritti di diritto romano, IV, Napoli 1963, p. 489.

9. Già J. GOTHOFREDUS, *op. cit.*, p. 491 parlava di *servitus*. Così, tra gli altri, M. KASER, RPR, II, Munchen 1975², p. 131; M. SARGENTI, *op. cit.*, p. 15; M. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *op. cit.*, p. 191; D. DALLA, *op. cit.*, p. 96; R. MARTINI, *op. cit.*, p. 426 ss.; G. DE BONFILS, *op. cit.*, p. 66. A favore di un diritto diverso, più attenuato del *dominium*, tra gli altri: C. DUPONT, *Les constitutions de Constantin et le droit privé au debut du IV siècle*. Les personnes, Lille 1937, p. 37 ss.; Id., *La vente et les conditions socio-économiques dans l'Empire Romain de 313 à 335 après Jesus Christ*, in RIDA, 19 (1972) p. 285 ss.; E. VOLTERRA, *op. cit.*, p. 472; Id., *Intorno ad alcune costituzioni di Costantino*, in Rendiconti Acc. Lincei, class. scien. *mor. stor. filos.*, ser. VIII, 13 (1958) p. 85 ss., ntt. 56, 60; B. BIONDI, *op. cit.*, p. 21; Th. MAYER-MALY, *Das Notverkaufsrecht des Hausvaters*, in ZSS 75 (1958) p. 135-137; C.A. CANNATA, *op. cit.*, p. 81; D. NARDI, *Il ius vendendi del pater*, *cit.*, p. 70 *passim*; Id., *Ancora sul ius vendendi*, *cit.*, p. 2304 s.

10. P. KRÜGER, *Codex Iustinianus*, Berolini 1877.

11. CI.8,51,1 (Severo Alessandro, a. 224): Si invito *vel* ignorante te partus *ancillae vel* adscripticiae tuae expositus est, repetere *eum* non prohiberis, sed restitutio eius, si non a *fure* vindicaveris, ita *fiet*, ut, si qua in alendo eo *ve*2 forte ad *discendum*

dominus alla restituzione, nel caso in cui l'esposizione sia avvenuta a sua insaputa o contro il suo volere. Resta tuttavia l'obbligo di risarcire al raccoglitore le spese sostenute per gli alimenti o per altro. Una seconda costituzione¹² proclama con parole tuonanti il dovere di nutrire la propria prole: sarà soggetto a pena chi farà ricorso all'esposizione. Parimenti è negata al padrone o al patrono la facoltà di richiedere indietro gli esposti ai raccoglitori la cui volontà amica della misericordia ne ha impedito la morte¹³: nessuno può dire che è suo colui che preferì morente.

E qui si concluderebbe, secondo una scansione già proposta da Cujacius¹⁴ ma non del tutto condivisibile, la prima parte del titolo dedicata agli espositori. Viene poi la seconda parte, costituita da una importantissima costituzione di Giustiniano¹⁵. Essa sarebbe, secondo Cujacius, interamen-

artificium iuste consumpta fuerint, restitueris. A maggior ragione l'obbligo della restituzione doveva sussistere se un figlio di famiglia era stato esposto all'insaputa del genitore.

12. CI.8,51,2 (Valentiniano I, a. 374): Unusquisque *subolem* suam nutriat. quod si *exponendam* putaverit, animadversionis quae constituta est subiacebit. Sed nec *dominis vel patronis* repetendi aditum *relinquimus*, si ab ipsis expositos *quodammodo ad mortem voluntas* misericordiae amica collegerit: nec *enim dicere* suum poterit, *quem pereuntem* contempsit.

13. C'è il problema, posto da questa costituzione che fa riferimento espressamente ai soli domini e patroni, se il divieto della rivendicazione dell'esposto concernesse anche il nato libero esposto dal padre. A sostegno della opinione che fosse implicitamente contemplata, almeno nella prospettiva giustinianea, anche la perdita della patria potestas quando fosse il pater a esporre il neonato, milita la tradizione teodosiana (CTh. 5,9,1) e soprattutto la circostanza che nella rubrica di CI. 8,51 si tratta di *infantibus expositis liberis et sewis* (così, J. CUJACIUS, in Lib. VIII Cod. ad Tit. LI, in Opera, IX, Prati 1839, col. 2013; *contra*, S. SOLAZZI, Studi *romanistici*, op. cit., p. 166; E. VOLTERRA, L'efficacia, cit., p. 460). Il problema sarebbe eliminato se, partendo dal presupposto che il principium si riferisca al nato libero, si intendesse l'*animadversio* di cui è parola come la pena di morte contro il padre espositore (ampia discussione in M. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, op. cit., p. 212 ss.). Ma resterebbe poi da confrontarsi, sempre nella prospettiva giustinianea, con CI. 5,4,16. J. CUJACIUS, in op. cit., col. 2014, a proposito di quest'ultimo luogo, suppone che possa trattarsi di un padre che ha esposto la figlia per eccezionali motivi di egestas, per i quali non avrebbe perso la patria potestas, e quindi, aggiungiamo, non era stato condannato a morte.

14. J. CUJACIUS, op. cit., col. 2015:... *secunda pars est de his, qui eos (gli esposti) excipiunt et extollunt, ad quam pertinet lex 3.*

15. CI. 8,51,3 (= CI. 1,4,24, Giustiniano, a. 529): Sancimus *nemini licere, sive ab ingenuis genitoribus puer parvulus procreatus sive a libertina progenie sive servili condicione maculatus expositus sit, eum puerum in suum dominium vindicare sive nomine domini sive adscripticiae sive colonariae condicionis*: sed neque his, qui eos nutriendos sustulerunt, licentiam concedi penitus (*cum quadam distinctione*) eos *tolle*re et educationem *eorum* procurare, *sive masculi sint sive feminae*, ut eos *vel loco libertorum vel loco servorum aut colonorum* aut adscripticiorum habeant. 1. Sed nullo *discrimine* habito hi, qui ab huiusmodi hominibus educati sunt, liberi et ingenui *appareant et sibi adquirent et in posteritatem suam vel extraneos heredes omnia quae*

te dedicata ai raccoglitori⁶. Già nell'esordio del *principium* l'imperatore si rivolge ad essi (ma si può pensare che il riferimento sia agli espositori¹⁷) per stabilire che a nessuno sarà lecito, indipendentemente dal fatto che sia stato esposto un bambino procreato da genitori ingenui o di origine libertina o di condizione servile, rivendicare in proprietà tale bambino sia affermandone il dominio o la condizione ascrittizia o colonaria. Quindi Giustiniano, riferendosi senza ombra di dubbio ai raccoglitori¹⁸, proclama di togliere loro la licenza (e questa licenza invece era concessa in CTh. 5,9,1) di raccogliere gli esposti ed allevarli per poi tenerli in luogo di servi, di liberti, di coloni o di ascrittizi, a capriccio. Senza nessuna differenza, esclama Giustiniano al primo paragrafo, coloro che sono stati allevati da uomini siffatti (cioè i raccoglitori), siano liberi e ingenui, acquistino per sé, possano fare testamento privi di qualsiasi macchia servile o semiservile; e i raccoglitori non rivendichino diritti, come di patronato¹⁹, sui beni di coloro che hanno raccolto. Nel par. 2, l'imperatore, come per riepilogare, ribadisce che coloro che abbandonano i neonati, forse con la speranza che muoiano, non possono chiederli indietro e sottoporli al giogo servile. Né coloro che li raccolgono spinti da pietà, potranno cambiare il loro sentimento trattenendoli in schiavitù; se poi, fin dall'inizio, sono spinti dall'idea di farne degli schiavi, questo non sia, perché non sembri che abbiano compiuto un atto di pietà quando invece è stato fatto un mercimonio.

3. – Dopo la rapida scorsa al contenuto del titolo, è facile convincersi che si tratta della esposizione — non della vendita — dei neonati. Di quest'ultima non v'è traccia. La rubrica avrebbe potuto correttamente interrompersi a metà (*de infantibus expositis liberis et servis*) perché, anche così, sarebbe stata in linea con le due disposizioni qualificanti: il divieto per l'espositore di rivendicare l'esposto e il divieto per il raccoglitore di attri-

habuerint, quomodo voluerint, transmittant, nulla macula vel sewitutis vel adscripticiae aut colonariae condicionis imbuti: nec quasi patronatus iura in rebus eorum his qui eos susceperunt vel susceperint praetendere concedi, sed in omnem terram, quae Romanae ditioni supposita est, haec obtinere. 2. Neque enim oportet eos, qui ab initio infantes abegerunt, et mortis forte spem circa eos habuerunt, incertos constitutos, si qui eos susceperunt, hos iterum ad se revocare conari et servili necessitati subiugare: neque hi, qui eos pietatis ratione suadente sustulerunt, ferendi sunt denuo suam mutantes sententiam et in servitatem eos retrahentes, licet ab initio huiusmodi cogitationem habentes ad hoc prosiluerint, ne videantur quasi mercimonio contracto ita pietatis officium gerere. 3. Haec consewantibus tam viris clarissimis praesidibus provinciarum quam viris religiosissimis episcopis nec non officiis praesidalibus et patribus et defensoribus civitatum et omni civili auxilio.

16. V. nt.13.

17. Così M. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, op. cit., p. 222.

18. CI. 8,51,3 pr....his, qui eos nutriendos sustulerunt.,.

19. Sulla negazione del diritto di patronato, v. M. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, op. cit., p. 222 nt. 125.

buire all'esposto uno status che non fosse quello di libero e ingenuo. L'aggiunta della seconda parte et de his qui *sanguinolentos emptos ve2 nutriendos acceperunt* non solo è sbilanciante, perché sposta l'attenzione sui raccoglitori a scapito degli espositori; ma introduce questo elemento dei neonati venduti che dalle costituzioni non viene fuori.

4. – Questa rubrica, per quanto ne sappiamo, ha suscitato rarissimi commenti, e solo nella letteratura moderna²⁰. Essi sono del tipo: "risulta però eccessivamente ampia rispetto al contenuto del titolo, che si riferisce esclusivamente al caso degli esposti. Penso che i compilatori volessero sottolineare il fatto che Giustiniano, nella costituzione di riforma (la 3 del titolo) riferiva separatamente i diritti dell'esposto (de expositis) e quelli del raccoglitore (de his...); la fusione tuttavia è veramente infelice"²¹.

Un po' di scavo, ci consente di scoprire che il testo di questa rubrica (che, come si è detto, è quello che leggiamo nell'*editio maior* di Kruger²² e che non ci risulta essere mai stato discusso sul piano della plausibilità della restituzione proposta dall'insigne studioso) è diverso da quello presente nella tradizione prekrugeriana. A cominciare dalla Glossa²³ e via via nelle prime edizioni critiche del Codex²⁴ fino alla edizione di Kruger esclusa, per quel che ci consta²⁵, la rubrica di CI. 8,51 si presenta nei seguenti ter-

20. Per R. MARTINI, *op. cit.*, p. 429 ss., la rubrica, in CI. 8, 51 (che tratta come sappiamo dei soli esposti), conserverebbe la eco del fatto che in CTh. 5,10,1 de his qui sanguinolentos emptos ve2 nutriendos acceperint, si prevedeva congiuntamente il caso della vendita e dell'esposizione. Ma cfr. opinioni contrarie alla nt. 8.

21. M. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *op. cit.*, p. 221 nt. 123. Il tentativo dell'a. di giustificare l'operato dei compilatori non tiene conto del fatto che nella costituzione di Giustiniano non sono, da una parte, sanciti i diritti degli esposti e dall'altra quella dei raccoglitori, ma, se mai, sono sanciti i non-diritti degli espositori e dei raccoglitori, che implicitamente si traducono in diritti degli esposti.

22. P. KRÜGER, *Codex Iustinianus*, Berolini 1877.

23. PLACENTINI *Summa codicis*, rist. an. in *Corpus Glossatorum iuris civilis*, I, Torino 1962, p. 415; Azzonis *Summa super codicem*, rist. an. in *op. ult. cit.*, II, Torino 1964, p. 324; Id., *Lectura super codicem*, rist. an. in *op. ult. cit.*, III, Torino 1964, p. 669; ACCURSII Glossa in *Codicem*, rist. an. in *op. ult. cit.*, IX, Torino 1968, p. 529.

24. Per un quadro completo di esse, almeno fino ai primi decenni del XIX sec., v: E.P.S. SPANGENBERG, *Einleitung in das römisch-justinianische Rechtsbuch oder Corpus Iuris Civilis Romani*, Hannover 1817, p. 645 ss.; v. anche H. E. TROJE, *Die Literatur des gemeinem Rechts unter dem Einfluss des Humanismus*, in *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* (Hrg. H. COING), II, 1, München 1977, p. 647 ss.

25. Ci è stato impossibile controllare tutte le edizioni del Codex. Oltre a quella dell'HALOANDER (Nurembergae 1530), vista in BALTAZAR ARNOUILLET, Lugduni 1551-53, (apud Hugonem a Porta et Antonium Vicentium), p. 1340, abbiamo consultato l'ed. di A. CONTIUS, *Codicis libri XII...* A. Contio auctore, Parisiis 1576 (apud Sebastianum Nivellium) p. 1340; l'ed. di D. GOTHOFREDUS, in *Corpus Iuris Civilis*,

mini: *De infantibus expositis liberis et sewis et de his qui sanguinolentos nutriendos acceperunt*: 'dei neonati esposti liberi e servi e di coloro che li presero appena nati per nutrirli'. Nessuna menzione dell'*emptos vel*, cioè dei neonati comprati, e quindi nessuna disomogeneità tra contenuto del titolo e rubrica. Rubrica che, pur presentandosi un po' ridondante e scazonante (come si è visto, poteva bastare l'indicazione degli esposti; e perché poi menzionare i soli raccoglitori e non anche gli espositori, in pari misura i veri destinatari delle norme contenute nel titolo?) appare coerente con il contenuto del titolo e tale da non sollevare interrogativi negli interpreti. Ed infatti i commentatori antichi non hanno al riguardo mai (per quel che ne sappiamo) avuto nulla da eccepire.

5. – A questo punto si tratta di ricostruire il fondamento documentale delle due prospettazioni e stabilire chi ha ragione, se la tradizione prekrugeriana o Kruger; vale a dire se la rubrica nella sua formulazione originaria comprendeva solo esposti e raccoglitori — non anche i neonati comprati — (con eliminazione di qualsiasi antinomia tra rubrica e contenuto del titolo), ovvero se, come propone Kruger, figuravano anche gli *empti*.

Uno sguardo all'apparato critico di Kruger, se riusciamo a leggerlo correttamente²⁶, ci dà le seguenti informazioni. Il termine *emptos* sarebbe presente, tra i manoscritti del Codice giustiniano, nel manoscritto L (Parisiensis 4516); nel manoscritto D (Darmstadiensis 2000) ma solo in uno dei due luoghi in cui la rubrica che ci interessa sarebbe, secondo Kruger, citata; nel manoscritto R (Berolinensis 273). Quindi, *emptos* figurerebbe nella rubrica di CTh. 5,8 (= CTh. 5,10 nell'ed. di Mommsen). Il termine *emptos* sarebbe invece omissso nell'altro luogo del manoscritto D e nei manoscritti C (Casinas 49) e M (Montispezzulanus H 82). Infine Krüger riporta uno stralcio della rubrica di B. 33,2 (= CI. 8,51): *περὶ τῶν τοὺς ὑφαίματος ἀγορασάντων*.

Su decine e decine di manoscritti, quanti sono quelli del Codex Iustinianus²⁷, sembrano a prima vista un po' pochi e fragili i punti di appoggio di Kruger a favore della rubrica *De expositis liberis et sewis et de his qui sanguinolentos emptos vel nutriendos acceperunt*, contro quella, diciamo tradizionale, che omette *emptos vel*.

Ci è stato possibile vedere in microfilm più di una ventina di altri ma-

Napoli 1830, (apud Januarius Mirelli Bibliopolam), IV, p. 817; l'ed. di A. HERMANN, in *Corpus Iuris Civilis...pars II a Aemilio Hermanno recognita*, Lipsiae 1887¹⁷, p. 562.

26. P. KRÜGER, *Codex Iustinianus*, Berolini 1877, *apparatus*, p. 791.

27. G. DOLEZALEK, *Repertorium manuscriptorum veterum Codicis Iustiniani*, I/1, Frankfurt am Main 1985, p. 61 ss. Solo quelli più antichi (fino al XIII secolo) sono più di duecento.

noscritti, tutti piuttosto antichi. Solo in uno²⁸ è riportata la rubrica con gli *empti* (*De infantibus expositis liberis et servis et de his qui sanguinolentos emptos vel nutriendos acceperunt*). Invece, in nove manoscritti²⁹ abbiamo trovato esattamente la lezione *de his qui sanguinolentos nutriendos acceperunt*³⁰, la lezione cioè seguita dalla Glossa e dalle edizioni critiche precedenti quella di Krüger; e questo potrebbe deporre a favore dell'idea che nell'originale la menzione degli *empti* non ci fosse. Più problematica è invece la presenza di quindici manoscritti³¹, i quali omettono *emptos* però mantengono il *vel*: *de his qui sanguinolentos vel nutriendos acceperunt*. Questo *vel* potrebbe far pensare che nell'originale figurasse *emptos*, a cui il *vel* si coordina, e che poi uno o più manoscritti archetipici³² abbiano smarrito le parole (o il solo *emptos* o *vel emptos*) per *corruptio* (ci sembra significativa, a questo proposito, la lezione *sanguinoleptos* in ms Verona, BC CLXXII fol. 200va), o per *correctio*, cioè per l'esigenza di eliminare l'antinomia tra tra rubrica e titolo.

Comunque, a parte questo discorso del *vel* che pure ha il suo peso, resta il fatto che su 25 manoscritti da noi visti, solo uno riporta *ernptos*. E questi numeri deporrebbero contro la restituzione dell'insigne studioso.

6. – Ma, nonostante tutto, secondo noi ha ragione Krüger nel restituire *De infantibus expositis liberis et servis et de his qui sanguinolentos emptos vel nutriendos acceperunt*. A parte i tre manoscritti citati dallo studioso, che riporterebbero per esteso la rubrica, e quello individuato da noi; a parte i manoscritti che omettono *emptos* ma mantengono *vel*, c'è, assolutamente stringente, l'argomento della rubrica di B.33,2 = CI.8,51 che recita Περὶ νηπίων ἐκτιθεμένων ἐλευθέρων καὶ δούλων, καὶ περὶ τῶν τοὺς υφαίμους ἀγορασάντων ἢ εἰς τὸ θρῆψαι εἰληφότων, nella trad. lat. di Heimbach: *De infantibus expositis liberis et servis, et de his, qui sanguinolentos emerunt aut nutrien-*

28. Wien, ONB 2130, fol. 119v.

29. Wien, ONB 2099, fol. 181ra; Paris, BN lat. 4527, fol. 196va; Paris, BN lat. 4532, fol. 201va; Alba Julia, BCS 11.4, fol. 170rb; Avranches, BM 141, antea 170 olim 164, fol. 172va; Basel, OBU C.I.3, fol. 227ra; Padova, BU 688, fol. 169ra; Verona, BC CLXXII, fol. 200va; Bibl.Vat., Vat. lat.1427, fol. 287va.

30. Con qualche variante di poco conto.

31. Berlin, SB W. lat. 275, fol. 158vb; Vercelli, BCE 127, fol. 287rb; Montecassino, AA 49 Plut.X, fol. 294 nuov. num.; Paris, BN lat.16910, fol. 190vb; Paris, BN lat. 4528, fol. 125va; Firenze, BML, SC. Plut.6 sin.4, fol. 214rb; Tortosa, BC 36, fol. 190va; Torino BNU J.II.3, num. moder. fol. 241va; Montpellier, BU H.82, fol. 248r; Bibl.Vat., Vat. lat.11599, fol. 127va; Bibl.Vat., Palat. lat.762, fol. 203va; Berlin, SB W. lat. 274, fol. 201r; Leipzig UB 883, fol. 183va. Del ms Darmstadt, HLHB 2000, citato da Krüger, noi abbiamo letto al fol.113v il *vel* senza *emptos*.

32. V. C. TORT-MARTORELL, *Tradición textual del Codex Iustinianus*, Frankfurt am Main 1989, p. 1 ss.

*dos acceperunt*³³. Su di essa, nell'ed. di Bonn del 1914³⁴, Krüger sembra esclusivamente sostenersi.

In appoggio, va aggiunta la rubrica di CI. 8,51 riportata dalla Summa Perusina³⁵ che recita: *De infantibus expositis liberis et sewis et de his, qui sanguinolentus emptos vel nutriendas*. L'antichità di questo documento costituisce indizio apprezzabile della presenza dei neonati comprati nella rubrica di CI.8,51³⁶.

7. - E così, stabilita la plausibilità testuale di questa rubrica, torniamo all'interrogativo di partenza aperto sulla incongruenza tra rubrica e contenuto del titolo. Rubrica sensata o insensata? 'Felice' o 'infelice'?

Crediamo sensata e 'felice'. E' plausibile che il proposito dei compilatori — nel mantenere, nella rubrica del titolo dedicato all'esposizione dei neonati, il riferimento alla vendita — fosse quello di estendere ai neonati venduti il principio nuovissimo affermato a proposito degli esposti da Giustiniano: *liberi et ingenui appareant*³⁷.

Abbiamo già accennato che, in CI.4,43 *De patribus qui filios distraxerunt*, si ribadisce in via generale il divieto di vendere i figli³⁸, ma è ammessa (attraverso l'inserimento della costituzione di CTh.5,10,1, leggermente ritoccata), la vendita dei neonati se fatta per la necessità

33. HEIMB., III, p. 533.

34. *Corpus Iuris Civilis*, II, Berolini 1954¹¹, apparatus ad CI.8,51 (52) nt. 16.

35. *Adnotationes Codicum Domini Iustiniani (Summa Perusina)*, edente FRIDERICO PATETTA, Romae MDCCC, p. 289.

36. Nella Summa Perusina di CI. 8, 51 (52), a differenza della rubrica che è riportata *in extenso*, le costituzioni sono sottoposte, per così dire, a una 'massimazione' alquanto arbitraria. La legge di Valentiniano e quella di Giustiniano risultano ancora circoscritte all'esposizione (*Lex 2 Impp. Valentinianus, Valens et Gratianus a. ad Probum pp. Suum vel ancille filium proiectum qui colliget et nutriet servum illum non tenet; nec qui eum proiecit recipit.; Lex 3. Impp. Iustinianus a. Demosteni pp. Qui infantem proiecto collegit et nutriet, nulla conditione eum teneat; nec his, qui eum proiecit.*). Invece, la legge di Severo Alessandro appare orientata verso la cessione volontaria, se non vendita, di neonati: *Lex 1. Impp. Alexander a. Claudio. Partus ale vel latine. si ab alio tenetur, recipis; pro sumptus et artificium pretium restituas*. Punto di vista assente in Giustiniano, ove la costituzione rimanda all'*expositio*.

37. CI. 8,51,3,1 (Giustiniano, a. 529). Come sappiamo, il diritto anteriore (nella compilazione di Teodosio: 5,9,1) attribuiva ai raccoglitori la facoltà di dare lo *status* che volevano agli esposti.

38. CI. 4,43,1 (Diocleziano e Massimiano, a. 294): *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.*

di nutrirli (*victus causa*). E' ancora riconosciuta all'*emptor*, sul neonato cresciuto, una *facultas obtinendi servitii*³⁹.

Orbene, questo misterioso ed ambiguo *sewitium* che il compratore poteva esercitare sull'infante vendutogli *victus causa*, e che forse nell'età costantiniana e successiva poteva anche configurarsi come uno stato pienamente o parzialmente servile⁴⁰, riceve, attraverso il richiamo dei sanguinolenti *empti* contenuto nella rubrica del titolo *de expositis*, un definitivo chiarimento: lo status degli individui comprati da neonati *victus causa* era quello di liberi e ingenui, anche se sottoposti ad un *servitium* a favore del compratore. Gli *empti*, liberi e ingenui come gli *expositi*.

La civiltà e la dignità umana facevano un altro passo in avanti, senza clamore.

8. - Del resto, non è raro trovare una rubrica che abbraccia una casistica più ampia rispetto a quella prevista dalle leggi contenute nel corrispondente titolo. E così, la rubrica, ampliando la *fattispecie*, esplica una importante funzione normativa.

Sarebbe oltremodo interessante verificare 'a tappeto' questo fenomeno, per valutarne l'effettiva incidenza⁴¹.

A ben guardare, esso è doppiamente presente nella rubrica di cui stiamo parlando: non solo dove il nocciolo della disciplina dell'esposizione è esteso, come ci sembra plausibile, alla vendita dei neonati, ma anche in un altro punto. La rubrica recita *De expositis liberis et sewis....* Se non ci fosse l'espressa menzione dei *liberi*, l'importante principio per cui l'espositore era soggetto a pena e non poteva più rivendicare l'esposto, si dovrebbe intendere come applicato solo ai domini e ai patroni, ai quali solo, letteralmente, si riferisce⁴²; e non ai padri che esponevano i loro figli ingenui.

La rubrica riempie questa lacuna⁴³.

39. Nella versione teodosiana della costituzione di Costantino in discorso, si parla di *obtinendi eius sewitii potestas*, di *firmiter possidere*, che diventa *possidendi potestas* nella *inter. Visigoth.*

40. Sulla prevalente interpretazione, in letteratura, in termini di stato servile, v. *supra*, nt. 9.

41. Qui ci limitiamo a fare un esempio: CTh. 9,24 *De raptu virginum* ve2 *viduarum*. Le costituzioni del titolo parlano solo di *puellae*, e quindi, palesemente, i compilatori, con la rubrica, hanno voluto estendere la disciplina del ratto delle *puellae* alle vedove. C'è un caso forse anche in CTh.9,25 *De raptu vel matrimonio sanctimonialium virginum vel viduarum*: la legislazione sull'*attemptare matrimonii iungendi causa* le donne consacrate, ha contemplato le sole *virgines* (ma i manoscritti lasciano qualche dubbio) e la rubrica ha esteso la disciplina alle *viduae*: L. DESANTI, *Su2 matrimonio di donne consacrate a Dio ne2 diritto romano cristiano*, in *SDHI* 53 (1987) p. 272 ss.

42. V. il testo di C.I. 8,51,2 alla nt. 12.

43. Per tutti, J. CUJACIUS, citato alla nt. 13.

ABSTRACT

In the editio *maior* of the Codex Iustinianus, P. Kruger suggests a rubric of Cl. 8,51(52) different from the traditional one and apparently inadequate, compared to the content of the title (in this one it's a matter of *expositi* children, in that one it's spoken also of *empti* children) . It's an acceptable proposal and it's possible to explain the apparent antinomia. (Principal texts: CTh. 5,9; CTh. 5,10; Cl.8, 51 (52); Cl.4, 43).

Nell'editio *maior* del Codice Giustiniano, P. Kruger propone, per Cl. 8,51(52), una rubrica diversa da quella tradizionale e apparentemente inadeguata rispetto al contenuto del titolo (il titolo si riferisce all'esposizione dei neonati, la rubrica anche alla vendita). La proposta di P. Kruger è accettabile ed è possibile spiegarne l'apparente antinomia. (Testi principali: CTh. 5,9; CTh. 5,10; Cl. 8,51 (52); Cl. 4,43).

VITTORIO ANGIOLINI

PER LA VOCE "AMMINISTRAZIONE PUBBLICA" IN UN "DIZIONARIO DELLE IDEE POLITICHE": APPUNTI.

1. La pubblica amministrazione come problema "politico": rilievi preliminari.

L'accostarsi all'amministrazione pubblica dal punto di vista delle idee politiche non è facile, quantomeno in prospettiva attuale, poiché nell'ultimo secolo di storia le sistemazioni scientifiche dell'azione amministrativa, alle quali più insistentemente ci si è richiamati anche nel dibattito culturale e (in senso ampio) "politico", sono state, in Italia ed in Europa, le sistemazioni dei giuristi. Il che, se non vale a chiudere precocemente il discorso, sollecita taluni rilievi preliminari con cui recingerne la portata.

Un primo rilievo è che i giuristi hanno rivestito un ruolo assorbente non solo nella riflessione scientifica sulla pubblica amministrazione, ma anche, per quanto è loro servito, nella stessa riflessione sulla politica: nel darsi carico di ciò che attiene alla pubblica amministrazione, i giuristi hanno esteso l'analisi alle relazioni tra l'amministrazione medesima e la politica, di cui hanno dunque evocato, sia pure in maniera sintetica ed approssimata, delle idee (o delle immagini): un risalto cruciale ha avuto, per la dottrina giuridica, l'idea della politica come forza originaria e illimitata pertinente la sovranità dello Stato, a cui sarebbe indissolubilmente legata l'amministrazione pubblica; una specificazione ne è stata data con l'idea - che i giuristi hanno ripreso da dottrine filosofiche e politologiche per poi agganciarla all'attività legislativa delle assemblee parlamentari elette dai cittadini - della politica quale luogo di identificazione dell'"interesse generale", a cui si riallaccerebbero, con una sorta di relazione di genere a specie, gli "interessi pubblici" coltivati dall'amministrazione. I giuristi hanno "formalizzato" la politica¹, esorcizzando con ciò il potere sovrano, quantunque questa sia

1. Cfr. argomento A. NEGRI, *La forma stato*, Milano, 1977, 63 ss.; e, in senso diverso, P. COSTA, *Lo stato immaginario*, Milano, 1986, spec. 147 ss.

stata, come tra breve si illustrerà, soltanto una "formalizzazione" parziale o dimezzata.

Certo, anche in Italia, un progetto unificante gli studi non giuridici, bensì sociali, economici e politologici sull'azione amministrativa pubblica è stato avanzato a più riprese, non diminuendo tuttavia, a quel che sembra, il peso decisivo accordato alla scienza del diritto. Le vicissitudini della Scienza dell'amministrazione, che si è inaugurata e (presto) spenta tra il secolo XIX e l'inizio del XX, sono, a tal proposito, eloquenti²; come è eloquente che non abbiamo avuto il seguito sperato tentativi, quali quelli tra loro differenti di F. Benvenuti e di G. Miglio³, tesi a rianimare una Scienza dell'amministrazione posteriormente alla seconda guerra mondiale, allorché l'ampliamento dell'intervento amministrativo pubblico in campo sociale ed economico si è rivelato definitivamente come fatto storico ineludibile.

Pertanto, il discutere delle idee politiche sull'amministrazione equivale tuttora a discutere, per lo più, di come i problemi della politica sono apparsi nella lente del diritto amministrativo, o, se si vuole, di come i giuripubblicisti si sono raffigurati la politica e i suoi problemi.

In connessione con questo, inoltre, un altro rilievo pare doveroso, e cioè che, in un panorama come quello appena tratteggiato, le idee sull'amministrazione pubblica si sono evolute in modo differente da paese a paese, da Stato a Stato; il che pare autorizzare a fermare l'indagine, per quello che qua interessa, alla situazione dell'Italia (ed alle dottrine straniere che più hanno influenzato quelle italiane). Non si può, invero, trascurare – nonostante che oggi proprio questo sia un aspetto il quale parrebbe ritornare in giuoco – che il quasi-monopolio della scienza *juris* nella sistemazione scientifica della pubblica amministrazione è dipeso altresì dal postulato (o dall'assioma) della indissolubilità del diritto dall'azione dello Stato nazionale; il riferimento alla sovranità dello Stato, per l'impianto dell'amministrazione pubblica medesima, è stato, oltreché storicamente più risalente, altrettanto determinante del riferimento al diritto.

In altri termini, il collegamento necessario tra l'amministrazione pubblica ed il diritto è stato a lungo per così dire doppiato, e non di rado sopravanzato, dal collegamento, altrettanto vitale, tra l'amministrazione stessa ed il potere statale sovrano. Con il che si comprende, oltretutto, l'ambiguità delle definizioni dell'amministrazione pubblica rintracciabili presso i giuristi, successivamente alla fondazione dello Stato unitario ita-

2. Cfr. su questa vicenda, riassuntivamente, C. MOZZARELLI - S. NESPOR, *Giuristi e scienze sociali nell'Italia liberale. Il dibattito sulla scienza dell'amministrazione e l'organizzazione dello Stato*, Venezia, 1981, spec. 20 ss.

3. Cfr. i contributi di F. BENVENUTI e di G. F. MIGLIO, in *Atti del I Convegno del Centro di studi amministrativi della Provincia di Como*, Milano, 1957, 18 ss.

liano. Per un verso, si è definita l'amministrazione pubblica come attuazione od esecuzione pedissequa del diritto e della legge quale manifestazione di grado più elevato del diritto statale. Per un altro verso, si è fatto invece perno sull'essere l'amministrazione, come apparato ed organizzazione di poteri, indispensabile al soddisfacimento di "interessi" o di "fini" pubblici in quanto espressi dallo Stato, (anche) a prescindere da un irregimentazione stricto sensu giuridica di quegli "interessi" o di quei "fini"; si è messa in evidenza, cioè, l'irrinunciabilità dell'agire amministrativo per lo Stato sovrano ed in quanto tale capace di imporsi comunque ai consociati. L'amministrazione è stata elevata a tramite di un predominio statale sulla società che, quand'anche sottratto a qualificazioni (e restrizioni) giuridiche, dovrebbe essere conservata per conservare lo Stato quale ente sovrano, richiedendosi sempre all'uopo un apparato ed un corpo di poteri amministrativi.

2. Pubblica amministrazione, diritto e Stato.

Il mettere in equilibrio la duplice vocazione dell'amministrazione pubblica, come garante del diritto e come incarnazione (e strumento) del potere sovrano, non è stato semplice, neppure per studiosi del calibro di V. E. Orlando o di Santi Romano, che pure sono riconosciuti fondatori, in Italia, dell'indirizzo di studi prevalente nel diritto amministrativo e costituzionale. L'obiettivo è stato raggiunto, in fondo, solo espungendo dal campo di osservazione tutto ciò che avrebbe disturbato la "purezza" del "sistema" dell'amministrazione pubblica come sistema giuridico, costruito utilizzando per via di adattamento e di trasformazione regole e principi attinenti ad altri "rami" del diritto, e prioritariamente al patrimonio di conoscenze del diritto privato; tutto quanto non si è prestato nell'amministrazione pubblica ad essere ricondotto a tali categorie giuridiche tramandate e riadattate al potere statale, è stato per ciò stesso eliminato dall'orizzonte degli studi di diritto amministrativo. Per questa strada, anzi, i giuristi si sono spinti sino al punto di rendere pressoché inesplicata ed inesplicabile la premessa stessa della sovranità (del potere sovrano) dello Stato, su cui pure hanno edificato, a partire dalla statualità del diritto, per intero il proprio lavoro; le sole delucidazioni concesse dai giuspubblicisti sulla politica, in cui si sarebbe manifestato il potere sovrano, sono state quelle, a cui si è accennato, riassunte nell'"interesse generale"; per il resto, la politica (e con essa la sovranità), è stata reputata alcunché di giuridicamente rilevante e, tuttavia, giuridicamente impregiudicato nella sostanza.

Ciò è sicuramente vero per Orlando, di cui basterebbe menzionare l'avvertimento lanciato ai "cultori del diritto pubblico" che "sono troppo filosofi, troppo politici, troppo storici e troppo sociologisti e troppo poco giu-

reconsulti"⁴, ma non è meno vero per Romano. Se le teorizzazioni di Romano hanno dischiuso la porta alla della "pluralità" degli ordinamenti giuridici ed alla percezione della relatività del discrimine tra fenomeni giuridici e sociali, Egli stesso è parso riluttante nel discostarsi, in linea con il "giuspositivismo", dalla "luminosa concezione" per cui lo Stato sarebbe "dotato di un potere, che non ripete se non dalla sua stessa natura e dalla sua forza, che è la forza del diritto"⁵. Si comprende proprio per questo, oltretutto, come dalla "scuola" di Romano potesse venire uno Zanobini, per il quale "la funzione amministrativa" sarebbe stata "principalmente rivolta all'attuazione delle norme di diritto amministrativo"⁶. Tali presupposti culturali hanno consentito appunto, ad Orlando e Romano (nonché a parecchi altri), di preservare la "natura giuridica" della pubblica amministrazione, senza negare che, nel contempo, in seno o in parallelo all'azione amministrativa pubblicistica potesse aversi dell'altro, e cioè la "forza sovrana" trascendente il diritto e meramente autoritaria.

Ovviamente, in questo atteggiamento degli studiosi di diritto amministrativo si potrebbe voler cogliere, banalmente, la ricognizione delle frontiere del diritto come disciplina scientifica in confronto al proprio oggetto, dato nel caso dalla pubblica amministrazione nelle sue reciproche implicazioni con la politica (e la "forza sovrana"); il che non precluderebbe che il medesimo oggetto, possa essere osservato dal punto di vista di altre discipline scientifiche, economiche politiche o sociali. Questa visione delle cose sarebbe però, nel suo complesso, inaccettabile o incompleta, di fronte a numerosi e concordanti indizi della tendenza dei giuristi a concludere ed esaurire, nel proprio specifico ambito di specializzazione scientifica, la nozione di pubblica amministrazione ed i suoi svolgimenti, incluso il suo rapporto con la politica e la sovranità che pure il "diritto positivo" ha potuto a malapena percepire nei suoi lineamenti esteriori. Si pensi, anzitutto, alla ritrosia dei giuristi a prendere in considerazione, accanto al "concetto giuridico", altre definizioni della pubblica amministrazione riscontrabili in economia, sociologia o scienza della politica, ed anzi alla propensione della medesima dottrina giuridica a relegare, nell'alveo di una politica estranea all'amministrazione e stimata non meglio individuabile neanche al di fuori dell'ottica giuridica, ogni manifestazione di organi o soggetti amministrativi che fosse giuridicamente incontrollabile. Del resto, la pretesa dei giuristi ad essere unici protagonisti autentici degli studi

4. Vedi V. E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, s.l., 1889, 3 ss.; ma v. anche l'Introduzione, in *Trattato completo di diritto amministrativo*, Milano, vol. I, s.d., spec. 59 ss.

5. Vedi SANII ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1910), ora in *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano, 1969, 5 ss.

6. Vedi G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge* (1920), ora in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 203 ss.

amministrativi è stata resa palese e suggellata giusto dalla condanna - pronunciata in chiave ultimativa tra gli altri da G. Zanobini - della Scienza dell'amministrazione quale disciplina scientifica autonoma concernente "problemi di opportunità e convenienza", di indole "tecnica" o "politica"⁷.

In altre parole, l'amministrazione pubblica è stata delineata, nei suoi contorni e nelle sue interferenze con la politica e la sovranità, in aderenza al "diritto positivo", per quello che poteva esserlo e rigettando, ad ogni buon conto, la collaborazione tra i giuristi ed i cultori di altre "scienze amministrative" (non giuridiche). D'altronde, questo privilegio del diritto, negli studi di pubblica amministrazione, è stato talora avallato, o quantomeno non smentito, dalla scienza della politica o dalla sociologia.

Si ponga mente, ad es., alle polemiche, che hanno avuto padri autorevoli, sulla cd. "classe politica"⁸. Sebbene spesso, all'apparenza, tali polemiche sfiorassero soltanto la pubblica amministrazione, esse hanno avuto probabilmente una funzione da non sottovalutare nell'assicurare credibilità alle risultanze del diritto amministrativo. Come detto, i giuristi non hanno mai neanche aspirato ad un'amministrazione pubblica che fosse totalmente soggetta al diritto ed irregimentata giuridicamente nella sua interezza: la dottrina giuspubblicistica, preoccupatasi di affermare taluni principi e regole di garanzia in ordine alla pubblica amministrazione, ha ammesso tranquillamente l'esistenza di alcunché di più che, però sarebbe stato da dislocare nella zona grigia della "politica", in cui il diritto non sarebbe riuscito a penetrare e che perciò avrebbe visto sguarnite da ogni presidio (giuridico) le posizioni dei cittadini o, più genericamente, della società. La scienza della politica, mettendo in luce impietosamente il distacco tra governanti e governati come nota distintiva delle stesse assemblee rappresentative elette dai cittadini, non poteva che suonare, mediatamente, a giustificazione di una conduzione "autoritaria" degli affari amministrativi, a giustificazione della gamma ridotta delle garanzie (giuridiche) di cui fosse dato avvalersi nei riguardi della pubblica amministrazione.

O si ponga mente, sul piano sociologico, alle rassicurazioni venute sempre indirettamente, per le dottrine del diritto amministrativo, dall'approccio weberiano, che tanta fortuna ha avuto (anche) in Italia e che ha collocato nella "politica" la responsabilità delle scelte pubbliche,

7. Cfr. G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1957, 55 ss.

8. In tema, è d'obbligo almeno il riferimento a G. MOSCA, *Teorica dei governi e governo parlamentare*, Milano, 1968, 9 ss.; ma cfr. anche W. PARETO, *La trasformazione della democrazia*, ora in *Scritti sociologici*, Torino, 1966, 1012 ss.

confermando la collocazione dell'amministrazione "legal-razionale" al livello esecutivo di quelle medesime scelte⁹.

Il modello di pubblica amministrazione che è derivato da tutti questi movimenti del pensiero è parso contrassegnato, in primo luogo, da una spiccata flessibilità e possibilità di adattamento. A fianco o al di sopra dell'amministrazione, ovvero frammista in essa, residuerebbe, a stare sempre al lessico dei giuristi, la politica che neppure regole o principi giuridici potrebbero irretire e che, dunque, rimarrebbe esposta al fluire degli eventi e pronta ad assecondarne l'andamento ed il capriccio. Il che non muta a voler riattaccare questa politica al potere sovrano dello Stato: ché, semmai, è proprio il fatto di riattaccare, come hanno fatto i giuristi, la politica ad un potere sovrano insondabile in diritto che ne rende egualmente insondabili, e mutevoli ad ogni passo, la sostanza ed i riflessi sull'amministrazione pubblica. Non parrebbe casuale, da questa angolazione, che, ad onta delle innumerevoli varianti che di volta in volta ne sono state prospettate, un simile modello di amministrazione pubblica abbia attraversato indenne nei suoi capisaldi vicende storiche differenti e tormentate dello Stato unitario italiano, come quelle relative all'instaurazione della forma di governo parlamentare contro la lettera dello Statuto albertino, o quelle del ventennio fascista.

D'altro canto, un simile modello di pubblica amministrazione è altresì, e contemporaneamente, fragile: l'intangibilità (ed irriducibilità a schemi dotati di un minimo di fissità) della politica che si insinuerebbe nell'amministrazione, la guiderebbe o si accompagnerebbe ad essa in tanto può essere mantenuta, in quanto non siamo particolarmente complessi ed articolati i compiti amministrativi da fronteggiare ed il contesto in cui questi compiti debbono essere esercitati; giacché, a mano a mano che cresce la complessità dei compiti e del contesto dell'amministrazione pubblica, aumentano i rischi di potenziali divergenze, fraintendimenti o conflitti sulla sostanza di quella politica dalle fattezze mobili e cangianti. Era da attendersi, quindi, che l'avvento di quello che con varia terminologia si è denominato Stato "sociale", "pluriclasse" o "amministrativo", ovvero con l'intensificarsi delle reciproche interrelazioni tra l'amministrazione pubblica, l'economia e la società, il modello amministrativo pazientemente forgiato avrebbe mostrato più di una traccia di logoramento ed avrebbe potuto patire una critica severa.

9. Cfr. M. WEBER, *Economia e società* (trad. it. di *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tuebingen, 1922), Milano, 1974, II, 423 ss.

3. Pubblica amministrazione. Costituzione e "valori".

L'occasione per una rimeditazione delle pregresse impostazioni degli studi sulla pubblica amministrazione è giunta, in Italia, con la Costituzione repubblicana. La Carta Costituzionale italiana del 1948, come altre carte costituzionali europee successive alla seconda guerra mondiale, è stata delineata alla stregua di una Costituzione "rigida" (non modificabile se non con un'apposita procedura aggravata), "lunga" e corredata di meccanismi di giustizia miranti ad affermare il primato anche in aree dell'organizzazione pubblica tradizionalmente esenti, in nome della politica (e della sovranità) da vincoli giuridico-costituzionali, come l'area in cui si esercitano i poteri di legislazione o, più ampiamente, le attività dei supremi organi dello Stato. È stato osservato, e non a torto, che la Costituzione repubblicana ha inteso probabilmente combinare in sé sia gli attributi di una Costituzione in funzione di "garanzia", che valga da argine all'esercizio di qualsiasi manifestazione di potere autoritario pubblico (o privato), sia gli attributi di una Costituzione in funzione di "indirizzo", mirante a segnare e condizionare profondamente, per l'avvenire, ogni itinerario che l'organizzazione giuridica politica, economica e sociale italiana potrà percorrere¹⁰.

Le molteplici regole ed i principi che in tale Costituzione sembrano rivolgersi alla pubblica amministrazione — da quelli sulle autonomie regionali e locali dell'art. 5 e del titolo V a quelli di "imparzialità" e di "buon andamento" dell'art. 97 fino ai principi e alle regole sulle libertà individuali e collettive, o (sulla giustizia costituzionale, e) sulla protezione giudiziaria nei riguardi dell'azione amministrativa — avrebbero potuto o dovuto, pertanto, incoraggiare, come solo in parte è stato, un mutamento di rotta degli studi giuridici (e, come si vedrà subito, non solo di quelli). Ciò che, intanto, balza agli occhi è che una siffatta Costituzione, ed una siffatta disciplina costituzionale della pubblica amministrazione, avrebbero potuto e potrebbero sdrammatizzare o mettere in seconda riga, se non proprio tagliar fuori, la questione della sovranità statale come passaggio obbligato della (di ogni) visuale dell'azione amministrativa e come spiegazione del suo carattere pubblicistico. In realtà, l'amministrazione pubblica potrebbe essere definita tale, e ripetere i suoi connotati essenziali, immediatamente dai principi e dalle regole della Costituzione, piuttosto che dal collegamento con il potere statale sovrano.

Il che potrebbe portare delle novità al largo raggio. Per un verso, e dall'angolazione giuridica, potrebbe non essere più scontata la compresenza, all'interno o in prossimità dell'agire amministrativo, di quei fattori detti

10. Vedi M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*. - I. Le libertà: presupposti culturali e modelli storici, Torino, 1991, 141 ss.

comprensivamente politici perché imputati alla sovranità dello Stato ed in quanto tali reputati inarrivabili per il diritto: liberati, in ossequio alla superiorità ed all'equidistanza della Costituzione al cospetto di qualsiasi potere pubblico o privato, dall'ingombrante fardello (e dalla scusante) di dover preservare la sovranità statale, si potrebbe finalmente cominciare a capire fin dove, sulla scorta dei principi e delle regole squisitamente giuridico-costituzionali, sia lecito spingersi nelle indagini sulle pubbliche amministrazioni giurista sarebbe "solo" con sé medesimo, e con la Costituzione, nel ricercare i limiti del diritto, e gli spazi che potrebbero o dovrebbero essere riservati ad indagini scientifiche di altro tipo rispetto alla pubblica amministrazione. Mentre, per un altro verso e dall'angolazione delle altre "scienze amministrative" (non giuridiche), non solo, com'è in re ipsa, i politologi, ma anche i sociologi e gli economisti, nell'applicarsi alla pubblica amministrazione, dovrebbero cambiare i propri bersagli e le proprie attitudini, non avendo più essi stessi da custodire la politica nell'involucro della sovranità dello Stato. Il che, peraltro, dovrebbe esaltare, più che deprimere, gli studi amministrativi non giuridici; se quello che dell'amministrazione pubblica sfugge (alla Costituzione e) al diritto non è più giustificabile con il rimando alla sovranità dello Stato, si potrebbe o ci si dovrebbe, verosimilmente, sforzare di reperirne altrove il filo conduttore: in una politica, in un'economia o in una società emancipate, a loro volta, dalla contemplazione del potere sovrano.

Che non ci si sia avviati, o non ci si sia avviati tempestivamente, in tale direzione, negli studi sulla pubblica amministrazione, non è per la verità seriamente contestabile. Che la Carta repubblicana del 1948 "se rappresenta l'inizio di un nuovo periodo per il diritto costituzionale, non segna un taglio netto per il diritto amministrativo" potrebbe essere addebitato, tuttavia, a varie ragioni, e non soltanto alla "storia della scienza del diritto amministrativo" (...) "dominata da una costante continuità", oppure alla consapevolezza che nella medesima Costituzione "il fenomeno amministrativo o è in secondo piano o è regolato con gli occhi volti al mondo di ieri" ¹¹. Come si è anticipato, che la Costituzione potesse e possa, per i giuristi e per altri, portare i germi di un rinnovamento degli studi sulla pubblica amministrazione non parrebbe, difatti, un'ipotesi da scartare sbrigativamente.

Tra gli elementi da non passare sotto silenzio, nel merito degli ostacoli che si sono interposti ad un più stretto raccordo tra pubblica amministrazione e Costituzione, vanno menzionati, almeno, la persistente diffidenza ed i ritardi del legislatore e della stessa giurisprudenza nel por mano all'attuazione delle regole e dei principi costituzionali. Tali diffidenze e tali ri-

11. Vedi S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971, 53 ss.

tardi (ad es. la Corte costituzionale che ha funzionato solo dal 1956, le regioni dal 1970, gli organi decentrati di giustizia amministrativa dal 1974, la legislazione su comuni e province o quella sul procedimento amministrativo che sono state varate soltanto nel 1990, ecc.) hanno concorso, di sicuro con altri elementi tra cui la "crisi" della sistematica giuridica in sé e per sé, ad una situazione singolare, sul piano culturale; essendo obiettivamente impediti o impacciati nel mettere alla prova ed affinare in fase applicativa le proprie interpretazioni della Costituzione repubblicana, gli studiosi di diritto hanno finito con l'intravedere nelle disposizioni costituzionali, più che regole o principi giuridici dotati di una loro sfera di operatività, accertata o accertabile scientificamente nel dialogo tra gli interpreti-giuristi, soltanto la piattaforma per costruire modelli o schemi di pubblica amministrazione da integrare attingendo alla politica, all'economia ed alla sociologia come tali.

O, meglio, modelli o schemi di amministrazione pubblica sono stati elaborati, con la cooperazione degli stessi giuristi, avvalorando prospettazioni di indole economica, politica e sociale mediante interpretazioni scelte tra le diverse plausibili, e non necessariamente però verificate come le più plausibili, delle disposizioni costituzionali. In questo senso, la Costituzione del 1948 ha effettivamente contribuito a ripristinare i contatti tra l'analisi giuridica della pubblica amministrazione, la scienza politica, l'economia e la sociologia, spesso peraltro all'insegna di una distinzione, o talora di un compattamento, di tali ambiti scientifici all'origine differenti: lo stesso M. S. Giannini, retrospettivamente, ha descritto le proprie celeberrime Lezioni di *diritto* amministrativo del 1950 come intese a "ricucire" (...) "gli aspetti di sociologia e di dogmatica, sì da poter fornire (...) un'interpretazione meno libresca del mondo in cui esistiamo"¹².

I principi e le regole costituzionali, in altre parole, non sono stati messi a frutto quali "garanzie" o "indirizzi" giuridici nei confronti dell'evoluzione ulteriore dell'organizzazione e dell'azione amministrativa pubblica sul terreno politico, sociale ed economico, bensì sono stati utilizzati come regole o principi che, per il tollerare in astratto differenti soluzioni interpretative ed applicative, avrebbero potuto esclusivamente dar conforto, ad un tempo ricavandone una punualizzazione dei propri effettivi contenuti materiali e della propria portata, a modelli o schemi elaborati con gli strumenti e le metodiche della scienza politica, della sociologia o delle scienze economiche: piuttosto che desumere dalla Costituzione regole o principi giuridici, come tali finiti ed autosufficienti, se ne sono desunti "valori", le cui fattezze ed i cui contorni andrebbero precisati al livello delle opzioni politiche, sociali, economiche o più latamente culturali dell'interprete.

Con questo spirito, si sono messi a fuoco, segnatamente tra gli anni '60

12. Vedi M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, I, VI.

e '70 - quando la battaglia per l'attuazione della Costituzione del 1948 è parsa poter registrare un qualche (non si sa ancora se effimero) risultato ed ha egualmente stentato a prendere piede - differenti modelli o schemi di pubblica amministrazione. Solamente per esemplificazione, e per rapporto in specie all'applicazione dei principi costituzionali sulle autonomie regionali e locali (nonché ai principi di "buon andamento" e di "imparzialità" dell'art. 97 Cost.), si può ricordare il modello o lo schema, nato dall'ambiente culturale cattolico, del cd. "pluralismo sociale": un modello o uno schema in cui l'amministrazione pubblica, dividendosi in una pluralità di "centri" di aggregazione disponibili alla partecipazione degli individui e dei gruppi (le "formazioni sociali" dell'art. 2 Cost.), avrebbe dovuto diventare per se stessa espressiva, sotto il profilo socio-economico e non solo giuridico, delle diverse e varieguate istanze della società, al di là della politica organizzata in partiti. Oppure si può ricordare il modello o lo schema, che trae la sua origine dalla cultura della sinistra marxista, della cd. "rete delle assemblee elettive": uno schema o un modello in cui l'amministrazione pubblica avrebbe dovuto trarre ed alimentare il proprio titolo o governare la società dalla circostanza di incorporare al proprio interno organi di "rappresentanza politica generale", eletti a suffragio universale ed ai quali affidare i compiti più importanti.

Quello che qui preme di sottolineare non è il successo o l'insuccesso di questi o altri consimili modelli o schemi di pubblica amministrazione, diversi per ispirazione (anche "ideologica"); quello che, viceversa, preme di sottolineare è che complessivamente, questo modo di ragionare sulla pubblica amministrazione e la Costituzione, interpretando quest'ultima come "tavola di valori" destinata a prender consistenza direttamente nella società, nell'economia o nella politica, sembra oggi mostrare degli aspetti problematici o persino dei rischi, rimasti in precedenza nascosti o celati, benché si tratti di problemi e di rischi somiglianti a quelli ripetutamente incontrati, nel passato, dai giuristi propensi all'"interdisciplinarietà".

Da un lato, la rinuncia dei giuristi ad interpretare la Costituzione in proprio ed indipendentemente da "valori" (politici, economici e sociali), sembra aver condotto ad una svolta negli studi sulla pubblica amministrazione, che già schemi o modelli quale quello del "pluralismo sociale" o quello della "rete delle assemblee elettive" lasciavano presagire e che viene assumendo una dimensione forse inaspettata. Si allude all'inclinazione della scienza politica, delle scienze economiche, con le loro inedite ramificazioni come quella dell'"economia pubblica", e della stessa sociologia, a dispetto dello stato di salute da tanti reputato non felicissimo, ad avventurarsi in letture dell'amministrazione pubblica con pretese "prescrittive", o perlomeno "predittive", paragonabili a quelle un tempo avanzate dai giuristi. Il che, se può sortire un esito apprezzabile nell'infrangere il primato degli studi giuridici sulla pubblica amministrazione, potrebbe mettere a repentaglio la stessa saldezza delle garanzie costituzionali, nel momento

in cui quei modelli "predittivi" (o "prescrittivi") economici, politici o sociali pretendano di fronteggiare con pari dignità, ed entrando per così dire in concorrenza, le interpretazioni giuridiche della Costituzione.

Ciò anche perché gli stessi politologi, sociologi ed economisti sembrano talora faticare ad accantonare, nell'avvicinarsi alla pubblica amministrazione, le suggestioni della sovranità (o del potere "autoritario") statale. Sono da rammentare al riguardo le difficoltà, affiorate recentissimamente, nel coniugare, con lo sviluppo delle garanzie giuridiche nella procedura amministrativa o con lo stesso principio di legalità come configurati dai giuristi interpretando la Costituzione, quelle dottrine "neocorporative", formatesi all'intersezione tra scienze politiche, economiche e sociologiche, che occhieggiano ad "un sistema oligopolistico, centralizzato e gerarchico di co-decisione in rapporto con lo Stato"¹³.

D'altro lato, ed in quadro siffatto, c'è da chiedersi se i giuristi non dovrebbero riprendere a coltivare per parte loro, contestualmente accingendosi a revisionare gli strumenti ed i compiti della scienza del diritto, un proprio autonomo ambito di riflessione sulla Costituzione e sulle ripercussioni che debbono discenderne sulla pubblica amministrazione. Il che non potrebbe significare, si badi, un ripiegamento del diritto costituzionale ed amministrativo su se stesso, owerò il mettere a tacere i risvolti politici, economici e sociali della pubblica amministrazione, bensì dovrebbe significare il recupero dell'attitudine, propria delle "garanzie" e degli "indirizzi" costituzionali, come tali, ad arricchire con un apporto distinto, rappresentato da un minimo di regole e di principi comunemente accolti o suscettibili di accoglimento, l'assetto amministrativo: quello che sta accadendo, invero, è che l'attuazione della Costituzione, a cavallo tra gli anni '80 e '90 sembra dar sintomi di ripresa, vuoi attraverso l'utilizzo crescente delle regole e dei principi costituzionali nella giurisprudenza sulla pubblica amministrazione, vuoi attraverso la legislazione, ad es. sull'organizzazione della presidenza del consiglio e del governo centrale, sul procedimento amministrativo o sulle autonomie locali; il che peraltro – ed è questo che desta perplessità – non sembra risvegliare una più vigile attenzione della generalità dei cultori del diritto amministrativo per gli interrogativi di rango costituzionale.

È vero che, soprattutto dopo la seconda guerra mondiale, i giuristi hanno dovuto in larga misura, e non solo nel diritto costituzionale ed amministrativo, prender atto, alla stregua di un dato sconvolgente per la "dogmatica", del tramonto del "positivismo giuridico": il che ha portato, tra l'al-

13. v. A. ARDIGÒ, Sviluppo e crisi nel neocorporativismo democratico, in Stato di emergenza, a cura di A. TAROZZI, Bologna, 1983, 35 ss.; non va però trascurato, naturalmente, che al "(neo)corporativismo" si possa guardare in diverse prospettive: cfr. L. ORNAGHI, Stato e corporazione, Milano, 1984, spec. 273 ss.

tro, alla (ri)scoperta dell'“opinabilità” delle interpretazioni del diritto, accentuando nella cultura giuspubblicistica i timori di isolamento. È vero parimenti tuttavia, ed è quello che lascia trapelare uno spiraglio divemo, che la coscienza dell'“opinabilità” sembra ora investire ogni discorso scientifico (ivi compreso quello sociologico, politologico od economico), e che, quindi, non dovrebbe sortire un effetto paralizzante, come non lo ha sortito per altri, neanche per chi si riprometta di restituire impulso ad un autonomo discorso giuridico-costituzionale-amministrativo.

GIUDITTA BRUNELLI

MOTIVAZIONE DELLE DECISIONI COSTITUZIONALI E DEFINIZIONE DEL RUOLO DEL GIUDICE COMUNE NELL'APPLICAZIONE DEL DIRITTO COMUNITARIO (*)

1. Premessa. - 2. Le tecniche argomentative utilizzate dalla Corte costituzionale: a) l'uso della motivazione in funzione creativa di principi e regole. - 3. b) La struttura logica dell'argomentazione. - 4. c) Il profilo terminologico: «slittamenti di senso» e «definizioni in negativo»). - 5. Ancora sui caratteri della motivazione e sui suoi rapporti con la formula decisoria prescelta.

1. Uno studio sulla motivazione delle decisioni costituzionali — che riguardi sia le tecniche argomentative utilizzate sia i connotati strutturali della motivazione medesima (considerata in sé e nei suoi inscindibili rapporti con il dispositivo) — può senz'altro trarre utili indicazioni dall'esame di un settore della giurisprudenza costituzionale — quello relativo ai rapporti tra diritto interno e diritto comunitario — caratterizzato ad un tempo da un'indiscutibile rilevanza di ordine generale e da un numero limitato di pronunce.

La Corte costituzionale, com'è noto, è giunta fin dal 1984⁽¹⁾ a riconoscere l'esistenza in capo al giudice comune del potere di «disapplicare» — ma il termine è usato in senso improprio⁽²⁾ — le norme legislative interne contrastanti con norme comunitarie dotate di efficacia immediata⁽³⁾. Tale

(*) Questo scritto è una rielaborazione dell'intervento svolto al Seminario di studi su «La motivazione delle decisioni costituzionali», tenutosi all'Università di Messina nei giorni 7-8 maggio 1993.

(1) Con la famosa sentenza n. 170 del 1984.

(2) Vedi *infra*, par. 4.

(3) L'ambito di efficacia immediata del diritto comunitario nel nostro ordinamento è oggi assai esteso: esso riguarda, oltre ai regolamenti (cui l'art. 189 del Trattato istitutivo della CEE attribuisce appunto il requisito formale della diretta

«disapplicazione», peraltro, non rientra affatto nello schema del sindacato diffuso di validità: il paradigma dell'incostituzionalità della legge interna per violazione indiretta dell'art. 11 Cost.⁽⁴⁾ viene infatti superato mediante la definizione in termini puramente interpretativi dell'operazione affidata al giudice, il quale si limita ad identificare — nel caso concreto sottoposto alla sua cognizione — la norma (e, prima ancora, l'ordinamento) applicabile⁽⁵⁾.

Si tratta di un orientamento che suscita in una parte autorevole della dottrina non poche perplessità⁽⁶⁾: tuttavia, scopo di questo scritto non è

applicabilità negli ordinamenti degli Stati membri), le direttive c.d. «dettagliate», caratterizzate — cioè — da completezza di contenuto dispositivo (sentt. nn. 64 del 1990 e 168 del 1991, che recepiscono, in questa materia, l'orientamento «sostanzialista» della Corte di giustizia delle Comunità europee), nonché i principi affermati in via interpretativa della Corte europea ex art. 177 Trattato CEE (sentenza n. 113 del 1985).

⁽⁴⁾ Paradigma che aveva caratterizzato la giurisprudenza costituzionale fino alla svolta del 1984: particolarmente significativa, in questo senso, è la sentenza n. 232 del 1975, in cui la Corte costituzionale escludeva la possibilità della disapplicazione della legge incompatibile con il regolamento comunitario «come effetto di una scelta tra norma comunitaria e norma interna, consentita di volta in volta al giudice italiano sulla base di una valutazione della rispettiva resistenza» (punto 6 della motivazione in diritto). In argomento vedi le osservazioni di P. GIACOLINI NACCI, *Norme interposte* e giudizio di costituzionalità, in *Giur. cost.*, 1982, I, 1889 ss., e di G. ZAGREBELSKY, Il sistema costituzionale delle fonti del diritto, Torino, 1984, 140-141, entrambi critici nei riguardi di un'ampia utilizzazione della categoria delle norme interposte (vedi anche G. ZAGREBELSKY, La giustizia costituzionale, Bologna, 1988, 139 ss.). Più di recente A. GARDINO CARLI, Alcune ipotesi sui rapporti tra Corte costituzionale e giudici *all'indomani dell'eliminazione* dell'awetrato, in La giustizia costituzionale a una svolta (Atti del seminario di Pisa - 5 maggio 1990), a cura di R. Romboli, Torino, 1991, 134, proprio partendo dalla sentenza n. 170 del 1984, ha proposto — seppure in forma problematica — una messa in discussione dello schema della incostituzionalità per violazione di norma interposta anche nel caso di fonti appartenenti allo stesso ordinamento (si pensi alla conformità del decreto delegato alle leggi di delega ed alla rispondenza delle leggi regionali concorrenti alla legge cornice). Su alcune delle ragioni che suggeriscono il recupero della tesi favorevole alla competenza del giudice comune a sindacare il vizio di eccesso di delega vedi ora G. BRUNELLI, Testi unici «*interferenti*» con norme comunitarie: problemi di struttura, efficacia e sindacabilità, in *Giur. cost.*, 1992, 3664 ss.

⁽⁵⁾ Di «scelta dell'ordinamento e della norma da applicare», affidata al giudice ordinario, parla F. SORRENTINO, L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in tema di rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno, in La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario (Atti del seminario di Roma - Palazzo della Consulta, 15-16 ottobre 1990), Milano, 1991, 158-159.

⁽⁶⁾ Vedi A. RUGGERI, Materiali per uno studio dei limiti al sindacato di costituzionalità sulle leggi (introduzione ad una teoria giuridica *della* funzione «*giurispru-*

discuterne la fondatezza teorica o meno, quanto — piuttosto — ragionare sui percorsi argomentativi e sugli strumenti decisori adottati dalla Corte per sorreggerlo.

2. In primo luogo, va sottolineato l'alto tasso di creatività della giurisprudenza costituzionale in questa materia, manifestatosi attraverso l'elaborazione, da parte del giudice delle leggi, di principi e norme «inespressi», per usare la terminologia di Guastini, che si riferisce, con tale espressione, ad un procedimento impropriamente definibile come interpretativo, ma *vòlto* in realtà all'integrazione del diritto, quando ci si trovi in presenza di lacune (7).

L'integrazione del diritto lacunoso — secondo questo Autore — si realizza con l'elaborazione, da parte dell'interprete, di principi e norme che soltanto in apparenza si presentano come possibili significati della disposizione o delle disposizioni interpretate; nei fatti, ci troviamo di fronte ad attività *creative* di norme: la formulazione di una «norma (fino a quel momento) *inespressa*» non è cosa diversa dalla creazione di quella norma (8).

denziale» conseguenziale), in Giur. cost., 1985, I, 316 ss. (riprodotto, con alcune variazioni, ne Le attività «*conseguenziali*» nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore (Premesse metodico-dogmatiche ad una teoria giuridica), Milano, 1988, 222 ss.); ID., Continuo e discontinuo nella giurisprudenza costituzionale, a partire dalla sentenza n. 170 del 1984, in tema di rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno: dalla «teoria» della separazione alla «*prassi*» dell'integrazione *intersistemica?*, in Giur. cost., 1991, 1586 ss.; F. SORRENTINO, L'evoluzione della giurisprudenza, cit., 158-159; ID., La Costituzione italiana di fronte al processo di integrazione europea, in Quad. cost., 1993, 71 ss.

(7) Si parla di lacuna allorché «nessuna conseguenza giuridica può essere connessa ad una data fattispecie sulla base di una determinata interpretazione del materiale legislativo vigente»: R. GUASTINI, Problemi di analisi logica della motivazione, in Contratto e impresa, 1986, 115.

(8) R. GUASTINI, Lezioni sul linguaggio giuridico, Torino, 1985, 84. Osserva ancora l'Autore: «Il discorso legislativo è un insieme finito di disposizioni. Ciascuna disposizione, è vero, esprime potenzialmente una pluralità di norme. L'insieme delle norme espresse da ciascuna disposizione è indeterminato (non predeterminabile), poiché dipende dalle diverse interpretazioni. Tuttavia, non ogni interpretazione astrattamente possibile è anche prevedibilmente accettabile nella (dalla) cultura giuridica esistente». ((L'insieme delle interpretazioni accettabili esaurisce la classe (peraltro assai vasta) delle norme esplicite. Ogni altra norma, ricavata o ricavabile, mediante un qualsiasi procedimento, da tali norme esplicite o dalla "combinazione" di disposizioni o altro, è una norma implicita. Formulare una norma implicita, esplicitarla, non è cosa diversa dal porla. Quando un giurista o un giudice formula una norma implicita (per esempio, un principio generale), egli si comporta da legislatore» (ivi). Sulla necessità, peraltro, che in ogni caso il principio possa desumersi dalle espressioni linguistiche contenute nel testo costituzionale

E la sede naturale di questa creazione è proprio la *motivazione* delle sentenze, dal momento che è in motivazione (e non in dispositivo) che i giudici compiono scelte interpretative: il diritto creato dai giudici «è non solo e non tanto l'insieme delle norme individuali espresse in dispositivo, quanto specialmente un insieme di norme e principi generali elaborati in motivazione onde giustificare la norma individuale del dispositivo. ⁽⁹⁾».

In che misura un simile approccio ermeneutico è riferibile alla giurisprudenza c.d. «comunitaria» della Corte costituzionale?

Intanto, si può sicuramente affermare che la Corte è intervenuta, in questa materia, a colmare evidenti lacune del diritto scritto ⁽¹⁰⁾: in partito-

le, al fine di evitare l'uso ideologico dei principi da parte dell'interprete, mantenendo «in un ambito di controllabilità l'utilizzazione molteplice di essi, nel quadro generale dell'unità dell'ordinamento», vedi G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in Quad. cost., 1989, 239; in senso analogo, per quanto attiene alla corretta cognizione dei principi generali dell'ordinamento, S. BARTOLE, *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, in Enc. dir., vol. XXXV, 1986, 527-528. Questo stesso Autore, d'altra parte, riconosce nel suo successivo *Costituzione (dottrine generali e diritto costituzionale)*, in Dig. discipl. pubbl., vol. IV, Torino, 1989, 318, che d'interpretazione si fa sempre più creazione di norme o integrazione di quelle già vigenti), l'elaborazione dei principi «qualificando e integrando le risposte che i testi costituzionali sono chiamati a dare di fronte a situazioni nuove ed a domande emergenti»).

⁽⁹⁾ R. GUASTINI, *Lezioni*, cit., 93; ID., *Problemi di analisi*, cit., 106; considerazioni del medesimo tenore in E. BULYGIN, *Sentenza giudiziaria e creazione di diritto*, in Riv. int. fil. dir., 1967, 164 ss. Non va peraltro dimenticata, quanto alle decisioni costituzionali, l'ulteriore circostanza per cui gli effetti del dispositivo delle sentenze di accoglimento «vengono in certo qual modo a distaccarsi dalla sentenza stessa per il fatto di determinare modificazioni del diritto vigente»: A. PIZZORUSSO, *Dispositivo e motivazione delle sentenze costituzionali*, in Foro it., 1985, I, 52.

⁽¹⁰⁾ Significative, a questo proposito, le affermazioni di F. FAVARA, *Considerazioni sul tema*, in *La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*, cit., 38, secondo il quale l'opera della Corte costituzionale «appare un susseguirsi di risposte positive e pragmatiche, costantemente ispirate al prevalere del *Zaw in action* sul *Zaw in books* (...), integrative e "creative" più che dichiarative ed interpretative del testo costituzionale; si è trattato, in effetti, di una creazione "additiva", senza interpositio legislatoris, di nuove regole costituzionali (non di regole di legislazione ordinaria)). Vedi anche R. MONACO, *Giustizia costituzionale e giurisdizioni sopranazionali*, in *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, a cura di G. Lombardi, Rimini, 1985, 352, per il quale era necessario che in questo delicato settore, sostanzialmente privo — al di là dell'art. 11 — di disposizioni costituzionali, la Corte provvedesse gradualmente ad eliminare le lacune del diritto scritto. Per A. PIZZORUSSO, *Sull'applicazione del diritto comunitario da parte del giudice italiano*, in Quad. reg., 1989, 51, il fondamento giuridico dell'obbligo di applicazione del diritto comunitario da parte del giudice italiano va rinvenuto nella «creazione giurisprudenziale di una norma priva di una precisa base legislativa, ma purtuttavia

lare, essa ha enunciato determinati principi, da cui ha fatto discendere vere e proprie regole⁽¹¹⁾.

Così, per esempio, per quanto riguarda l'interpretazione dell'art. 11 Cost. come fondamento di legittimità della legge di esecuzione del Trattato istitutivo della CEE: fin dalla sentenza n. 14 del 1964 si configura tale disposizione costituzionale come una norma (permissiva) sulla produzione giuridica, in base alla quale, quando ricorrano certi presupposti, «è possibile stipulare trattati con cui si assumano limitazioni di sovranità, ed è consentito darvi esecuzione con legge ordinaria»⁽¹²⁾. Da un lato, dunque, il principio: il valore centrale attribuito al concetto di «limitazioni di sovranità» contenuto nell'art. 11 Cost.; dall'altro lato — e come diretta conseguenza di ciò — la regola secondo cui a tali limitazioni è possibile procedere, alle condizioni e per le finalità stabilite dalla norma costituzionale, ((esonero del Parlamento dalla necessità di ricorrere all'esercizio del potere di revisione costituzionale»⁽¹³⁾).

giustificabile con argomentazioni di ordine sistematico le quali traggono origine da principi generali o da esigenze di opportunità». Infine, per A. PREDIERI, La giurisprudenza della Corte costituzionale sulla gerarchia e sulla *competenza* di ordinamenti o di norme nelle relazioni fra Stato e Comunità europea, in La Corte costituzionale tra diritto *interno* e diritto comunitario, cit., 116, con le sentenze n. 113 del 1985 e n. 389 del 1989, che hanno attribuito efficacia immediata nel nostro ordinamento anche ai principi tratti dalle decisioni della Corte di giustizia, la Corte costituzionale «ha enunciato un principio di peculiare importanza, sia per la sua carica innovativa in un sistema come il nostro che non conosce le regole dello stare decisis e dei precedenti, sia perché nella dottrina europea non vi è unanimità sugli effetti verso i terzi delle sentenze della Corte di giustizia».

⁽¹¹⁾ Sulla distinzione tra principi e regole vedi G. ZAGREBELSKY, La giustizia costituzionale, cit., 125-126, secondo il quale i principi «hanno una capacità espansiva che le regole non hanno ma, a differenza di queste, per poter svolgere un'effettiva azione regolatrice, necessitano di una ulteriore attività di concretizzazione che li ponga a contatto con i casi specifici»); ID., Il diritto mite, Torino, 1992, 147 ss. Vedi anche, con impostazioni che assumono come termine essenziale di riferimento la teoria di Ronald Dworkin, L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione* della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi, in Studi sulla giustificazione giuridica, Torino, 1986, 96 ss., e R. BIN, Diritti e argomenti. *Il bilanciamento degli interessi* nella giurisprudenza costituzionale, Milano, 1992, 10.

Sull'argomentazione a partire dai principi per giustificare la elaborazione e convalidazione di norme inesprese vedi R. GUASTINI, Dalle fonti alle norme, Torino, 1990, 136, il quale sottolinea che un principio generale, espresso o inespresso che sia, «è idoneo a generare, mediante ragionamenti (almeno all'apparenza) deduttivi, un numero indefinito di norme particolari inesprese».

⁽¹²⁾ Sentenza n. 14 del 1964, punto 6 della motivazione in diritto.

⁽¹³⁾ Sentenza n. 183 del 1973, punto 6 della motivazione in diritto, ove si mette in evidenza — appunto — il valore non soltanto sostanziale, ma anche *procedimentale*, dell'art. 11 Cost. (secondo quanto già ritenuto nella precedente decisione del

Ancora, dalla «costruzione giurisprudenziale»⁽¹⁴⁾ dei rapporti tra diritto comunitario e diritto interno, e più specificamente tra i due ordinamenti giuridici e i rispettivi sistemi delle fonti, derivano precise regole di procedura destinate a risolvere i conflitti tra norme comunitarie dotate di efficacia diretta e norme interne⁽¹⁵⁾. Interpretando l'art. 11 Cost., oltre che come norma sulla produzione, anche come norma di coordinamento tra due sistemi giuridici⁽¹⁶⁾, la Corte ha infatti elaborato un peculiare concetto di «integrazione-separazione» che può probabilmente essere inteso come una sorta di «terza via» tra le classiche concezioni monista e dualista nello studio delle relazioni fra ordinamenti⁽¹⁷⁾. Da questo originale concetto — attraverso il quale la Corte italiana cerca faticosamente di coniugare le esigenze dell'integrazione europea con il rifiuto dell'impostazione rigidamente monista della Corte del Lussemburgo, da cui discende una completa subordinazione del diritto interno al diritto della Comunità⁽¹⁸⁾ — derivano importanti conseguenze in tema di rapporti tra fonti. Ove sorga un contrasto tra una norma interna e una norma comunitaria *self-executing*, sarà il giudice ordinario a procedere all'applicazione di quest'ultima ed alla contestuale disapplicazione (rectius: «non applicazione»: vedi *infra*, par. 4) della prima; ove, invece, il conflitto tra le due norme coinvolga i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano ovvero i limiti posti alla sovranità statale dalla legge di esecuzione dei Trattati, si prevede l'intervento del giudice costituzionale. Roberto Bin parla a questo riguardo di casi, rispettivamente, «ordinari» e «straordinari» di conflitto, ponendo in rilievo come alla netta scissione tra le due ipotesi corrisponda, appunto, un vero e proprio riparto di giurisdizione, la cui *ratio* va ricercata nel «diverso grado di immediatezza e di rilevanza con cui entra nel giudi-

1964). Decisamente critico verso questa lettura della disposizione costituzionale è A. RUGGERI, *Continuo e discontinuo*, cit., 1586, per il quale non è corretto «commutare un valore sostantivo in una norma sulla produzione giuridica a contenuto indeterminato, "aperta" ad ogni forma di predisposizione normativa».

⁽¹⁴⁾ Come testualmente si esprime la sentenza n. 170 del 1984, al punto 4 della motivazione in diritto.

⁽¹⁵⁾ R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 162, nota 71.

⁽¹⁶⁾ Così G. DEMURO, *La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di applicazione dei regolamenti comunitari*, in *Giur. cost.*, 1987, I, 2374. Configura l'art. 11 Cost. e le leggi di esecuzione dei Trattati comunitari come norme di coordinamento fra il diritto italiano e quello comunitario G. NAPOLETANO, *Diritto comunitario e diritto italiano nella sentenza n. 170184 della Corte costituzionale*, in *Costituzione dello Stato e norme internazionali*, a cura di U. Leanza, Milano, 1988, 234 e 239.

⁽¹⁷⁾ G. DEMURO, *La giurisprudenza*, cit., 2382 ss.

⁽¹⁸⁾ Sulla concezione monista della Corte comunitaria e sulle diverse premesse da cui parte la Corte costituzionale italiana vedi A. LA PERGOLA, *Introduzione*, in *Costituzione dello Stato*, cit., 50 ss.; A. PIZZORUSSO, *Sull'applicazione*, cit., 45 ss.

zio il parametro costituzionale: che nei casi «ordinari» ha una presenza quasi metafisica (...), mentre nei casi «straordinari» assume diretta pregnanza»⁽¹⁹⁾.

Ed è interessante osservare — sul piano degli strumenti decisori utilizzati dalla Corte costituzionale — che l'elaborazione dei principi e delle regole che governano i rapporti tra diritto interno e diritto comunitario è avvenuta spesso attraverso pronunce processuali⁽²⁰⁾. La funzione «creativa» della motivazione di cui parla Guastini appare in tali casi davvero esaltata: attraverso un tipo di pronuncia il cui dispositivo non contiene una decisione sul merito, ma si limita a chiudere il processo davanti alla Corte⁽²¹⁾, si sono infatti compiute scelte di rilievo assolutamente fondamentale nell'ambito di delicati equilibri e rapporti istituzionali⁽²²⁾. Al rifiuto di defi-

(19) R. BIN, *ibidem*. Tutto questo sembra rappresentare la coerente conseguenza di una particolare interpretazione delle relazioni fra ordinamenti, in cui il criterio di esclusività viene inteso — alla maniera di Santi Romano — come libertà dello Stato di conferire valore giuridico, limitatamente a certi effetti (nel caso in esame: escludendo comunque l'ammissibilità di qualsiasi violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano e dei diritti inviolabili della persona umana: sentenza n. 183 del 1973), alle norme di altri sistemi originari: A. LA PERGOLA, *Introduzione*, cit., 61.

Sulla progressiva evanescenza del riferimento all'art. 11 nella giurisprudenza costituzionale vedi anche F. SORRENTINO, *La costituzione italiana*, cit., 79-80, il quale osserva che «l'idea che la ripartizione fra le competenze comunitarie ed interne attribuisca al giudice comune e quindi a qualunque interprete il potere di "scelta" dell'ordinamento applicabile, postula che l'efficacia della fonte comunitaria trovi fondamento non soltanto nell'art. 11, ma anche in altra norma)), ed in particolare nell'art. 189 Trattato CEE. In altre parole, «fermo restando nell'art. 11 il fondamento dei Trattati che comportano limitazioni di sovranità, la norma costituzionale non è più il criterio per la risoluzione dei conflitti, ma è soltanto la giustificazione (meramente formale) per la creazione di un nuovo criterio, che è tutto nell'art. 189».

(20) Il caso più emblematico è rappresentato proprio dalla sentenza n. 170 del 1984: da quel momento in poi, la Corte ha continuato a dichiarare inammissibili tutte le questioni proposte dai giudici a quibus in riferimento a disposizioni comunitarie direttamente applicabili. Tra le più significative pronunce processuali — ed omettendo le numerose ordinanze di manifesta inammissibilità e di restituzione degli atti al giudice a quo per un riesame della rilevanza (sui cui vedi G. DEMURO, *La giurisprudenza*, cit., 2394) — devono essere ricordate le sentenze nn. 113 del 1985 e 168 del 1991.

(21) M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, 1984, 13.

(22) M. LUCIANI, *Le decisioni processuali*, cit., 145. In argomento vedi anche L. CARLASSARE, *Le decisioni di inammissibilità e di manifesta infondatezza della Corte costituzionale*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale* (Atti del Convegno di Trieste, 26-28 maggio 1986), Milano, 1988, 45 ss. Il fenomeno è assi-

nire la questione proposta — in virtù di un'autolimitazione dei poteri della Corte, che, se si pronunciasse sul merito, finirebbe per invadere la sfera riservata agli altri giudici⁽²³⁾ — corrispondono talora motivazioni ricche e

milabile alla tendenza della Corte costituzionale ad usare strumenti non vincolanti o cogenti (quali, appunto, le sentenze di inammissibilità, le sentenze interpretative di rigetto, le «sentenze-indirizzo» o «di monito», le ordinanze di manifesta inammissibilità e di manifesta infondatezza) in riferimento alla garanzia dei «principi fondamentali» della Costituzione italiana rispetto al diritto comunitario: V. ANGIOLINI, Trasformazione dei «*principi fondamentali*» della Costituzione italiana in confronto al diritto comunitario, in V. ANGIOLINI · N. MARZONA, Diritto comunitario diritto interno: effetti costituzionali e amministrativi, Padova, 1990, 37 ss., il quale osserva — sulla scia delle tesi di Chaim Perelman — che «la Corte costituzionale italiana, per la garanzia dei "principi fondamentali", usa (e può usare) gli strumenti processuali a sua disposizione quasi alla stregua di accorgimenti argomentativi (o retorici), per allontanare i dissidi cui potrebbero dar esca, nelle loro reciproche implicazioni ed interferenze, le diverse interpretazioni del diritto comunitario e della Costituzione nazionale» (p. 43-44, nota 39). Sul punto vedi anche M. CARTABIA, Nuovi sviluppi nelle «competenze comunitarie» della Corte costituzionale, in *Giur. cost.*, 1989, I, 1020 e 1023. Sulla «notevole latitudine o elasticità di potenzialità normative», nel pensiero della Corte, dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale come «controlimite» alle limitazioni di sovranità derivanti dall'adesione dell'Italia alle Comunità europee, vedi S. BARTOLE, Principi generali, cit., 511, il quale osserva che i principi medesimi «traggono giustificazione da un'articolazione di valori tutta demandata alle argomentazioni della Corte in ordine a casi concreti e restano affidati alla concretizzazione che questa ne vorrà fare con il progredire del tempo».

⁽²³⁾ In questo senso, esplicitamente, A. LA PERGOLA, La giustizia costituzionale nel 1986. Conferenza stampa del Presidente della Corte Costituzionale, in *Foro it.*, 1987, V, 154-155, secondo il quale la soluzione adottata nelle sentenze n. 170 del 1984 e n. 113 del 1985 non vulnera affatto il monopolio del giudice costituzionale configurato dalla sentenza n. 1 del 1956. E sono assai interessanti le argomentazioni usate dall'allora Presidente della Consulta per dimostrare la diretta derivazione della sentenza del 1984 dalla prima decisione della Corte costituzionale: «il controllo su tutte le leggi, anche anteriori alla Costituzione, è in quella sentenza fondato sul presupposto che si tratti sempre di normativa appartenente all'ordinamento statale, nella sua unità (...) e continuità temporale; laddove il regolamento comunitario occupa un'area dalla quale, ha spiegato la Corte, l'ordinamento statale si ritrae, con il sistema delle sue fonti e dei connessi rapporti di gerarchia, e perciò del possibile parametro ed oggetto del giudizio di costituzionalità» (di una probabile inammissibilità per inidoneità del parametro parla L. CARLASSARE, *Le decisioni di inammissibilità*, cit., 47, osservando come le norme del Trattato (o meglio, della legge di esecuzione) siano a loro volta sindacabili in riferimento «ai principi fondamentali del nostro ordinamento e ai diritti inviolabili della persona umana»). Riferendosi alla sentenza n. 183 del 1973, P. CARETTI-E. CHELI, Influenza dei valori costituzionali sulla *forma* di governo: il ruolo della giustizia costituzionale, in *Quad. cost.*, 1984, 29, definiscono come «episodi di sconfinamento» da parte della Corte

complesse, tutte costruite su argomenti di carattere *interpretativo*, afferenti a «**procedimenti** logici concludenti nella attribuzione di significati ad enunciati **precettivi**» (essendo escluso, evidentemente, in questo tipo di decisioni, il momento qualificatorio — caratteristico delle decisioni di merito — legato all'esistenza o meno di una incompatibilità tra norma impugnata e disposizione assunta violata)⁽²⁴⁾.

l'«attribuzione della patente di questione di legittimità costituzionale alla difformità tra norma comunitaria e norma interna successiva (con conseguente sottrazione della questione medesima alla competenza diretta del giudice comune)».

⁽²⁴⁾ C.A. FRANCHI-L. GIANFORMAGGIO-L. MIGLIORINI-G. TARANTINI, *Le argomentazioni* nelle sentenze della Corte costituzionale, in *Annali Univ. Perugia*, 1975, 87.

Proprio in merito allo sviluppo della motivazione A. RUGGERI, Note introduttive allo studio della motivazione delle decisioni della Corte costituzionale (ordini *tematici* e profili *problematici*), Relazione introduttiva al seminario su «La motivazione delle decisioni costituzionali», Messina, 7-8 maggio 1993, p. 8 del testo dattiloscritto, nota che quanto più alta è l'incidenza della Corte sul «sistema» (inteso, in senso ampio, sia come «sistema» politico-istituzionale sia come «forma ordinamentale»: p. 3), tanto più è estesa, tendenzialmente, l'argomentazione: e sul notevolissimo rilievo sistematico di alcune decisioni di inammissibilità in materia comunitaria non è lecito dubitare (vedi quanto osservato *supra*, par. 2 e nota 22).

Sulla «funzione politica dell'obbligo della motivazione come tramite del controllo diffuso sull'esercizio del potere giurisdizionale», in base all'art. 111, comma 1°, Cost., vedi M. TARUFFO, La fisionomia della sentenza in Italia, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1986, 443 (anche in *La sentenza in Europa. Metodo tecnica e stile* (Atti del Convegno di Ferrara, 10-12 ottobre 1985), Padova, 1988, 188-189), che lega correttamente tale funzione al più generale ((principi di) controllabilità» che caratterizza la nozione di Stato di diritto (p. 444); ID., Motivazione della sentenza - *Dir. proc. civ.*, in *Enc. giur.*, vol. XX, Roma, 1990, par. 2. Sul particolare significato che ciò assume nel caso delle pronunce della Corte costituzionale vedi P. CARETTI, Motivazione - *D* Diritto costituzionale, *ivi*, par. 4. Osserva a quest'ultimo riguardo M. CAPPELLETTI, La Corte costituzionale nel sistema di governo italiano e nei rapporti con l'ordinamento comunitario, in *Riv. dir. proc.*, 1981, 624, che proprio l'analiticità e completezza delle motivazioni delle sue pronunce permettono alla Corte costituzionale di «rafforzare la propria legittimità democratica aprendo le proprie ragioni decidendo al controllo critico della pubblica opinione»: ciò che rappresenta un aspetto fondamentale della necessità che il giudice costituzionale «sia scrupolosamente attento a non ledere le garanzie tipiche della giurisdizionalità». Ancora sulla giurisdizionalità come criterio legittimante della giustizia costituzionale, e sulla conseguente importanza delle motivazioni delle sentenze, vedi, dello stesso Autore, *Questioni nuove (e vecchie) nella giustizia costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1990, 864 (anche in *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale* (Atti del Seminario di Roma - Palazzo della Consulta, 13-14 novembre 1989), Milano, 1990, 41-42).

3. Quanto alla struttura argomentativa della motivazione, si è osservato in dottrina che nella sentenza n. 170 del 1984 la definizione dei poteri-doveri dei giudici comuni segue ad una più generale ricostruzione del rapporto tra diritto interno e diritto comunitario: abbiamo prima una descrizione della relazione intercorrente tra i due ordinamenti, e poi, come corollario, la statuizione di quello che deve fare il giudice in presenza di norme statali incompatibili con il diritto comunitario⁽²⁵⁾.

L'argomentazione, dunque, non assume affatto come punto di partenza la definizione di un presunto potere costitutivo del giudice⁽²⁶⁾, ma si incentra invece su una determinata (ed originale) configurazione delle connessioni interordinamentali, da cui discende — secondo un rapporto di causa-effetto — l'inapplicabilità del diritto nazionale contrastante con il diritto comunitario immediatamente efficace⁽²⁷⁾. Una inapplicabilità — si

(25) P. MENGOSZI, *Il diritto della Comunità europea*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, vol. XV, Padova, 1990, 104, il quale sottolinea come la pronuncia della Corte costituzionale sia organizzata strutturalmente in modo non diverso dalla sentenza 9/3/1978, in causa 106/77, della Corte di giustizia CEE (la famosa sentenza Simmenthal, in cui la Corte comunitaria affermava con decisione — contro l'orientamento allora seguito dalla Corte italiana — il potere del giudice nazionale di disapplicare le norme interne contrastanti con regolamenti comunitari): «quello che deve fare il giudice come conseguenza del raccordo esistente tra i due ordinamenti e non il raccordo dei due ordinamenti come conseguenza del potere attribuito al giudice». Sull'influenza della giurisdizione comunitaria sulla giustizia costituzionale italiana vedi R. MONACO, *Giustizia costituzionale*, cit., 352, che parla di «fruttuosa collaborazione» fra le due Corti,

(26) P. MENGOSZI, *Il diritto della Comunità*, cit., 105. Costitutiva, infatti, può definirsi una pronuncia di ((rimozione della fonte viziata», come l'annullamento (M.S. GIANNINI-A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, 291): ipotesi ben diversa da quella in esame.

(27) Per R. GUASTINI, *Lezioni*, cit., 95, all'interno di ogni argomentazione (intesa come «una serie di enunciati, tale che, in essa, almeno un enunciato funge da conclusione e i rimanenti fungono da giustificazione in favore di quella conclusione») è necessario distinguere le premesse dalla conclusione. In particolare, negli argomenti produttivi (che vengono addotti per giustificare una decisione produttiva di norme (implicite) nuove) le premesse sono «enunciati interpretativi», ossia «enunciati del discorso dottrinale o giudiziale che parlano delle disposizioni legislative*, mentre la conclusione è un «enunciato che formula una norma implicita»).

Ora, nel caso della sentenza n. 170 del 1984, la premessa è data dall'enunciazione del principio della autonomia e distinzione tra i due ordinamenti, e del loro contestuale coordinamento secondo la ripartizione di competenza stabilita e garantita dal Trattato (cui è strettamente connesso il tema della estraneità delle fonti comunitarie rispetto al sistema delle fonti interne), mentre la conclusione è rappresentata proprio dall'individuazione delle regole relative al riparto di giurisdizione

noti — che preesiste all'intervento del giudice, e che ne è in qualche modo indipendente, come ha precisato la successiva sentenza n. 389 del 1989, ove si afferma che tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi — tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come gli *organi amministrativi* — sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili con il diritto comunitario⁽²⁸⁾.

fra giudice comune e giudice delle leggi: ciò che costituisce un esempio di formulazione di norma implicita o inespressa. Tuttavia, va detto che probabilmente lo stesso principio che funge da premessa deve considerarsi implicito (trovandosi espresso soltanto, nell'art. 11 Cost., il principio delle «limitazioni di sovranità»)): anch'esso quindi, in quanto norma costruita dal giudice, richiede una giustificazione indipendente (R. GUASTINI, *Problemi di analisi*, cit., 119-120): in questo caso, la giustificazione dell'esistenza del principio è in realtà contenuta nella motivazione della precedente sentenza n. 183 del 1973, cui la Corte infatti si richiama (punto 4 della motivazione in diritto).

Sul significato del discorso-motivazione non come descrizione del procedimento decisorio (secondo un inesatto luogo comune assai diffuso in dottrina e in giurisprudenza), ma come giustificazione del suo risultato, vedi M. TARUFFO, *Motivazione*, cit., par. 3.1: la motivazione della sentenza «muove dalla decisione come "dato da giustificare", e consiste nella scelta e nella razionalizzazione degli argomenti idonei a far ritenere valida la decisione». Essa appartiene al context of *justification*, nel quale la decisione non è l'obiettivo (così come avviene, invece, nel context of *discovery*), ma esiste già, e si tratta di «convalidarla fornendo le ragioni sulle quali dovrebbe fondarsi il consenso razionale dei destinatari della decisione stessa». Nello stesso senso E. BULYGIN, *Sentenza giudiziaria*, cit., p. 165, nota 1, afferma che non interessa «la questione della priorità temporale; è possibile che in molti casi il giudice prima prenda la decisione e dopo cerchi di giustificarla. L'ordine temporale non intacca la priorità logica del fondamento rispetto alla soluzione».

Con particolare riferimento alle sentenze della Corte costituzionale C.A. FRANCHI-L. GIANFORMAGGIO-L. MIGLIORINI-G. TARANTINI, *Le argomentazioni*, cit., 90-91, sottolineano che «l'argomento interpretativo funge non da regola che guida il giudice verso la decisione, che cioè indirizza o comunque contribuisce ad indirizzare la sua scelta verso una soluzione piuttosto che verso l'altra, bensì da regola di giustificazione di una decisione già *presa*» (corsivo non testuale).

In generale, sulla struttura della motivazione e sui caratteri del discorso giustificativo, vedi M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, *passim*.

⁽²⁸⁾ Sentenza n. 389 del 1989, punto 4 della motivazione in diritto. Va ricordato che con una pronuncia di poco precedente (22/6/1989, in causa 103188) la Corte del Lussemburgo aveva puntualizzato che la prevalenza delle disposizioni comunitarie direttamente applicabili sul diritto nazionale precedente e successivo vincola a disapplicare le norme interne non solo i giudici nazionali, ma «tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti locali territoriali» (P. MENGOSZI, *Il*

Questi rilievi risultano confermati anche da una rapida analisi delle argomentazioni utilizzate dalla Corte costituzionale nelle diverse fasi del suo «cammino comunitario»⁽²⁹⁾.

Nella sentenza n. 14 del 1964, risalente al periodo iniziale, nel quale le antinomie tra diritto interno e diritto comunitario si ritenevano componibili secondo il principio della successione delle leggi nel tempo, l'ottica assunta dalla Corte è rigidamente interna al sistema delle fonti nazionali: le eventuali violazioni del Trattato CEE vengono ricondotte alla normale responsabilità internazionale dello Stato (senza alcuna influenza sulla piena efficacia della legge da cui nasce la violazione) e — soprattutto — non vi è alcun accenno al profilo del rapporto tra i due ordinamenti⁽³⁰⁾.

Il primo riferimento a questo tema compare nella sentenza n. 98 del 1965, che parla di «estraneità» e «distinzione» tra ordinamento interno e ordinamento comunitario⁽³¹⁾, ed assume un ruolo di primo piano a parti-

diritto della Comunità, cit., 95).

⁽²⁹⁾ Secondo la fortunata espressione di P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1973, 2406 ss. Sulle diverse fasi della giurisprudenza costituzionale in materia comunitaria vedi A. LA PERGOLA, *Il recepimento del diritto comunitario*. Nuove prospettive del rapporto tra norme interne e norme comunitarie alla *luce* della legge 9 marzo 1989, n. 86, in *La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*, cit., 10 ss.; F. SORRENTINO, *L'evoluzione della giurisprudenza*, cit., 157 ss.

⁽³⁰⁾ Sentenza n. 14 del 1964, punto 6 della motivazione in diritto.

⁽³¹⁾ Sentenza n. 98 del 1965, punto 2 della motivazione in diritto (la decisione si riferisce, in particolare, all'ordinamento della Comunità europea del carbone e dell'acciaio). In proposito, nettamente critico è M. MAZZIOTTI, Osservazione alla sent. 27 dicembre 1965 n. 98, in *Giur. cost.*, 1965, 1331-1332, il quale, dopo aver contestato — alla luce di alcuni autorevoli orientamenti dottrinali — il postulato della radicale separazione fra ordinamenti, che rappresenta il nucleo essenziale del ragionamento della Corte, segnala l'esistenza di un contrasto tra i presupposti della motivazione e il dispositivo della pronuncia, ove si dichiara testualmente che, con la legge di esecuzione del Trattato istitutivo della Comunità carbo-siderurgica, gli articoli del Trattato medesimo, impugnati dal giudice a quo, «sonostati *immessi* nell'ordinamento dello Stato»: affermazione che sembra piuttosto conciliarsi con una costruzione teorica imperniata sull'integrazione giuridica, anziché sulla separazione, tra i due ordinamenti (per una lettura prevalentemente in chiave di cointegrazione giuridica) della sentenza n. 98 del 1965, vedi P. BARILE, *Il cammino comunitario*, cit., 2410-2412).

Del resto, analoghe ambiguità terminologiche sono rintracciabili anche in decisioni più recenti: così, nella sentenza n. 399 del 1987 si parla di «sostituzione» della norma comunitaria a quella interna (punto 2 della motivazione in diritto), e nell'ordinanza n. 144 del 1990 si dice che la normativa comunitaria «entra e permane in vigore nel nostro ordinamento»: fenomeno, questo, che può ascriversi alla continua oscillazione della giurisprudenza costituzionale tra il piano della separazione e quello dell'integrazione tra i due ordinamenti.

re dalla successiva pronuncia n. 183 del 1973, ove ci si intrattiene per la prima volta sulla natura della Comunità («nuova organizzazione interstatale, di tipo sovranazionale, a carattere permanente, con personalità giuridica e capacità di rappresentanza internazionale»), affermando che il diritto comunitario e il diritto interno dei singoli Stati sono «sistemi giuridici autonomi e distinti, ancorché coordinati secondo la ripartizione di competenze stabilita e garantita dal Trattato. (32).

In questa fase, tuttavia, è ancora predominante il richiamo all'art. 11 Cost., e la conseguente configurazione in termini di vizio di incostituzionalità del contrasto tra legge nazionale e regolamento comunitario anteriore⁽³³⁾. È a partire dal 1984 che, accentuandosi il profilo della separazione fra i due ordinamenti, si registra una graduale perdita di centralità del parametro costituzionale⁽³⁴⁾, il quale conserva diretta rilevanza nei soli casi in cui entri in gioco la violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento o dei limiti alla sovranità statale derivanti dall'adesione ai Trattati, mentre nei casi «ordinari» di conflitto tra diritto interno e diritto comunitario esso ha una «presenza quasi metafisica», secondo la già ricordata espressione di Roberto Bin⁽³⁵⁾.

All'orientamento interpretativo da ultimo descritto — costante dal 1984 — è stato infine aggiunto un ulteriore tassello con la sentenza n. 168 del 1991 (ancora una volta, una pronuncia di inammissibilità), nella quale la diretta applicabilità del diritto comunitario trova una più compiuta sistemazione concettuale attraverso il richiamo alla teoria romaniana della pluralità degli ordinamenti giuridici, cui consegue una peculiare ricostruzione — anche sotto il profilo terminologico — dell'operazione affidata al giudice comune. A questo aspetto è dedicato il prossimo paragrafo.

4. La sentenza n. 168 del 1991 contiene una significativa precisazione di carattere lessicale in ordine alla sorte della legge nazionale contrastante

Non scorge, invece, alcuna equivocità nel linguaggio della Corte A. PREDIERI, La giurisprudenza, cit., 118-119, il quale osserva che, mentre l'atto comunitario resta atto di altro ordinamento, la norma comunitaria entra nell'ordinamento nazionale nel suo aspetto di «tessuto di effetti di norme», norme proprie ma anche altrui: il processo «con cui la norma comunitaria, pur rimanendo essa prodotta da altro ordinamento opera nel nostro, passa per due fasi, la prima di disapplicazione o di accantonamento, la seconda di sostituzione conseguente e correlata all'accantonamento, di sostituzione operativa».

⁽³²⁾ Sentenza n. 183 del 1973, punti 5 e 7 della motivazione in diritto.

⁽³³⁾ Sentenza n. 232 del 1975 (vedi *infra*, par. 4).

⁽³⁴⁾ Per F. SORRENTINO, L'evoluzione, cit., 159, «dall'84 in poi, la separazione [tra ordinamento interno e ordinamento comunitario] si radicalizza, quasi perdendo il riferimento costituzionale nell'art. 11» (corsivo non testuale).

⁽³⁵⁾ R. BIN, Diritti e argomenti, cit., 162, nota 71.

con il diritto comunitario immediatamente applicabile: al riguardo, dovrà ora parlarsi di «*non* applicazione», giacché il termine «disapplicazione» — osserva la Corte — «evoca vizi della norma in realtà non sussistenti in ragione (...) dell'autonomia dei due ordinamenti»⁽³⁶⁾.

È interessante notare che di «disapplicazione» del diritto interno si parlò per la prima volta nella sentenza n. 232 del 1975, in cui però il termine veniva assunto nella sua consueta accezione, legata ad un preventivo giudizio sulla validità della norma da disapplicare: in quel caso, la possibilità di disapplicazione come effetto di una scelta tra norma comunitaria e norma interna, consentita di volta in volta al giudice italiano, veniva respinta in quanto si sarebbe in realtà trattato di «individuare la sola norma validamente applicabile~ciò che sarebbe equivalso ad ammettere il potere del giudice comune di <<accertare e dichiarare una incompetenza assoluta del nostro legislatore, sia pure limitatamente a determinate materie, potenze che nel vigente ordinamento sicuramente non gli è attribuito. (37).

Nella sentenza n. 170 del 1984 non si parla affatto di «disapplicazione»: in tale decisione si ribadisce che la norma interna «non risulta affetta da alcuna nullità, che possa essere accertata e dichiarata dal giudice ordinario)), e si sottolinea che l'effetto connesso con la vigenza del regolamento comunitario è quello di impedire che la norma interna con esso confligge «*venga in rilievo*» per la definizione della controversia innanzi al giudice nazionale⁽³⁸⁾.

⁽³⁶⁾ Sentenza n. 168 del 1991, punto 4 della motivazione in diritto.

⁽³⁷⁾ Sentenza n. 232 del 1975, punto 6 della motivazione in diritto (corsivo non testuale).

⁽³⁸⁾ Sentenza n. 170 del 1984, punto 5 della motivazione in diritto. L'osservazione secondo cui l'uso di descrivere le conseguenze pratiche di questa decisione in termini di «disapplicazione» della legge da parte del giudice ordinario è un uso che non trova alcun riscontro nel testo della decisione medesima è di P. MENGOLZI, *Il diritto della Comunità*, cit., 103.

Si è esattamente notato, circa la sentenza del 1984, come la Corte costituzionale tenti di non caricare il proprio *revirement* di significati «eversivi» della propria precedente giurisprudenza: quest'ultima, anzi, «viene assunta, sul filo della continuità, a punto di riferimento costante anche nell'attuale pronuncia, che è insistentemente presentata, perfino quando se ne discosta in maniera rilevante, come un "chiarimento", una "spiegazione", uno "svolgimento", una "ridefinizione" di una "traccia", di un "approccio", di "punti di vista" espressi e sottintesi anche nella precedente giurisprudenza in materia»: A. TIZZANO, *La Corte costituzionale e il diritto comunitario: vent'anni dopo...*, in *Foro it.*, 1984, I, 2065-2066. Ciò, d'altra parte, rientra a pieno titolo nel costume della Corte: parlando della tecnica argomentativa dell'autocitazione, A. RUGGERI, *Note introduttive*, cit., 22, afferma che la Corte spesso simula di «voler costruire attorno ad un nucleo concettuale alle volte anche molto risalente», e che «laddove proprio non sia possibile dimostrare la continuità evolutiva», essa «è costretta a denunciare il *revirement*, ugualmente ricorren-

Un rapido accenno alla «disapplicazione» è contenuto nella sentenza n. 403 del 1987⁽³⁹⁾; il termine ricompare poi nella pronuncia n. 389 del 1989, accompagnato tuttavia dall'affermazione — già ricordata⁽⁴⁰⁾ — secondo cui anche agli organi amministrativi spetta di disapplicare le norme legislative interne incompatibili con il diritto comunitario: questo esclude, ovviamente, che si tratti di «disapplicazione» in senso proprio⁽⁴¹⁾. Di ciò si trae ulteriore conferma nella decisione n. 285 del 1990, emessa in sede di conflitto intersoggettivo, nella quale si distingue puntualmente l'ipotesi (illegittima) di disapplicazione da parte della Corte di cassazione di alcune leggi regionali ritenute incostituzionali dal «potere-dovere del giudice nazionale di applicare la norma comunitaria anziché quella nazionale»⁽⁴²⁾: ci troviamo pertanto di fronte ad una applicazione

do alla tecnica dell'autocitazione»: e proprio questo accade nella pronuncia del 1984.

Tuttavia, va detto anche che, a condividere l'opinione di F. SORRENTINO, Brevi osservazioni *sulle* leggi contrastanti con norme comunitarie: incostituzionalità e/o disapplicazione?, in Giur. cost., 1975, 3242, secondo cui soltanto configurando l'art. 11 Cost. come un imperativo rivolto agli organi titolari del treaty *making* power si perverrebbe a dimostrare con sicurezza «la funzione delle norme di adattamento ai trattati comunitari (...) di porsi come parametro materiale della costituzionalità delle leggi, risolvendosi la loro violazione nella lesione del precetto posto dall'art. 11», dovrebbero vedersi sotto una luce diversa gli stessi fondamenti teorici della giurisprudenza costituzionale in questa materia. Se è vero, infatti, che l'art. 11 Cost. è stato fin dall'inizio interpretato dalla Corte come una norma meramente permissiva o *facoltizzante* sulla produzione giuridica (vedi supra, par. 2), e se è altrettanto vero — seguendo la tesi di Sorrentino — che ciò comporta una intrinseca fragilità dello schema dell'incostituzionalità della legge per violazione di norma interposta, si potrebbe allora forse sostenere che questo primo orientamento del giudice delle leggi contenesse già in nuce la premessa teorica di quel diverso, possibile sviluppo che si è poi realizzato con la sentenza del 1984. Sentenza che, in questo quadro, potrebbe davvero apparire meno «eversiva» dell'esistente di quanto in genere si sia portati a ritenere,

⁽³⁹⁾ Punto 5 della motivazione in diritto.

⁽⁴⁰⁾ Vedi supra, par. 3.

⁽⁴¹⁾ Secondo P. MENGOLZI, Il diritto della Comunità, cit., 105, la Corte costituzionale, modificata nella sua composizione, giunse con la sentenza n. 389 del 1989 a parlare «accidentalmente» di disapplicazione «forse perché voleva dare — appunto nella sua nuova composizione — un segnale forte della continuità della sua linea di avvicinamento alla Corte di giustizia».

⁽⁴²⁾ Sentenza n. 285 del 1990, punto 4.2 della motivazione in diritto (corsivo non testuale). A. CELOTTO, La prevalenza *del* diritto comunitario *sul* diritto interno: orientamenti della Corte costituzionale e spunti di teoria generale, in Giur. cost., 1992, 4510- 4511, nota 65, osserva che in questa pronuncia è già possibile cogliere, sia pure a livello di obiter dictum, il superamento da parte del giudice costituzionale del ricorso alla disapplicazione per risolvere il contrasto tra norma comunitaria

del diritto comunitario invece del diritto nazionale, per ragioni di competenza⁽⁴³⁾.

La pronuncia del 1991 porta a compimento questo processo di «slittamento di senso»⁽⁴⁴⁾ del termine «disapplicazione», fino a volgerlo nella definizione in negativo di «non applicazione»⁽⁴⁵⁾. In questo modo, la Corte ha inteso escludere proprio ciò che la disapplicazione di un atto generalmente implica: un preventivo giudizio di validità dell'atto medesimo⁽⁴⁶⁾. Come si è

e norma interna. Ciò è rilevabile anche sotto il profilo terminologico, dal momento che la Corte non utilizza mai il termine «disapplicazione» per qualificare il *potere-dovere* del giudice nazionale, ma parla invece di applicazione della *norma* comunitaria. Lo stesso Autore, del resto, sottolinea come, nella ricostruzione della Corte costituzionale, la prevalenza del diritto comunitario rientri nel «più generale fenomeno dell'applicazione della legge, cioè della individuazione della norma da applicare al caso concreto» (p. 4511).

⁽⁴³⁾ P. MENGOZZI, *Il diritto della Comunità*, cit., 106.

⁽⁴⁴⁾ Secondo l'espressione di M. AINIS, *Sul linguaggio del giudice costituzionale*, in *Strumenti e tecniche di giudizio*, cit., 234, che si riferisce ai continui «slittamenti di senso nell'uso della terminologia giuridica» caratterizzanti la «diuturna evoluzione degli ordinamenti positivi».

⁽⁴⁵⁾ Si tratta, peraltro, di un processo non del tutto lineare: se, infatti, nell'ordinanza n. 170 del 1991, immediatamente successiva alla sentenza n. 168, si fa esclusivo riferimento alla «diretta applicazione» della normativa comunitaria da parte del giudice nazionale, nella successiva ordinanza n. 444 dello stesso anno si torna, infatti, a parlare di «disapplicabilità» nel giudizio a quo della norma di diritto interno. Di nuovo, tuttavia, l'ordinanza n. 391 del 1992 si esprime in termini di «non applicabilità» della norma nazionale, e — ancora — nella recente sentenza n. 115 del 1993 si ribadisce il principio della «diretta applicabilità del diritto comunitario e della correlativa non applicazione del diritto nazionale con esso contrastante» (punto 4 della motivazione in diritto) (corsivo non testuale).

⁽⁴⁶⁾ Sui rapporti fra la dottrina della disapplicazione dell'atto amministrativo e la più ampia teorica dell'invalidità dell'atto medesimo, vedi E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950; vedi anche M.S. GIANNINI- A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa*, cit., 290; A. DELL'ORCO, *Potestà di disapplicazione e provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, 704, secondo il quale la disapplicazione assume la natura di sanzione giuridica — predisposta dall'ordinamento e attuata dalla giurisdizione ordinaria, su iniziativa della parte interessata — concretante l'invalidità che colpisce il provvedimento; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1988, 767.

C'è da chiedersi, peraltro, quali delle caratteristiche tipiche nella «disapplicazione» siano rawisabili anche nella «non applicazione» (prescindendo dal fatto che quest'ultimo termine non è del tutto nuovo: lo stesso Cannada Bartoli parla allora di «non applicazione» degli atti amministrativi non conformi a legge: *L'inapplicabilità*, cit., 17 e 19). Ebbene, la Corte costituzionale ha probabilmente inteso mutuare dal concetto tradizionale di «disapplicazione» i profili inerenti all'irrelevanza dell'atto da disapplicare e alla natura non costitutiva della pronuncia del

già avuto modo di osservare altrove⁽⁴⁷⁾, nel complesso rapporto di «separazione-integrazione» tra ordinamento interno e ordinamento comunitario delineato dalla giurisprudenza costituzionale, ciò che viene qui in rilievo è in primo luogo il versante della separazione fra ordinamenti, che diviene competenza *di* ordinamenti⁽⁴⁸⁾, per cui al giudice, ed all'operatore giuridico in genere, risulta affidata la scelta dell'ordinamento (e, quindi, della nonna) applicabile⁽⁴⁹⁾.

Nella costruzione teorica della Corte non ci troviamo, dunque, in presenza di un giudizio diffuso di validità della legge, ma — semmai — ad una ipotesi di «temporanea sospensione di efficacia» delle norme interne in conflitto con la normativa comunitaria competente in *materia*⁽⁵⁰⁾, che il giudice do-

giudice. Quanto al primo aspetto, si è già notato che secondo la sentenza n. 170 del 1984 l'effetto connesso alla vigenza del regolamento comunitario consiste nell'impedire che la norma legislativa interna «venga in rilievo» (sia, cioè, rilevante) per la definizione della controversia innanzi al giudice nazionale. Allo stesso modo, la dottrina ha messo in luce che la disapplicazione si ha «quando l'atto deve essere considerato irrilevante rispetto ad una concreta fattispecie in relazione alla quale non produce quindi gli effetti che avrebbe dovuto produrre»): G. GUARINO, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in Jus, 1951, 357 (corsivo non testuale). Di irrilevanza degli effetti dell'atto parlano anche E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità*, cit., 40 e 43; A. DELL'ORCO, *Potestà di disapplicazione*, cit., 738. Pertanto, la disapplicazione — e veniamo con questo al secondo profilo — è una sanzione processuale che coinvolge soltanto determinati effetti dell'atto, e non l'atto in sé e per sé (come accade, invece, nell'ipotesi dell'annullamento disposto dal giudice amministrativo): si sottolinea così, generalmente, la natura esclusivamente dichiarativa della pronuncia di disapplicazione: M.S. GIANNINI-A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa*, cit., 291; A. DELL'ORCO, *Potestà di disapplicazione*, cit., 738; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 767, secondo il quale la disapplicazione ((consiste in una dichiarazione giudiziale dell'inefficacia del provvedimento conseguente ad un accertamento dell'illegittimità di esso, con forza limitata alle parti del giudizio)). Ma ancora più interessante, ai fini della comparazione tra i concetti di «disapplicazione» e «non applicazione», è la posizione di chi ritiene che la disapplicazione, diversamente dall'annullamento, non sia una pronuncia del giudice, dato che essa si esaurisce «nel momento logico della previa ricognizione dei presupposti da parte del giudice e non si traduce nel momento pratico del comando giurisdizionale»: E. FAZZALARI, *La giurisdizione volontaria*, Padova, 1953, 183.

⁽⁴⁷⁾ G. BRUNELLI, *Testi unici*, cit., 3634 ss.

⁽⁴⁸⁾ A. PREDIERI, *La giurisprudenza*, cit., 113.

⁽⁴⁹⁾ F. SORRENTINO, *L'evoluzione della giurisprudenza*, cit., 159.

⁽⁵⁰⁾ A. PIZZORUSSO, *Sull'applicazione*, cit., 48, osserva che «la legge italiana contraria all'ordinamento comunitario, secondo l'esplicito insegnamento della Corte costituzionale, non è affatto invalida, per cui si potrebbe forse ipotizzare, ad esempio, che essa continui ad essere applicata a rapporti riguardanti paesi terzi»; nello stesso senso P.A. CAPOTOSTI, *Questioni interpretative dell'attuale giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Giur. cost.*,

vrà apprezzare nella sua esatta portata al momento applicativo del diritto.

Va inoltre ricordato che nella giurisprudenza costituzionale in materia comunitaria non mancano altri importanti esempi sia di «**slittamenti di senso**» nell'uso della terminologia giuridica sia di definizioni «**in negativo**».

Quanto al primo profilo, basti pensare alla peculiarità delle nozioni di «**forza e valore di legge**» riferite alle fonti comunitarie. Secondo la Corte, tali espressioni altro non significano che questo: d'ordinamento italiano — in virtù del particolare rapporto con l'ordinamento della CEE e della **sottostante** limitazione della sovranità **statuale** — consente (...) che nel territorio nazionale il regolamento spieghi effetto in quanto tale e perché tale. A detto atto normativo sono attribuiti "forza e valore di legge", solo e propriamente nel senso che ad esso si riconosce l'efficacia di cui è provvisto **nell'ordinamento di origine**»⁽⁵¹⁾.

Al riguardo, si è esattamente sottolineata l'oscurità della formula usata dalla Corte, che risulta (caricata di una singolare (ma sfuggente) **valenza concettuale**, **inidonea** ad essere spiegata col ricorso ad alcuna delle **prospettazioni** teoriche di cui siffatte nozioni, nel loro travagliato (ed ancora incompiuto) cammino, sono state fatte oggetto»⁽⁵²⁾. E coglie probabilmente nel se-

1987, 3820. In relazione a questo specifico aspetto, vedi il commento (siglato R.B.) alla sentenza della Corte di giustizia 25 luglio 1991 (in causa C-58/90), in Giust. civ., 1993, I, 6, nel quale si contesta la più volte ripetuta affermazione della Corte comunitaria (fatta propria anche dalla Corte costituzionale: sentenza n. 389 del 1989, punto 4 della motivazione in diritto) secondo cui lo Stato membro avrebbe l'obbligo di abrogare il diritto interno incompatibile con la normativa comunitaria dotata di efficacia diretta, proprio in quanto lo Stato medesimo «**ben** potrebbe avere interesse a mantenere in vita dette norme interne rispetto ai soggetti appartenenti a paesi non aderenti alle Comunità».

⁽⁵¹⁾ Sentenza n. 170 del 1984, punto 4 della motivazione in diritto. Un riferimento alla «forza e valore di legge» dei regolamenti comunitari era già contenuto nella sentenza n. 183 del 1973, al punto 7 della motivazione in diritto. Sull'argomento si intrattiene, poi, la pronuncia n. 389 del 1989, con un ragionamento tutto condotto sul filo della distinzione tra atto e norma: mentre gli atti-regolamenti «conservano il trattamento giuridico o il regime ad essi assicurato dall'**ordinamento comunitario**», nel senso che «sono assoggettati alle regole di produzione normativa, di interpretazione, di abrogazione, di caducazione e di invalidazione proprie di quell'**ordinamento**», le norme da essi prodotte «operano direttamente nell'**ordinamento interno** come norme investite di "forza e valore di legge", vale a dire come norme che, nei limiti delle competenze e nell'ambito degli scopi propri degli organi di produzione normativa della Comunità, hanno **rango primari**» (punto 4 della motivazione in diritto).

⁽⁵²⁾ A. RUGGERI, Comunità europee, Stato e Regioni dopo la sentenza n. 170/1984 della Corte costituzionale **sull'efficacia** dei regolamenti comunitari, in Le Regioni, 1985, 436-437; Id., *Materiali*, cit., 354, nota 65 (e Le attività «**conseguenziali**», cit.,

gno chi ritiene che si tratti in realtà di un'espressione del tutto generica, volta semplicemente ad identificare *l'idoneità a creare diritto* dei regolamenti comunitari, senza nulla dire circa la loro posizione rispetto alle altre fonti né circa il loro regime⁽⁵³⁾.

Nonostante la sua genericità, peraltro, l'indicazione della Corte non è priva di significative (e problematiche) conseguenze, come dimostra l'attitudine di queste fonti a disciplinare materie coperte da riserva di legge, secondo quanto esplicitamente affermato nella sentenza n. 183 del 1973⁽⁵⁴⁾: ciò che comporta uno scivolamento della stessa nozione di riserva di legge dal piano — cui certamente appartiene — del rapporto fra *organi* a quello del rapporto fra *atti*, con una inevitabile compromissione della *ratio* democratico-garantista dell'*istituto*, legata al carattere direttamente rappresentativo dell'*organo* da cui proviene la legge⁽⁵⁵⁾ (compromissione tanto più accentuata dalla natura — almeno fino ad oggi — non democratica degli organi da cui le fonti comunitarie vengono emanate)⁽⁵⁶⁾.

Quanto, poi, alle definizioni «in negativo», si pensi alla stessa qualificazione giuridica del diritto comunitario, dato che per la Corte costituzionale le fonti comunitarie *non* sono «fonti di diritto internazionale, né di diritto straniero, né di diritto dei singoli Stati»⁽⁵⁷⁾.

5. Venendo di nuovo alle motivazioni delle decisioni costituzionali in questa materia dal punto di vista dei loro caratteri strutturali, va ricordato come la dottrina più attenta ne abbia talora lamentato l'eccessiva laconicità, se non addirittura l'insufficienza. Così, se l'estrema stringatezza della motivazione della sentenza n. 14 del 1964⁽⁵⁸⁾ si spiega, in fondo, con l'ottica di «stretta e tradizionale osservanza della logica formale del dualismo»⁽⁵⁹⁾ en-

229, nota 59).

⁽⁵³⁾ F. SORRENTINO, *La rilevanza delle fonti comunitarie nell'ordinamento italiano*, in *Dir. comm. int.*, 1989, 447- 448.

⁽⁵⁴⁾ Sentenza n. 183 del 1973, punto 8 della motivazione in diritto.

⁽⁵⁵⁾ L. CARLASSARE, *Legge* (riserva di), in *Enc. giur.*, vol. XVIII, 1990, par. 1.3.

⁽⁵⁶⁾ L. CARLASSARE, *Le decisioni di inammissibilità*, cit., 46.

⁽⁵⁷⁾ Sentenza n. 183 del 1973, punto 7 della motivazione in diritto. In argomento vedi G. DEMURO, *La giurisprudenza*, cit., 2380.

⁽⁵⁸⁾ A. TIZZANO, *La Corte costituzionale*, cit., 2064, mette in rilievo come la motivazione della sentenza n. 183 del 1973 sia «ben più ampia e argomentata») di quella della decisione del 1964.

⁽⁵⁹⁾ G. SPERDUTI, *In tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Foro it.*, 1978, I, 289 (vedi anche supra, par. 3). Per F. SORRENTINO, *L'evoluzione*, cit., 157, la fase della giurisprudenza costituzionale che si conclude con la sentenza n. 183 del 1973, corrispondente al periodo transitorio del mercato comune, è caratterizzata proprio da un approccio della Corte «di tipo conservatore») ai problemi comunitari.

tro cui ancora si muove la Corte, per cui non una sola parola viene spesa sulla natura giuridica della Comunità e sui suoi rapporti con l'ordinamento italiano, meno comprensibile appare la sommarietà di argomentazione di una sentenza come la n. 163 del 1977, nella quale affermazioni importanti e comunque non prive di aspetti problematici (la sussistenza di una questione di costituzionalità anche nell'ipotesi di contrasto tra leggi interne e norme comunitarie secondarie; la capacità abrogativa dei regolamenti comunitari nei confronti di leggi nazionali previgenti) vengono giustificate attraverso il semplice richiamo alle decisioni anteriori⁽⁶⁰⁾.

D'altra parte, non mancano casi in cui la premessa dalla quale prende le mosse il ragionamento della Corte è in realtà contenuta in una pronuncia precedente: premessa dalla quale — tra l'altro — si fanno derivare, in tempi diversi, conseguenze tra loro antitetiche. Esempiare, in questo senso, è il rapporto tra le sentenze n. 232 del 1975 e n. 170 del 1984, da un lato, e la sentenza n. 183 del 1973 dall'altro: dai principi affermati nella decisione da ultimo menzionata⁽⁶¹⁾ si trae, infatti, nel 1975 la conclusione che il conflitto tra diritto comunitario e diritto interno successivo configura un problema di costituzionalità, risolvibile dalla giurisdizione costituzionale, e nel 1984 la conclusione del tutto opposta, imperniata sul potere del giudice ordinario di applicare direttamente la norma comunitaria.

Tutto questo, evidentemente, non è privo di influenza sulla qualità della motivazione: mentre la sentenza dal 1975 non sembra risentire — sotto il profilo della linearità dell'argomentazione — del carattere implicito delle premesse⁽⁶²⁾, non altrettanto può dirsi della pronuncia del 1984, sulla quale pesa il tentativo (scarsamente riuscito) della Corte di salvare a tutti i costi — pur in presenza di un palese *revirement* — la continuità della propria giurisprudenza⁽⁶³⁾: lo stile della motivazione risulta perciò «didascalico»⁽⁶⁴⁾,

(60) Così F. SORRENTINO, Abrogazione e incostituzionalità nei rapporti tra leggi nazionali e regolamenti comunitari, in *Giur. cost.*, 1977, I, 1550.

(61) Vedi supra, par. 3.

(62) R. MONACO, Norma comunitaria e norma di legge interna successiva, in *Foro it.*, 1975, I, 2662, sottolinea che la Corte inizia la sua argomentazione assumendo come premessa i principi da essa enunciati nella pronuncia precedente. Si tratta di una conferma letterale di quanto prima statuito: «il ché è particolarmente importante, giacché la sentenza del 1973 è stata ampiamente e variamente commentata e perché la stessa problematica in esame si presta, secondo alcuni autori, a più di una considerazione, se non critica, quanto meno dubitativa». Di «scarsa persuasività» della motivazione parla invece F. SORRENTINO, *Brevi osservazioni*, cit., 3241, che rivolge la sua critica essenzialmente all'interpretazione dell'art. 11 Cost. — non smentita dalla Corte — come norma permissiva sulla produzione giuridica (vedi supra, nota 38).

(63) Vedi supra, nota 38.

(64) A. TIZZANO, *La Corte costituzionale*, cit., 2063.

((sovrabbondante e non sempre alieno da passaggi oscuri, se non contraddittori e imprecisi»⁽⁶⁵⁾).

La tendenza del giudice costituzionale a costruire il proprio orientamento tramite una concatenazione di rimandi a precedenti asserzioni emerge anche dall'uso frequente — a partire da un certo periodo — di pronunce di inammissibilità. Ancora una volta, dunque, il tema della motivazione viene ad intrecciarsi strettamente con quello degli strumenti decisorii adottati⁽⁶⁶⁾.

Le sentenze n. 176 e n. 177 del 1981 dichiarano l'inammissibilità di questioni riguardanti disposizioni legislative implicitamente abrogate da regolamenti comunitari. Da notare che analoga questione era stata invece ritenuta *infondata* con la precedente sentenza n. 163 del 1977: singolarità, questa, prontamente segnalata da un'autorevole commentatore, il quale si chiedeva fino a che punto tale pronuncia intendesse innovare il consolidato orientamento giurisprudenziale in base al quale la valutazione che la Corte deve compiere nell'esame di una questione di costituzionalità di norme abrogate si risolve in primo luogo nella loro applicabilità nel giudizio a *quo*, e verte quindi sull'ammissibilità (e non sul merito) della questione medesima⁽⁶⁷⁾. Ebbene, con le due sentenze del 1981 la Corte torna alla dichiarazione di inammissibilità: ciò che, mentre è senza dubbio corretto sul piano della scelta della formula decisoria, acquista tuttavia anche un significato più complessivo, ben evidenziato da chi ha posto in rilievo che mediante le decisioni n. 176 e n. 177 la Corte ha inteso lasciar ((decantare... gli animi», evitando di riaffermare esplicitamente il proprio indirizzo — assai contrastato da una parte della dottrina e dalla giurisprudenza comunitaria — circa la sorte delle leggi italiane incompatibili con norme comunitarie anteriori⁽⁶⁸⁾.

Va inoltre sottolineato come costituisca punto centrale della motivazione di entrambe le sentenze il riferimento al canone interpretativo della presunzione di conformità delle leggi agli obblighi internazionali dello Stato⁽⁶⁹⁾: e nell'insistenza della Corte su questo principio si è giustamente

⁽⁶⁵⁾ L. DANIELE, Corte costituzionale e direttive comunitarie, in *Foro it.*, 1992, I, 663, che si riferisce anche — negli stessi termini — alle sentenze nn. 232 e 389 del 1989 e 64 del 1990.

⁽⁶⁶⁾ Vedi *supra*, par. 2.

⁽⁶⁷⁾ A. PIZZORUSSO, Nota redazionale alla sentenza n. 163 del 1977, in *Foro it.*, 1978, I, 1. Anche per F. SORRENTINO, Abrogazione, cit., 1551, «stupisce il dispositivo d'infondatezza».

⁽⁶⁸⁾ A. TIZZANO, La Corte costituzionale, cit., 2065; *Id.*, Ancora sui rapporti tra norme comunitarie e leggi italiane: il caso di un conflitto sfumato (Osservazione a Corte cost. 26 ottobre 1981, nn. 176 e 177), in *Foro it.*, 1982, I, 361.

⁽⁶⁹⁾ Sentenze n. 176 del 1981, punto 6 della motivazione in diritto, e n. 177 del 1981, punto 7 della motivazione in diritto.

ravvisato un invito ai giudici comuni a farne più ampia applicazione, in tal modo riducendo notevolmente, se non annullando, conflitti **normativi**» che «si rivelano molto spesso più fittizi che reali, specie ove si consideri che solo in ipotesi estremamente rare (se non puramente teoriche) il legislatore nazionale intende veramente disporre in violazione della normativa comunitaria»⁽⁷⁰⁾.

Si può pertanto sostenere, in definitiva, che anche la giurisprudenza «comunitaria» della Corte costituzionale appare attraversata dai fenomeni tipici degli anni '80 in materia di pronunce processuali: dalla preoccupazione politica di non prendere (o, comunque, di non ribadire) posizioni troppo nette su questioni controverse⁽⁷¹⁾, al tentativo di ridefinire l'equilibrio complessivo del rapporto Corte-giudici nella direzione di un più ampio spazio di intervento di questi ultimi⁽⁷²⁾, alla stessa elasticità di impiego delle decisioni processuali, usate in **taluni** casi per non affrontare problemi scottanti e in altri per affermare, invece, principi di estrema importanza (si pensi, ancora una volta, alla sentenza n. 170 del 1984).

Un'ultima osservazione, in chiusura del discorso: l'uso di sentenze di inammissibilità e, soprattutto, di ordinanze di manifesta inammissibilità, per respingere questioni relative a norme comunitarie, ha di fatto consentito alla Corte — pur con alcune significative eccezioni⁽⁷³⁾ — un sostanziale disimpegno proprio sul piano dell'obbligo di motivazione. Già le sentenze n. 47 e n. 48 e l'ordinanza n. 81 del 1985⁽⁷⁴⁾ si limitavano a riassu-

Anche la pronuncia del 1984 contiene un esplicito riferimento al criterio ermeneutico della presunzione di conformità della legge interna al regolamento comunitario (punto 3 della motivazione in diritto).

⁽⁷⁰⁾ A. TIZZANO, Ancora sui rapporti, cit., 362.

⁽⁷¹⁾ L. CARLASSARE, Le «questioni inammissibili» e la loro riproposizione, in Scritti in onore di *Vezio Crisafulli*, vol. I, Padova, 1985, 165-166 (anche in *Giur. cost.*, 1984, I, 764), ravvisa alla base di molte decisioni processuali «ragioni, in senso lato, politiche» che spingono la Corte «a evitare un problema o a differirne la soluzione». Interessante, in questo senso, è anche la sentenza n. 156 del 1987, che dispone la restituzione degli atti al giudice a quo per un nuovo esame della rilevanza «senza entrare nel delicato problema del contrasto tra una normativa nazionale e una direttiva comunitaria)) (punto 5 della motivazione in diritto).

⁽⁷²⁾ L. CARLASSARE, Le decisioni di inammissibilità, cit., 68; M. LUCIANI, Le decisioni processuali, cit., 74.

⁽⁷³⁾ Si pensi alle sentenze n. 232 del 1989 (su cui vedi V. ANGIOLINI, Trasformazione, cit., 32 ss.; M. CARTABIA, Nuovi sviluppi, cit., 1012 ss.) e n. 168 del 1991.

⁽⁷⁴⁾ Sulla tendenza della Corte a collegare la forma del provvedimento decisivo (ordinanza o sentenza) alla sede della trattazione (rispettivamente, camera di consiglio o udienza pubblica), vedi L. CARLASSARE, Le decisioni di inammissibilità, cit., 34, la quale sottolinea — tuttavia — che non si tratta di una regola fissa, e che la prassi giurisprudenziale è caratterizzata da un uso «promiscuo e immotivato»

mere brevemente la motivazione della sentenza n. 170 del 1984; e sul mero richiamo a quest'ultima decisione e alla successiva sentenza n. 113 del 1985⁽⁷⁵⁾ sono costruite le ordinanze di manifesta inammissibilità emesse in seguito⁽⁷⁶⁾. Può ben dirsi, pertanto, che esse siano fondamentalmente prive di un'autonoma motivazione: in perfetta coerenza, d'altronde, con lo scopo — chiaramente perseguito dal giudice costituzionale — di dare all'autorità giudiziaria un segnale inequivocabile circa la definitività dell'orientamento inaugurato (e *motivato* una volta per tutte) con la decisione del 1984⁽⁷⁷⁾. Circostanza, questa, che rappresenta un'ulteriore conferma di quanto già osservato in relazione alla peculiare creatività della motivazione in alcune pronunce processuali della Corte costituzionale⁽⁷⁸⁾: non vi è dubbio, infatti, che la sede delle scelte interpretative del giudice sia qui costituita *esclusivamente* dalla parte motiva della sentenza, nulla essendo desumibile — in termini di ricostruzione del diritto oggettivo — dalla dichiarazione di inammissibilità contenuta nel dispositivo.

ABSTRACT

The relationship between italian national law and EEC law is mostly defined by the constitutional sentences.

L'A. sottolinea il ruolo creativo della giurisprudenza costituzionale nella definizione dei rapporti tra diritto interno e diritto comunitario.

della sentenza e dell'ordinanza per dichiarare inammissibile una questione.

⁽⁷⁵⁾ Con la quale si è stabilita la diretta applicabilità da parte del giudice comune delle statuizioni della Corte di giustizia europea.

⁽⁷⁶⁾ Vedi, ad esempio, le ordinanze di manifesta inammissibilità nn. 29, 141, 274 e 275 del 1986; 132 e 144 del 1990; 444 del 1991; 391 del 1992.

⁽⁷⁷⁾ M. LUCIANI, Le decisioni processuali, cit., 68-69. Per G. DEMURO, La giurisprudenza, cit., 2395, le ragioni della scelta dello strumento decisorio «vanno ricercate nella finalità di speditezza della procedura con cui la Corte intende riaffermare la "volontà" di conferma della propria evoluzione giurisprudenziale».

⁽⁷⁸⁾ Vedi *supra*, par. 2.

LUCETTA DESANTI

FEDECOMMESSO E PROTEZIONE DEGLI INCAPACI

1. - Quando si accingeva a lasciare dei beni a un incapace¹, impubere, minore, donna, malato di mente, il testatore ricorreva, non di rado, a particolari cautele. Temendo l'immaturità, l'inesperienza, l'inadeguatezza del destinatario, faceva in modo di procurargli una sorta di assistente, che si occupasse della gestio e lo sorvegliasse.

Lo scopo era raggiunto, principalmente, mediante lo strumento del fedecommeso², il quale veniva impiegato in più direzioni.

A) Trattandosi di un impubere o di un minore, il testatore evitava di trasmettergli i beni immediatamente. Istituiva erede una persona di fiducia e la pregava - per fedecommeso - di restituire il patrimonio ereditario (o una sua quota) in un secondo tempo: di regola, quando il giovane fosse giunto a una certa età.

Come riferisce Ulpiano, l'espedito era largamente praticato dagli stessi padri, i quali diseredavano i figli impuberi non già per punirli, ma per soccorrerli, facendo pervenire loro l'eredità fedecommissaria: *multi non notae causa exheredant filios nec ut eis obstant, sed ut eis consulant, ut puta impuberibus, eisque fideicommissam hereditatem dant*³.

1. Va tenuto presente che il minore di venticinque anni era giuridicamente capace di agire. Ma, giacché di fatto era considerato limitatamente capace, e per questo era sottoposto a cura, ci sembra lecito indicarlo come soggetto incapace, accanto all'impubere, alla donna, al *furiosus*.

2. Sulle svariate finalità perseguite mediante i legati e i fedecommissi, L. BAYER, *La fonction sociale des legs d'après la jurisprudence classique*, in *RH*, 43 (1965), 333 ss., che però non rileva lo scopo di assistenza oggetto del nostro studio. Per conseguire analoghi risultati, si poteva anche costituire un usufrutto *sub die*. D. 33, 2, 37 (Scaev. 33 dig.): *'Uxori meae usum fructum lego bonorum meorum, usque dum filia mea annos impleat octodecim'*. ... Il testatore, in questo modo, sottraeva temporaneamente i beni alla giovane figlia, attribuendone la *gestio* alla moglie-usufruttuaria.

3. D. 28, 2, 18 (Ulp. 57 *ad ed.*). Cfr., dello stesso Ulpiano, D. 38, 2, 12, 2 (Ulp. 44 *ad ed.*): *Si quis non mala mente parentis exheredatus sit, sed aia ex causa, exhereditio ipsi non nocet: ut puta pone furoris causa exhereditum eum vel ideo, quia impu-*

Tra gli esempi documentati dalle fonti, infatti, diversi riguardano il testamento paterno.

D. 36, 1, 48 (46) (Iav. 11 *epist.*): Seius Saturninus archigubernus ex classe Britannica testamento fiduciarium reliquit heredem Valerium Maximum trierarchum, a quo petit, ut filio suo **Seio Oceano**, cum ad annos sedecim pervenisset, hereditatem restitueret.

Il testatore, capo pilota della flotta britannica, aveva istituito erede fiduciario il trierarco **Valerio Massimo**; quindi, lo aveva pregato di restituire l'eredità al proprio figlio, **Seio Oceano**, al compimento del sedicesimo anno⁴.

Si veda ora:

D. 33, 1, 21, 2 (Scaev. 22 *dig.*): **Filium** ex dodrante, uxorem ex quadrante instituit heredes et filii fidei commisit, ut novercae restitueret hereditatem: ab ea autem petit, ut infirmitatem filii commendatam haberet eique menstruos aureos denos praestaret, donec ad vicesimum quintum annum aetatis pervenerit, cum autem **impletset** eam aetatem, partem dimidiam hereditatis ei restitueret. ...

Il padre, in questo caso, aveva predisposto un complesso meccanismo per evitare la diseredazione⁵. Istituito il figlio per 3/4 dell'asse, lo aveva pregato di restituire la sua parte alla matrigna (già istituita per il rimanente quarto). Infine, aveva domandato a quest'ultima (erede e fedecommis-

bes erat, *heredemque institutum rogatum* ei restituere *hereditatem*. Simile, in un certo senso, è l'espedito suggerito in D. 27, 10, 16, 2 (Tryph. 13 disp.): Potuit *tamen* pater et alias providere nepotibus suis, si eos iussisset heredes esse et *exheredasset* filium eique quod *sufficeret alimentorum* nomine ab eis *certum* legasset addita causa *necessitateque iudicii* sui: *aut* si non habuit in potestate nepotes, *quoniam* emancipato *iam* filio nati fuissent, sub condicione eos heredes instituere, *ut emanciparentur* a patre prodigo. Si consigliava il testatore di diseredare il figlio prodigo, onde sottrargli il patrimonio ereditario, di istituire eredi i nipoti (figli di quest'ultimo), nonché di gravarli di un legato alimentare, per il sostentamento del prodigo medesimo.

4. Giavoleno, peraltro, non fa riferimento alla diseredazione del giovane. La circostanza, forse, era sottintesa; forse, dipendeva invece dal fatto che **Seio Oceano** era un figlio naturale, e pertanto non doveva essere diseredato. Il testatore, infatti, era un militare; e secondo una diffusa opinione i militari non potevano contrarre iustae nuptiae, né, pertanto, avere prole legittima. Va però tenuto presente che tale opinione è stata messa in discussione. In questo senso, C. CASTELLO, *Sul* matrimonio dei soldati, in RISG, 15 (1940), 27 ss., con ampia rassegna di letteratura.

5. In argomento: T. Masiello, La donna tutrice. Modelli culturali e prassi giuridica fra gli Antonini e i Severi, Napoli 1979, 101 s.; V. MANNINO, Il calcolo della 'quarta hereditatis' e la volontà del testatore, Napoli 1989, 135 ss.

saria universale) di avere cura del figlio, di corrispondergli dieci aurei al mese fino ai venticinque anni di età; infine, sempre al compimento del venticinquesimo anno, di restituirgli la metà dell'eredità.

Un caso di *exheredatio bona mente* è documentato dalla testimonianza paolina che riportiamo di seguito.

D. 36, 1, 76 (74), 1 (Paul. 2 decr.): Fabius Antoninus impuberem filium Antoninum et filiam Honoratam relinquens exheredatis his matrem eorum Iuniam Valerianam heredem instituit et ab ea trecenta et quasdam res filiae reliquit, reliquam omnem hereditatem filio Antonio, cum ad annum vicensimum aetatis pervenisset, voluit restitui: quod si ante annum vicensimum decessisset filius, eam hereditatem Honoratae restitui praecepit. ...

Il testatore, diseredati il figlio e la figlia impuberi, aveva istituito erede la loro madre; quindi, attribuito un lascito alla figlia, aveva disposto che la rimanente porzione del patrimonio ereditario fosse restituita al figlio Antonio, quando avesse compiuto il ventesimo anno. Overo, se questo fosse premorto, che fosse resa alla figlia Onorata.

Simili accorgimenti erano presi anche a favore degli alunni, bambini nutriti, allevati, educati, alla stregua di figli adottivi⁶. Nel passo di Scevola che segue, gli eredi erano stati pregati di restituire la terza parte dell'eredità a Gaio Mevio, alunno del testatore, quando fosse giunto ai quindici anni⁷.

D. 36, 1, 80 (78), 12 (Scaev. 21 dig.): Heredum fidei commisit, ut, si quidquid ex parte tertia hereditatis pervenerit ad eos, id redderent Gaio Maevio alumno testatoris, cum fuerit annis quindecim, et subiunxit haec verba: 'interim ex refectu paupertatis, qui ad vos pervenerit, alatis eum ex usuris pro quantitate nummorum redactis'. ...

6. Sul vincolo quasi-parentale tra *alumni* e nutritor, per tutti: E. DE RUGGIERO, *Dizionario Epigrafico di Antichità Romane*, I, Roma 1895, 437 ss., s. v. *alumnus*; M. LEMOSSE, *L'enfant sans famille en droit romain*, in *L'enfant. I. Antiquité-Afrique*, Recueils de la société Jean Bodin, XXXV, Bruxelles 1975, 257 ss.; B. RAWSON, *Children in the roman familia*, in *The family in ancient Rome: new perspectives*, ed. by B. Rawson, London 1992 (rist. ed. 1986), 171 ss.; J. BELLEMORE, B. RAWSON, *Alumni: italian evidence*, in *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik*, 83 (1990), 1 ss. Va peraltro tenuto presente che l'*alumnus*, talvolta, era un liberto o un figlio naturale dello stesso nutritor.

7. Allude forse a un caso analogo D. 34, 2, 18, 1 (Scaev. 22 dig.), ove però non è precisato se l'erede gravata di fedecompresso universale, a favore dell'*alumnus*, debba restituire l'eredità ad un termine stabilito.

Ancora, vi facevano ricorso le madri, onde sottrarre ai tutori i beni attribuiti ai figli impuberi.

D. 22, 1, 3, 3 (Pap. 20 *quest.*): Cum Pollidius a propinqua sua heres institutus rogatus fuisset filiae mulieris quidquid ex bonis eius ad se pervenisset, cum certam aetatem puella complisset, restituere, idque sibi mater ideo placuisse testamento comprehendisset, ne filiae tutoribus, sed potius necessitudini res committerentur, eundemque Pollidium fundum retinere iussisset ...

Analoghi risultati si conseguivano mediante il fedecompresso particolare. Legati dei beni a persona di fiducia (ovvero allo stesso erede, *per praeceptionem*), la si pregava di restituirli all'impubere, o al minore, in un secondo tempo.

D. 32, 34, 2 (Scaev. 16 *dig.*): Uni ex heredibus per praeceptionem reliquit ea, quae ex patrimonio viri sui Arethonis ei supererant, eiusque fidei commisit haec eadem restituere pronepoti, cum erit annis sedecim, in quibus haec verba adiecit: 'item rogo, uti reliquum aes alienum, quod ex bonis Arethonis debetur, omnibus creditoribus ex redditibus eorum bonorum solvas reddas satisque facias'.

La testatrice aveva legato *per praeceptionem*, a uno degli eredi, i beni provenienti dall'eredità del marito; quindi, lo aveva incaricato - per fedecompresso - di restituire tali beni al pronipote, quando avesse compiuto i sedici anni. Non è dato di sapere, peraltro, se il giovane fosse *sui iuris* oppure *alieni iuris* .

D. 35, 1, 36, 1 (Marc. 1. *sing. resp.*): Titia codicillis de prediis, quae testamento Septiciae reliquerat, ita cavit: 'a te peto, Septicia, ut filio meo, cum annorum sedecim esset, eadem praedia restitueres: quod si filius meus sedecim annos non impleverit, peto uti reddas ea restituas Publio Maevio et Gaio Cornelio'.

Sempre una donna, Titia, aveva lasciato dei fondi a una certa Septicia. Quindi, nei codicilli, l'aveva pregata di restituirli al figlio, una volta divenuto sedicenne.

Ebbene, è evidente che nello schema cautelare passato in rassegna l'onerato di fedecompresso fungeva da custode e amministratore del patrimonio: sino a quando il giovane, giunto ad una certa età, si presumesse in grado di provvedervi personalmente. Non di rado, inoltre,

si aggiungeva la preghiera di prestare gli alimenti all'assistito, nonché - almeno in un caso - la raccomandazione di sorvegliarlo.

B) Il testatore, talvolta, pregava invece l'erede affinché i beni destinati all'incapace fossero affidati alla custodia di un terzo fiduciario⁸. E pregava altresì quest'ultimo di restituirli, ad una certa scadenza.

Si veda, in particolare, una testimonianza di Scevola, dalla quale emerge che il fiduciario - oltre a custodire il denaro affidatogli e ad alimentare il giovane - doveva altresì occuparsi della sua persona: infatti, era invitato a prestargli l'affetto di un padre⁹:

8. Si è discusso se l'incaricato in discorso fosse qualificabile come esecutore testamentario - J. DAUVILLIER, Note sur un *testament romain récemment découvert en Égypte*, in *Recueil Acad. légis.* Toulouse, 18 (1947), 1 ss.; M. ROUXEL, *Le testament d'Antonius Silvanus et le problème de l'exécution testamentaire en droit romain classique*, in *Annales Fac. Droit Univ. Bordeaux*, 3 (1952), 81 ss.; 4 (1953), 3 ss.; cfr. B. KÜBLER, s. v. *Testamentvollstrecker*, in *RE*, V. Al, Stuttgart 1934, 1010 ss., che però riferisce l'istituto ai diritti greco-orientali, - ovvero come procurator: J. MACQUEIRON, *Le testament d'Antonius Silvanus*, in *RH*, 23 (1945), 150 ss.; E. WEISS, *Procurator ex testamento*, in *Studi Arangio-Ruiz*, IV, Napoli s. d., 61 ss.; M. AMELOTTI, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale. I. Le forme classiche di testamento*, Firenze 1966, 148 ss. Sembra invece esclusa l'afferenza della fattispecie al *mandatum post mortem*: sia per la dubbia validità del *mandatum post mortem mandatoris*, sia perché non esisteva rapporto contrattuale fra il testatore e l'amministratore designato nel testamento: per tutti, E. WEISS, *loc. ult. cit.*; M. AMELOTTI, *Il testamento*, cit., 151. In merito a tali complessi schemi, nei quali concorrevano più disposizioni a favore dello stesso onorato, rispetto a una *eadem res*, M. TALAMANCA, *Revoca testamentaria e 'translatio legati'*, in *Studi Betti*, IV, Milano 1962, 211 ss.

9. Disposizioni simili sono menzionate anche in altri passi di Scevola. D. 34, 3, 28, 8 (Scaev. 16 dig.): '*Centum, quae apud Apronianum deposita habeo, apud ipsum esse volo, donec filius meus ad annos viginti penderit, eiusque pecuniae usuram exigi veto*!...'; D. 36, 1, 80 (78), 1 (Scaev. 21 dig.): *Maevia duos filios heredes reliquerat et eodem testamento ita cavit: 'fidei autem heredum meorum committo, uti omnis substantia mea sit pro deposito sine usuris apud Gaium Seium et Lucium Titium, quos etiam, si licuisset, curatores substantiae meae dedissem remotis aliis, ut hi restituant nepotibus meis, prout quis eorum ad annos viginti quinque penderit, pro portione, vel si unus, ei omnem'*. Si veda inoltre D. 36, 1, 64 (62), 1 (Scaev. 4 resp.), ove però l'incarico è qualificato come 'mandato': *Alumno certam pecuniam legavit et eam recipi a Sempronio mandavit et certas usuras alumno praestari, donec ad vicensimum annum pervenerit* Simili richieste di gestire erano impartite, talvolta, attraverso un fedecompresso sottoposto a condizione sospensiva. Per meglio dire, si onorava di fedecompresso una persona di fiducia, alla condizione che assumesse l'amministrazione prescritta. D. 33, 1, 13 pr. (Scaev. 4 resp.): *Maevia nepotem ex Maevio puberem heredem instituit et Lucio Titio ita legavit: 'Lucio Titio viro bono, cuius obsequio gratias ago, dari volo annuos quamdiu vivat aureos decem, si rebus nepotis mei inteweniat omnemque administrationem rerum nepotis mei ad sollicitudinem suam revocaverit'. quaero, cum Lucius Titius aliquo tempore Maevii negotia gesserit et per eum non stet, quo minus gerat, Publius autem Maevius nolle eum administrare, an fideicommissum praestari debeat. respondi, si non propter fraudem aliamve quam iustam causam improbandae operae causa remotus esset a negotiis, quae administrare*

D. 33, 1, 21, 4 (Scaev. 22 *dig.*): Largius Eurippianus consuluit alumno certam pecuniam patronum testamento legasse deque ea re testamento ita cavisse: 'pecuniam, quam Titio liberto et alumno meo legavi, esse volo penes Publium Maevium usque ad annum vicesimum quintum aetatis eius proque ea computari cum eo usuras quadrantes: quantum autem in sumptum ei statuendum sit, tu Publi Mevi, cum patri affectum ei praestare debeas, aestimabis'. ...

Leggiamo, inoltre:

D. 36, 2, 26, 1 (Pap. 9 *resp.*): Cum ab heredibus alumno centum dari voluisset testator et eam pecuniam ad alium transferri, ut in annum vicensimum quintum trientes usuras eius summae perciperet *alumnus* ac post eam aetatem sortem ipsam: intra vicensimum quintum annum eo defuncto transmissum ad heredem pueri fideicommissum respondi: nam certam aetatem sorti solvendae praestitutam videri, non pure fideicommissum relicto condicionem insertam. cum autem fideicommissum ab eo peti non posset, penes quem voluit pecuniam collocari, propter haec verba 'eamque alumno meo post aetatem supra scriptam curabis reddere', fideicommissum ab heredibus petendum, qui pecuniam dari stipulari debuerunt: sed fideiussores ab eo non petendos, cuius fidem sequi defunctus maluit.

Il testatore aveva attribuito cento, per fedecommissio, al proprio *alumnus*; quindi, sempre per fedecommissio, aveva pregato gli eredi di trasferire la somma a persona di fiducia, affinché l'*alumnus* percepisse le usure sino ai venticinque anni, e in seguito il capitale. Infine, rivolgendosi al fiduciario, gli aveva chiesto, per l'appunto, di restituire il denaro alla scadenza,

C) Il testatore, ancora, poteva chiedere allo stesso erede, o ad altro onorato, di occuparsi personalmente dell'incapace e dei suoi beni. La disposizione, di solito espressa sotto forma di preghiera, assumeva valore di fedecommissio, ancorché non presentasse contenuto strettamente patrimoniale.

secundum defuncti voluntatem vellet, percepturum legatum. D. 33, 1, 10 *pr.* (**Pap.** 8 *resp.*): 'Seio amico fidelissimo, si voluerit, sicut meis negotiis interveniebat, eodem modo filiorum meorum intervenire, annuos senos aureos et habitationem qua utitur praestari volo'. D. 35, 1, 101, 4 (**Pap.** 8 *resp.*): *Fideicommissa menstrua et annua sub ea condicione liberti relicta quamdiu res patroni filiae gesserit' etsi praestari necesse est filia prohibente res suas administrari, tamen voluntatem filia mutante condicionem resumunt, quoniam plura sunt.*

Simili accorgimenti, spesso, erano presi a salvaguardia degli *alumni*.

D. 34, 1, 15 pr. (Scaev. 17 dig.): A filio herede codicillis Seiae decem reliquit et alumno his verbis: 'Maevio infanti alumno meo quadringenta dari volo, quae peto a te, Seia, suscipias et usuras ei quincunces in annum usque vicesimum aetatis praestes eumque suscipias et tuearis'. ...

Seia, onorata nei codicilli, era altresì pregata di amministrare il denaro attribuito all'*alumnus*, di prestargli le usure e di tutelarla sino al ventesimo anno di età.

Soffermiamoci ora sulla complessa regolamentazione prospettata, ancora una volta, da Scevola.

D. 34, 4, 30 pr. (Scaev. 20 dig.): Alumnae suae plura legaverat: quaedam ex his abstulit, quaedam ut praestarentur, ab herede suo petit, in quibus et viginti dari voluit his verbis: 'hoc amplius do lego darique volo viginti auri libras' et adiecit: 'fideique tuae, Atti, committo, ut in primis Semproniam sororem tuam pro tua pietate et regere et tueri velis, et, si putaveris eam ad bonam vitae consuetudinem reversam, ita viginti auri libras ei reddere, cum morieris. interim tamen redditus eius, id est usuras semisses ei praestes'. postea codicillis ad Maevium legatarium easdem viginti libras auri transtulit et fidei eius commisit in haec verba: 'viginti libras auri, quas testamento Semproniae alumnae meae reliqui, eas dari volo Maevio cautionibus interpositis, ut ex ea summa eidem Semproniae, quamdiu advixerit, praestet menstruos denarios quinque et vestiarii nomine denarios centenos vicanos quinos, idque fidei vestrae committo: certa sum autem te, Maevi, pro tua pietate petiturum ab herede tuo, ut voluntas mea in persona alumnae meae duret'.

... .

La testatrice, tra le altre cose, aveva legato all'alumna, che possiamo supporre *pubere*¹⁰, venti libbre d'oro. Quindi, forse preoccupata per la condotta della giovane, aveva corretto la prima disposizione, gravando l'eredità - e fratello di quest'ultima - di fedecompresso¹¹. Per la precisione, lo aveva pregato di assistere la sorella, di tutelarla, di prestarle le rendite; infine, di restituirla eventualmente le venti libbre d'oro, al momento della

10. Ciò sembra desumersi dal fatto che l'*alumna*, a giudizio della testatrice, teneva un comportamento immorale. L'eredità, infatti, era pregata di renderle l'oro qualora fosse ritornata ad *bonae vitae consuetudinem*.

11. Sui rapporti tra le due disposizioni e, più in generale, sul significato del passo: M. TALAMANCA, *Revoca testamentaria*, cit., 219 ss. nt. 93.

morte, qualora - a suo giudizio - fosse ritornata sulla retta via. Nei codicilli, infine, aveva di nuovo mutato parere: attribuite a Mevio le stesse libbre d'oro, lo aveva pregato non già di restituirle all'alunna, bensì di corrispondere dei lasciti periodici vitalizi.

Ciò che ci preme di mettere in rilievo, evidentemente, è la particolare preghiera rivolta all'erede: la preghiera, per l'appunto, di assistere e tutelare la sorella, alunna della testatrice.

Leggiamo, ancora ¹²:

D. 33, 1, 18, 1 (Scaev. 4 *dig.*): Sticho alumno suo centum et menstros decem et annuos centum dari voluit et Semproniam, quam heredem ex triente instituerat, rogavit in haec verba: 'fidei tuae committo, Sempronia soror, uti legata, quae alumnis meis reliqui, ex medio recipias et apud te habeas, quoad usque commendatos habeas'. ...

Sempronia, istituita erede ex triente, era pregata di ricevere e custodire i legati attribuiti agli *alumni*, sino a quando fossero stati sottoposti alla sua assistenza (*commendatio*). Proseguendo nella lettura, si ricava che tale assistenza si protraeva sino ai 25 anni dei giovani.

Nella testimonianza che ci accingiamo a riportare, il testatore si rivolgeva al figlio maggiore, affinché si occupasse dell'altro figlio, ancora impubere.

D. 33, 1, 21, 5 (Scaev. 22 *dig.*): Pater duos filios aequis ex partibus instituit heredes, maiorem et minorem, qui etiam impubes erat, et in partem eius certa praedia reliquit et, cum quattuordecim annos impleverit, certam pecuniam ei legavit idque fratris eius fidei commisit, a quo petit in haec verba: 'a te peto, Sei, ut ab annis duodecim aetatis ad studia liberalia fratris tui inferas matri eius annua tot usque ad annos quattuordecim: eo amplius tributa fratris tui pro censu eius dependas, donec bona restituas: et ad te redditus praediorum illorum pertineant, quoad perveniat frater tuus ad annos quattuordecim'. ...

Seio, il maggiore, era pregato di sovvenzionare gli studi liberali del fratello, dai 12 ai 14 anni, nonché di pagare i tributi cadenti sopra il suo censo, sino alla restituzione dei beni; parallelamente, perché potesse trarne i mezzi necessari, riceveva le rendite dei fondi attribuiti all'impubere, sino a quando questi non avesse compiuto i 14 anni.

12. Cfr. T. MASIELLO, *La donna tutrice*, cit., 103 s.

I padri, ancora, procuravano assistenza, servendosi del fedecommeso, ai figli malati di mente¹³.

D. 33, 2, 32, 6 (Scaev. 15 dig.): *Duas filias et filium mente captum heredes scripsit, filii portionis mente capti datae usum fructum legavit in haec verba: 'hoc amplius Publia Clementiana praecipiet sibi quartae partis hereditatis meae, ex qua Iulium Iustum filium meum heredem institui: petoque a te, Publia Clementiana, uti fratrem tuum Iulium Iustum alas tuearis dependas pro eo: pro quo tibi usum fructum portionis eius relinqui, donec mentis compos fiat et convalescat'.*

Il testatore aveva istituito eredi due figlie e un figlio mente captus¹⁴; quindi, aveva legato per praeceptionem ad una delle figlie, Publia Clementiana, l'usufrutto sulla porzione del fratello, pregandola - per fedecommeso - di occuparsene: di alimentarlo, di tutelarlo, di spendere per i suoi bisogni.

Alle fonti giuridiche di cui abbiamo dato conto possiamo aggiungere, infine, alcune attestazioni della prassi.

Disposizioni simili a quelle ora viste possono scorgersi, per esempio, nel testamento di Antonio Silvano, redatto nel 142 d. C. ad Alessandria¹⁵.

Si vedano, in particolare, ll. 18-30:

Procuratorem bonorum meorum castrensi-/um ad bona mea colligenda et / restituenda Antonia(e) Thermutha(e) / matri heredi(s) mei s(upra) s(cripti) facio Hieracem / Behecis dupl(icarium) alae eiusdem, turma / Aebuti, ut et ipsa servet donec / filius meus et heres suae tutel-/ae fuerit et tunc ab ea recipiat: / cui do lego (denarios) argenteos quin-

13. In argomento: L. WENGER, *Curatrix*, in ZSS, 28 (1907), 309 s.; T. MASIELLO, *La donna tutrice*, cit., 98 ss.; E. NARDI, *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, Milano 1983, 80 s.

14. Come si comprende dalle successive parole in *eodem* furore ... perseverans, il termine mente captus, nel contesto, è sinonimo di furiosus. Così: E. Nardi, *Squilibrio*, cit., 38 ss.; C. LANZA, *Ricerche su 'furiosus' in diritto romano*, I, Roma 1990, 117.

15. Tablettes L. Keimer, ed. V. ARANGIO-RUIZ, *Negotia*, n. 47, in FIRA², 130 ss. In argomento: J. MACQUERON, *Le testament d'Antonius Silvanus*, cit., 123 ss.; J. DAUVILLIER, *Note sur un testament romain*, cit., 1 ss.; M. Rouxel, *Le testament d'Antonius Silvanus*, cit.; V. ARANGIO-RUIZ, *Il testamento di Antonio Silvano e il senatoconsulto di Nerone*, in Studi Albertario, I, Milano 1953, 201 ss.; M. AMELOTTI, *Il testamento*, cit., 38 s.; L. MIGLIARDI ZINGALE, *I testamenti romani nei papiri e nelle tavolette d'Egitto. Silloge di documenti dal I al N secolo d. C.*, Torino 1988, 22 SS.

qua-/ginta. Do lego Antonia⟨e⟩ Thermutha⟨e⟩ / matri heredi⟨s⟩ mei (supra) s(cripti) (denarios) / argenteos / quingentos.

Il testatore, un militare, aveva istituito erede il figlio impubere, rispetto ai bona castrensia. Quindi, aveva incaricato un procumtor¹⁶ di raccogliere tali beni e di rimetterli alla madre del bambino, affinché li custodisse sino a quando questi non fosse giunto alla pubertà. La donna, parallelamente, riceveva in legato cinquecento denari d'oro.

Un'altra testimonianza significativa è offerta da P. Oxy. III 495, databile tra il 181 e il 189 d. C.

Il documento è pervenuto mutilo, ma possiamo avvalerci della ricostruzione degli editori¹⁷.

Il testatore, istituito erede il figlio minore Epinico, aveva incaricato la sorella, Apollonous, di amministrare il patrimonio e di avere cura del giovane, fino a quando non avesse compiuto venti anni. La stessa Apollonous riceveva una parte dei beni, con i quali pagare le spese ereditarie; inoltre, era dispensata dal rendiconto, all'erede, per la gestio intrapresa.

2. - La particolare causa 'tuendi' sottostante alle disposizioni in esame non è sfuggita ai giuristi romani.

Si pensi al caso dell'erede fiduciario pregato di restituire il patrimonio all'impubere o al minore, giunto ad una certa età¹⁸. Ebbene, una simile preghiera è stata concepita come disposizione fiduciaria, diretta all'esclusivo vantaggio del fedecommissario; mentre l'erede-onerato è stato inteso quale semplice minister, preposto a conservare il patrimonio¹⁹. Egli, infatti, non poteva trarre alcun vantaggio: doveva rendere, con il capitale, anche gli interessi maturati nel frattempo²⁰; e, qualora il giovane fosse de-

16. Sulla qualificazione giuridica di tale procurator, v. retro, nt. 8.

17. B. P. GRENFELL, A. S. HUNT, *The Oxyrynchus papyri*, III, London 1903, 206. Sulla testimonianza, in connessione con le fonti già passate in rassegna: L. WENGER, *Curatrix*, cit., 308.; E. WEISS, *Beitrage zum grako-agyptischen Vormundschaftsrecht*, in *Archiv für Papyrusforschung*, 4 (1908), 75; T. MASIELLO, *La donna tutrice*, cit., 99 ss.

18. V. retro, 105 ss.

19. La categoria della disposizione fiduciaria, propria della moderna dottrina civilistica, è utilizzata al riguardo da B. BIONDI, *Successione testamentaria. Donazioni*, Milano 1943, 203 ss. In argomento, altresì: C. SALKOWSKI, in F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, trad. ital., XXX-XXXII. 2, Milano 1901, 361 s. e 378 ss.

20. D. 31, 43, 2 (Pomp. 3 ad *Quintum Mucium*): *Pegasus solitus fuerat distinguere, si in diem fideicommissum relictum sit, veluti post annos decem, interesse, cuius causa tempus dilatatum sit, utrumne heredis, quo casu heredem fructum retinere debere, an legatarii, veluti si in tempus pubertatis ei qui impubes sit fideicommissum relictum sit, tunc enim fructus praestandos et antecedentis temporis. et haec ira intelligenda sunt, si non nominatim adiectum est, ut cum incremento heres fideicommissum praestet.*

ceduto, prima della scadenza, era ugualmente tenuto alla restituzione, nei confronti degli eredi²¹. D'altronde, il pagamento anticipato non lo libera-

Pomponio riferisce un'opinione di Pegaso, evidentemente consolidata. Secondo tale opinione, trattandosi di un fedecompresso sottoposto a termine sospensivo, era indispensabile stabilire la causa della dilazione: vale a dire, se il termine era stato introdotto a vantaggio dell'erede, ovvero del fedecommissario. Nella prima ipotesi, i frutti saranno trattenuti dall'erede; nella seconda, all'opposto, dovranno restituirsi al fedecommissario. Ebbene, l'esempio emblematico addotto, per illustrare questa seconda ipotesi, è proprio quello del fedecompresso a favore di un impubere, lasciato per il momento della pubertà. La dilazione in *tempus pubertatis*, dunque, appariva ad esclusivo vantaggio dell'impubere stesso. L'erede, all'opposto, era inteso come semplice fiduciario-amministratore, in attesa che i beni fossero restituiti al giovane. In argomento: G. COPPOLA, Osservazione sul regime dei frutti nel fedecompresso '*de residuo*', in Studi per L. Campagna, I, Milano 1982, 197 ss.; V. GIODICE-SABBATELLI, La tutela giuridica dei fedecommissi fra Augusto e Vespasiano, Bari 1993, 193 s. La soluzione pegasiana riportata da Pomponio risulta applicata anche in altre decisioni: le quali, forse non a caso, riguardano sempre il fedecompresso sub die, a favore di impuberi o minori. D. 33, 1, 21, 2 (Scaev. 22 dig.); D. 22, 1, 3, 3 (Pap. 20 quaest.). Cfr. G. COPPOLA, Osservazione sul regime dei frutti, cit., 200 SS.

21. D. 36, 1, 48 (46) (Iav. 11 epist.): Seius *Saturninus* archigubemus ex classe Britannica testamento *fiduciarium* reliquit *heredem Valerium Maximum trierarchum*, a quo petit, ut *filio suo Seio Oceano*, cum ad annos *sedecim* pwenisset, *hereditatem* restitueret. Seius *Oceanus* *antequam impleret annos*, defunctus est: nunc Mallius Seneca, qui se *avunculum* Seii Oceani dicit, *proximitatis* nomine haec bona petit, *Maximus autem trierarchus* sibi ea vindicat ideo, quia defunctus est is cui restituere iussus erat. *quaero ergo, utrum* haec bona ad *Valerium Maximum trierarchum heredem fiduciarium* pertineant an ad *Mallium Senecam*, qui se pueri defuncti *avunculum* esse dicit. respondi: si Seius Oceanus, cui *fideicommissa* hereditas ex testamento Seii Saturnini, cum annos *sedecim* haberet, a *Valerio Maximo* fiduciario herede restitui debeat, *priusquam praefinitum tempus aetatis impleret*, decessit, fiduciaria hereditas ad *eum* pertinet, ad *quem* cetera bona Oceani pertinuerint, *quoniam* dies *fideicommissi* vivo Oceano cessit, scilicet si prorogando *tempus solutionis tutelam* magis heredi fiduciario *permisisse, quam incertum diem fideicommissi* constituisse videatur.

Seio Saturnino, *archigubernus* ex classe Britannica, aveva istituito erede il trierarca Valerio Massimo, con l'onere fedecommissario di restituire l'eredità al proprio figlio, Seio Oceano, una volta che fosse pervenuto ai sedici anni di età. Il giovane, tuttavia, era premorto; e si era posto il conflitto tra l'erede fiduciario, che rifiutava di restituire i beni, e lo zio materno del defunto, che li rivendicava *proximitatis* nomine. Risponde Giavoleno che i beni spettano allo zio. E ciò perché il dies cedens del fedecompresso si era già perfezionato, quando Seio Oceano viveva ancora.

La soluzione proposta dal giurista potrebbe lasciare perplessi. Infatti, la clausola '*cum ad annos sedecim pervenisset*', la quale contemplava un avvenimento meramente eventuale, avrebbe dovuto essere intesa come *die incertus*, vale a dire come condizione. E, applicando la disciplina del fedecompresso sub condizione, si sarebbe pervenuti alla conclusione opposta: Seio Oceano, morto prima di compiere i sedici anni, non avrebbe mai acquistato il diritto al lascito, né avrebbe potuto trasmetterlo agli eredi. Giavoleno, evidentemente, ha inteso tale clausola non già come condizione, ma come termine in senso proprio: il quale non differiva l'acqui-

va: giacché, così facendo, tralasciava la *gestio* dei beni, che l'inesperto fedecommissario - probabilmente - avrebbe **dilapidato**²².

Ma c'è di più. I giuristi hanno percepito che l'**onerato** di fedecommissario - nei confronti dell'onorato impubere - svolgeva le stesse funzioni di un tutore²³.

Si veda:

D. 38, 17, 2, 46 (Ulp. 13 *ad Sab.*): Et si forte quis uxorem communis **fili**i matrem heredem scripsit rogavitque remissa etiam satisfactio, ut filio puberi **facto** restitueret hereditatem, nec mater ei petiit tutores, debet dici cessare constitutionem, cum patris voluntatem secuta sit et nihil **habenti** filio tutores non petierit. quod si ei remissa satisfactio non fuerit, **contra** erit, quoniam **vel** propter hoc debuit tutores habere.

Una costituzione di **Settimio Severo** aveva privato la madre della suc-

sto del diritto al fedecommissario, ma solamente la sua esecuzione. Alla base, si intuisce la concezione già osservata. Il testatore, prorogando la restituzione del fedecommissario al compimento dei sedici anni, intendeva porre un termine nell'esclusivo interesse del fedecommissario: non una condizione sospensiva, che si sarebbe tradotta, invece, in un vantaggio per l'erede fiduciario. Sul significato del passo: V. GIODICE-SABBATELLI, La tutela giuridica dei *fedecommissi*, cit., 195 ss.

22. D. 33, 1, 15 (Val. 7 fideic.): Iavolenus *eum*, qui rogatus post *decem* annos restituere *pecuniam* ante *diem* restituerat, respondit, si propter capientis *personam*, quod *rem familiarem tueri* non posset, in *diem fideicommissum relictum* probetur et perdituro ei id heres ante *diem* restituisset, nullo modo *liberatum* esse: quod si *tempus* heredis causa *prorogatum* esset, ut *commodum medii temporis* ipse sentiret, *liberatum eum* intellegi: *nam* et plus *eum* praestitisse *quam* debuisset.

L'erede era stato preгато, per fedecommissario, di restituire una certa somma di denaro, dopo dieci anni; viceversa, aveva preferito pagare prima della scadenza. Secondo Giavoleno, se il termine era stato introdotto a favore del fedecommissario, incapace di tutelare il patrimonio familiare e destinato a perderlo, il pagamento anticipato non liberava l'erede. Lo liberava, all'opposto, qualora il termine fosse stato previsto nel suo stesso interesse. Anche Giavoleno poneva l'accento sulla causa sottostante al dies; e ribadiva che il fedecommissario *sub* die, a favore dell'incapace di amministrare i suoi beni, era disposto a protezione dell'incapace medesimo. In argomento: V. GIODICE-SABBATELLI, La tutela giuridica dei *fedecommissi*, cit., 224 s.

23. La circostanza è stata rilevata, ancora più esplicitamente, dai successivi interpreti. Si veda, per esempio, I. GUTIERREZ, Tractatus *Elaboratissimus de tutelis*, et curis *minorum*..., in P. MONTANO, I. GUTIERREZ, B. CAVALCANO, Tractatus de tutore, curatore et usufructu *mulieri relicto*, Coloniae Allobrogum, 1675, Cap. IV, n. 5, pag. 275: ... Ubi *limitat*, nisi *mater*, quem velit *tutorem* dare, *haeredem* instituat, et *roget*, ut filius illius testatrix, *cum* is ad *pubertatem* venerit, *hereditatem* plene restituat, et *exprimat* se ita *testamentum facere*, ut *melius* filio consulatur herede scripto *administrante* bona, *dum* filius fit pubes, et *mandet interim* pupillo alimenta praestari ex *fructibus* hereditatis: quia isto casu haeres scriptus, et rogatus restituere filio, censebitur *administrator*, et sic tutor electus, potius *quam* heres, et restituet filio *hereditatem* una, *cum* fructibus perceptis absque detractioe Trebellian..

cessione al figlio, ex SC Tertulliano, qualora avesse ommesso di chiedere per lui il tutore²⁴. Ulpiano, nel contesto, individua un'eccezione: se la donna era stata istituita erede dal marito, e pregata di restituire i beni al figlio, divenuto pubere, nonché dispensata dalla *satisfactio*, era autorizzata a omettere la *petitio*, e il provvedimento non si applicava²⁵.

Alla base del responso ulpiano si scorge la consapevolezza che la madre, di fatto, era chiamata alla tutela. Pertanto, la richiesta di un regolare tutore dativo appariva superflua.

3. - A questo punto, sorge spontanea una riflessione.

Se le disposizioni passate in rassegna, di fatto, tendevano a costituire un tutore o un curatore²⁶, è lecito domandarsi se, in qualche caso, siano mai state intese come *tutoris* o *curatoris* datio in senso proprio.

Ciò, forse, risulta meno probabile rispetto a taluni schemi cautelari, nei quali la volontà di disporre la tutela o la cura emergeva in modo piuttosto indiretto. L'erede fiduciario pregato di restituire in *tempus pubertatis*, per esempio, era preposto - di fatto - alla cura del patrimonio; ma l'incarico affidatogli - formalmente - era quello di rendere dei beni alla scadenza.

Abbiamo però incontrato disposizioni più esplicite, con le quali si pregava l'onere di provvedere alla gestio, nonché di accudire l'incapace, sorvegliarlo, proteggerlo: talvolta, espressamente, tutelarlo.

Rivediamo, infatti, in rapida sintesi:

'fideique tuae, Atti, committo, ut in primis Semproniam sororem tuam pro tua pietate et regere et tueri velis ...'²⁷

24. D. 26, 6, 2, 1-2 (Mod. 1 exc.); D. 26, 6, 4 (Tryph. 13 disp.); D. 38, 17, 2, 23-47 (Ulp. 13 ad Sab.); C. 5, 31, 6 (a. 224); C. 5, 31, 8 (a. 291); C. 5, 31, 9 (a. 293); C. 6, 58, 10 (a. 439). Una disposizione, abrogata nel 439, infliggerà alla madre anche l'infamia, con divieto di testare e di donare: Nov. Theod. 11 (a. 439). Cfr.: C. 6, 56, 6; C. 6, 58, 10; C. 8, 14, 6. Infine, il dovere di chiedere il tutore sarà previsto anche nei confronti dei figli illegittimi: C. 5, 31, 11 (a. 479). In argomento: M. MEINHART, *Die Senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, Graz-Wien-Köln 1967, 312 ss.; M. DE FILIPPI, *Subvenire pupillis*, in Labeo, 26 (1980), 61 ss.

25. Per una eccezione ulteriore, proposta dallo stesso Ulpiano: D. 38, 17, 2, 26 (Ulp. 13 ad Sab.).

26. In questo senso, anche R. TAUBENSCHLAG, *Le droit local dans les Digesta et les Responsa de Cervidius Scaevola*, in *Bulletin de l'Académie Polonaise des sciences et des Lettres*, Cracovie 1919-1920, ora in *Opera minora*, I, Warszawa 1959, 509.

27. D. 34, 4, 30 pr. (Scaev. 20 dig.): v. retro, 111.

... ab ea autem petit, ut infirmitatem filii commendatam haberet ...²⁸

... peto a te, Seia, suscipias et usuras ei quincunces in annum usque vicesimum aetatis praestes eumque suscipias et tuearis'.
...²⁹

'... petoque a te, Publilia Clementiana, uti fratrem tuum Iulium Iustum alas tuearis dependas pro eo ...'³⁰.

4. - Va premesso che la datio tuteiae testamentaria si caratterizzava per un rigido formalismo, e doveva essere espressa con parole ben determinate: tutorern do, tutor esto³¹. Peraltro, era fatto espresso divieto sia di porre il tutore, essenzialmente, al patrimonio³², sia di utilizzare la forma di preghiera, propria dei fedecommissi³³. Ciò significa che le disposizioni fedecommissarie di cui ci occupiamo non potevano essere intese come datio tutoris, valida ipso iure³⁴.

28. D. 33, 1, 21, 2 (Scaev. 22 dig.): v. retro, 106 s. La menzione della commendatio, sino ai venticinque anni di età, è presente anche in D. 33, 1, 18, 1 (Scaev. 4 dig.). V. retro, 112.

29. D. 34, 1, 15 pr. (Scaev. 17 dig.): v. retro, 111.

30. D. 32, 2, 32, 6 (Scaev. 15 dig.): v. retro, 113.

31. Gai. 1, 149; Gai. 2, 289; Vat. 229 (Paul. l. de testam.) e 230 (Paul. l. de testam.). Cfr. D. 26, 2, 8, 3 (Ulp. 24 ad Sab.); D. 26, 2, 10, 4 (Ulp. 36 ad ed.); D. 26, 2, 16 pr. (Ulp. 39 ad Sab.); D. 26, 2, 23 (Afr. 8 quaest.); D. 26, 2, 32, 2 (Paul. 9 resp.); D. 26, 2, 33 (Iav. 8 ex post. Lab.). Vi era chi riteneva, inoltre, che la datio tutelae dovesse figurare dopo la heredis institutio, caput et fundamentum totius testamenti; Gai. 2, 231; Vat. 229 (Paul. l. sing. de testam.). Nel diritto giustiniano, può senz'altro precedere: Inst. 1, 14, 3.

32. D. 26, 2, 12 (Ulp. 33 ad Sab.); D. 26, 2, 13 (Pomp. 17 ad Sab.); D. 26, 2, 14 (Marc. 2 inst.); Inst. 1, 14, 4. Non mancano peraltro eccezioni: D. 26, 2, 15 (Ulp. 38 ad ed.).

33. Gai. 2, 289: Sed quamvis in multis iuris partibus Zonge latior causa sit fideicommissorum quam eorum quae directo relinquantur, in quibusdam tantundem valeant, tamen tutor non aliter testamento dari potest quam directo, veluti hoc modo 'liberis meis Titius tutor esto', vel ita 'liberis meis Titium tutorem do'; per fideicommissum vero dari non potest. Cfr.: Gai. 1, 149; Vat. 229 e 230.

34. Non consente una diversa conclusione il seguente passo di Scevola, in parte già esaminato (v. retro, 112).

D. 33, 1, 21, 5 (Scaev. 22 dig.): Pater duos filios aequis ex partibus instituit heredes, maiorem et minorem, qui etiam impubes erat, et in partem eius certa praedia reliquit et, cum quattuordecim annos impleverit, certam pecuniam ei legavit idque fratris eius fidei commisit, a quo petit in haec verba: 'a te peto, Sei, ut ab annis duodecim aetatis ad studia liberalia fratris tui inferas matri eius annua tot usque ad annos quattuordecim: eo amplius tributa fratris tui pro censu eius dependas, donec bona restituas: et ad te redditus praediorum illorum pertineant, quoad perveniat frater tuus ad annos quattuordecim'. quaesitum est, defuncto maiore fratre herede alio relicto utrum

Neppure l'assegnazione di un preposto al minore, o al malato di mente, d'altra parte, poteva configurare una valida *datio curatoris*. La cura, infatti, non era regolarmente disposta con il *testamento*³⁵.

Simili ostacoli, tuttavia, sono stati rimossi - almeno in parte - dall'istituto della conferma, introdotto durante il principato³⁶.

omnis condicio percipiendi redditus *fundorum*, anniversaria praestetur alia, quae praestaturus esset, si viveret, Seius, ad *heredem* eius transierint, an vero id *omne* protinus ad *pupillum* et tutores *transferri* debeat. respondit: *secundum* ea quae proponerentur (*intellegitur* testator quasi *cum* tutore locutus, ut *tempore*, quo tutela restituenda est, haec, quae pro annuis praestari iussisset percipiendisquae *fructibus*, finiantur: sed) *cum maior* frater morte praeventus est, *omnia*, quae relicta sunt, ad *pupillum* et tutores eius *confestim* post *mortem fratris* transisse.

Il padre aveva istituito eredi in parte uguali due figli, uno dei quali impubere. Il maggiore era inoltre incaricato, per fedecompresso, di sovvenzionare gli studi liberali del fratello e di pagare il censo sui suoi fondi; per trarre il denaro necessario, riceveva le rendite dei fondi medesimi. Diritti e oneri sarebbero cessati quando l'impubere fosse giunto ai quattordici anni.

Prima di questa data, tuttavia, il fratello maggiore era morto, lasciando erede un estraneo: si domandava se il diritto di percepire le rendite annue, nonché gli oneri di cui era gravato, passassero al suo erede owerò dovessero trasferirsi al pupillo e ai suoi tutori. Applicando le regole ordinarie, il defunto avrebbe trasmesso diritti e oneri ai propri eredi. Scevola risponde, viceversa, che tutto deve passare al pupillo e ai suoi tutori.

Ed ecco la motivazione del responso: *secundum* ea quae proponerentur intellegitur testator quasi *cum* tutore locutus, ut *tempore*, quo tutela restituenda est, haec, quae pro annuis praestari iussisset percipiendisquae *fructibus*, finiantur. Si intende che il testatore si sia rivolto al figlio maggiore in qualità di tutore del fratello, in modo che le annue prestazioni e la percezione dei frutti finissero all'epoca in cui terminava la tutela.

Ebbene, soprattutto sulla scorta di queste ultime parole, si è avanzata l'idea che simili incarichi di gestire il patrimonio pupillare, rivolti dal testatore all'erede, potessero valere come regolare costituzione di un tutore testamentario: A. VANDENBOSSCHE, Questions relatives a la tutelle des *impubères* dans l'oeuvre de *Cervidius Scaevola*, in Annales de la Faculté de droit de l'Université de Bordeaux, 6 (1955), 23 s. nt. 13. Ma, a parte il fatto che le parole in discorso sono ritenute sospette (O. Gradenwitz, *Interpolationen* in den Pandekten, Berlin 1887, 200; O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, II, Leipzig 1889, 258 nt. 1), ci sembra preferibile una diversa interpretazione. Il figlio maggiore premorto, verosimilmente, non era stato chiamato all'ufficio in forza delle disposizioni fedecommissarie paterne, ma quale agnato prossimo, tutore legittimo del fratello impubere. E Scevola riteneva che il pater, sapendolo destinato alla tutela, si fosse raccomandato a lui non già in qualità di erede, ma, per l'appunto, come tutore legittimo. In questo senso: J. CUJACIO, *Recitationes solennes* ad Tit. 1 de annuis legatis, iib. XXXIII Digest., in Opera, VII, Par. Fabr. edit., Prati 1839, 2125 ss.

35. La cura *minoris*, come è noto, poteva essere solamente onoraria; la cura furiosi e la cura prodigi, legittima o onoraria. Vi è stato chi ha supposto, in antico, l'esistenza di una cura furiosi testamentaria, ma tale conclusione non è parsa soddisfacente: v. O. DILIBERTO, Studi sulle origini della Cura furiosi', Napoli 1984, 12 nt. 27 e 42.

36. In argomento: F. MANCALEONI, In tema di tutela, in Studi Fadda, V, Napoli

Già all'epoca di Salvio Giuliano, il tutore designato in modo irrituale - *non ut lege praecipiebatur* - poteva essere assunto all'ufficio mediante decreto di *conferma*³⁷. E la disciplina si è probabilmente estesa, nel corso dell'epoca classica, alla cura dei *furiosi*, dei *prodigi* e dei minori: di modo che la designazione del curatore nel testamento, di per sé irregolare, poteva essere convalidata³⁸.

Pertanto, se non è lecito supporre che le disposizioni fedecommissarie esaminate siano state intese come valida *datio tutoris* o *curatoris*, non è escluso che costituissero ipotesi di nomina irregolare, *sanabile* mediante conferma.

5. - Questa idea potrebbe suscitare un'obiezione. Gli schemi cautelari in questione risultano per lo più adottati come misura alternativa, laddove la costituzione della tutela o della cura sarebbe risultata inammissibile, neppure grazie alla conferma. Spesso, per esempio, la persona di fiducia preposta all'incapace era una donna, alla quale - nel diritto romano - l'ufficio di tutore o di curatore era *precluso*³⁹.

1906, 95 ss.; S. Solazzi, La conferma del tutore nel diritto romano, in RIL, 53 (1920), ora in Scritti di diritto romano, II, Napoli 1957, 297 ss.; L. TRIPICIONE, Note a C. 5. 28 (de testamentaria tutela), 4, in BIDR, 35 (1927), 169 ss. Cfr., inoltre: P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. I. Diritto di famiglia*, Milano 1963 (rist. 1° ed.), 570 ss.; B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979, 448 s.

37. D. 26, 3, 3 (Iul. 21 *dig.*).

38. Per la conferma del *curator furiosi* e del *curator prodigi* designati con il testamento: D. 27, 10, 16 (Tryph. 13 disp.). La possibilità di confermare il *curator minorum* in epoca classica, è stata messa in discussione: E. Albertario, Lo sviluppo delle '*excusationes*' nella tutela e nella cura dei minori, in SIGP, 1 (1912), ora in Studi di diritto romano. I. Persone e famiglia, Milano 1933, 431 ss. e *passim*; S. SOLAZZI, La minore età nel diritto romano, Roma 1912, 19 ss.; *Curator impuberis*, Roma 1917, *passim*. Ma l'applicazione dell'istituto è documentata da numerose testimonianze, alcune delle quali difficilmente confutabili: D. 26, 3, 2, 1 (Ner. 3 reg.); D. 26, 3, 8 (Tryph. 14 disp.); D. 26, 3, 11 (Scaev. 20 *dig.*); D. 26, 7, 3, 5 (Ulp. 35 *ad ed.*); D. 26, 10, 3, 6 e 8 (Ulp. 35 *ad ed.*); D. 27, 1, 13, 1 (Mod. 4 *exc.*); D. 27, 1, 16 (Mod. 2 *resp.*); D. 27, 1, 32 (Paul. 7 *quaest.*); D. 31, 69, 2 (Pap. 19 *quaest.*); D. 46, 6, 7 (Mod. 6 reg.); Vat. 147 (Ulp. l. de *exc.*); Vat. 202 (Ulp. l. de *off. praet. tutel.*); Vat. 211 (Ulp. l. de *off. praet. tutel.*); C. 5, 29, 2 (a. 226); C. 5, 34, 4 (a. 244); Inst. 1, 25, 18.

39. Per l'esclusione della donna dalla tutela: D. 26, 1, 16 pr. (Gai. 12 *ad ed. prov.*); C. 5, 35, 1 (a. 224). Per l'esclusione dalla cura: D. 26, 5, 21 pr. (Mod. 1 *exc.*). In argomento: G. CRIFÒ, *Sul problema della donna tutrice in diritto romano classico*, in BIDR, 67 (1964), 87 ss.; Ancora sulla donna tutrice in diritto romano classico, in BIDR, 68 (1965), 337 ss.; Rapporti tutelari nelle Novelle giustiniane, Napoli 1965, 91 ss.; T. MASIELLO, La donna tutrice, cit., *passim*. Sull'impiego del fedecommissario per attribuire alla donna - almeno di fatto - la tutela o la cura: L. WENGER, *Curatrix*, cit., 305 ss.; B. KÜBLER, Über das '*ius liberorum*' der Frauen und die Vormundschaft der Mutter des *römischen* Recht im Ägypten, in ZSS, 31 (1910), 188 ss.; P. FREZZA, La donna tutrice e la donna *amministratrice* di negozi tutelari nel diritto romano classico e nei papiri greco-egizi, Cagliari 1934, 11 s. [cfr. Aegyptus, 11 (1930-31),

Ma non si può nemmeno escludere che disposizioni fedecommissarie simili a quelle viste fossero impiegate in ipotesi ulteriori, in ossequio a consuetudini locali o per ragioni di opportunità⁴⁰. E alcune testimonianze sembrerebbero suggerire che la preghiera di occuparsi di un impubere, soprattutto sotto il profilo patrimoniale, sia stata intesa come *datio tutelae* imperfetta, la quale - ricorrendone i necessari presupposti⁴¹ - poteva essere confermata. Analogamente, la preghiera di occuparsi di un minore o di un malato di mente potrebbe avere autorizzato la conferma del curatore.

In primo luogo, diverse attestazioni di Papiniano documentano che i testatori, anziché designare un tutore all'impubere, gli preponevano un *curator*. La nomina si considerava *non iure facta*; ma il *curator* era confermabile, evidentemente come tutore.

Si veda, per tutti⁴²:

D. 26, 3, 6 (Pap. 5 resp.): Si filio puberi pater tutorem aut impuberi curatorem dederit, citra inquisitionem praetor eos confirmare debet.

Ebbene, il giurista non chiarisce cosa significasse nominare un *cura-*

3701; T. MASIELLO, La donna tutrice, cit., 60 ss. e 93 ss. Par di capire che la madre, già in epoca classica, potesse eccezionalmente ottenere la tutela dei figli, dietro *postulatio* al principe. A partire da CTh. 3, 17, 4 (= C. 5, 35, 2), risulta legittimata ad assumere l'ufficio, quando manchino tutori testamentari o legittimi, promettendo di non passare a seconde nozze. Infine, la medesima facoltà è stata accordata da Giustiniano anche alla madre naturale (C. 5, 35, 3) e all'ava (Nov. Iust. 118, 5). Questa disciplina, in ogni caso, non riguardava la designazione della madre alla tutela testamentaria, rimasta comunque invalida. Emerge però da un passo di Papiniano, in D. 26, 2, 26 pr., che la madre - designata dal marito nel testamento alla tutela dei figli - soleva essere confermata dai presidi. Il giurista riprova tale prassi, ostile ai principi del diritto romano; ma ciò non toglie che simili designazioni, in ambiente provinciale, potessero essere confermate.

40. E' possibile che si preferisse il fedecompresso perché questo strumento, sotto certi aspetti, si rivelava più sicuro rispetto alla regolare *datio tutelae*. Basti pensare che l'onere di fedecompresso era comunque tenuto ad osservare il comportamento prescritto, mentre il tutore poteva scusarsi. Per quanto riguarda la costituzione della cura (che per testamento non era ammessa) non era neppure prevista una forma particolare; nulla vietava, perciò, che l'incarico fosse di regola affidato per fedecompresso.

41. Perché la conferma potesse avere luogo, anzitutto, il candidato doveva essere di sesso maschile. Ancora, quando la designazione provenisse dalla madre, o da altra persona diversa dal pater, era necessario che l'impubere fosse istituito erede: D. 26, 2, 4 (Mod. 7 diff.); C. 5, 28, 4; D. 26, 3, 4 (Paul. I. *sing. exc. tut.*).

42. Cfr., inoltre: D. 26, 7, 39, 1 (Pap. 5 resp.); D. 26, 7, 39, 2 (Pap. 5 resp.); D. 27, 1, 30, 3 (Pap. 5 resp.); D. 26, 7, 40 (Pap. 6 resp.); D. 31, 69, 2 (Pap. 19 quaest.).

tor, al posto di un tutor. Non si può escludere il riferimento ad un errore meramente formale, consistente nel semplice scambio tra i due termini⁴³. Oppure, si può pensare che Papiniano, menzionando il curator, alludesse alla figura orientale del κηδεμών, una sorta di tutore-curatore destinato a rimanere in carica dopo la pubertà del giovane⁴⁴.

Tuttavia, poiché il termine curator sembra indicare, genericamente, chi gerisce un patrimonio⁴⁵, nulla vieta di supporre che si trattasse dell'amministratore incaricato per fedecommesso, di cui ci occupiamo, il quale - in primo luogo - era pregato di occuparsi dei beni lasciati all'impubere. Se così fosse, avremmo la prova che costui, menzionato dal giurista come curator, poteva ricevere la conferma, in qualità di tutore.

Ma la testimonianza più significativa è offerta da Modestino, nel libro 6 *excusationum*, ove è illustrata - in modo sistematico - la disciplina della conferma.

D. 26, 3, 1, *pr.*-1 (Mod. 6 *exc.*): "Ἰνα μὴδὲ περὶ τῶν βεβαιωσθῆναι δυναμένων ἐπιτρόπων παραλείψωμεν, βραχέα καὶ περὶ τούτων σκεψώμεθα. 1 Εἰσὶ τινες οἱ διδόμενοι ὀρθῶς κατὰ διαθήκας ἐπίτροποι, τοῦτ' ἔστι καὶ ὕφ' ὧν ἐχρῆν καὶ οἷς ἐχρῆν καὶ ὃν τρόπον ἐχρῆν καὶ ὅπου ἐχρῆν. πατὴρ γὰρ υἱοῖς ἢ ἐκγόνοις, οὓς ἔχει ἐν ἐξουσίᾳ, ὀρθῶς δίδωσιν ἐπίτροπον ἄλλ' ἐν διαθήκῃ. ἐὰν δὲ ἢ πρόσωπον τοιοῦτον ὃ μὴ δύναται δοῦναι, οἷον μήτηρ ἢ πάτρων ἢ ἀλλότριός τις, ἢ πρόσωπον ὃ μὴ δύναται δοῦναι, οἷον πατὴρ υἱῷ τῷ μὴ ὄντι ἐν ἐξουσίᾳ ἢ θυγατρί, ἢ ἐὰν εἴπῃ παρακαλῶ ἐπιμέλεσθαι τῶν πραγμάτων, ἢ ἐν κωδικίλλοις μὴ βεβαιωθείσι δῶ ἐπίτροπον ἢ κουράτορα, τότε τὸ ἐνδέον ἀναπληροῦσθαι ἐκ τῆς τοῦ ὑπατικοῦ ἐξουσίας αἱ διατάξεις συνεχώρησαν καὶ κατὰ τὴν γνώμην βεβαιοῦσθαι τοὺς ἐπιτρόπους.

Trad. lat.: Ut non omittamus ne hoc quidem, qui tutores confirmari possint, breviter de iis quoque videamus. 1 Sunt qui recte [testamento] tutores dantur, scilicet et a quibus oportet et quibus oportet et quo modo oportet et ubi oportet. pater enim filiis nepotibusve, quos in potestate habet, recte tutorem dat testamento. sed si aut persona est, quae dare

43. S. SOLAZZI, *Curator impuberis*, cit., 138. A giudizio dell'A., la confusione tra la denominazione di tutore e curatore poteva essere generata, per altro verso, dalla circostanza che gli impuberi, oltre ai tutori, avevano talvolta anche dei curatori. Cfr., altresì: R. TAUBENSCHLAG, *Le droit local*, cit., 509.

44. Sul punto: L. MITTEIS, *Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde*, 11.1, Leipzig-Berlin 1912, 248 ss.; P. M. MEYER, *Juristische Papyri. Erklärung von Urkunden zur Einführung in die juristische Papyruskunde*, Berlin 1920, 33; M. AMELOTTI, *Il testamento romano*, cit., 148; L. MIGLIARDI ZINGALE, *I testamenti romani nei papiri e nelle tavolette d'Egitto*, cit., 90. Sull'interesse di Papiniano per le consuetudini provinciali, in rapporto al diritto romano: A. A. SCHILLER, *Provincial Cases in Papinian*, in *An American Experience in Roman Law. Writings from Publications in the United States*, Göttingen 1971, 126 ss.

45. Th. I. I., IV, 1477 ss., s.v. curator; FORCELLINI, I, 919, s.v. curator.

non potest, ut mater vel patronus vel extraneus quis: aut persona est, cui dari non potest, ut filio filiaeve qui non est in potestate: aut si dixerim: 'rogo te rerum curam agas': aut in codicillis non confirmatis tutorem [vel curatorem] dem, tum quod deest ut suppleatur consulari potestate, constitutiones permiserunt et secundum voluntatem ut confirmentur tutores.

Sono illustrati i casi in cui la datio tutelae, irregolarmente disposta, poteva essere confermata. Tra le altre ipotesi, figura anche quella del tutore designato 'nel modo non opportuno'. E compare, al riguardo, il seguente esempio:

ἢ ἐὰν εἴπῃ παρακαλῶ ἐπιμέλεσθαι τῶν πραγμάτων
aut si dixerim: 'rogo te rerum curam agas'

Si tratta della nomina, in forma di preghiera, di un amministratore del patrimonio, il quale risulta confermato, per l'appunto, come tutore.

Si è supposto che anche Modestino, portando tale esempio, pensasse alla confusione imperante tra tutor e curator e, in particolare, all'uso orientale di nominare un tutore-curatore, il κηδεμών⁴⁶. I Libri *excusationum*, dai quali il frammento è tratto, erano infatti destinati a lettori delle province orientali⁴⁷.

Ma le parole "ti prego di avere cura dei beni", come si diceva, riflettono un fenomeno più complesso, ossia la costituzione di un amministratore per fedecompresso. Queste parole, secondo noi, ricalcano perfettamente - per forma e contenuti - le disposizioni fedecommissarie esaminate. E tale straordinaria assonanza legittima a supporre che Modestino rinviase proprio ad esse.

Ebbene, se questo è vero, si ricava che il fedecompresso con cui si imponeva a taluno di amministrare il patrimonio pupillare (e, magari, di sorvegliare l'impubere) equivaleva a una datio tutelae irregolare, compiuta 'nel modo non opportuno', e suscettibile di conferma.

Non è improbabile che questa nuova concezione sia maturata in epoca severiana. Le esigenze che potevano spingere in questa direzione erano

46. S. SOLAZZI, *Curator impuberis*, cit., 139 s.

47. Sui Libri *excusationum* di Modestino, cfr., per tutti: H. PETERS, *Zur Schrift Modestins Παράιτησις ἐπιτροπῆς καὶ κουρατορίας*, in ZSS, 33 (1912), 511 ss.; J. ALTMANN, *Die Wiedergabe römischen Rechts in griechischer Sprache bei Modestinus 'de excusationibus'*, in SDHI, 21 (1955), 1 ss.; G. LIBERATI, *'Munera' ed 'honores' in Erennio Modestino*, in BIDR, 71 (1968), 119 s.; E. VOLTERRA, *L'opera di Erennio Modestino 'de excusationibus'*, in Studi Scaduto, III, Padova 1970, 581 ss.; L. PELLICCIARI, D. 27, 1, 1 pr.-2 e i *'Libri excusationum' di Modestino*, in Labeo, 24 (1978), 37 ss.; T. MASIELLO, *I 'libri excusationum' di Erennio Modestino*, Napoli 1983; R. RÖHLE, *Emendationes in Herennii Modestini Excusationum libros sex*, in SDHI, 52 (1986), 544 ss.

più d'una: in particolare, la preoccupazione di individuare la volontà sostanziale del testatore; nonché, al tempo stesso, di ricondurre alle categorie giuridiche romane sfuggenti prassi locali, che tendevano a snaturarle. Infine, la concessione della conferma poteva obbedire ad una necessità ulteriore: quella di evitare possibili conflitti tra l'onere di fedecompresso e l'eventuale chiamato alla tutela, ai quali erano affidati compiti in parte coincidenti.

ABSTRACT

The Roman testator often used the *fideicommissum* as a means of providing a kind of guardian for incapable individuals, impuberes, minores and mente capti. This guardian managed their property and attended to them. The Roman jurists perceived the protective aim of such provisions. A Modestinus' passage seems to prove that the request for managing child's property was understood as irregular tutoris datio. This tutoris datio was able to be made valid by means of confirmation. Principal texts: D. 22, 1, 33, 3 (Pap. 20 *quaest.*); D. 26, 3, 1, 1 (Mod. 6 *exc.*); D. 26, 3, 6 (Pap. 5 *resp.*); D. 32, 34, 2 (Scaev. 16 *dig.*); D. 33, 1, 18, 1 (Scaev. 4 *dig.*); D. 33, 1, 21, 2 (Scaev. 22 *dig.*); D. 33, 1, 21, 4 (Scaev. 22 *dig.*); D. 33, 1, 21, 5 (Scaev. 22 *dig.*); D. 33, 2, 32, 6 (Scaev. 15 *dig.*); D. 34, 1, 15 *pr.* (Scaev. 17 *dig.*); D. 34, 4, 30 *pr.* (Scaev. 20 *dig.*); D. 35, 1, 36, 1 (Marc. l. *sing. resp.*); D. 36, 1, 48 (46) (Iav. 11 *epist.*); D. 36, 1, 76 (74), 1 (Paul. 2 *decr.*); D. 36, 1, 80 (78), 12 (Scaev. 21 *dig.*); D. 36, 2, 26, 1 (Pap. 9 *resp.*); D. 38, 17, 2, 46 (Ulp. 13 *ad Sab.*).

Il testatore romano ricorreva spesso al fedecompresso, come mezzo per procurare una specie di curatore a soggetti incapaci, impuberes, *minores*, mente capti, che ne amministrasse i beni e li sorvegliasse. Lo scopo protettivo di simili disposizioni è stato intuito dai giuristi romani. E un passo di Modestino sembra dimostrare che la preghiera di amministrare i beni di un bambino veniva intesa come tutoris datio irregolare, convalidabile mediante conferma. Testi principali: D. 22, 1, 33, 3 (Pap. 20 *quaest.*); D. 26, 3, 1, 1 (Mod. 6 *exc.*); D. 26, 3, 6 (Pap. 5 *resp.*); D. 32, 34, 2 (Scaev. 16 *dig.*); D. 33, 1, 18, 1 (Scaev. 4 *dig.*); D. 33, 1, 21, 2 (Scaev. 22 *dig.*); D. 33, 1, 21, 4 (Scaev. 22 *dig.*); D. 33, 1, 21, 5 (Scaev. 22 *dig.*); D. 33, 2, 32, 6 (Scaev. 15 *dig.*); D. 34, 1, 15 *pr.* (Scaev. 17 *dig.*); D. 34, 4, 30 *pr.* (Scaev. 20 *dig.*); D. 35, 1, 36, 1 (Marc. l. *sing. resp.*); D. 36, 1, 48 (46) (Iav. 11 *epist.*); D. 36, 1, 76 (74), 1 (Paul. 2 *decr.*); D. 36, 1, 80 (78), 12 (Scaev. 21 *dig.*); D. 36, 2, 26, 1 (Pap. 9 *resp.*); D. 38, 17, 2, 46 (Ulp. 13 *ad Sab.*).

PIERRE BÉLIVEAU(*) - ALESSANDRO BERNARDI(**) - LUCIA RUSSO(***)

LE GARANZIE COSTITUZIONALI IN MATERIA PENALE: INDAGINE COMPARATISTICA SUI SISTEMI CANADESE E ITALIANO

PARTE I

DIRITTO COSTITUZIONALE E DIRITTO PENALE(*.*)

Capitolo I: LE FONTI - 1: **Le fonti costituzionali** - 1.1: Il ruolo assunto dalla Costituzione nei due Paesi - A: In Canada: l'evoluzione progressiva della Costituzione - B: In Italia: da una Costituzione flessibile a una Costituzione rigida - 1.2: L'influenza della Costituzione sul diritto penale - A: In Canada: la supremazia relativa della Costituzione - B: In Italia: la supremazia assoluta della Costituzione - 2: **Le fonti sovranazionali in Italia** - 2.1: La Convenzione europea dei diritti dell'uomo - 2.2: La normativa comunitaria - 3: La **legalità in materia penale** - 3.1: Un differente regime di legalità - 3.1.1: In materia di reati e di pene - A: In Canada: da un regime di *common law* a un regime di legalità - B: In Italia: un regime di stretta legalità - 3.1.2: In materia di norme non incriminatrici - A: In Canada: l'interazione della legge e della *common law* - B: In Italia: un regime di legalità circoscritto e attenuato in relazione a taluni suoi corollari - 3.2: Un differente sistema punitivo - 3.2.1: Un diverso ambito del diritto penale - A: In Canada: la dicotomia tra diritto penale

(*) Professore alla *Faculté de droit* dell'Università di Montréal (Canada), autore degli paragrafi relativi alla parte canadese. L'autore desidera ringraziare il dottor Martin Vauclair per la cortese collaborazione.

(**) Autore dei paragrafi 2.1, 2.2, 3.2.1.B del capitolo I; dei paragrafi 1.2.1., 1.2.2., 2.2.1.1., 2.2.1.2., 2.2.2.1., 2.2.2.2. del capitolo II.

(***) Autrice dei paragrafi 1.1.B, 1.2.B, 3.1.1.B, 3.1.2.B, 3.2.2.B del capitolo I; dei paragrafi 1.1.B, 2.1.1.1.B, 2.1.1.2.1.B del capitolo II.

(* *) Il testo qui pubblicato costituisce la prima e provvisoria parte di una ricerca sull'incidenza delle garanzie costituzionali nei sistemi penali italiano e canadese. Tale ricerca, frutto di una collaborazione da tempo instaurata tra le cattedre di diritto penale delle Università di Ferrara e di Montréal, è destinata a sfociare in due autonome pubblicazioni, l'una in italiano e l'altra in francese.

federale e diritto penale provinciale - B: In Italia: la dicotomia tra diritto penale e diritto punitivo amministrativo - 3.2.2: Una differente classificazione dei reati - A: In Canada: una bipartizione fondata sulla procedura - **B**: In Italia: una **bipartizione** fondata sulla pena - Capitolo II: IL CONTROLLO DI COSTITUZIONALITÀ IN MATERIA PENALE - 1: Le **giurisdizioni** - 1.1 In materia costituzionale - A: In Canada: un controllo diffuso da parte delle giurisdizioni di diritto comune - B: In Italia: un controllo accentrato dinanzi alla Corte costituzionale - 1.2: In materia sovranazionale in Italia - 1.2.1: Un controllo diffuso da parte delle giurisdizioni interne di diritto comune - 1.2.2: Un controllo accentrato dinanzi alle giurisdizioni europee di Strasburgo e Lussemburgo - 2: Le **sanzioni** - 2.1: In materia costituzionale - 2.1.1: La dichiarazione di incostituzionalità delle norme contrarie alla Costituzione - 2.1.1.1: **Nell'** ambito di un processo - A: In Canada: da parte delle giurisdizioni di diritto comune - B: In Italia: dinanzi alla Corte costituzionale - 2.1.1.2: Al di fuori di un processo - 2.1.1.2.1: Su iniziativa di un organo dello Stato - A: In Canada: un controllo su tutti i testi legali - B: In Italia: un controllo limitato a ipotesi particolari - 2.1.1.2.2: Su iniziativa del cittadino in Canada: il *recours déclaratoire* dopo l'entrata in vigore della legge - 2.1.2: Le sanzioni previste in Canada per i comportamenti contrari alla Costituzione da parte degli organi dello Stato - 2.1.2.1: Al di fuori del processo - 2.1.2.2: Nell'ambito del processo - 2.2: In materia sovranazionale in Italia - 2.2.1: Le sanzioni previste dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo - 2.2.1.1: A livello di giurisdizioni interne: la disapplicazione delle norme contrarie alla Convenzione europea - 2.2.1.2: A livello di giurisdizioni internazionali: l'eliminazione delle conseguenze e l'equa riparazione - 2.2.2: Le sanzioni previste dalla normativa comunitaria - 2.2.2.1: A livello di giurisdizioni interne: la disapplicazione delle disposizioni contrarie alla normativa comunitaria - 2.2.2.2: A livello di giurisdizioni internazionali: l'accertamento della violazione degli obblighi comunitari.

TAVOLA DELLE CITAZIONI CANADESI

All. E. R.	All England Reports
Alta. Q. B.	Alberta Queen's Bench - Cour du Banc de la Reine de l'Alber- ta
B. C. C. A.	British Columbia Court of Appeal - Cour d'appel de la Colom- bie-Britannique
C. A.	Rapports de la Cour d'appel du Québec
C. A. F.	Cour fédérale, division d'appel
C. A. Q.	Cour d'appel du Québec
C. C. C.	Canadian Criminal Cases
C. p. c.	Code de procédure civile (du Québec)
C. cr.	Code criminel du Canada
C. F.	Cour fédérale, division de première instance
C. R.	Criminal Reports
C. S. Q.	Cour supérieure du Québec
Doc. N. U.	Documents des Nations-Unies
L. R. C.	Lois révisées du Canada
L. R. Q.	Lois révisés du Québec
Man. C. A.	Manitoba Court of Appeal - Cour d'appel du Manitoba
Ont. C. A.	Ontario Court of Appeal - Cour d'appel de l'Ontario

Ont. Co. Ct.	Ontario County Court – Cour de comté de l'Ontario
Ont. H. C. J.	Ontario High Court of Justice – Haute Cour de Justice de l'Ontario
P. E. I. C. A.	Prince Edward Island Court of Appeal – Cour d'appel de l'Île du Prince Edouard
R. C. S.	Rapports de la Cour supreme (du Canada)
R. du B. can.	Revue du Barreau canadien
R. J. T.	Revue juridique Thémis (Université de Montréal)
S. R. C.	Statuts révisés du Canada
Sask. C. A.	Saskatchewan Court of Appeal – Cour d'appel de la Saskatchewan

Capitolo 1 **LE FONTI**

1. LE FONTI COSTITUZIONALI

1.1. Il ruolo assunto dalla Costituzione nei due Paesi.

A. In Canada: l'évolution progressive della Costituzione.

a. La période coloniale

C'est en 1534 que Jacques Cartier, pour le compte de la France, prend possession du territoire qui deviendra le Canada. Ce n'est qu'à partir de 1608, avec l'arrivée de Champlain et la fondation de la ville de Québec, que la colonie française prend son essor. Au même moment, les Anglais développent leurs colonies, à partir de la Virginie, soit plus au sud, sur un territoire qui correspond à la partie est de la Nouvelle-Angleterre actuelle.

La présence des deux puissances européennes en Amérique donne lieu à de nombreux conflits. La Nouvelle-France s'étend depuis Montréal jusqu'à la Louisiane, confinant la Nouvelle-Angleterre sur les côtes. Par contre, la population des colonies anglaises est très supérieure à celle des colonies françaises. Préoccupée avant tout par sa position continentale et la Guerre de Sept Ans, la France délaisse quelque peu sa colonie américaine qui succombe aux attaques anglaises en 1760 avec la capitulation de Montréal.

La conquête du territoire de la Nouvelle-France par l'Angleterre en 1760 signifiait un changement du régime juridique en vigueur pour celui du conquérant. Tout le temps que dura le régime militaire (1760-1764) de l'après-conquête, le droit anglais, tant criminel que civil, était le droit applicable. Cette situation juridique fut alors confirmée par la *Proclamation*

Royale du 7 octobre 1763¹, premier document constitutionnel du Canada. Ce document faisait suite au Traité de Paris, signé le 10 février 1763 entre la Grande-Bretagne et la France, par lequel cette dernière cédait ses colonies. Par la Proclamation Royale, le conquérant a prévu l'organisation de la nouvelle colonie anglaise et, entre autres, la création d'une assemblée législative locale autonome, les pouvoirs du Gouverneur, représentant du souverain au Canada ainsi que le fait que les lois du conquérant devaient être applicables à tous.

Conformément aux pouvoirs conférés par la Proclamation Royale et s'inspirant du modèle anglais sur ce point, le Gouverneur Murray a mis sur pied, en septembre 1764, la Cour du Banc du Roi qui tenait des sessions deux fois l'an à Québec. Également, une Cour d'Assises siégeant à Montréal et à Trois-Rivières fut créée, de même que des juges de paix furent nommés pour les affaires moins importantes². Dans le même souffle, une police, composée essentiellement de six représentants de l'ordre, élus annuellement dans chacune des paroisses, s'organisa. Trois des représentants étaient nommés «agents de la paix» (ou «baillis») et trois autres étaient nommés «substituts» (ou «sous-baillis») ³.

Comme lors de toute période de transition impliquant des changements en profondeur, l'introduction du droit anglais dans la colonie nouvellement conquise ne se fit pas sans heurts. Les habitants réagirent vigoureusement au droit privé anglais; ils boycottaient les tribunaux et préféraient régler entre eux les différends en appliquant le droit civil français⁴. Mais face au droit criminel, les réactions tardaient à se manifester. L'interprétation de ce quasi-silence est toutefois difficile. Loin d'exprimer de la satisfaction, ce silence pourrait plutôt témoigner de l'indifférence⁶, du moins au début. Les récits historiques sont d'ailleurs fort avares de détails sur l'état d'âme réel de la population.

En 1774, l'Acte de Québec⁷, deuxième document constitutionnel d'importance, confirma l'implantation du droit criminel anglais dans la colonie, tout en lui redonnant le droit civil français. L'Angleterre cédait ainsi à la pression qu'avait exercée la population sur la question du droit privé.

1. L.R.C. (1985), App. II, n° 1.

2. André MOREL, «La réception du droit criminel anglais au Québec (1760-1892)», (1978) 13 R.J.T. 449, 458.

3. Id., 459.

4. Id., 485.

5. Id., 485 et suiv.

6. Id., 491.

7. L.R.C. (1985), App. II, n° 2.

Quant au maintien du droit criminel anglais dans l'*Acte* de Québec, il devait être temporaire⁸. En effet, il semble que la sévérité des peines anglaises ait été assez rapidement contestée, mais l'invasion américaine qui suivit, en 1775, relégua tout projet de changement aux oubliettes.

L'article 11 de l'*Acte* de Québec édicte que:

«Et comme la clarté et la douceur des lois criminelles d'Angleterre, dont il résulte des bénéfices et des avantages que les habitants ont sensiblement ressentis par une expérience de plus de neuf années, pendant lesquelles elles ont été uniformément administrées, il est, à ces causes, aussi établi [...] qu'elle continueront à être administrées, et qu'elles seront observées comme lois dans ladite province de Québec, tant dans l'explication et la qualité du crime que dans la manière de l'instruire de le juger, en conséquence des peines et des amendes qui sont par elles infligées, à l'exclusion de tous autres règlements de lois criminelles, ou manière d'y procéder qui ont prévalu, ou qui ont dû prévaloir dans ladite province, avant l'année de notre Seigneur 1764, nonobstant toutes choses à ce contraire contenues en cet acte à tous les égards, sujets cependant à tels changements et corrections que le gouverneur, lieutenant-gouverneur, ou commandant en chef, de l'avis et consentement du Conseil législatif de ladite province qui y sera établi par la suite, fera à l'avenir, dans la manière ci-après ordonnée.»⁹

Cet article 11 est fondamental puisque c'est après la proclamation de l'*Acte* de Québec que la «douceur des lois criminelles anglaises» devint un véritable slogan¹⁰. Pourtant, on soupçonnait à l'époque l'ignorance de la population quant à la portée réelle des lois anglaises et on recherchait un moyen d'en diffuser le contenu. Cela présentait un véritable problème puisque le droit anglais était, en grande partie, un droit non-écrit. Très tôt, on proposa la codification du droit criminel anglais. Toutefois, en plus de se heurter à la barrière de la langue, la proposition était vraiment prématurée, l'idée n'ayant même pas encore germé en Angleterre¹¹. Il semble qu'on ait alors préféré s'en remettre à l'institution du jury pour l'appropriation graduel du droit anglais puisque celle-ci reposait sur la participation active de la population. Là encore, c'était ignorer que les sujets britanniques occupaient la majorité des places sur les jurys¹².

Ainsi donc, le droit anglais se composait du droit commun (common law) et du droit écrit (statute law). Alors que le droit commun comprenait l'ensemble des coutumes et des décisions des tribunaux, le droit écrit était

8. A. MOREL, *loc. cit.*, note 2, 472.

9. Adaptation libre des auteurs.

10. A. MOREL, *loc. cit.*, note 2, 512.

11. *Id.*, 518 et suiv.

12. *Id.*, 522,

soit déclaratoire du droit commun ou soit modificatif, c'est-à-dire qu'il confirmait une règle non-écrite ou la modifiait.

Pendant environ un centenaire, soit de 1774 à 1867, bien que l'*Acte de Québec* eût donné aux colonies le pouvoir d'adapter le droit anglais aux situations locales¹³, l'activité législative des gouvernements de la colonie fut à peu près nulle. Loin de s'éloigner du droit anglais, on se limita à adopter quelques lois copiées sur les textes adoptés outre-mer par le Parlement impérial. Par exemple, des lois concernant l'adoucissement des peines ou le droit à la représentation par avocat furent présentées et adoptées suite à des réformes similaires en Angleterre.

En décembre 1791, la métropole a divisé le territoire canadien en deux provinces: le Haut-Canada (aujourd'hui l'Ontario) où l'on retrouve les Anglais et les américains loyalistes et le Bas-Canada (aujourd'hui le Québec), qui regroupe alors les Canadiens, pour la plupart de langue française. À cette époque, le terme «province» signifiait «colonie». Chacune des provinces pouvait alors se développer selon ses propres aspirations, le Roi Georges III réservant au gouverneur et à lui-même un droit de veto et de désaveu des lois. Les Chambres législatives de chacune des provinces seront plus occupées par les questions de langues, de commerce et de finance publique que par des questions pénales, exception faite d'une loi qui, en 1794, réorganise les tribunaux.

En 1840, l'*Acte d'Union* réunit le Haut-Canada et le Bas-Canada en une seule colonie, la «Province du Canada» ou le «Canada-Uni», qui permet l'organisation d'un gouvernement central. En 1849, la colonie a obtenu la responsabilité ministérielle, principe voulant que les parlementaires coloniaux répondent à leurs élus et non plus à la métropole. À cette époque, quatre autres colonies des maritimes sont bien installées: le Nouveau-Brunswick, la Nouvelle-Écosse, l'Île-du-Prince-Édouard et Terre-Neuve. L'ouest du Canada actuel est en pleine exploration et un traité fixe enfin la frontière canado-américaine au 49^e parallèle.

b. Le Canada comme entité politique indépendante

En 1867, le Nouveau-Brunswick, la Nouvelle-Écosse, le Québec et l'Ontario conviendront des modalités pour la création de la fédération canadienne. Suite à deux conférences en 1864, l'une à Charlottetown et l'autre à Québec, les colonies présentent à Londres les Résolutions de Québec, véritable ébauche de la loi anglaise qui devait suivre, l'*Acte de l'Amérique*

13. *Id.*, 472.

du Nord britannique, redésigné en 1982 sous l'appellation de *Loi constitutionnelle de 1982*. Les autres colonies joindront par la suite la fédération canadienne qui compte aujourd'hui dix provinces. Dans la partie nord du pays, trois territoires relativement peu peuplés sont assujettis à un régime administratif particulier sous la responsabilité du gouvernement fédéral.

Cette *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁴ est demeuré le document constitutionnel fondamental jusqu'en 1982. À cette date, le Canada a modifié sa Constitution et a demandé à Londres de sanctionner ces changements. La *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁵ a mis un terme au dernier lien avec l'Angleterre en incorporant une formule d'amendement de la Constitution canadienne qui permettra dorénavant aux Canadiens de la modifier sans obtenir l'approbation de Londres. De plus, avec cette loi, le Canada a fait adopter, par le Parlement anglais, une *Charte des droits et libertés*¹⁶ qui fait partie intégrante de la Constitution. La Charte influence de façon déterminante l'évolution du droit pénal canadien et à ce titre, constitue en la matière le document le plus important pour le juriste canadien.

b.1 La Loi constitutionnelle de 1982.

Lors de l'institution du régime fédéral canadien, en 1867, la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoyait notamment les institutions politiques canadiennes telles que le Sénat, la Chambre des communes et les assemblées législatives provinciales, de même que le pouvoir de désaveu des lois du souverain qui agissait par l'intermédiaire de son représentant, le Gouverneur général du Canada. Dans chaque province, le représentant du souverain était le lieutenant-gouverneur. En outre, et c'est probablement l'aspect fondamental de l'A.A.N.B., le document procédait au partage des domaines de compétence législative entre le gouvernement fédéral et ceux des provinces. Ce partage lie les gouvernements en ce sens qu'un niveau de gouvernement ne peut légiférer dans un champ de compétence appartenant à l'autre. Ainsi, la *Loi constitutionnelle de 1867* réservait au Parlement fédéral une compétence exclusive en matière de droit et de procédure criminels¹⁷, sauf en ce qui a trait à la constitution des tribunaux et l'administration de la justice qui étaient dévolues aux provinces¹⁸. Ce délicat partage établi entre l'autorité centrale et les provinces a souvent été l'occa-

14. 30 & 31 Victoria, ch. 3 (R.-U.).

15. Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (1982, R.-U., c. 11).

16. Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982 [Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (1982, R.-U., c. 11).] (ci-après citée «la Charte»).

17. Précitée, note 14, art. 91(27).

18. Id., art. 92(14).

sion de conflits devant les tribunaux. La Cour supreme, par la voix du juge en chef Laskin, a interprété ces dispositions dans les termes suivants:

«Le langage utilisé et la logique constituent le fondement de l'interprétation constitutionnelle et il faut y avoir recours pour examiner la portée qu'aurait le par 92(14) et la limitation correspondante de la procédure en matière criminelle prévue au par. 91(27). Je trouve difficile voire impossible d'interpréter le par 92(14) comme englobant non seulement le pouvoir de poursuivre en matière d'application du droit criminel fédéral mais aussi comme diminuant la portée littérale du par. 91(27) qui inclut la procédure en matière criminelle. Rien dans le texte du par. 92(14) ne vise le pouvoir de poursuivre à l'égard de matières relevant du droit criminel fédéral. Le paragraphe 92(14) confère une compétence sur l'administration de la justice, pour ce qui est notamment de la procédure en matière civile et de la création, du maintien et de l'organisation de tribunaux de juridiction civile et criminelle dans la province. Le paragraphe réduit donc la portée de la compétence en matière de droit criminel conférée par l'art. 91, mais seulement quant à ce qui touche la "création, le maintien et l'organisation de tribunaux de justice pour la province, ayant juridiction... criminelle". Aucune extension du sens de ces mots ne peut leur faire dire qu'ils visent la compétence en matière de poursuites criminelles. De plus, si on examine de concert les deux dispositions constitutionnelles, l'inclusion expresse de la procédure en matière civile devant les tribunaux provinciaux emporte l'exclusion expresse de toute compétence provinciale relativement à la procédure en matière criminelle mentionnée au par. 91(27).»¹⁹

Précisons également que les provinces peuvent créer des infractions «en vue de faire exécuter toute loi de la province sur des matières rentrant dans l'une quelconque des catégories de sujets énumérés [à l'article 92]»²⁰. Ces infractions ne sont donc pas criminelles en elles-mêmes; elles sont plutôt créées pour assurer le respect d'une loi provinciale, soit des «comportements prohibés dans l'intérêt public»²¹.

Ajoutons enfin que les articles 96 à 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* établissent que la nomination des juges des cours supérieures est de compétence fédérale et leur assurent des garanties complètes d'indépendance, prévoyant notamment qu'ils ne peuvent être destitués que par le Parlement et leur garantissant une sécurité financière. Ces dispositions sont particulièrement importantes dans la mesure où ces

19. *Procureur général du Canada c. Transports nationaux du Canada Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206, 223.

20. *Loi constitutionnelle de 1867*, précitée, note 14, art. 92(15).

21. Expression utilisée par la Cour supreme dans *R. c. Corporation de la Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299.

juges sont ceux qui sont appelés, tout au moins en dernier ressort, à statuer sur les questions constitutionnelles.

b.2 *La Charte canadienne des droits et libertés*

Les articles 7 à 14 de la Charte prévoient ce que l'on désigne sous le vocable de «garanties juridiques». Y figurent notamment la garantie contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives²², contre la détention et l'emprisonnement arbitraires²³, le droit de la personne arrêtée d'être informée des motifs de son arrestation et de son droit à l'assistance de l'avocat²⁴, le droit d'être jugé dans un délai raisonnable²⁵, le droit de ne pas être contraint de témoigner contre soi-même²⁶, la présomption d'innocence²⁷, le droit à un procès équitable devant un tribunal indépendant et impartial²⁸, le droit à un cautionnement raisonnable²⁹, le droit à un procès avec jury³⁰, le principe de légalité³¹, le droit de ne pas être jugé deux fois³², le droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels ou inusités³³, le droit à ce qu'un témoignage antérieurement rendu ne soit pas utilisé contre l'accusé³⁴ et le droit à un interprète³⁵.

Outre ces garanties spécifiques, l'article 7 de la Charte prévoit ceci:

«Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.»

Dans l'arrêt sur le *Renvoi relatif au paragraphe 94(2) de la Motor Vehicle Act*, la Cour suprême a été appelée à interpréter cette disposition. Le juge Lamer, maintenant juge en chef, y a déclaré que «les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre

22. Art. 8.

23. Art. 9.

24. Art. 10.

25. Art. 11b).

26. Art. 11c).

27. Art. 11d).

28. Id.

29. Art. 11e).

30. Art. 11f).

31. Art. 11g).

32. Art. 11h).

33. Art. 12.

34. Art. 13.

35. Art. 14.

système juridique», ce qu'il a désigné en anglais comme «the basic tenets of our legal system»³⁶. En l'espèce, la Cour a décidé que la création d'une infraction de responsabilité absolue, c'est-à-dire réalisée par la seule commission matérielle du fait reproché, viole l'article 7 si elle prévoit une peine minimale d'emprisonnement, en l'occurrence sept jours. Le juge Lamer a également mentionné que la responsabilité absolue serait contraire à la Charte lorsque l'accusé est *passible* d'une peine d'emprisonnement ou de toute autre peine privative de liberté, comme par exemple une ordonnance de probation. On a aussi jugé que l'article 7 garantit une protection résiduaire en matière de non-incrimination³⁷. Il en résulte donc que certaines garanties qui pourraient sembler avoir été «oubliées» aux articles 8 à 14, comme le droit à une défense pleine et entière, sont constitutionnellement garanties par l'article 7³⁸. Comme le mentionne le juge Lamer, dans l'affaire du *Renvoi relatif au paragraphe 94(2) de la Motor Vehicle Act*, «[l]es articles 8 à 14 sont des exemples d'atteintes à ce droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui vont à l'encontre des principes de justice fondamentale»³⁹. En somme, l'article 7 déborde le cadre des articles 8 à 14.

Au surplus, la Cour, par la voix du juge Lamer, a décidé que les «principes de justice fondamentale» ne visent pas uniquement des garanties procédurales mais comprennent également d'«autres composantes de notre système juridique»⁴⁰. Il résulte que les tribunaux canadiens peuvent contrôler le bien-fondé, sur le plan juridique, de toute loi qui pourrait porter atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. Le droit canadien semble donc en voie de se rapprocher du droit américain qui prévoit, aux V^e et XIV^e amendements de la Constitution, le *due process of law*.

B. In Italia: da una Costituzione flessibile ad una Costituzione rigida.

Il percorso costituzionale seguito dall'Italia nel corso del tempo si caratterizza per la naturale varietà delle fasi e la sensibile diversità dei conte-

36. *Renvoi relatif au paragraphe 94(2) de la Motor Vehicle Act*, [1985] 2 R.C.S. 486, 503.

37. *Thomson Newspapers c. Directeur des enquêtes et recherches*, [1990] 1 R.C.S. 425.

38. Dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, la Cour suprême a reconnu le droit à une audition à toute personne susceptible de déportation.

39. *Renvoi relatif au paragraphe 94(2) de la Motor Vehicle Act*, précité, note 36, 502.

40. *Id.*, 512.

nuti, che sembrano del resto rispecchiare i grandi mutamenti politico-istituzionali che hanno caratterizzato la storia del Paese negli ultimi due secoli.

Prima di esaminare tale percorso costituzionale, sembra tuttavia opportuno illustrare brevemente, secondo schemi volutamente semplificati, quale fosse la situazione politico-giuridica del territorio italiano nel periodo immediatamente precedente l'unificazione.

Assumendo quale punto di partenza della nostra indagine la rivoluzione francese del 1789, con la quale, secondo una consolidata opinione, inizia ad affermarsi in Europa il costituzionalismo, va sottolineato come in quel periodo il territorio che oggi è italiano fosse frammentato in una pluralità di piccoli stati, variamente assoggettati al dominio straniero; soltanto a titolo esemplificativo e senza pretese di completezza, possiamo ricordare: per l'Italia settentrionale, la Repubblica di Venezia, la Repubblica cisalpina e il Regno di Sardegna che comprendeva tra l'altro il territorio che oggi è del Piemonte; per l'Italia centrale, lo Stato della Chiesa e il Granducato di Toscana; per l'Italia meridionale, il Regno di Napoli e di Sicilia.

Nonostante la suddetta frammentazione, la ricostruzione storica del periodo che ci interessa può essere affrontata unitariamente considerando in modo particolare tre distinte fasi: a) quella immediatamente successiva alla rivoluzione francese sino al periodo napoleonico; b) quella delle Restaurazioni dei vecchi regimi assolutistici, che inizia nel 1815; c) quella che va dai moti insurrezionali del 1848 all'unificazione del 1861.

Nel primo periodo considerato – quello immediatamente postrivoluzionario e napoleonico – si affermarono le prime esperienze costituzionali italiane. Tali costituzioni risultavano visibilmente ispirate alla costituzione francese dell'anno 3°, emanata nel 1795 dopo l'esautorazione del re. Esse comprendevano per lo più una dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, accoglievano sia pure in forme non sempre coincidenti il principio della separazione dei poteri, in qualche caso regolavano anche l'ordinamento giudiziario. Fu in questo periodo, e più precisamente con l'avanzata di Napoleone in Italia che iniziò nel 1796, che vennero gettati i semi per la unificazione del territorio nazionale: nel 1805, Napoleone, già imperatore, si proclamava re d'Italia e ordinava di predisporre un nuovo "statuto del regno".

L'astro napoleonico scompariva nel 1815, con la sconfitta di Waterloo e la deportazione sull'isola di S. Elena; ed è con tale sconfitta che iniziarono le restaurazioni dei vecchi regimi assolutistici. La ripresa del potere da parte di quelle forze politiche che Napoleone aveva sconfitto non avvenne in modo omogeneo nei vari Stati italiani: in alcuni casi si svolse in forme particolarmente oppressive, come accadde ad esempio nel Regno di Sardegna con Vittorio Emanuele I che volle ripristinare praticamente in toto la situazione politico-normativa antecedente agli eventi rivoluzionari; in

altri casi fu meno reazionaria, come nel granducato di Toscana, ove Leopoldo II rinunciò alle epurazioni e insediò una commissione legislativa per valutare cosa occorreva mantenere del regime napoleonico e cosa sembrava opportuno restaurare.

La terza e ultima fase considerata, quella che va dal 1848 all'unificazione d'Italia, fu caratterizzata dalla diffusione di moti rivoluzionari che di fatto contribuirono a realizzare nei vari stati un nuovo ordine politico, e cioè le "monarchie costituzionali". In questa fase storica, vennero concesse numerose Costituzioni: esse da un lato affermavano in forme più o meno incisive i diritti e le libertà dei cittadini, dall'altro lato limitavano l'estensione dei poteri dei sovrani. Tali Costituzioni risultavano tutte ispirate alla Costituzione francese del 1830, che aveva abolito la censura sulla stampa, aveva regolamentato l'esercizio del potere legislativo concedendo l'iniziativa anche alle Camere del Parlamento e sottraendo al re il potere di sospendere l'efficacia delle leggi, aveva infine sancito l'inalterabilità dei magistrati. Di tali Costituzioni, una sola sopravvisse: lo Statuto albertino, concesso da Carlo Alberto nel 1848, che dal 1861 fu per quasi un secolo, il testo costituzionale del Regno d'Italia.

Lo Statuto albertino era costituito da un preambolo e da 84 articoli; le sue caratteristiche principali erano le seguenti:

a) in primo luogo era una carta costituzionale "breve", e cioè, sostanzialmente incentrata sulla descrizione degli organi costituzionali dello Stato e relativi poteri, senza dedicare una particolare attenzione ai rapporti tra gli individui e le pubbliche autorità⁴¹;

b) in secondo luogo, era una costituzione ottriata, e cioè concessa unilateralmente dal sovrano senza il controllo del Parlamento, ancorchè da un punto di vista storico-politico fosse evidente lo stretto legame tra la concessione del monarca e i moti popolari che attraversavano l'Europa in quegli anni;

c) una terza importante caratteristica era data dalla sua "flessibilità": lo Statuto albertino era cioè una costituzione modificabile dalla legge ordinaria, ancorchè definita nel suo stesso preambolo quale "legge fondamentale perpetua e irrevocabile della monarchia";

d) infine, un'ultimo tratto distintivo sul quale gli interpreti richiamano sovente l'attenzione è costituito dall'estrema elasticità delle disposizioni in esso contenute; elasticità che consentì alle suddette norme statutarie di adattarsi a tempi e a situazioni anche profondamente diverse⁴².

Sotto il profilo contenutistico, lo Statuto albertino, quanto meno nei

41. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova 1991, p. 21.

42. BOBBIO - PIERANDREI, *Introduzione alla Costituzione*, Bari 1980, p. 31.

suoi intenti originari, prospettava quale forma di governo una monarchia di tipo costituzionale: il re era l'unico titolare del potere esecutivo (che esercitava tramite i ministri da lui nominati), ed aveva altresì competenze legislative, congiuntamente al Parlamento composto da due Camere. La forza espansiva delle idee liberali e democratiche, parallelamente al già citato carattere elastico delle disposizioni statutarie consentirono poi una progressiva trasformazione della forma di governo e, di fatto, l'instaurazione di una monarchia parlamentare, soprattutto a seguito dell'introduzione della fiducia tra governo e parlamento⁴³.

Per quanto invece riguarda i diritti fondamentali dei cittadini, affermati in Francia nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, lo Statuto albertino non risultava particolarmente incisivo: esso si limitava ad elencare genericamente alcuni diritti di libertà (libertà personale, di domicilio, di stampa etc.) senza peraltro sancirne l'intangibilità e rinviando al legislatore per la loro regolamentazione.

Naturalmente, anche in questo settore la genericità delle disposizioni statutarie, già sottolineata in precedenza, si sarebbe rivelata col tempo un'arma a doppio taglio: se infatti nel periodo ottocentesco aveva consentito attraverso la legislazione ordinaria la penetrazione di istanze liberali e democratiche che avevano significativamente innalzato il livello di tutela dei diritti fondamentali, allo stesso modo l'elasticità delle norme costituzionali consentì al regime fascista di poter abolire le più elementari libertà civili e politiche senza dover mutare il testo dello statuto⁴⁴.

Crollato il fascismo nel corso delle vicende del secondo conflitto mondiale, gli italiani furono chiamati a votare il 2 giugno 1946: in primo luogo sul cd. referendum istituzionale per la scelta tra monarchia e repubblica; in secondo luogo per l'elezione di un'assemblea costituente chiamata a redigere la nuova Costituzione dello Stato. Il primo quesito, come noto, si concluse favorevolmente alla repubblica; per quanto invece concerne il secondo punto, il nuovo testo costituzionale, preparato da una commissione di 75 membri, veniva approvato dall'assemblea il 22 dicembre 1947, era promulgato 5 giorni dopo ed infine entrava in vigore il 1 gennaio 1948.

La Costituzione repubblicana che dunque sostituì lo Statuto albertino

43. PALADIN, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova 1977, p. 44.

44. Soltanto a titolo esemplificativo, nel percorso repressivo e accentratore del fascismo possiamo ricordare: l'eliminazione già dal 1925 del rapporto di fiducia tra governo e parlamento; l'instaurazione del partito unico e dunque, parallelamente, lo scioglimento di tutti gli altri partiti, movimenti o associazioni politiche; l'introduzione di pene severe e financo della pena di morte per la repressione del dissenso politico, affidato alla competenza di un Tribunale speciale per la difesa dello Stato; l'approvazione delle cd. leggi razziali che prevedevano gravi limitazioni civili, economiche e sociali a danno dei cittadini di razza ebraica.

esattamente cent'anni dopo la sua adozione si compone di 139 articoli, più 18 disposizioni transitorie e finali. Introdotta da 12 articoli dedicati ai principi fondamentali cui la Repubblica deve ispirarsi, essa si divide in due parti, di cui la prima risulta incentrata sull'affermazione dei diritti e doveri dei cittadini, la seconda è invece dedicata all'ordinamento della repubblica.

A differenza dello Statuto albertino, la Costituzione attualmente in vigore può essere considerata "lunga", giacchè definisce più dettagliatamente il funzionamento e i poteri degli organi costituzionali e dedica altresì uno spazio significativo all'enunciazione dei diritti fondamentali della persona. Un ulteriore ed importante elemento di differenziazione con il precedente testo costituzionale consiste nel suo carattere "rigido": ciò comporta che l'eventuale revisione di una norma costituzionale non potrebbe avvenire nelle forme della legislazione ordinaria, essendo al contrario necessaria una procedura apposita e più complessa descritta nell'art. 138 della Costituzione stessa.

Da un punto di vista politico-ideologico, il nuovo testo costituzionale non può considerarsi espressione di una unica ideologia di parte, ma al contrario rappresenta una evidente soluzione compromissoria tra ispirazioni politiche anche sensibilmente difforni. Più precisamente, la Costituzione del 1948 nasce dalla solida intesa tra forze cattoliche, comuniste-socialiste e liberaldemocratiche⁴⁵; e tale dimensione pluralistica emerge con evidenza dalla lettura delle singole disposizioni.

Espressione della dottrina liberaldemocratica appaiono per esempio sia il riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo (art. 2) nell'ambito dei "principi fondamentali" con cui si apre il testo costituzionale, sia l'enunciazione dei singoli diritti di libertà nel titolo I della parte I (art. 13: inviolabilità della libertà personale; art. 14: inviolabilità del domicilio; art. 15: libertà e segretezza della corrispondenza; art. 20: libertà di religione; art. 21: libertà di manifestazione del pensiero etc.).

Per contro, espressione dell'ideologia comunista-socialista sono soprattutto le disposizioni in materia di lavoro. Emblematiche a tal proposito risultano ad esempio le enunciazioni contenute nell'art. 1 ("L'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro") e nell'art. 4 ("La repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto"), e più ancora nell'art. 40 ("Il diritto di sciopero si esercita nell'ambito delle leggi che lo regolano").

Infine, tracce evidenti dell'influenza della dottrina cattolica di ispira-

45. Aldo Moro parlò a tale proposito di "una felice convergenza di posizioni", tanto più evidente ove si consideri che la Costituzione venne approvata con 453 voti favorevoli e soltanto 62 contrari. V. sul punto BOBBIO-PIERANDREI, *Introduzione*, cit., p. 23 e anche SPADOLINI, *La Costituzione italiana quarant'anni dopo*, in *La Costituzione italiana quarant'anni dopo*, Milano 1989, p. 7.

zione sociale sono ravvisabili in primo luogo nella innovativa trattazione del diritto di proprietà non più definito inviolabile come nel precedente testo costituzionale, bensì "riconosciuto e garantito dalla legge che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderlo accessibile a tutti" (art. 42, comma 2).⁴⁶ Inoltre, costituirebbe espressione del pensiero sociale cristiano anche il richiamo dell'art. 2 alle "formazioni sociali" dove si svolge la personalità dell'uomo, espressione con la quale si intenderebbe fare riferimento non solo alle associazioni volontarie come sindacati e partiti, ma anche e soprattutto alle "società naturali" come la famiglia⁴⁷.

Per quanto attiene specificamente alle disposizioni costituzionali in grado di esercitare la propria influenza sul diritto penale, la dottrina italiana ha individuato due grandi categorie: in primo luogo vi sarebbero i principi di diritto penale costituzionale, cioè quei principi che la Costituzione ha esplicitamente dettato con riferimento alla materia penalistica; in secondo luogo vi sarebbero i principi costituzionali aventi influenza in materia penale, cioè quelle disposizioni costituzionali che si riferiscono all'intero ordinamento e pertanto sono in grado di esercitare la propria efficacia anche nei confronti di una singola branca di esso quale quella penale⁴⁸.

Nel primo gruppo di principi sono compresi in particolare, il principio di legalità dei reati (art. 25, comma 2), il principio di personalità della responsabilità penale (art. 27, comma 1), il principio di rieducatività della sanzione (art. 27, comma 3) etc.

Nel secondo gruppo rientra ad esempio il principio di eguaglianza (art. 3), che risulta essere, statisticamente, il parametro più frequentemente utilizzato dalla Corte Costituzionale per le declaratorie di illegittimità costituzionale.

46. Secondo un'opinione largamente diffusa, il richiamo dell'art. 42, comma 2 alla "funzione sociale" della proprietà non avrebbe lo scopo di proporre una visione "comunitaria" di essa, ma semmai di incentivarne la redistribuzione e la diffusione (BOBBIO-PIERANDREI, *Introduzione*, cit., p. 21; v. anche PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano 1954, p. 178, secondo il quale la "generalizzazione" della proprietà costituirebbe attuazione non solo dell'art. 42, ma anche del principio di pari dignità dei cittadini affermato nell'art. 3). Se inteso in questo senso, tale richiamo – a conferma della sua vocazione cristiano-sociale – troverebbe riscontro nel par. 35 della *Rerum Novarum* e nel par. 96 del codice di Malines.

47. Il riferimento dell'art. 2 alle "formazioni sociali" dove si svolge la personalità dei singoli è frutto dell'iniziativa democristiana, in polemica con la concezione individualistica dell'uomo di derivazione liberale.

48. Sul punto, v. in particolare PALAZZO, *Valori costituzionali e diritto penale*, in *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, a cura di PIZZORUSSO e VARANO, Milano 1985, p. 535.

1.2. L'influenza della Costituzione sul diritto penale.

A. In Canada: la supremazia relativa della Costituzione.

L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit que la Constitution est la loi suprême du Canada et qu'elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit⁴⁹. La Charte bénéficie donc du même statut.

Dans un premier temps, soulignons que la Constitution ne peut être modifiée que par l'intervention des législatures provinciales et du Parlement fédéral. La Constitution du Canada prévoit qu'une modification sera acceptée après avoir reçu l'approbation du Gouverneur général, de la Chambre des communes, du Sénat et, selon la nature de l'amendement, l'assentiment de l'unanimité des provinces ou des deux tiers d'entre elles dont la population confondue équivaut à au moins cinquante pour cent de la population canadienne⁵⁰. La Charte est soumise à cette dernière procédure d'amendement. Il est donc possible que les droits et libertés énoncés dans la Charte soient remis en question et qu'ils soient modifiés en conséquence. Cela demeure toutefois assez théorique puisque les négociations politiques préalables entre les gouvernements demeurent un obstacle de taille.

Dans un deuxième temps, la Charte prévoit un mécanisme qui lui est spécifique et permet de soustraire son application à certaines lois. L'article 33 de la Charte permet au Parlement canadien ou à la législature d'une province d'adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions aura effet indépendamment des droits garantis par l'article 2 et les articles 7 à 15 de ladite Charte. Cet article «établit des exigences de forme seulement et il n'y a aucune raison d'y voir la justification d'un examen au fond de la politique législative qui a donné lieu à l'exercice du pouvoir dérogatoire dans un cas donné».⁵¹ Mentionnons de plus qu'«[u]n renvoi au numéro de l'article, du paragraphe ou de l'alinéa contenant la disposition ou les dispositions auxquelles il sera dérogé suffit»⁵² pour que la dérogation aux droits constitutionnels soit parfaite. Bien que relativement simple, le choix de recourir à cette procédure entraîne, au Canada, un prix politique élevé à payer.

49. Ce concept regroupe à la fois les lois, la réglementation et la common law.

50. *Loi constitutionnelle de 1982*, précitée, note 15, art. 38 et suiv.

51. *Ford c. Procureur général du Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712, 740.

52. *Id.*, 741.

Enfin, les droits garantis par la Charte peuvent être restreints. Ils ne sont donc ni suspendus, ni modifiés. En effet, l'article 1 prévoit:

«La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droit et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.»

Comme il appert à la lecture de cette disposition, une restriction n'est valide que si elle est apportée par une règle de droit⁵³ et il appartient à celui qui veut justifier la restriction, c'est-à-dire généralement le gouvernement, à faire la preuve de son bien-fondé⁵⁴.

L'article lui-même est inspiré d'une disposition similaire de la *Déclaration universelle* des droits de *l'homme*⁵⁵ et de quelques dispositions particulières de la Convention européenne des droits de *l'homme* qui permettent des restrictions à certains droits dans la mesure où elles sont «prévues par la loi, [et] constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique [...]»⁵⁶.

Dans l'arrêt *Oakes*, la Cour suprême, par la voix du juge en chef Dickson, a défini les critères de validité d'une restriction qui ne sont pas sans rappeler ceux développés par le droit européen. Les voici:

«Pour établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux critères fondamentaux. En premier lieu, l'objectif que visent à servir les mesures qui apportent une restriction à un droit ou à une liberté garantis par la Charte doit être "suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution": R. c. *Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352, la norme doit être sévère afin que les objectifs peu importants ou contraires aux principes qui constituent l'essence même d'une société libre et démocratique ne bénéficient pas de la protection de l'article premier. Il faut à tout le moins qu'un objectif se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique, pour qu'on puisse le qualifier de suffisamment important.

En deuxième lieu, dès qu'il est reconnu qu'un objectif est suffisamment important, la partie qui invoque l'article premier doit alors démontrer que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut

53. Le juge Le Dain, de la Cour suprême du Canada, a affirmé, dans l'arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, que l'expression «règle de droit» comprend une loi, un règlement ou la common law. Voir aussi *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933.

54. *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 136 et 137.

55. Doc. N.U., A/810, p. 71 (1948), art. 29(2).

56. Art. 9(2), 10(2), 11(2), 2(3), Protocole 4.

se démontrer. Cela nécessite l'application d'"une sorte de critère de proportionnalité": R. c. Big M Drug Mart Ltd., précité, à la p. 352. Même si la nature du critère de proportionnalité pourra varier selon les circonstances, les tribunaux devront, dans chaque cas, *soupeser* les intérêts de la société et ceux de particuliers et de groupes. À mon avis, un critère de proportionnalité comporte trois éléments importants. Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question. Deuxièmement, même à supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter "le moins possible" atteinte au droit ou à la liberté en question: R. c. Big M Drug Mart Ltd., précité, à la p. 352. Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la Charte et l'objectif reconnu comme "suffisamment important".

Quant au troisième élément, il est évident que toute mesure attaquée en vertu de l'article premier aura pour effet général de porter atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la Charte; d'où la nécessité du recours à l'article premier. L'analyse des effets ne doit toutefois pas s'arrêter là. La Charte garantit toute une gamme de droits et libertés à l'égard desquels un nombre presque infini de situations peuvent se présenter. La gravité des restrictions apportées aux droits et libertés garantis par la Charte *variera* en fonction de la nature du droit ou de la liberté faisant l'objet d'une atteinte, de l'ampleur de l'atteinte et du degré d'incompatibilité des mesures restrictives avec les principes inhérents à une société libre et démocratique. Même si un objectif est suffisamment important et même si on a satisfait aux deux premiers éléments du critère de proportionnalité, il se peut encore qu'en raison de la gravité de ses effets préjudiciables sur des particuliers ou sur des groupes, la mesure ne soit pas justifiée par les objectifs qu'elle est destinée à servir. Plus les effets préjudiciables d'une mesure sont graves, plus l'objectif doit être important pour que la mesure soit raisonnable et que sa justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.»⁵⁷

Ce test rigide développé dans l'arrêt Oakes continue d'être invoqué par les tribunaux mais il a été sérieusement assoupli par une série de décisions subséquentes de la Cour suprême⁵⁸. Ainsi, dans l'affaire *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, le juge La Forest a fait l'affirmation suivante: de langage de la Charte qui permet des "limites raisonnables" favorise une certaine souplesse [...] Il me semble qu'en effectuant cette évaluation en vertu de l'article premier il faut éviter de recourir à une méthode mécaniste»⁵⁹.

57. R. c. Oakes, précité, note 54, 138-140 (les italiques sont dans l'original).

58. Voir notamment R. c. Edwards Books, [1986] 2 R.C.S. 713; *Irwin Toy c. Québec*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483.

59. [1989] 1 R.C.S. 1469, 1481.

L'arrêt Chaulk fournit une illustration de cet affaiblissement du test de *Oakes*. Dans cette affaire, après avoir constaté que l'article 16(4) [maintenant 16(3)] du Code *criminel*, qui impose à l'accusé le fardeau de prouver son aliénation mentale, violait l'article 11d) de la Charte, le juge en chef Lamer a affirmé:

«[L]e législateur n'est pas tenu de rechercher et d'adopter le moyen le moins envahissant, dans l'absolu, en vue d'atteindre son objectif. De plus, lorsqu'on examine les solutions de rechange à la disposition du législateur, il importe de se demander si un moyen moins envahissant permettrait soit d'atteindre le "même" objectif, soit d'atteindre le même objectif de façon aussi efficace».⁶⁰

L'affaiblissement du test de l'arrêt *Oakes*, à la suite de ces décisions du plus haut tribunal du pays, a pour conséquence qu'en certains cas, le pouvoir judiciaire tolère plus facilement les restrictions que le législateur veut apporter aux droits garantis par la Charte.

Ajoutons enfin que la protection offerte par la Charte canadienne des droits et libertés est complétée par les dispositions de la Déclaration *canadienne* des droits⁶¹, document de nature quasi-constitutionnelle adopté par le Parlement canadien en 1960. Ce texte, opposable seulement au gouvernement fédéral, offre des garanties semblables, à plusieurs égards, à celles fournies par la Charte. Il faut cependant admettre que, vu sa nature non constitutionnelle, la Déclaration n'a connu qu'un succès mitigé dans les cas où elle a été invoquée devant les tribunaux, son rôle étant assimilé assez tôt à celui d'une simple loi d'interprétation⁶².

B. In Italia: la supremazia assoluta della Costituzione.

Sotto il profilo formale, la posizione della Costituzione italiana nei confronti della legislazione ordinaria in generale, e dunque, specificamente, anche nei confronti della legislazione penale, è di supremazia assoluta. Nella gerarchia delle fonti di diritto la Carta costituzionale è infatti sovrainordinata a qualsiasi altro testo normativo che non sia di rango costituzionale.

Da tale superiorità gerarchica deriva naturalmente per tutte le norme dell'ordinamento giuridico la necessità di rispettare le regole costituzionali; e tale valutazione di conformità, come si vedrà più avanti, è rimessa dal-

60. R. c. Chaulk, [1990] 3 R.C.S. 1303, 1341.

61. L.R.C. (1985), App. III (ci-après citée: «la Déclaration»).

62. Voir notamment: *Procureur général c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349; *Miller et Cockriell c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680; *Smythe c. La Reine*, [1971] R.C.S. 680.

la Costituzione stessa ad un apposito organo dotato di competenza esclusiva, che è la Corte Costituzionale.

Il carattere supremo e assoluto della Costituzione italiana rispetto alle altre fonti "subordinate" è peraltro rafforzato, come si è visto in precedenza, dalla sua "rigidità". Ciò significa che per abolire o modificare le norme costituzionali (ovvero per introdurne di nuove) è necessaria una procedura apposita e più complessa descritta dall'art. 138 Cost. Tale procedura da un lato richiede una maggioranza qualificata, dall'altro lato impone una maggiore ponderazione nell'ambito della decisione, ottenuta attraverso il meccanismo della duplice votazione di ciascuna Camera sullo stesso progetto di revisione ad intervalli di tempo prestabiliti⁶³.

Sotto il profilo contenutistico, come si è visto in precedenza, le disposizioni costituzionali possono riferirsi direttamente ad istituti tipici del diritto penale, oppure influire sulla materia penale pur essendo concepiti per operare sull'intero ordinamento giuridico⁶⁴.

Nell'uno e nell'altro caso, tali disposizioni sono caratterizzate da una immediata vincolatività, indipendentemente dalla circostanza che si riferiscano direttamente ad uno specifico settore normativo, ovvero risultino essere di applicazione generale. In altre parole, tutti gli articoli della Costituzione, anche quando abbiano un contenuto meramente programmatico, sono immediatamente applicabili. Infatti, la caratteristica di alcune disposizioni costituzionali di contenere principi e programmi che richiedono una attuazione da parte del legislatore, non significa che esse non siano dotate di una immediata efficacia: al contrario, anche le disposizioni programmatiche sono immediatamente vincolanti poichè, oltre a sollecitare il legislatore alla creazione di norme che realizzino quanto programmato a livello costituzionale, esse devono orientare l'interpretazione degli operatori del diritto, e costituiscono pur sempre un parametro alla luce del quale valutare la legittimità costituzionale delle norme subordinate.

Infine, l'influenza della Costituzione italiana sul diritto penale nazionale è stata sensibilmente accresciuta in tempi abbastanza recenti da que-

63. Più precisamente, il meccanismo descritto dall'art. 138 Cost. per l'introduzione di nuove norme costituzionali ovvero per la revisione di quelle già esistenti può essere così sintetizzato: in primo luogo il progetto presentato deve essere approvato in due successive deliberazioni ad intervallo non minore di tre mesi; inoltre, nella votazione finale della seconda deliberazione non è sufficiente la maggioranza assoluta dei presenti, ma è richiesta la maggioranza assoluta dei componenti della Camera. Se il progetto viene approvato da entrambe le Camere con una maggioranza non inferiore ai 2/3 dei componenti, il Presidente della Repubblica provvede alla promulgazione; se invece la legge costituzionale viene approvata con una maggioranza inferiore anche in una sola Camera, essa può essere sottoposta a referendum costituzionale se ne fanno richiesta entro tre mesi 1/5 dei componenti di una Camera, oppure 500.000 elettori oppure 5 Consigli regionali.

64. V. retro, par. 1.1. B

gli orientamenti dottrinali che, allo scopo di evitare una possibile dilatazione incontrollata dell'ordinamento penale, hanno proposto di circoscrivere il catalogo delle norme penali a quelle volte a tutelare beni o interessi previsti esplicitamente o quanto meno implicitamente dalla Costituzione⁶⁵.

In buona sostanza, il percorso logico seguito dalla dottrina per arrivare alla soluzione appena descritta è stato il seguente: poichè la libertà personale – che rappresenta il bene direttamente o indirettamente colpito dalla sanzione penale – è indiscutibilmente protetta dalla Costituzione (art. 13), una sua limitazione potrà considerarsi ammissibile solo per tutelare beni che abbiano a loro volta un rilievo costituzionale.

Tale rilievo, come si è detto, potrà essere esplicito o implicito: si potrà cioè trattare di beni giuridici espressamente tutelati dalla Costituzione attraverso esplicite previsioni (pensiamo ad esempio all'inviolabilità del domicilio, sancita dall'art.14 Cost.) ovvero di beni giuridici privi di un diretto riscontro costituzionale e purtuttavia ritenuti meritevoli di tutela in sede penale perchè costituenti il presupposto per una piena ed efficace salvaguardia di altri beni costituzionalmente rilevanti. Pensiamo ad esempio alle norme penali afferenti alla sicurezza della circolazione stradale: esse indubbiamente sono prive di un diretto riconoscimento a livello costituzionale; tuttavia la loro previsione appare opportuna in relazione alla necessità di tutelare la vita e l'incolumità dei cittadini, che rappresentano beni certamente protetti dalla Costituzione⁶⁶.

Si noti peraltro che dalla rilevanza costituzionale di un determinato bene giuridico non discende automaticamente l'obbligo di tutelarlo con la previsione di sanzioni penali: uno dei principi tradizionalmente ritenuti operanti nel nostro sistema giuridico è infatti il principio di sussidiarietà, in base al quale la sanzione penale deve essere considerata una *extrema ratio*, deve cioè essere utilizzata dal legislatore solo quando quel determinato bene giuridico non possa essere efficacemente tutelato da sanzioni extrapenali (cioè di sanzioni amministrative o civili). Inoltre, laddove si ritenesse obbligatorio tutelare in sede penale tutti i beni o interessi costituzionalmente significativi, ne deriverebbe uno snaturamento dell'intero sistema: in particolare, il principio di legalità sarebbe svuotato di contenuto, risultando tra l'altro assolutamente compressi gli spazi di scelta politica del legislatore, mentre la magistratura finirebbe con l'assumere compiti

65. Il tema del "bene giuridico" è stato oggetto di grande attenzione da parte della dottrina italiana. Nell'assoluta impossibilità di elencare i numerosi contributi scientifici sul tema, ci limitiamo a rinviare per una esposizione riassuntiva delle principali problematiche alle considerazioni di FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale*, Bologna 1989, p. 24 ss.

66. Sul punto, rinviamo in particolare alle considerazioni di BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss.Dig.it.*, Torino, vol. XIX, 1973

tradizionalmente ad essa non spettanti, quale appunto quello di valutare l'adeguatezza delle norme rispetto ai beni da tutelare⁶⁷.

In prospettiva costituzionale, la teoria del bene giuridico costituisce dunque una semplice direttiva programmatica diretta al legislatore, consistente nel fornire un criterio idoneo a vincolare le scelte di penalizzazione, scongiurando in tal modo il rischio di una dilatazione incontrollata della sfera penale.

Per tutto quanto sin qui detto, è possibile dunque affermare che l'obbligo di adeguamento delle norme penali ordinarie nei confronti della Carta costituzionale ha un carattere dinamico e pluridirezionale. Da un lato infatti si vincola il legislatore che voglia introdurre nuove norme al rispetto di tutte le disposizioni costituzionali, siano esse precettive o programmatiche. Dall'altro lato si impone l'eliminazione delle norme vigenti che siano in contrasto con uno o più articoli della Costituzione: eliminazione che, in mancanza di uno spontaneo intervento del legislatore, può avvenire attraverso il giudizio dinanzi alla Corte Costituzionale. E in proposito va sottolineato che l'esigenza di eliminare talune norme penali per vizi di costituzionalità risulta essere tutt'altro che remota ove si consideri che il codice penale attualmente in vigore in Italia risale al 1930 (e dunque precede cronologicamente l'entrata in vigore della Costituzione), e soprattutto è espressione di quella logica autoritaria e repressiva che costituiva la caratteristica principale del regime fascista.

Ben più problematico risulta invece stabilire se e fino a che punto la Corte Costituzionale – in sede di giudizio sulla legittimità delle norme incriminatrici – possa sindacare le scelte di penalizzazione del legislatore alla luce delle recenti teorie sulla rilevanza costituzionale del bene giuridico, prima sommariamente esposte. In sostanza, si tratta di stabilire se alla Corte Costituzionale possa essere riconosciuto il potere di dichiarare illegittima una norma incriminatrice volta a tutelare un interesse non riconosciuto dalla Costituzione,

Un ostacolo in tale direzione è certamente rappresentato dall'art. 28 della legge 871/1953 secondo il quale "il controllo di legittimità della Corte Costituzionale., esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento".

Tuttavia, alla declaratoria di illegittimità costituzionale di norme incriminatrici dirette a proteggere interessi di manifesta inconsistenza, la Corte è egualmente pervenuta soprattutto facendo leva sul contrasto tra le norme sottoposte al suo controllo e l'esercizio di libertà costituzionalmente garantite⁶⁸.

67. PULITANO, *Obblighi costituzionali di tutela penale?* in *Riv.it.dir.proc.pen.* 1983, p. 484 ss.

68. Un esempio in tal senso è costituito dalla sent. 19-12-1986, n. 269, in *Giur.*

In ogni caso giova ricordare che, indipendentemente dalle questioni trattate e dalle soluzioni adottate, la Corte nelle più recenti pronunce ha evidenziato a più riprese la propria sensibilità verso quelle istanze teoriche volte a proporre una concezione costituzionalmente orientata del bene giuridico⁶⁹.

2 LE FONTI SOVRANAZIONALI IN ITALIA

§ 2.1. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Ma il diritto penale italiano non è subordinato solo alla Costituzione ed alle garanzie da questa previste; esso è infatti vincolato anche al rispetto delle garanzie contenute in taluni atti internazionali. Si fa riferimento, innanzitutto, alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, senz'altro il più noto e importante fra i trattati multilaterali sino ad oggi varati dal Consiglio d'Europa; nonché a quel complesso di atti che costituiscono il c.d. "diritto comunitario".

Invero, sia la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) sia il diritto comunitario, in quanto prevalenti sulle norme penali interne precedenti e successive, costituiscono di fatto una *lex superior* rispetto alla legge ordinaria dello Stato. *Lex superior* attraverso la quale si realizza una sorta di "giustizia costituzionale sovranazionale"⁷⁰, che integra e si affianca alle forme di controllo costituzionale eventualmente previste nei singoli Stati.

Nonostante che l'Europa non sia (ancora) un insieme di Stati tra loro federati, ma un insieme di Stati indipendenti e sovrani, si assiste così al sorgere di un "diritto comune delle garanzie" cui il diritto (penale) dei singoli Stati deve conformarsi. Se non di federalismo, sembra quindi possibile parlare sin d'ora di transnazionalismo⁷¹, il quale si traduce nel parziale superamento della supremazia assoluta del Parlamento e delle sue leggi ad opera delle succitate fonti di diritto internazionale.

Tale fenomeno – che per vero non manca di essere criticato sotto vari aspetti dalle forze più ancorate ad una concezione tradizionale dello Stato e dalle sue prerogative – trova tuttavia la sua giustificazione nella prevalente volontà di un insieme di Paesi sovrani a perseguire una progressiva

cost., 1986, p. 2200, con la quale la Corte Cost. ha sancito l'illegittimità della fattispecie di "eccitamento all'emigrazione" perchè ritenuta incompatibile con la tutela accordata dall'art.35, comma 4 Cost. alla libertà di emigrazione.

69. V. Corte cost. 25-10-1989, n. 487, in *Giur. cost.*, 1989, p. 2267.

70. Cfr. CAPPELLETTI, Giustizia costituzionale soprannazionale, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 1 ss.

71. Cfr. CAPPELLETTI, Nécessité et légitimité de la *justice constitutionnelle*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1981, p. 647

integrazione economica, politica e giuridica, anche a costo di sacrificare settori sempre più ampi della propria sovranità.

E' giunto quindi il momento di analizzare il ruolo prima della CEDU e poi del diritto comunitario sul sistema italiano delle garanzie in materia penale. *Senonché* un esame, per quanto sintetico e parziale, della natura, scopi e contenuti della CEDU non può prescindere dalla concisa esposizione dell'organizzazione internazionale di cui essa costituisce il principale prodotto: il Consiglio d'Europa.

Il Consiglio d'Europa è un'organizzazione composta in origine da dieci Stati (Belgio, Danimarca, Francia, Gran Bretagna, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Norvegia, Olanda e Svezia), in seguito estesi a tutti Paesi dell'Europa occidentale (ad eccezione dei micro-Stati di Andorra, Monaco, e Città del Vaticano) e nella quale sono entrati a far parte di recente anche taluni degli Stati dell'ex blocco sovietico.

Esso è dotato di due organi: il Comitato dei Ministri, organo deliberante composto dai ministri degli affari esteri degli Stati membri, cui è affidata la scelta e adozione delle "misure atte a realizzare gli scopi del Consiglio d'Europa"; l'Assemblea consultiva, avente appunto ruolo meramente consultivo e comunque subalterno rispetto al Comitato dei Ministri.

Il Consiglio d'Europa è sorto nel secondo dopoguerra quale risposta alla necessità di rafforzare i vincoli tra i Paesi del vecchio continente. E ciò sia per evitare il ripetersi di tragedie causate innanzitutto dalla intolleranza reciproca e dalla contrapposizione degli Stati, sia per frenare l'espansione ad occidente dell'Unione Sovietica, attraverso la creazione di un gruppo compatto di Nazioni democratiche e tra loro affini, capace di costituire un adeguato interlocutore ed alleato degli Stati Uniti d'America⁷². Al di là comunque delle ragioni d'impronta più strettamente politica, il Consiglio d'Europa nasceva anche e soprattutto sull'onda degli slanci ideali condivisi da quanti si erano opposti al fascismo e nazismo. Ne è testimonianza il suo stesso Statuto – firmato a Londra il 5 maggio 1949 ed entrato in vigore il 3 agosto dello stesso anno – ed in particolare il testo dell'art. 1, che indica le finalità dell'organizzazione. In base a tale articolo, "scopo del Consiglio d'Europa è di conseguire una più stretta unione fra i suoi membri per salvaguardare e promuovere gli ideali ed i principi che costituiscono il loro comune patrimonio e di favorire il loro progresso economico e sociale"; scopo questo che deve essere perseguito "con accordi e mediante un'azione comune nei campi economico, sociale, culturale, scientifico, giuridico e amministrativo, e con la salvaguardia e lo sviluppo dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali".

Ed è appunto in questa prospettiva di protezione e promozione dei fon-

72. Cfr. GREMENTIERI, voce Consiglio d'Europa, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. III, Torino, 1989, p. 415.

damentali diritti umani che il 4 dicembre 1950 è stata firmata a Roma la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). Come già ricordato, essa emerge a gran distanza fra i moltissimi accordi e convenzioni elaborati in oltre quarant'anni dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sia per l'importanza del suo *oggetto* (i diritti umani, appunto) sia per l'originale e assai significativo *meccanismo di controllo* in essa previsto.

A) Per quanto specificamente concerne *l'oggetto della CEDU*, va sottolineato che nella Convenzione europea sono ricompresi tutti i più tradizionali diritti fondamentali, il cui catalogo è stato nel corso degli anni progressivamente integrato da nove protocolli aggiuntivi. Tali diritti possono essere tendenzialmente distinti in tre gruppi⁷³:

- nel primo gruppo rientrano i diritti che "per la loro stessa natura, o per come risultano formulati dalla CEDU, non sono suscettibili di limitazioni"⁷⁴: cioè, innanzitutto, il diritto a non essere sottoposti a tortura e a pene o trattamenti inumani o degradanti (art. 3), il diritto a non essere tenuti in condizione di schiavitù o di servitù (art. 4 par. 1), il diritto a non venire privati della propria libertà per il solo fatto di non essere in grado di adempiere ad un'obbligazione contrattuale (art. 1, Protocollo n. 4), il diritto a non essere espulsi dallo Stato di appartenenza o a non essere privati del diritto di entrarvi (art. 3, Protocollo n. 4)⁷⁵;
- nel secondo gruppo rientrano i diritti le cui limitazioni sono dettagliatamente e tassativamente previste dalla CEDU, quali innanzitutto il diritto alla vita (art. 2 e artt. 1 e 2 Protocollo n. 6), il diritto a non essere sottoposti ad un lavoro forzato (art. 4 par. 2), il diritto alla libertà e sicurezza (art. 5), il diritto ad un equo processo (art. 6);
- infine, nel terzo gruppo rientrano i diritti di cui sono espressamente indicate non già le singole, eventuali limitazioni, ma solo, più in generale, le ragioni sostanziali, gli interessi pubblici (per esempio, la sicurezza nazionale, la difesa dell'ordine e la prevenzione dei reati, la protezione della salute e della morale) per la cui protezione sono ammesse misure limitative dei diritti in questione. Ne fanno parte il diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza (art. 8), il diritto alla li-

73. Cfr. PALAZZO e BERNARDI, La Convenzione europea dei diritti *dell'uomo* e la politica criminale italiana: *intersezioni* e lontananze, in Riv. int. dir. uomo, 1988, p. 40.

74. VEGLERIS, *Les nécessités publiques et la Convention des Droits de l'Homme*, in *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*, Bruxelles, 1982, p. 352.

75. Per un completamento dell'elenco di diritti rientranti in questo primo gruppo cfr., in particolare, *Raisonner la raison d'état*, a cura di Delmas Marty, Paris 1989, Annexe 1, p. 497.

bertà di pensiero, di coscienza e di religione (art. 9), il diritto alla libertà d'espressione (art. 10), il diritto alla libertà di riunione ed associazione (art. 11), il diritto al rispetto dei propri beni (art. 1, Protocollo n. 1) e il diritto di circolazione ed espatrio (art. 2, Protocollo n. 4). Ovviamente, rispetto ai diritti rientranti in questo terzo gruppo permane un sensibile margine di discrezionalità per il legislatore nazionale, data appunto l'ampiezza degli interessi pubblici in vista dei quali possono essere introdotte misure limitative. E' tuttavia da sottolineare che – secondo quanto espressamente sancito dalla CEDU – tali misure limitative dei diritti devono da un lato essere "previste dalla legge", dall'altro devono risultare "necessarie in una società democratica"⁷⁶. Ciò al fine di incanalare la discrezionalità statuale all'interno del principio di legalità, e di vincolarla al rispetto del parametro europeo della "necessità democratica".

B) Ma l'importanza della CEDU non risiede solamente nella significatività dei diritti da essa proclamati (il cui catalogo del resto risulta tendenzialmente analogo – anche se non certo identico – a quello contenuto in talune delle Costituzioni europee e nella stessa Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948). Tale importanza risiede soprattutto nell'originale meccanismo di controllo e tutela dei diritti in questione, caratterizzato da una struttura di tipo giudiziario incentrata su tre organi aventi sede a Strasburgo: la Commissione europea dei diritti dell'uomo, la Corte europea dei diritti dell'uomo e il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa.

La Commissione europea dei diritti dell'uomo, dotata di funzioni istruttorie e di conciliazione, riceve ed esamina i ricorsi che ad essa vengono presentati in caso di lamentata violazione dei diritti CEDU da parte degli Stati membri. Tali ricorsi possono essere di due tipi:

– ricorsi *statuali* (art. 24), presentati appunto da uno degli Stati membri contro un altro Stato membro. In tal modo, come è stato puntualmente sottolineato, la CEDU comporta il superamento del tradizionale principio di non ingerenza tra gli Stati (art. 2, par. 7 della Carta delle Nazioni Unite), riconoscendosi ad ogni Stato contraente "il diritto-dovere di verificare se in un altro Stato contraente sono rispettati i diritti e se, dunque, tale Stato osserva gli obblighi assunti con la ratifica della Convenzione"⁷⁷;

76. Cfr., per tutti, VEGLERIS, Valeur et signification de la clause "dans une société démocratique" dans la Convention européenne des droits de l'homme, in *Rev. droits de l'homme*, 1968, p. 219 ss.; DELMAS MARTY, Fécondité des logiques juridiques sous-jacentes, in *Raisonner la raison d'état*, cit., p. 465 ss.; ERGEC, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles*, Bruxelles, 1987; PALAZZO e BERNARDI, La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, cit., p. 47 e bibliografia ivi riportata.

77. DE SALVIA, La Commissione e la Corte europea dei diritti dell'uomo: mec-

– *ricorsi individuali* (art. 25), presentati "da ogni persona fisica, ogni organizzazione non governativa o gruppo di privati che sostenga di essere vittima di una violazione" dei diritti CEDU da parte di uno Stato membro o di un suo organo.

I ricorsi individuali – che al pari dei ricorsi statuali possono essere presentati alla Commissione solo nel caso in cui siano state esaurite le vie di ricorso previste nei singoli sistemi giuridici nazionali al fine di eliminare la violazione – costituiscono indubbiamente il più significativo strumento di tutela dei diritti CEDU. E ciò non solo per la loro frequenza (i ricorsi individuali costituiscono la quasi totalità dei ricorsi presentati alla Commissione europea)⁷⁸, ma anche e soprattutto per la loro attitudine a dimostrare che anche i singoli individui sono ormai soggetti di diritto internazionale. In definitiva, sono proprio i ricorsi individuali quelli più capaci di condizionare nel profondo i concreti comportamenti dello Stato rispetto alle persone, fisiche o giuridiche ad esso soggette: persone queste divenute ormai tutte, grazie all'art. 25 CEDU, potenziali ricorrenti.

Proprio in ragione della loro attitudine a minare i tradizionali privilegi dello Stato (e della "ragion di Stato") rispetto a quanti risultano ad esso soggetti, i ricorsi individuali sono stati previsti solo come un elemento aggiuntivo e complementare (ma non per questo meno fondamentale) della CEDU. Essi cioè possono essere presentati solo nei confronti degli Stati che abbiano sottoscritto – irrevocabilmente o per determinati periodi – una clausola facoltativa con la quale dichiarano "di riconoscere la competenza della Commissione in questa materia" (art. 25). Clausola che, non a caso, è stata sottoscritta con enorme ritardo da molti Stati (dall'Italia nel 1973, dalla Francia, addirittura, nel 1981).

Nell'ipotesi in cui il ricorso, statale o individuale, sia ritenuto ammissibile ai sensi dell'art. 27, in quanto innanzitutto non manifestamente infondato, la Commissione istruisce la causa in contraddittorio con i rappresentanti delle parti e cerca di "giungere ad un regolamento amichevole della controversia sulla base del rispetto dei diritti dell'uomo" (art. 28).

Tale regolamento amichevole può comportare sia il risarcimento per la lesione del diritto, sia l'adozione da parte dello Stato di misure atte a rimuovere la lesione, sia ancora l'abrogazione o modifica di leggi o regolamenti contrari alla CEDU⁷⁹.

In caso di mancata conciliazione la Commissione, ex art. 31, redige un

canismi e giurisprudenza, in L'Italia e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, a cura di V. Grementieri, Milano, 1989, p. 28.

78. Cfr. 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.

79. DE SALVIA, *La Commissione e la Corte*, cit., p. 36.

rapporto che viene trasmesso al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, nel quale essa espone il suo parere in merito alla presunta violazione. A seguito di questo rapporto sono previste due possibili procedure alternative.

a) La prima procedura, che comporta l'intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo, risulta per molti aspetti quella più caratteristica e significativa. Essa tuttavia può avere luogo solo se lo Stato accusato abbia accettato - ex art. 46 - la giurisdizione della Corte stessa. In questo caso la Corte può essere adita sia da uno Stato membro della CEDU (per esempio, lo Stato ricorrente; lo Stato nei confronti del cui cittadino è ipotizzata la lesione; lo stesso Stato accusato della violazione) sia dalla Commissione, ove essa ritenga di valersi di questa facoltà. I privati non possono invece adire la Corte direttamente, ma solo indirettamente, cioè attraverso la Commissione alla quale essi avevano inizialmente fatto ricorso, ovvero attraverso uno Stato membro interessato al loro caso.

In presenza di queste condizioni, dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo (composta di giuristi di riconosciuta competenza appartenenti agli Stati membri del Consiglio d'Europa ed eletti per un periodo di nove anni) si svolge una procedura giudiziaria pubblica e in contraddittorio⁸⁰, alla fine della quale la Corte europea emette una sentenza definitiva e obbligatoria circa l'esistenza o meno della lamentata violazione della CEDU.

b) Come detto, esiste però anche la possibilità che la competenza della Corte europea non sia stata riconosciuta dallo Stato accusato, ovvero che nei tre mesi successivi alla trasmissione del rapporto della Commissione al Comitato dei Ministri né la Commissione stessa né alcuno Stato membro adisca la Corte. In tali ipotesi sarà lo stesso Comitato dei Ministri a decidere, a maggioranza di due terzi dei suoi membri, in merito all'ipotizzata violazione della CEDU. Ex art. 32, par. 4, anche questa decisione risulta vincolante per lo Stato, che in caso di riconosciuta violazione è tenuto a prendere le misure necessarie per porvi rimedio.

Il sistema di controllo previsto dalla CEDU per la tutela dei diritti fondamentali costituisce un meccanismo sussidiario rispetto a quelli previsti nei singoli Stati. Tra l'altro, in Italia e nella maggior parte degli Stati membri del Consiglio d'Europa la CEDU risulta essere accolta all'interno della gerarchia delle fonti legali ad un livello, volta a volta, supracostituzionale, costituzionale, supralegislativo o anche solo legislativo⁸¹, ma

80. Peraltro con taluni limiti, cfr. DE SALVIA, *La Commissione e la Corte*, cit., p. 37.

81. Così, ad esempio, la CEDU ha rango sovracostituzionale in Olanda, rango costituzionale in Austria, rango supralegislativo in Belgio, Francia, Grecia, Portogallo e Spagna, rango di legge ordinaria in Italia, Germania e Turchia. Infine in ta-

sempre e comunque tale da porla in posizione quantomeno di eguaglianza rispetto alle altre leggi dello Stato. Pertanto, i diritti da essa sanciti possono essere legittimamente fatti valere di fronte ai tribunali nazionali, con la conseguenza che, come già detto, solo nei casi in cui non si sia ottenuta giustizia in sede nazionale potrà essere attivato quel sistema europeo di protezione predisposto dalla CEDU proprio per superare i limiti e le carenze degli Stati in materia.

In chiusura di questa sintetica esposizione dei diritti CEDU e del relativo sistema di controllo, non si può tuttavia fare a meno di sottolineare come per lungo tempo l'influenza della CEDU sul sistema penale italiano (ma non solo italiano) sia stata frenata dalla parte più conservatrice dell'amministrazione, della magistratura e della stessa dottrina. Le resistenze ad ammettere l'esistenza di una effettiva "giustizia costituzionale sopranazionale" capace di condizionare nel profondo i comportamenti degli organi statuali, ivi comprese le scelte legislative interne, si sono tradotte nella tendenza a sottovalutare la CEDU. E ciò sia attribuendo in via interpretativa a quest'ultima rango puramente legislativo (con conseguente possibilità di ammettere che leggi successive alla CEDU e rispetto ad essa meno garantiste possano derogarla); sia considerando talune sue disposizioni *not self-executing*⁸²; sia infine, e più in generale, interpretando restrittivamente i diritti CEDU, e conseguentemente negando che la CEDU possa offrire, una tutela più organica o più accentuata di quella già prevista dalla Costituzione e dalle leggi interne.

Fortunatamente, queste posizioni di impronta "autarchica" sono attualmente in vistoso arretramento. Ciò è dovuto in parte all'incessante azione di sensibilizzazione svolta dalla migliore dottrina, ormai orientata da un lato ad attribuire alla CEDU un livello costituzionale⁸³, supralegislativo, o comunque tale da garantirle di fatto una posizione di primato rispetto alle altre leggi nazionali⁸⁴, dall'altro lato a interpretare estensiva-

luni Paesi, quali Danimarca, Gran Bretagna, Irlanda, Norvegia e Svezia, la CEDU non risulta incorporata nell'ordinamento giuridico interno.

82. Cioè non direttamente applicabili in assenza di provvedimenti interni deputati a precisarle o completarle. Cfr. ALBANO, *Le norme programmatiche della CEDU e l'ordinamento italiano*, in Riv. int. dir. uomo, 1991, p. 719.

83. Cfr. già, per tutti, BRICOLA, *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1967, p. 1099; MANTOVANI, *Sugli effetti della Convenzione europea nell'ordinamento penale italiano*, in Temi, 1968, p. 471 ss. Da ultimo, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, RUGGERI, *Nuovi diritti fondamentali e tecniche di positivizzazione*, in Pol. dir., 1993, p. 194 ss.; COCOZZA, *Diritto comune europeo delle libertà. Profili costituzionali della CEDU*, in corso di pubblicazione.

84. Cfr., per tutti, RAIMONDI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella gerarchia delle fonti dell'ordinamento italiano*, in Riv. int. dir. uomo, 1990, p.

mente ed evolutivamente i diritti CEDU⁸⁵. Ma è dovuto altresì all'aumento del numero di decisioni della Corte europea⁸⁶ ed al miglioramento della loro qualità⁸⁷, che consentono una sempre più chiara visione della "dimensione concreta" delle garanzie offerte dalla CEDU anche (e soprattutto) in materia penale, e della necessità per lo Stato di conformarsi⁸⁸.

Una prova del progressivo mutamento di sensibilità nei confronti della CEDU è offerta da una parte della giurisprudenza italiana, che non ha mancato talora di rilevare sia il contrasto della legislazione interna con le disposizioni della CEDU, sia il carattere precettivo di queste ultime, sia addirittura il loro rango costituzionale⁸⁹ o, comunque, la loro capacità di "resistere" alle norme ordinarie successive^{89bis}. Anche gli organi esecutivi e legislativi italiani, quanto meno per evitare all'Italia nuove condanne, hanno talora modificato certe disposizioni a carattere amministrativo o legislativo non conformi alla CEDU⁹⁰. Un esempio particolarmente significativo in proposito è offerto dallo stesso nuovo

36 ss.

85. Cfr., per tutti, 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 Grementieri, Milano, 1989, p. 43; CREMONA, La Convenzione europea dei diritti dell'uomo oggi e domani, in *Riv. int. dir. uomo*, 1990, p. 21 ss.; COHEN JONATHAN, La Convention européenne des droits de l'homme, Paris, 1989, p. 194 ss.

86. Le sentenze della Corte sono state solo 20 dal 1960 al 1975. Per contro, dal 1975 al 1992 sono state oltre 230.

87. Cfr. PETTITI, *Les principes généraux de droit pénal dans la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Rev. sc. crim.*, 1987, p. 169.

88. Ne fanno fede le ormai numerose sentenze della Corte europea nelle quali l'Italia è stata condannata per violazione delle garanzie previste dalla CEDU, in particolare per l'eccessiva durata del processo. Cfr., per tutti, GREMENTIERI, *L'Italia e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 3 ss.; GAJA, Valanghe di condanne per la durata dei processi: quali rimedi?, in *Riv. dir. internaz.*, 1991, p. 328.

89. Cfr. per i relativi riferimenti giurisprudenziali, LA PERGOLA, *L'adeguamento dell'ordinamento interno alle norme del diritto internazionale dei diritti umani*, in *I diritti umani a 40 anni dalla Dichiarazione universale*, Padova, 1989, p. 61 ss.; PALAZZO e BERNARDI, La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, cit., p. 34 ss., note 22, 34 e 35; ARBIA, La giurisprudenza italiana e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in *Riv. int. dir. uomo*, 1991, p. 125 ss.

89bis. La Corte costituzionale italiana ha recentemente affermato che le norme CEDU sono "insuscettibili di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria" (sent. 19 gennaio 1993, n. 10, in *Giur. cost.*, 1993, p. 52 ss.).

90. Cfr. BERNARDI, *"Principi di diritto" e diritto penale europeo*, cit., p. 145 ss.

codice di procedura penale, entrato in vigore nel 1989, il quale ha subito in più punti l'influsso della CEDU⁹¹.

Questo progressivo, sia pur lento venir meno delle resistenze d'impronta "autarchica" nei confronti della CEDU (riscontrabili in Italia così come, in misura maggiore o minore, nella massima parte degli Stati membri del Consiglio d'Europa) è testimoniato anche dall'evidente "dilatazione" della CEDU stessa. Dilatazione che si manifesta, sotto il profilo legislativo, nell'emanazione, e nell'entrata in vigore nel nostro ordinamento, dei già ricordati protocolli aggiuntivi⁹², che hanno comportato l'arricchimento del catalogo delle garanzie previste dalla CEDU⁹³; nonché, sotto il profilo *giurisprudenziale*, nella tendenza degli organi di Strasburgo ed in particolare della Corte europea ad estendere l'ambito delle loro competenze⁹⁴.

Gli attuali slanci verso il perfezionamento di uno "spazio europeo dei diritti e delle libertà" sono infine sottolineati dai sempre più concreti progetti per una riforma del sistema europeo di protezione dei diritti dell'uomo⁹⁵; progetti che ormai tendono apertamente all'introduzione di una vera e propria "Corte costituzionale europea"⁹⁶.

91. 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. 462 ss.; ID., *Le procès pénal en Italie*, in *Procès pénal et droits de l'homme*, Paris, 1992, p. 75 ss.; STARACE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, cit., p. 85 ss. e soprattutto, pp. 135 e 140.

92. Così, il Protocollo n. 1 prevede il diritto al rispetto dei beni (art. 1), il diritto all'istruzione (art. 2), il diritto a libere elezioni (art. 3). Il Protocollo n. 4 il diritto di libera circolazione e scelta della residenza (art. 2); il diritto del cittadino a non essere espulso dal proprio Paese (art. 3), ecc. In argomento cfr. IMBERT, *L'action intergouvernementale du Conseil de l'Europe en matière de droits de l'homme: sauvegarde ou développement?*, in *Protection des droits de l'homme: la dimension européenne. Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Köln, 1988, p. 259 ss. Da ultimo, F. PEDRAZZI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e protocollo addizionale n. 7: una nuova tappa nella tutela delle garanzie fondamentali*, in Riv. int. dir. uomo, 1992, p. 453 ss.

93. Oltre ai suddetti protocolli aggiuntivi occorre poi ricordare la recente Convenzione europea sulla prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti. Aperta alla firma il 26 novembre 1987, essa "integra l'art. 3 della CEDU e prevede la costituzione di un nuovo organo di controllo (il 'Comitato europeo per la prevenzione della tortura e di pene o trattamenti inumani o degradanti') più agile e dotato di poteri più incisivi degli organi creati nell'ambito della CEDU". GRÉMENTIERI, voce *Consiglio d'Europa*, cit., p. 420.

94. Cfr. SPERDUTI, *Recenti sviluppi nella giurisprudenza della Commissione e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in Riv. dir. internaz., 1986, p. 814.

95. Cfr., ad esempio, NØRGAARD, *Il sistema europeo di protezione dei diritti dell'uomo di fronte alla sfida della sua efficacia*, in Riv. int. dir. uomo, 1991, p. 9 SS.

96. Cfr., da ultimo, CARRILLO SALCEDO, *Vers la réforme du système euro-*

2.2. La normativa comunitaria.

Come detto all'inizio del paragrafo precedente, il diritto penale italiano risulta vincolato anche dal c.d. "diritto comunitario", ricomprendente sia i trattati istitutivi della Comunità europea per il carbone e l'acciaio (CECA, Parigi, 1951), della Comunità europea per l'energia atomica (EURATOM, Roma, 1957) e della Comunità economica europea (CEE, Roma, 1957), sia gli atti emanati dagli organi comunitari creati dai trattati stessi, cioè la c.d. legislazione comunitaria derivata. Anche in questo caso, un'analisi dell'incidenza del diritto comunitario sul sistema italiano delle garanzie in materia penale non sembra poter prescindere da qualche brevisimo e oltremodo sommario cenno sulle Comunità europee e su quello che viene definito l'ordinamento giuridico comunitario.

Sorta, come affermato nel preambolo del Trattato CEE⁹⁷, per "assicurare mediante un'azione comune il progresso economico e sociale" dei Paesi membri, "eliminando le barriere che dividono l'Europa", la Comunità europea non può essere ancora certo considerata uno Stato federale. Essa è piuttosto un insieme di Stati sovrani⁹⁸, i quali tuttavia mirano ormai non solo a realizzare una piena integrazione economica attraverso l'unificazione delle legislazioni interne relativamente alla materia dei Trattati, ma addirittura a raggiungere una unione economica e monetaria e un'unione politica di indubbia ispirazione federalista. Come si può facilmente vedere, le finalità della Comunità europea vanno al di là del perseguimento di quella "unione più stretta tra gli Stati" in vista della quale è stato creato il Consiglio d'Europa. E si può anzi convenire che la Comunità europea, in quanto caratterizzata da finalità più concrete e dotata di poteri più incisivi rispetto al Consiglio d'Europa, ha in parte eroso il contenuto e significato di quest'ultimo⁹⁹. In particolare, essa viene ormai ad ingersersi in quello che costituiva il prioritario settore di intervento del Consiglio d'Europa: la tutela dei diritti fondamentali.

péen de protection des droits de l'homme, in *Présence du droit public et des droits de l'homme*, in *Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, 1992, p. 1319.

97. Che dei tre Trattati succitati risulta a gran distanza il più importante, in quanto interessante il complesso delle attività economiche degli Stati. Per contro, i trattati CECA ed EURATOM hanno istituito organizzazioni di tipo settoriale, concernenti rispettivamente i mercati comuni del carbone e dell'acciaio ovvero della energia atomica.

98. Come noto, della Comunità europea fanno parte 12 Stati, i 6 Stati che hanno sottoscritto il Trattato di Roma del 1957 (Belgio, Francia, Germania, Italia, Lussemburgo e Olanda) e gli altri 6 che in seguito vi hanno aderito (Danimarca, Grecia, Inghilterra, Irlanda, Portogallo e Spagna).

99. Cfr. GREMENTIERI, voce Consiglio d'Europa, cit., p. 419.

Orbene, in questo processo di progressiva integrazione economica¹⁰⁰ e financo politica¹⁰¹ a livello europeo, gli Stati membri della Comunità europea hanno accettato di spogliarsi della loro competenza esclusiva relativamente a settori sempre più numerosi della vita economica, affidandone la regolamentazione, per l'appunto, al diritto comunitario. In questa sede risulta oviamente impossibile offrire un completo panorama degli organi della Comunità europea e degli atti da essa emanati. Basterà quindi ricordare che gli organi principali delle tre Comunità (CECA, EURATOM e CEE) sono:

la Commissione (composta da individui formalmente e sostanzialmente indipendenti, cioè non vincolati alle scelte governative o comunque statuali);

il Consiglio (composto dai rappresentanti dei dodici Stati membri, uno per Stato, nella persona di un loro ministro);

l'Assemblea (detta anche Parlamento europeo, ancorché dotata di poteri assai modesti e comunque non di tipo legislativo, formata dai rappresentanti degli Stati membri, eletti a suffragio universale diretto);

la Corte di Giustizia (formata da alti magistrati o giuristi di chiara fama, scelti di comune accordo dai Governi degli Stati membri e dotati di un'assoluta indipendenza nei confronti di questi ultimi).

Quanto agli atti comunitari, oltre agli atti istitutivi o modificativi della Comunità (Trattati, Atto unico europeo e Trattato sull'unione europea), ne fanno parte, come sopra ricordato, quelli emessi dagli stessi organi comunitari, nella CEE essenzialmente dal Consiglio. Tali ultimi atti, che formano appunto la legislazione comunitaria derivata, sono distinguibili in *vincolanti* e *non vincolanti*: gli atti *vincolanti* (regolamenti, decisioni e direttive) sono i più importanti e costituiscono vere e proprie norme internazionali.

In particolare, *il regolamento* è un atto normativo completo in tutti suoi elementi, avente portata generale e direttamente applicabile all'interno di tutti gli Stati membri, senza che da parte di questi ultimi sia richiesta nessuna specifica attività di recepimento. In definitiva il regolamento, una volta emanato dall'apposito organo comunitario, "si sostituisce o si sovrappone alla legislazione interna"¹⁰² in modo del tutto automatico.

Più complessa e problematica risulta *la direttiva*. In linea di principio in essa dovrebbero essere contenuti solo principi e disposizioni generali

100. Testimoniato, in particolare, dal c.d. "Atto unico europeo" firmato a Lussemburgo nel 1986.

101. Prevista dal Trattato sull'Unione europea firmato a Maastricht nel 1992 ed entrato in vigore il 1° novembre 1993.

102. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 1987, p. 159.

destinati a vincolare i singoli Stati all'emanazione di norme dettagliate di attuazione capaci di concretizzare i suddetti principi e disposizioni generali¹⁰³. Vero è però che nella prassi comunitaria è ormai pacificamente ammessa l'emanazione di direttive sempre più dettagliate, che praticamente escludono la necessità per lo Stato di prevedere ulteriori norme d'attuazione. Lo Stato viene così obbligato ad una mera trascrizione delle direttive in questione nelle fonti interne, con conseguente ravvicinamento e financo sovrapposizione tra regolamento e direttiva.

Quanto infine alla decisione, essa è simile per certi aspetti al regolamento, e se ne distingue per il suo carattere individuale e concreto anziché generale e astratto. Essa infatti concerne uno o più specifici destinatari (Stato, individuo, impresa), nei cui confronti costituisce un atto obbligatorio in tutti i suoi elementi.

Dopo aver così ricordato in modo oltremodo sintetico le finalità della Comunità europea, i suoi organi principali e gli atti che concorrono a formare il diritto comunitario, occorre parlare brevemente di due problemi distinti anche se tra loro connessi: quello relativo al primato del diritto comunitario sul diritto interno, e quello relativo all'*incidenza* del diritto comunitario sul *diritto* penale nazionale.

a) Per quanto concerne il primo problema, va sottolineato come il primato del diritto comunitario sul diritto interno, da sempre vigorosamente sostenuto dalla Corte di Giustizia¹⁰⁴, sia stato progressivamente recepito – peraltro non senza vivaci resistenze¹⁰⁵ – dalla giurisprudenza degli Stati membri.

Molti sono, invero, gli argomenti a favore della preminenza del diritto comunitario¹⁰⁶. Ma, anche a prescindere da ogni eventuale fondamento costituzionale, internazionale o tout court comunitario di tale preminenza, resta il fatto che è la logica stessa del "sistema comunitario" ad escludere che i suoi atti possano essere derogati dalla legislazione interna, anche posteriore. Invero, un'organizzazione soprannazionale atta a vincolare efficacemente gli Stati membri non può, all'evidenza, sussistere senza

103. L'art. 189, comma 3°, Tr. CEE recita: "La direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi".

104. Cfr., in particolare, Corte di Giustizia CE, sentenza 15 luglio 1964, causa n. 6/64 (Costa c/ Enel), in Racc., 1964, p. 1127 (controllare!!!).

105. KOVAR, Rapporti tra diritto comunitario e diritti nazionali, in Trent'anni di diritto comunitario, Bruxelles, 1981, p. 128 ss.; MONACO, Rapporti tra diritto comunitario e diritto interno, in Manuale di diritto comunitario, a cura di Pennacchini, Monaco e Ferrari Bravo, coordinato da Puglisi, Torino, 1983, p. 258 SS.

106. Cfr., sul punto, RIZ, Diritto penale e diritto comunitario, Padova, 1984, p. 104 ss.

che alle sue norme sia riconosciuta una posizione di supremazia rispetto alle norme di questi ultimi, pena il continuo rischio di veder abrogate le disposizioni comunitarie ad iniziativa di singoli Stati¹⁰⁷.

Se dunque i dissensi degli Stati sulla preminenza del diritto comunitario sono ormai venuti meno, non possono dirsi ancora del tutto placate le polemiche sul modo di realizzazione di questa preminenza, vale a dire sui meccanismi legali attraverso i quali le norme interne confliggenti con quelle comunitarie cedono a queste ultime all'interno del sistema giuridico nazionale. Anche in questo caso, però, in Italia (e non solo in Italia) i dissidi sembrano avviati a soluzione. In particolare, per una molteplicità di ragioni di varia natura è stata ormai riconosciuta l'inopportunità di sottoporre i contrasti tra norma interna e norma comunitaria al vaglio della Corte costituzionale, in vista di un'eventuale dichiarazione di incostituzionalità della norma interna in questione¹⁰⁸. E' stata quindi progressivamente accolta la tesi della Corte di Giustizia, secondo la quale le norme nazionali contrastanti con le norme comunitarie debbono essere dichiarate immediatamente inapplicabili da parte di ogni giudice nazionale, senza bisogno di ricorrere alla Corte costituzionale¹⁰⁹. In tal modo, sono stati riconosciuti taluni caratteri essenziali del diritto comunitario, quali innanzitutto la sua immediata e diretta applicabilità in tutto lo spazio geografico della Comunità.

b) Quanto sin qui detto in merito al problema del primato del diritto comunitario sul diritto interno, costituisce l'adeguata premessa all'esame del secondo problema, relativo all'incidenza del diritto comunitario sul diritto penale.

In proposito, merita di essere sottolineato come in Italia e nella massima parte dei Paesi CEE per lungo tempo si sia ritenuto che il diritto comunitario avesse una scarsissima incidenza sul diritto penale; e ciò per una molteplicità di ragioni, prime fra tutte la natura solamente economica delle competenze della Comunità e l'esigenza di legalità tradizionalmente propria della materia penale¹¹⁰. Solo in tempi relativamente recenti, sul-

107. Cfr. ancora, per tutti, CAPPELLETTI, Giustizia costituzionale *sopranazionale*, cit., p. 104 ss.; ID., *Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle*, cit., p. 648 ss.

108. Infatti, in caso di giudizio di costituzionalità, l'efficacia della norma comunitaria risulterebbe paralizzata sino al momento in cui la norma interna con essa contrastante fosse dichiarata incostituzionale.

109. Cfr., in particolare, Corte cost., sent. 8 giugno 1984, n. 170, in *Giur. cost.*, 1984, I, p. 1098 ss.; Id., sent. 25 aprile 1985, n. 113, in *Giur. cost.*, 1985, I, p. 694. In dottrina cfr., per tutti, BERNARDI, "Principi di diritto" e diritto penale europeo, cit., p. 170 ss. bibliografia ivi riportata.

110. In merito alle ulteriori ragioni della sottovalutazione dell'incidenza del diritto comunitario sul diritto penale, cfr. BERNARDI, "Principi di diritto", cit., p. 156 ss. e bibliografia ivi riportata.

l'onda della sempre più ampia e varia giurisprudenza della Corte di Giustizia, si è presa piena coscienza dei molteplici profili di incidenza del diritto comunitario sul diritto penale.

Sintetizzando all'estremo temi e problemi invero assai complessi, si può dire che il diritto penale nazionale viene condizionato sia da specifiche disposizioni di dettaglio della legislazione comunitaria, sia dai principi generali del diritto comunitario.

Per quanto concerne il primo caso – poco interessante ai fini del presente studio – basterà ricordare che la norma penale interna risulterà inapplicabile, nella sua interezza o in una sua parte, dal giudice nazionale ove essa vieti e punisca taluni fatti consentiti invece da una norma comunitaria. In questo senso, sarà inapplicabile il divieto penale di produrre e commercializzare prodotti con determinate caratteristiche tecniche laddove un regolamento comunitario consenta esplicitamente la produzione e commercializzazione dei suddetti prodotti. Così, ad esempio, mentre l'art. 44 della l. 58711967 proibisce la produzione di paste alimentari contenenti sfarinati di grano tenero, l'art. 2 del regolamento CEE n. 1492/1971 consente di utilizzare anche il grano tenero, purché in percentuale non superiore al 7%. Ne consegue che la produzione di paste alimentari con un contenuto di grano tenero inferiore al 7% deve ormai considerarsi a tutti gli effetti lecita ¹¹¹.

Il secondo caso, relativo all'influenza dei principi del diritto comunitario sul diritto penale, è indubbiamente assai più rilevante in questa sede, in quanto concerne appunto il tema delle garanzie. A questo proposito occorre subito precisare che il sistema giuridico comunitario presenta due distinte categorie di principi.

Alla prima categoria appartengono i principi espressamente previsti dai Trattati. Si tratta di pochi principi, concernenti in particolare: il divieto di discriminazioni fondate sulla nazionalità (art. 7 Tr. CEE); il divieto di restrizioni quantitative all'importazione di prodotti provenienti dai Paesi della Comunità, nonché di qualsiasi misura d'effetto equivalente (art. 30 Tr. CEE); la libera circolazione dei lavoratori e degli operatori economici in genere (artt. 48, 52, 53 Tr. CEE); la soppressione delle restrizioni ai movimenti di capitali (art. 67 Tr. CEE); la parità di trattamento retributivo tra uomini e donne (art. 110 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 ¹¹², ed in

111. Cfr., *amplius*, GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, Milano, 1989, p. 292; RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, cit., p. 247 ss.; BERNARDI, *Profili penalistici della commercializzazione dei prodotti agro-alimentari*, in *Dir. giur. agr.*, 1992, p. 399, nota 113.

112. Cfr., per tutti, CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, in *Dir. com.*

particolare quelli in materia di diritti fondamentali della persona umana¹¹³.

Ormai pacificamente riconosciuti come parte integrante del diritto comunitario¹¹⁴, i principi in materia di diritti fondamentali sono stati 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 cui conformare la produzione normativa comunitaria, infatti, comportava il rischio della promulgazione da parte degli organi comunitari di testi in contrasto con tali diritti. Ciò, ovviamente, era di ostacolo al riconoscimento del 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 la conformità delle norme comunitarie 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 internazionali e/o nelle Costituzioni dei Paesi membri della Comunità. Per di più – quantomeno secondo taluni – la Corte di Giustizia sembrerebbe in linea di massima aver accolto il c.d. criterio del *maximum* standard, in base al quale a tali diritti sarebbe assicurato in sede comunitaria il più alto livello di sviluppo e protezione loro attribuito nei diversi sistemi costituzionali¹¹⁵.

scambi *intern.*, 1983, p. 409 ss.

113. In argomento cfr., fundamentalmente 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 riflessi sui sistemi penali degli Stati membri*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1991, p. 617.

114. 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.

115. Sul criterio del *maximum* standard e sui 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; RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, cit. p. 490 ss.; GAJA, *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. internaz.*, 1988, p. 578 ss.; DAUSES, *La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire*, in *Rev. trim. dr. europ.*, 1984, p. 411; MARCOUX, *Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la communauté économique européenne*,

Stabilita dunque l'esistenza all'interno del diritto comunitario di queste due distinte categorie di principi di diritto (principi espliciti e principi impliciti), appare ormai chiaro che tali principi finiscono, al pari di ogni altra norma comunitaria scritta o non scritta, col condizionare il diritto interno, anche per quanto concerne il settore penale. Con la conseguenza che, ove le norme penali interne risultino in contrasto con i principi in questione, esse dovranno essere disapplicate dai giudici (cfr. *infra*, sez. II, § 1.2.1. e § 2.2.1.).

Certamente, i principi comunitari non incidono su tutto il diritto penale interno, ma solo sulle norme penali concernenti la materia dei Trattati, dunque – data la natura essenzialmente economica della Comunità europea – sulle norme del c.d. diritto penale dell'economia. Resta il fatto che in questo settore del diritto penale¹¹⁶ l'incidenza dei principi comunitari – specie di quelli in tema di diritti fondamentali – potrebbe risultare di grande rilievo.

In definitiva, attraverso i principi espliciti e soprattutto impliciti il diritto comunitario obbliga le legislazioni dei Paesi membri (sia pure limitatamente alla materia dei Trattati) a rispettare in sede penale un elevato standard di garanzie.

Certamente, occorre riconoscere che sino ad oggi la Corte di Giustizia – pur ribadendo a più riprese l'esigenza di tutelare all'interno della normativa statale i diritti fondamentali implicitamente riconosciuti dal diritto comunitario – ha fatto un uso oltremodo cauto dei principi in questione. Per valutare la conformità del diritto (penale) interno al diritto comunitario la Corte ha infatti indubbiamente privilegiato il ricorso ai principi espliciti, e in particolare a quelli previsti agli artt. 7, 30 e 48. Resta comunque il fatto che – grazie anche ai suggerimenti dati dalla Corte di Giustizia nelle sue sentenze interpretative ex art. 177 Tr. CEE – attraverso l'uso dei principi comunitari espliciti e impliciti alcune norme penali italiane sono state disapplicate. Ciò è accaduto, ad esempio, rispetto alle norme penali le quali, punendo la commercializzazione sul territorio italiano di prodotti dotati di caratteristiche compositive o tecniche diverse da quelle imposte dalla legge nazionale, si prestavano a favorire indebitamente i prodotti interni rispetto a quelli importati dagli altri Stati della Comunità. Tali norme sono state infatti disapplicate in quanto contrastanti col principio del divieto di misure di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa all'importazione di prodotti CEE (art. 30 Tr. CEE). E per la stessa ragione sono state

in *Rev. int. dr. comp.*, 1983, p. 716 ss.

116. Settore peraltro in via d'espansione a causa della sopra ricordata progressiva dilatazione del diritto comunitario.

disapplicate le norme penali volte a garantire un regime di controllo dei prezzi su **taluni** prodotti sia importati che nazionali¹¹⁷.

Ma attraverso il ricorso ai principi, espliciti e impliciti, è possibile dichiarare l'incompatibilità col diritto comunitario non solo di **taluni** precetti penali, ma anche di **talune** sanzioni. Infatti la Corte di Giustizia, attraverso l'utilizzazione congiunta dei principi comunitari espliciti e del principio comunitario implicito di proporzione, ha dichiarato non compatibile col diritto comunitario le sanzioni previste da alcune norme penali interne, in quanto sproporzionate alla gravità dei fatti da esse previste. Ciò è accaduto, ad esempio, in occasione della ormai notissima sentenza Drexl nella quale la Corte di Giustizia ha ritenuto incompatibile coi principi del diritto comunitario l'applicazione della pena detentiva e della confisca in caso di mancato pagamento di tasse doganali per l'importazione di beni provenienti dai Paesi CEE. Ciò, tenuto anche conto del fatto che in caso di mancato pagamento delle tasse sulle cessioni di beni all'interno del Paese (reato questo di gravità tendenzialmente analoga al precedente reato doganale) sono previste in Italia pene assai più lievi¹¹⁸.

3. LA LEGALITÀ IN MATERIA PENALE.

3.1. Un **differente regime di legalità**.

3.1.1. *In materia di reati e di pene.*

A. In Canada: da un regime di common law a un regime di legalità.

Le droit anglais reconnaît aux tribunaux la pouvoir de créer des crimes: ce sont les crimes de common law, c'est-à-dire des infractions définies par les tribunaux. **Cependant**, dans la majorité des cas, le législateur est intervenu et les infractions de common law se trouvent maintenant dans la loi. Néanmoins, le principe avait toute sa force lors de l'introduction du droit anglais au Canada.

En 1869, le gouvernement canadien adopta plusieurs lois qui ne firent que suivre le courant proposé par la Commission anglaise sur le droit criminel et qui s'intéressaient, avant tout, à uniformiser le droit, à «consoli-

117. Cfr. in particolare GRASSO, *Comunità europea e diritto penale*, cit., p. 278 ss.; RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, cit., p. 206 ss., con numerosi riferimenti giurisprudenziali.

118. Corte di Giustizia CE, sentenza 25 febbraio 1988, in causa 299/86, Drexl, in Cass. pen., 1989, p. 1618 ss., n. 1374.

der» les textes statutaires¹¹⁹. Si les propositions de codification du droit criminel anglais n'ont pas trouvé preneur en Angleterre, le Canada a rapidement adopté son *Code criminel*, véritable codification inspirée du *English Draft Code* de 1878 et des lois anglaises de 1861.

C'est le 9 juillet 1892 qu'était adopté le premier *Code criminel* canadien; il est entré en vigueur le 1^{er} juillet 1893¹²⁰. Ce premier *Code criminel* a subi de très légères modifications en 1906¹²¹, puis en 1927¹²². Le 31 janvier 1949, une Commission royale de révision du *Code criminel* était mise sur pied et elle déposait son rapport le 22 février 1952¹²³. Après une étude menée par un sous-comité spécial de la Chambre des communes sur la question, puis du Sénat, un nouveau *Code criminel* entra en vigueur le 1^{er} avril 1955.

Lors de la révision du *Code criminel*¹²⁴ en 1955, le législateur canadien a pris soin d'exclure, par l'article 9, les crimes de common law. Cet article prévoit ni plus ni moins que toutes les infractions criminelles doivent tomber sous le coup de la loi canadienne. Ce qui implique, précise ce même article, que nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction de common law sauf en ce qui a trait à l'infraction d'outrage au tribunal dont nous glisserons un mot un peu plus loin. Ce faisant, le Canada se démarquait véritablement du droit anglais, en ce sens que le *Code criminel* excluait les infractions de common law¹²⁵. Désormais, seule une infraction prévue par le *Code criminel* ou par une loi fédérale ou provinciale peuvent faire l'objet d'une poursuite.

Ainsi, le *Code criminel* constitue la source législative principale en droit criminel canadien. En plus de créer les principales infractions, le Code établit la procédure à suivre par l'appareil judiciaire lors de la poursuite des criminels. Les dispositions de cette loi s'appliquent

119. COMMISSION CANADIENNE SUR LA DÉTERMINATION DE LA PEINE, *Réformer la sentence - une approche canadienne - Rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1987, p. 31.

120. Allan W. MEWETT, «The Canadian *Criminal Code*, 1892-1992», (1993) 72 R. du B. can. 1, 2.

121. S.R.C. 1906, c. 146.

122. S.R.C. 1927, c. 36.

123. A. W. MEWETT, *loc. cit.*, note 120, 6.

124. L.R.C. (1985), c. C-46 (ci-après cité C.cr.)

125. La disposition est encore en vigueur à l'article 9 C.cr.

à tout le territoire canadien¹²⁶ et eu égard à toutes les infractions fédérales¹²⁷, et non seulement à celles prévues au *Code criminel*.

Mais le *Code criminel* ne prévoit pas la totalité des textes d'incrimination. En effet, plusieurs lois fédérales particulières créent des infractions, comme c'est le cas en matière de stupéfiant. De même, le Parlement peut habiliter l'Exécutif à créer des infractions par voie de règlements. Il en est de même pour les matières relevant de la compétence des provinces. En pratique toutefois, seules des infractions de peu de gravité sont ainsi créées.

Il est donc bien établi en droit canadien qu'une infraction pénale doit être créée par un texte, que ce soit une loi ou un règlement. Le Canada ne connaît donc pas un principe de légalité aussi exigeant qu'en Italie, où seul le Parlement peut créer une infraction, mais il faut souligner que le domaine du droit pénal est beaucoup plus étendue puisqu'on ne connaît pas d'infraction de nature administrative.

Quant aux peines, le droit anglais accorde aux juges, sous réserve des dispositions expresses d'une loi, un pouvoir discrétionnaire absolu. Ce pouvoir de common law est encore reconnu aujourd'hui¹²⁸. Le droit canadien a donc hérité de cette tradition, laissant ainsi aux juges canadiens un pouvoir discrétionnaire considérable en matière de sentence.

En effet, si le *Code criminel* prévoit qu'une peine ne peut être imposée sans qu'un texte de loi ne le permette, le législateur n'a prévu que peu de peines minimales qui ont pour effet de lier le juge. L'homicide, la haute trahison, l'utilisation d'une arme à feu lors de la commission d'une autre infraction et la conduite d'un véhicule avec les capacités affaiblies sont parmi les quelques rares infractions qui exigent une telle sanction. Par ailleurs, les peines maximales prévues par le législateur sont très élevées; il est en pratique très rare qu'un juge l'impose. Sur le plan pratique, on a donc conservé la discrétion reconnue par le droit anglais. Cela permet au juge, sauf exception, d'imposer toute une variété de peine autre qu'une peine d'incarcération et, d'autre part, s'il opte pour une peine d'incarcération, la durée pourrait varier entre une journée et le maximum prévu par la disposition.

Le juge dispose donc, à l'intérieur d'un cadre très large fixé par

126. Art. 8(1) C.cr.

127. Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), c. 1-21, art. 34(2).

128. R. c. *Morris*, [1950] 2 All. E.R. 965, approuvé dans *Verrier c. D.P.P.*, [1966] 3 All. E.R. 568 (Ch. des Lords).

le législateur, d'un pouvoir discrétionnaire important. Le *Code criminel* lui-même le reconnaît et énonce que:

«Lorsqu'une disposition prescrit différents degrés ou genres de peine à l'égard d'une infraction, la punition à imposer est, sous réserve des restrictions contenues dans la disposition, à la discrétion du tribunal qui condamne l'auteur de l'infraction.»¹²⁹

Lorsqu'aucune peine n'est prévue dans le texte d'incrimination, le *Code criminel* y supplée en prévoyant une peine maximale de cinq ans d'emprisonnement¹³⁰ ou une amende maximale de 2000\$ et d'un emprisonnement de six mois (ou une de ces peines)¹³¹ selon le type d'infraction dont il s'agit, ce que nous aborderons plus loin.

Avec l'adoption de la Charte, ces principes font maintenant partie de la Constitution du Canada. L'article 11g) de la Charte énonce le principe qu'une personne ne peut être déclarée coupable d'une conduite qui ne constituait pas une infraction au moment de sa commission. En outre, l'article 7 de la Charte empêche l'imposition d'une peine sans qu'il n'y ait eu commission d'une infraction prévue par une loi ou un règlement, de même que l'imposition d'une peine que ce texte n'autorisait pas au moment de la commission de cette infraction. L'article 7 vient donc compléter la portée du paragraphe 11g) de manière à constitutionnaliser le principe de légalité qu'on a souvent résumé par la maxime latine «*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*».

En résumé, s'il est donc juste de dire qu'il n'y a pas de peine sans loi et que ce principe fait partie des règles suprêmes qui gouvernent le Canada, il est également juste de dire qu'en droit canadien, la loi accorde au juge un pouvoir discrétionnaire très important.

B. In Italia: un regime di stretta legalità.

Nel sistema italiano, uno dei principi fondamentali cui deve necessariamente ispirarsi il diritto penale nella costruzione delle fattispecie incriminatrici è il principio di legalità.

Espressione della supremazia della legge nel sistema delle fonti, tale principio trova la sua prima rigorosa formulazione nel '700, e da allora impregna, sia pure in modo più o meno rigoroso, le legislazioni europee continentali¹³².

129. Art. 717(1) C.cr.

130. Art. 730 C.cr.

131. Art. 787 C.cr.

132. Tra le sue prime formulazioni vanno in particolare segnalati l'art.7 della

Nel sistema italiano, il principio di legalità risulta affermato a due livelli:

- a livello costituzionale, è contenuto nell'art. 25, comma 2 secondo il quale "nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso";

- a livello legislativo, il principio in esame è stabilito in primo luogo nell'art. 1 del codice penale, ai sensi del quale "nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, nè con pene che non siano da esse stabilite"; oltre alla norma appena citata, deve altresì essere ricordato l'art. 199 dello stesso codice in tema di misure di sicurezza, secondo il quale "nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza che non siano espressamente stabilite dalla legge e fuori dei casi dalla legge stessa preveduti".;

Come si può notare, la formulazione della norma costituzionale è particolarmente sintetica, soprattutto se riferita all'art. 1 del codice penale, che oltretutto precede cronologicamente l'entrata in vigore della Costituzione. In particolare, ha colpito l'attenzione degli interpreti il mancato riferimento alle pene nella disposizione costituzionale. Ci si è così domandati se la Costituzione abbia voluto affermare che le pene non devono necessariamente essere stabilite a livello legislativo, ovvero - al contrario - se abbia ritenuto tacitamente ricompreso nel principio di legalità dei reati anche il principio di legalità delle pene.

La tesi unanimemente sostenuta dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiana è naturalmente la seconda: si ritiene infatti che lo stesso principio di legalità dei reati verrebbe ad essere svuotato di contenuto se le sanzioni venissero lasciate all'arbitraria determinazione da parte di fonti diverse da quelle legali¹³³.

In questo senso si è espressa del resto la stessa Corte Costituzionale, in una nota sentenza del 1966. In tale pronuncia, la Corte asseriva che "il principio di legalità delle pene ...esige che sia soltanto la legge dello Stato a stabilire con quale misura debba essere repressa la trasgressione dei precetti che vuole sanzionati penalmente. La dignità e la libertà personale sono ...beni troppo preziosi perchè si possa ammettere che una autorità amministrativa, o comunque un'autorità non statale, disponga di un qualche potere di scelta in ordine ad essi"¹³⁴.

Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino (1789) e l'art. 8 della Costituzione francese del 1791.

133. Cfr., ad esempio, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 57

Per un inquadramento storico della norma, in relazione all'argomento che qui viene in rilievo, v. anche LUCIFREDI, *Note sulla rilevanza costituzionale del principio "nulla poena sine lege"*, in *Giur.cost.* 62, p. 1362.

134. Corte cost. 23/3/1966, n. 26 in *Giur. cost.* 1966, p. 255; v. anche Corte cost. 27/5/1961, n. 27, in *Giur. cost.* 1961, p. 536.

Venendo ora al fondamento politico del principio di legalità, va sottolineato come nel corso del tempo sia stato tradizionalmente individuato nella tripartizione dei poteri e nella conseguente attribuzione al legislativo della potestà di creare norme in materia penale; la ratio, come noto, è di garanzia, poichè si ritiene che il Parlamento, proprio in ragione della sua composizione rappresentativa, sia il potere dello Stato più idoneo a tutelare i diritti dei singoli (soprattutto se attinenti alle libertà fondamentali) e delle minoranze.

Tale ratio giustificatrice può tuttavia ritenersi concretamente rispettata solo in presenza di una *effettiva* dialettica parlamentare tra la maggioranza che appoggia il governo e l'opposizione che lo contrasta: risulta infatti evidente che un indebolimento o riduzione delle forze dell'*opposizione* conduce ad una svalutazione delle garanzie connesse al principio di legalità¹³⁵.

Del resto, che il principio di legalità, come tutti gli altri principi, possa prestarsi ad utilizzazioni non univoche o coerenti è confermato dal suo accoglimento da parte del regime fascista: come si è appena visto, l'art. 1 del codice penale che, approvato nel 1930, risulta ancora in vigore, accoglie pienamente il principio in esame e addirittura ne fornisce una definizione più completa di quella che troviamo nella Costituzione attuale.

Naturalmente, le ragioni di una simile scelta da parte del regime totalitario non potevano essere rawisate in una improbabile volontà di tutela dei diritti di libertà; al contrario, esse andavano ricercate nella vocazione autoritaria e statalista del regime dittatoriale.

Un'altra precisazione che sembra opportuno effettuare riguarda l'attuale esatta portata del principio di legalità: se è vero infatti che la genesi politica di tale principio è da ravvisare nella teoria della separazione dei poteri e nella conseguente attribuzione al solo Parlamento della potestà di porre norme in materia penale, è altrettanto vero che attualmente, a causa della naturale evoluzione del sistema e della sempre maggiore complessità dei compiti da espletare, le attribuzioni dei singoli poteri dello Stato non

135. Un esempio abbastanza emblematico può essere ravvisato nella legislazione adottata dall'Italia tra la fine degli anni '70 e l'inizio degli anni '80 per fronteggiare il terrorismo di matrice politica: le misure restrittive a suo tempo proposte, caratterizzate da una pesante incidenza sulla libertà personale, furono infatti approvate con il consenso della quasi totalità delle forze parlamentari. Addirittura, la stessa Corte Costituzionale, chiamata a valutare la legittimità di una norma che estendeva il limite massimo di carcerazione preventiva sino a quasi 11 anni, affermò che tali limiti non potevano considerarsi irragionevoli se rapportati alla situazione di emergenza che viveva il Paese. La Corte poi concludeva: "si deve tuttavia convenire che l'emergenza è una situazione anomala e grave, ma essenzialmente temporanea. Ne consegue che essa legittima sì misure insolite, ma che queste perdono legittimità se ingiustificatamente protratte nel tempo (Corte cost., sent. 1/2/1982, n. 15, in *Giur. cost.* 1982, p. 101 ss.)."

sono più così rigidamente separate. In sintesi, l'estensione del principio di legalità nel sistema penale italiano può essere illustrata nel modo seguente:

a) in primo luogo è da escludere che tale principio si traduca nell'attribuzione al Parlamento di un monopolio esclusivo della produzione normativa penale: la Costituzione italiana prevede infatti che *a certe condizioni* anche il governo possa esercitare funzioni legislative nelle forme del *decreto-legge* (art. 77 Cost.: "Quando, in casi straordinari di necessità ed urgenza, il governo adotta sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle Camere che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro 5 giorni. I decreti perdono efficacia sin dall'inizio, se non sono convertiti in legge entro 60 giorni dalla loro pubblicazione") e delle leggi delegate (art. 76 Cost.: "L'esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti");

b) è invece sicuramente da escludere che la creazione di norme penali possa essere lasciata ad autorità non statali: come la Corte Costituzionale ha ribadito in numerose occasioni, alle Regioni in nessun caso potrebbe essere consentito di introdurre norme incriminatrici¹³⁶;

c) per quanto poi riguarda le fonti scritte di rango inferiore alla legge (in sostanza, i regolamenti^{fi7}), come si vedrà più avanti, deve ritenersi ammissibile un loro apporto nei confronti della norma penale ove si tratti semplicemente di specificare quanto già descritto dal legislatore ordinario;

d) infine, l'applicazione del principio di legalità si traduce nell'esclusione di tutte le norme non scritte (consuetudini), salvo casi particolarissimi in cui la consuetudine, eccezionalmente, può integrare la norma penale¹³⁸.

3.1.2. In materia di norme non incriminatrici.

A. In Canada: l'interazione della legge e della common law.

Comme nous l'avons vu, le *Code criminel*¹ adopté par le Canada écarte

136. Corte cost., sent. 25/10/89, n. 487, *cit.*

137. Il tema dei regolamenti verrà diffusamente trattato nella seconda parte di questo lavoro, oggetto di pubblicazione separata. Per il momento è sufficiente osservare che essi sono fonti secondarie di diritto e possono essere emanati dal governo ovvero da altre autorità amministrative.

138. Sul punto, più diffusamente e per tutti, v. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova 1988, p. 81 ss.

les infractions de common law. Mais le droit criminel canadien continue de s'inspirer du droit anglais puisque les moyens de défense, de même que les règles de preuve et de procédure de common law, demeurent applicables au Canada¹³⁹.

Par ailleurs, l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* a eu pour effet d'attribuer une valeur constitutionnelle à certaines règles issues, en premier lieu, de la common law. Cela découle, nous l'avons vu, de la définition qu'a donnée la Cour suprême aux principes de justice fondamentale prévus à l'article 7 de la Charte. À titre d'exemple, la règle de common law qui exige la *mens rea* pour tous les «crimes»¹⁴⁰ est un précepte fondamental de notre justice criminelle canadienne qui, nous a dit la Cour suprême, fait dorénavant partie des principes de justice fondamentale enchâssés dans la Charte¹⁴¹. De même, le principe de common law voulant qu'un accusé puisse faire «une défense pleine et entière», également reconnu par le *Code criminel*¹⁴², est maintenant enchâssé dans la Constitution canadienne comme l'un des principes de justice fondamentale, ce qui n'a pas manqué d'avoir un certain impact sur les règles de preuve et de procédure¹⁴³.

Outre les dispositions du *Code criminel* en matière de procédure, il faut souligner l'existence de la *Loi sur la preuve au Canada* qui s'applique en matière criminelle¹⁴⁴. De même, l'article 8(2) du *Code criminel* prévoit que le droit criminel d'Angleterre en vigueur dans une province avant le 1^{er} avril 1955, date de la mise en application du Code, continue de s'appliquer sauf dans la mesure où il a été changé ou modifié par le Code. Sur le plan strictement procédural, cette disposition a peu d'impact car l'ensemble de nos règles fondamentales est codifié. Par ailleurs, la *Loi sur la preuve au Canada* est très incomplète, se limitant à codifier les règles d'administration de la preuve et seulement quelques règles d'admissibilité.

Il en résulte qu'en matière de preuve, la common law est la principale source de droit. Ceci ne veut pas dire pour autant que les tribunaux canadiens sont astreints à respecter les précédents formulés par la Chambre

139. A.W. MEWETT, *loc. cit.*, note 120, 8; Art. 8(2) et (3) C.cr.

140. R. c. *Corporation de la Ville de Sault Ste-Marie*, précité, note 21.

141. Renvoi sur le paragraphe 92(4) de la Motor Vehicle Act, précité, note 36.

142. Art. 650 C.cr.

143. Voir Dersch c. Canada, [1990] 2 R.C.S. 1505; R. c. Swain, précité, note 53.

144. L.R.C. (1985), c. C-5, art. 2.

des Lords en Angleterre. En effet, selon la théorie stricte de la common law, les tribunaux ne «créent» pas le droit; ils ne font que déclarer ce qu'il a toujours été à l'état latent¹⁴⁵. En conséquence, rien ne s'oppose à ce que la Cour supreme du Canada en arrive, sur un point donné, à une solution différente de la Chambre des Lords, comme peut tout aussi bien le faire la Cour supreme des États-Unis. Évidemment, les décisions de la Chambre des Lords jouissent d'un poids moral considérable. Par ailleurs, en matière d'interprétation de la Charte, la Cour supreme des États-Unis exerce une influence non négligeable.

Comme on l'a vu précédemment, les principes de common law sont énoncés par les tribunaux au fil des litiges. Ils sont donc appelés à évoluer, de façon à s'adapter aux changements sociaux. Dans le développement de ces règles de common law, les tribunaux doivent maintenant tenir compte des principes fondamentaux énoncés dans la Charte. Dans l'affaire *Dolphin Delivery*, la Cour supreme a précisé que:

«[l]e judiciaire devrait expliquer et développer des principes de common law d'une façon compatible avec les valeurs fondamentales enchâssées dans la Constitution.»¹⁴⁶

La Cour supreme devait reprendre cette idée dans plusieurs arrêts subséquents où des règles issues de la common law étaient au centre du litige: la défense d'aliénation mentale¹⁴⁷, l'admissibilité de la preuve par ouï-dire¹⁴⁸, la compétence du conjoint séparé à témoigner¹⁴⁹.

La Cour dans l'affaire *Swain* énonce que lorsqu'une règle de common law porte atteinte à la Charte,

«[i]l n'est peut-être pas strictement nécessaire d'examiner la pertinence de l'article premier. Après avoir conclu que la règle de common law énoncée par la Cour d'appel de l'Ontario restreint le droit à la liberté de l'accusé de manière non conforme aux principes de justice fondamentale, j'estime qu'il conviendrait peut-être de déterminer, à ce stade-ci, s'il est possible de formuler une autre règle de common law qui ne serait pas contraire aux principes de justice fondamentale.

S'il est possible d'énoncer une nouvelle règle de common law qui ne contrevienne pas au droit de l'accusé de contrôler la conduite de sa défense, je n'ai aucune difficulté à imaginer que la Cour puisse simplement la formuler, en remplacement de l'ancienne, sans chercher à sa-

145. A. NADEAU et L. DUCHARME, *Traité de droit civil du Québec*, v. 9, Montréal, Wilson et Lafleur, 1965, no 10, p. 7.

146. *SGDMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, 603.

147. *R. c. Swain*, précité, note 53.

148. *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531.

149. *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654.

voir si l'ancienne pourrait néanmoins être maintenue en vertu de l'article premier de la Charte. Vu que la règle de common law a été créée par des juges et non par le législateur, l'égard que les tribunaux doivent avoir envers les organismes élus n'est pas en cause. S'il est possible de reformuler une règle de common law de façon qui ne s'oppose pas aux principes de justice fondamentale, il faudrait le faire.»¹⁵⁰

Dans l'affaire *Salituro*, la Cour supreme examinait la portée du paragraphe 4(5) de la *Loi sur la preuve* au Canada¹⁵¹. Cette disposition prévoit que le principe de l'incapacité du conjoint à témoigner contre son époux ne vaut pas lorsque celui-ci était contraignable en vertu de la common law. À l'origine, la règle de common law rendait l'épouse inhabile à témoigner contre son mari ou en sa faveur. Cette règle existait puisqu'après le mariage, la femme perdait sa personnalité juridique. Depuis, deux justifications ont fondé le maintien d'une telle règle: l'harmonie conjugale et la répugnance naturelle à faire témoigner un époux contre l'autre. Après avoir constaté que la common law établissait une exception dans le cas d'un couple divorcé, et alors les époux devenaient compétents, la Cour a conclu que cette exception devrait s'étendre aux époux séparés de fait dont l'espoir de retour à la vie commune est raisonnablement impossible. La Cour a noté que ces justifications étaient «incompatibles avec le respect de la liberté individuelle, précepte central de l'ordre juridique et moral établi dans notre pays depuis l'adoption de la *Charte*.»¹⁵². La Cour a donc fait évoluer la règle de common law afin de l'adapter aux réalités sociales de la société canadienne actuelle, constatant que le lien du mariage ne pouvait avoir préséance sur la valeur du choix individuel dans le cas de séparation irrémédiable. La Cour a conclu que:

«[L]es juges peuvent et doivent adapter la common law aux changements qui se produisent dans le tissu social, moral et économique du pays.»¹⁵³

Cependant, le

«pouvoir judiciaire doit limiter son intervention aux changements progressifs nécessaires pour que la common law suive l'évolution et le dynamisme de la société.»¹⁵⁴

Enfin, elle a affirmé à nouveau ce qu'elle avait avancé dans l'arrêt *Swain*, à savoir que:

150. R. c. *Swain*, précité, note 53, 978.

151. Précitée, note 144.

152. R. c. *Salituro*, précité, note 149, 673.

153. Id., 670.

154. Id.

«Lorsque les principes sous-tendant une règle de common law ne sont pas conformes aux valeurs consacrées dans la Charte, les tribunaux devraient examiner soigneusement cette règle. S'il est possible de la modifier de manière à la rendre compatible avec les valeurs de la Charte, sans perturber le juste équilibre entre l'action judiciaire et l'action législative [...], elle doit être modifiée.»¹⁵⁵

Au Canada, le principe de légalité ne s'applique pas à l'étape de l'exécution de la peine. A cet égard, il faut bien comprendre que cette phase ne fait pas partie, comme en droit européen continental, du «proces» pénal. Au Canada, le processus pénal se termine au moment de l'imposition de la peine. Son exécution dépend du pouvoir exécutif, par opposition à judiciaire, et à ce titre, est assujettie aux règles du droit administratif, comme les autres services de l'État.

Cela implique une très grande discrétion de la part de l'État, étant entendu que ce dernier doit respecter les règles qu'il établit en la matière et qu'un exercice arbitraire ou abusif de ces pouvoirs peut faire l'objet de recours en vertu de la common law et de l'article 7 de la Charte qui exige le respect des règles de justice fondamentale pour porter atteinte à la liberté d'un individu.

B. In Italia: un regime di legalità circoscritto e attenuato in relazione a taluni suoi corollari.

Il principio di legalità dei reati e delle pene nell'ordinamento italiano esplica i propri effetti non solo nella creazione delle norme incriminatrici e nella indicazione delle relative sanzioni, bensì in tutti i settori connessi all'accertamento delle responsabilità penali e all'esecuzione delle pene irrogate. Ciò vale in primo luogo per le norme che disciplinano il processo penale; e vale altresì – come già detto – per l'importante settore penitenziario.

L'estensione del principio di legalità nei vari settori che compongono il sistema penale non è tuttavia sempre coincidente: come vedremo in seguito, mentre nell'introduzione di norme incriminatrici il principio in questione trova rigorosa applicazione in tutti i suoi aspetti (riserva di legge, tassatività-determinatezza e irretroattività), nel settore delle norme non incriminatrici esso riceve una applicazione per certi aspetti attenuata.

Per quanto riguarda in particolare il processo penale, la riserva di legge risulta sancita dall'art. 1 del nuovo codice di procedura penale, secondo il quale "la giurisdizione penale è esercitata dai giudici previsti dalle leggi di ordinamento giudiziario secondo le norme di questo codice".

Il suddetto codice di procedura, emanato con D.P.R. 22/9/1988, n.

155. *Id.*, 675.

447¹⁵⁶ ed entrato in vigore il 24/10/1989, non costituisce tuttavia l'unica ed esclusiva fonte del processo penale: per esempio, sono numerosi gli interventi del legislatore che, approvati successivamente all'emanazione del codice stesso, hanno introdotto disposizioni complementari ovvero hanno operato modifiche¹⁵⁷.

Riassuntivamente, dunque, le fonti normative dalle quali scaturisce il diritto processuale penale sono le seguenti:

a) la Costituzione: di essa va segnalato in particolare l'intero titolo IV (artt. 101-113), che è dedicato alla magistratura e contiene una serie di importanti principi, tra cui ricordiamo soprattutto quelli che sanciscono la obbligatorietà dell'azione penale (art. 112), l'obbligo di motivazione per tutti i provvedimenti giurisdizionali (art. 111, comma 1), l'indefettibile ammissibilità del ricorso in Cassazione per violazione di legge contro le sentenze e i provvedimenti sulla libertà personale (art. 111, comma 2);

b) le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute: esse entrano direttamente nell'ordinamento in forza dell'art. 10 Cost.;

c) le norme delle convenzioni internazionali ratificate e rese esecutive dallo Stato italiano;

d) le leggi ordinarie;

e) i decreti-legge emanati dal governo nei casi straordinari di necessità e urgenza: come si è visto in precedenza, essi perdono efficacia se non convertiti dal Parlamento entro 60 giorni;

f) le leggi delegate dal Parlamento al governo;

g) i regolamenti (delegati o di esecuzione)¹⁵⁸;

Nei confronti delle norme processuali, come si diceva in precedenza, l'esigenza della legalità si presenta in modo meno rigoroso rispetto a quanto accade con le norme di rango sostanziale. Il problema si pone so-

156. Con decreto del Presidente della Repubblica (D.P.R.) vengono emanati i decreti-legge e le leggi delegate dal Parlamento al governo, cioè quegli atti che, pur essendo del potere esecutivo, hanno forza di legge. La forma del decreto presidenziale è altresì utilizzata per l'emanazione dei regolamenti governativi che, come si vedrà meglio più avanti, sono fonti secondarie di diritto.

157. Per quanto riguarda la normativa complementare, segnaliamo ad esempio i D.P.R. 448 e 449 del 1988, con i quali è stata introdotta rispettivamente la disciplina dei processi a carico degli imputati minorenni e i necessari adeguamenti dell'ordinamento giudiziario nella parte relativa ai giudici e ai pubblici ministeri. Modifiche significative all'originario impianto del codice sono invece state introdotte tra il '91 e il '92, con una serie di provvedimenti volti a reprimere la criminalità di tipo mafioso.

158. Come si è già detto in precedenza, i regolamenti sono fonti secondarie di diritto che provengono dal potere esecutivo-amministrativo. Nelle materie in cui vige il principio di legalità, ad essi è consentito soltanto di specificare quanto stabilito dal legislatore.

prattutto per la regola dell'irretroattività: infatti, mentre per le norme incriminatrici essa non può subire eccezioni, viceversa – secondo una diffusa opinione – per le norme processuali si potrebbe in alcuni casi derogare a tale principio. Più precisamente, per le norme processuali si ammette che le disposizioni di nuova creazione possano trovare applicazione anche ai procedimenti relativi a fatti realizzati prima della promulgazione di tali norme, se non ancora conclusi in modo definitivo.

Un altro settore dell'ordinamento verso il quale il principio di legalità esplica i propri effetti è quello che inerisce all'esecuzione della pena.

Il principio in esame viene affermato a livello costituzionale in varie disposizioni: in primo luogo va ricordato il già citato art. 25, comma 2 della Costituzione il quale, nella interpretazione più estesa accolta da dottrina e giurisprudenza, sancisce il principio di legalità non solo con riferimento all'introduzione di norme incriminatrici, ma anche in relazione alla disciplina delle sanzioni.

In secondo luogo, il principio in esame è accolto nell'art.13: in base al quale "non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, nè qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge".

Infine, secondo taluni, il principio di legalità delle sanzioni in relazione alla loro fase esecutiva potrebbe trovare un ulteriore fondamento nei commi 3 e 4 dell'art.27 che sanciscono rispettivamente il principio di rieducatività della sanzione e il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità, nonchè il divieto di ricorrere alla pena di morte; è opportuno però precisare che a tale conclusione, che di certo non è espressamente contenuta nelle norme citate, ci si arriva soltanto attraverso complessi procedimenti interpretativi.

Nonostante l'indiscusso fondamento costituzionale del principio di legalità delle sanzioni con riferimento alla fase esecutiva, la prima legge italiana in materia penitenziaria risale solo al 1975; sino ad allora, l'esecuzione della pena era prevista, oltre che dagli artt.1411149 del codice penale, dal regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena, approvato nel 1931.

Nel 1975, dunque, viene approvata la legge di riforma dell'ordinamento penitenziario (legge n.354). Tale normativa, da un lato stabilisce i principi direttivi cui deve ispirarsi il trattamento penitenziario¹⁵⁹, dall'altro

159. Ai principi direttivi del trattamento penitenziario sono dedicati gli articoli del capo I del titolo I della legge n. 354. Tra questi, risulta particolarmente emblematico il comma 5 dell'art.1, secondo il quale "nei confronti dei condannati e degli internati deve essere attuato un trattamento rieducativo che tenda, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale degli stessi. Il

lato prevede una serie di misure alternative alla detenzione che sembrano ispirarsi all'idea del *probation*.

Successivamente al 1975, il legislatore è tornato ad occuparsi del settore penitenziario in diverse occasioni.

Tra queste, segnaliamo in particolare la legge 663 del 1986, con la quale, da un lato è stato ampliato l'ambito di applicazione delle misure alternative alla detenzione (in parte ulteriormente ritoccato dal d.l. 1871/1993, convertito con legge 296/1993), dall'altro lato sono stati descritti tassativamente i presupposti che possono legittimare trattamenti differenziati tra detenuti per ragioni di ordine e sicurezza.

In una prospettiva parzialmente difforme vanno invece collocati i più recenti interventi legislativi in materia di criminalità mafiosa, i quali hanno escluso da alcuni benefici previsti dall'ordinamento penitenziario coloro che siano stati condannati per reati di tipo "associativo", a meno che essi non manifestino la propria disponibilità a collaborare con la giustizia¹⁶⁰.

Naturalmente, anche per le norme inerenti al settore dell'esecuzione della pena, vale quanto già detto in tema di norme processuali a proposito della operatività del principio di legalità. Più precisamente, dei tre corollari che compongono il principio in esame, e cioè la riserva di legge, l'obbligo di tassatività-determinatezza e il divieto di retroattività, deve considerarsi pienamente operante solo il primo (peraltro senza escludere quelle forme di integrazione tra fonti superiori e inferiori ammesse anche per le norme incriminatrici), mentre gli altri due corollari ricevono una applicazione in parte diversa e attenuata. Ciò vale in particolare sia per il principio della tassatività-determinatezza, rispetto al quale le esigenze di esatta delimitazione del contenuto delle norme appaiono meno sentite di quanto ovviamente non siano in relazione alle disposizioni incriminatrici, sia anche per il principio di irretroattività, che in linea generale non deve ritenersi esteso alla materia dell'esecuzione penale. Anche se, per vero, alla luce delle tendenze manifestatesi in sede comparatistica, si pone il problema della eventuale natura ontologicamente penale di talune norme dell'esecuzione, con conseguente loro assoggettamento al principio di irretroattività.

3.2. Un differente sistema punitivo.

trattamento è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni dei soggetti".

160. E questo, a grandi linee, il contenuto degli articoli 13-20 del decreto legge n. 306 del 1992, convertito dal Parlamento con legge n. 356 del 1992. In una direzione analoga il legislatore si era già mosso l'anno precedente con il decreto legge n. 152 del 1991, convertito nella legge n. 203 del 1991.

3.2.1. Un diverso ambito del diritto penale.

A. In Canada: la dicotomia tra diritto penale federale e diritto penale provinciale.

Comme nous l'avons déjà souligné, la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoyait le partage des diverses compétences législatives. Comme nous le savons maintenant, le gouvernement fédéral possède, en matière d'infraction criminelle, l'exclusivité législative. Le législateur fédéral est donc le seul à pouvoir définir le crime au Canada. Il lui est par ailleurs loisible de légiférer afin de créer des infractions pénales autres que le «crime» et, en fait, d'autres lois fédérales créent également des infractions pénales. Comme nous l'avons vu, ces dernières suivent, règle générale, la procédure criminelle.

Les législatures provinciales peuvent également édicter des dispositions pénales. Le paragraphe 92(15) de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit en effet que les provinces, afin de faire respecter ou exécuter leurs lois, peuvent légiférer et prévoir des amendes ou l'emprisonnement pour toutes infractions à ces dernières. Ainsi, une part importante des infractions pénales se retrouvent dans les législations provinciales. Les infractions pénales provinciales sont soumises à leurs propres règles de procédure qui, au Québec, se trouvent au *Code de procédure pénale* et dans la common law.

Il est important de noter que les garanties de la Charte ne font aucune distinction et s'appliquent tant au droit pénal fédéral que provincial. Toutefois, la Cour suprême du Canada a formulé des limites implicites à la portée des garanties de la Charte en adoptant la règle de l'interprétation «contextuelle». Ainsi, la portée de chacune des garanties doit être examinée en fonction du contexte dans laquelle elle doit trouver application. À titre d'exemple, la Cour suprême du Canada a décidé dans l'arrêt *Lyons* que les exigences des principes de justice fondamentale de l'article 7 de la Charte varient selon le contexte de chaque affaire¹⁶¹. Dans *Lyons*, la Cour a jugé que l'article 7 donne droit à un procès équitable et non le droit aux meilleures procédures possibles dans tous les cas, refusant ainsi d'accéder à la demande du requérant d'obtenir une audition devant jury dans le cadre d'une procédure très spécifique initiée par la Couronne et visant à faire déclarer l'accusé «délinquant dangereux» au sens du *Code criminel*. Dans la même veine, la protection accordée à l'article 8 de la Charte contre les perquisitions abusives sera modulée à la baisse si la perquisition s'effectue dans le cadre d'une accusation portée en vertu d'une loi visant à

161. R. c. *Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309.

réglementer une activité commerciale. C'est ce qui ressort de l'affaire Thomson Newspapers Ltd.¹⁶², où la Cour supreme a émis l'opinion qu'il était légitime de soumettre une activité commerciale au contrôle de l'État.

B. In Italia: la dicotomia tra diritto penale e diritto punitivo amministrativo.

In Italia, così come in molti altri Stati d'Europa, le sanzioni pubbliche a contenuto afflittivo-punitivo non sono previste solo dal diritto penale. Anche il diritto amministrativo, infatti, prevede sanzioni a carattere punitivo: sanzioni, per l'appunto, conseguenti alla realizzazione di un fatto che, senza costituire reato, si configura come un illecito amministrativo.

Volte a perseguire funzioni assolutamente analoghe a quelle proprie delle sanzioni penali (e cioè, come meglio si vedrà in seguito, la prevenzione generale nel momento legislativo e la prevenzione speciale nel momento applicativo) le sanzioni amministrative si distinguono dalle sanzioni penali, innanzitutto, per la non giurisdizionalità del loro accertamento e della loro applicazione, le quali incombono all'amministrazione.

Per la comprensione dei reciproci rapporti che caratterizzano le due tradizionali categorie di sanzioni (penali e amministrative) è forse utile una breve parentesi storica. In proposito, va sottolineato che, ai tempi dell'ancien regime e più in generale all'epoca degli Stati di polizia, proprio l'or ora ricordata assenza di garanzie giurisdizionali favoriva la proliferazione delle sanzioni amministrative, indubbiamente più consone ad un uso arbitrario del potere punitivo. Logico quindi che, a partire dalla fine del XVIII secolo e con la progressiva trasformazione delle monarchie assolute in Stati di diritto, abbia avuto inizio un lento processo di trasformazione degli illeciti amministrativi in illeciti penali¹⁶³; processo diretto appunto a limitare gli abusi della pubblica amministrazione, condizionando l'applicazione delle sanzioni punitive alle garanzie che la scienza penalistica veniva elaborando.

Questo processo di "criminalizzazione" delle sanzioni, diretto in definitiva alla tutela dei diritti fondamentali, ha però negli ultimi decenni subito prima un rallentamento e poi una decisa inversione di tendenza. La frenetica proliferazione dei testi penali, così come l'aumento dei tassi di il-

162. *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada* (Directeur des enquêtes et recherches), précité, note 37.

163. Cfr. FIANDACA e MUSCO, *Diritto penale*, Bologna, 1989, p. 656 e bibliografia ivi citata. Cfr. altresì, in generale e per tutti, VERVAELE, *Les grandes théories de la peine au XVIII^e et XIX^e siècles*, in *La peine*, vol. III, Bruxelles, 1989, p. 9 ss., che sottolinea come la moderna definizione del problema penale contenga in sé stessa il rigetto della legittimazione del potere assoluto (p. 12).

legalità proprio dei moderni Paesi industrializzati, ha infatti presto portato all'intasamento degli organi giudicanti, rivelando l'impossibilità di assoggettare tutti gli illeciti, indistintamente, alle garanzie proprie del processo penale. Anche il contestuale fenomeno di attenuazione (qualitativa e quantitativa) delle pene, quantomeno per i fatti di più lieve entità, favoriva implicitamente questo *revirement*, rivelando l'inutilità di assoggettare gli autori di tali infrazioni alla stigmatizzazione penale, e contestualmente evidenziando la non indispensabilità di un livello massimo di garanzie in relazione alle sanzioni dotate di un modesto coefficiente di afflittività¹⁶⁴.

Il ritorno alla sanzione amministrativa quale strumento privilegiato per la realizzazione di un razionale programma di depenalizzazione, manifestatosi negli ultimi vent'anni in Europa ed in particolare nei Paesi di lingua tedesca, è stato però dapprima ostacolato in Italia da due fattori diversi ma tra loro connessi:

a) il primo fattore era rappresentato dalle incertezze e lacunosità che contraddistinguevano la tradizionale disciplina della sanzione amministrativa. In tale situazione, infatti, l'eventuale ricorso a questo tipo di sanzione in luogo di quella penale, sia pure solo per fatti di non grave entità, determinava una spiacevole sensazione di "salto nel buio", in particolare sotto il profilo delle garanzie;

b) il secondo fattore di ostacolo al rafforzamento dello strumento sanzionatorio amministrativo, ed in particolare alla trasposizione di taluni illeciti dal sistema penale al sistema amministrativo, era costituito dall'assenza di chiari criteri orientativi per la selezione degli illeciti all'interno di questi due sistemi. Tale assenza comportava, come ovvio, il rischio di soluzioni legislative irrazionali, del resto puntualmente manifestatesi nelle prime leggi italiane di depenalizzazione del 1967 e 1975¹⁶⁵.

Questa situazione di incertezza sia circa la *disciplina della sanzione amministrativa* sia circa i *criteri di scelta tra sanzione penale e sanzione amministrativa* è stata tuttavia risolta all'inizio degli anni '80.

a) Infatti, per quanto concerne il primo punto, la fondamentale l. 24 novembre 1981, n. 689 "Modifiche al sistema penale" ha finalmente introdotto in Italia una completa disciplina dell'illecito amministrativo e della

164. Tali fenomeni e processi si sono per vero manifestati, sia pure con modalità e con risultati alquanto diversi, anche nel Nordamerica. Cfr., per taluni brevi cenni, PALIERO, *"Minima non curat praetor"*, Padova, 1985, p. 430; nonché, *amplius* e per tutti, VAN DE KERCHOVE, *Le droit sans peines. Aspects de la dépenalisation en Belgique et aux Etats Unis*, Bruxelles, 1987, *passim*.

165. Cfr. BERNARDI, *Expériences italiennes récentes en matière de science et de technique de la législation pénale*, in Arch. pol. crim., vol. 9, 1987, p. 174 ss.

relativa sanzione¹⁶⁶, per vero in larga parte ricalcandola sulla disciplina dell'illecito penale. In particolare, la legge in questione ha affermato il principio di legalità dell'illecito amministrativo, con i suoi sottoprincipi di riserva di legge¹⁶⁷, irretroattività e determinatezza; il principio di colpevolezza, in base al quale non può essere applicata la sanzione amministrativa se non in caso di violazione *colposa* o dolosa commessa da un soggetto maggiorenne capace di intendere e di volere; il principio della pari responsabilità in caso di concorso di persone nell'illecito amministrativo¹⁶⁸; il principio del cumulo (materiale o formale) delle sanzioni amministrative in caso di commissione di più illeciti amministrativi (art. 8, l. 689/1981); il principio di specialità, sia tra gli illeciti amministrativi sia tra illecito penale e illecito amministrativo¹⁶⁹.

Sempre la l. 689/1981 ha dettato inoltre una serie di disposizioni in ordine ai criteri per la commisurazione della sanzione amministrativa tra i suoi limiti minimo e massimo, nonché in ordine alle procedure richieste per un accertamento degli illeciti amministrativi contraddistinto da un adeguato livello di garanzia¹⁷⁰.

b) Per quanto concerne poi i criteri di scelta tra sanzione penale e sanzione amministrativa, essi (dopo essere stati lasciati in parte intravedere dalla l. 689/1981) sono stati individuati ed esposti dalla circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri del 19 dicembre 1983¹⁷¹; circolare que-

166. Sanzione consistente, ex art. 10, l. 689/1981, nel pagamento di una somma di denaro non superiore a venti milioni, salvo il caso di sanzione proporzionale, priva di limite massimo. Esistono, per vero, ulteriori tipi di sanzioni amministrative quali ad esempio le sanzioni amministrative interdittive. In dottrina si discute sulla riconducibilità di tali sanzioni non pecuniarie all'interno della disciplina prevista dalla l. 689/1981. In argomento cfr., per tutti, PALIERO e TRAVI, *La sanzione amministrativa*, Milano, 1988, p. 302 ss. per i quali, anche rispetto alle sanzioni in questione si devono ritenere applicabili i fondamentali principi fissati dalla l. 689/1981.

167. Tuttavia l'illecito amministrativo, diversamente da quello penale, può essere previsto non solo da una legge statale ma anche da una legge regionale.

168. L'art. 5, l. 689/1981 recita: "Quando più persone concorrono in una violazione amministrativa, ciascuna di esse soggiace alla sanzione per questa disposta, salvo che sia diversamente stabilito dalla legge".

169. In base all'art. 9, comma 1°, l. 689/1981, "Quando uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, ovvero da una pluralità di disposizioni che prevedono sanzioni amministrative, si applica la disposizione speciale".

170. Per quanto concerne in particolare la disciplina processuale, la l. 689/1981 distingue tra una fase amministrativa (che ricomprende le due distinte sottofasi dell'accertamento e della decisione) e una fase giurisdizionale (anch'essa ricomprendente due sottofasi: quella dell'opposizione davanti al pretore contro l'ordinanza dell'autorità amministrativa e quella del giudizio). Cfr. PALAZZO, *La recente legislazione penale*, Padova, 1985, p. 109 ss.

171. In Riv. it. dir. proc. *pen.*, 1984, p. 344 ss.

sta destinata agli uffici legislativi dei ministeri e più in generale a tutti gli organi e soggetti coinvolti a vario titolo nell'attività di creazione di norme a contenuto sanzionatorio.

Tali criteri sono essenzialmente due¹⁷². Il primo criterio è quello di proporzione, in base al quale la sanzione penale dovrebbe essere riservata agli illeciti di maggiore gravità, tenuto conto sia del rango dell'interesse violato, sia della gravità dell'offesa¹⁷³. Il secondo criterio è quello di sussidiarietà, in base al quale la sanzione penale dovrebbe essere prevista solo per le infrazioni in relazione alle quali la sanzione amministrativa – tenuto conto della sua disciplina sostanziale e processuale – non abbia un'efficacia maggiore o uguale.

Tali criteri, pur non costituendo certo la formula magica per poter risolvere ogni questione sulle scelte di politica sanzionatoria, costituiscono pur tuttavia un prezioso strumento per operare scelte punitive meditate e razionalmente fondate.

Con la predisposizione di un'articolata disciplina delle sanzioni amministrative e di puntuali criteri di scelta tra illecito penale e illecito amministrativo, il sistema sanzionatorio italiano sembrerebbe così destinato a perpetuare e rafforzare quella dicotomia tra sanzioni criminali e sanzioni "di polizia" che ha sempre avuto particolare fortuna negli Stati autoritari. Ma la similitudine con ogni antico sistema punitivo "a doppio binario" è solo apparente dato che, come si è visto, in Italia l'illecito amministrativo è ormai assoggettato ai più significativi principi garantistici propri del sistema penale. Si può quindi affermare che il livello di garanzie previste per l'applicazione della sanzione amministrativa, ancorché certo un po' inferiore rispetto a quello proprio della sanzione criminale, è senz'altro adeguato alle esigenze di un moderno Stato di diritto. Sotto questo profilo, le scelte di depenalizzazione operate dall'Italia sembrerebbero solo apparentemente in contrasto con le posizioni assunte in materia dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Corte la quale, nel timore che gli Stati europei

172. Cfr., per tutti, DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1984, p. 589 ss.; PADOVANI, *La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative secondo l'esperienza italiana*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1984, p. 952 ss.; ID, *La scelta tra sanzioni penali e amministrative e la circolare 19 dicembre 1983*, in Riv. giur. pol. loc., 1984, p. 21 ss.; LATTANZI, *Sanzioni penali e sanzioni amministrative: criteri di scelta e canoni modalit* in una circolare della presidenza del consiglio, in Foro it., 1985, V, c. 251; GIUNTA, voce *Depenalizzazione*, in Dizionario di diritto e procedura penale, a cura di Vassalli, Milano, 1986, p. 215; LORVELLEC, *Les frontières entre infraction pénale et infraction administrative en Italie*, in Arch. pol. crim., n. 8, 1985, p. 186 ss.

173. Cfr., per tutti, PALAZZO, *I criteri di riparto fra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, in Indice pen., 1986, p. 46.

utilizzino a fini repressivi sanzioni amministrative tendenzialmente sprovviste di garanzie per colpire illeciti "sostanzialmente" penali, ha finito col dilatare in via interpretativa il concetto di "materia penale" contenuto all'art. 6 CEDU. In tal modo la Corte europea impone il rispetto dei diritti processuali previsti all'art. 6 CEDU anche in relazione a tutti quegli illeciti amministrativi (o comunque non penali) che, in ragione della loro intrinseca gravità o della severità delle relative sanzioni, essa ritiene meritevoli di essere equiparati, sotto il profilo delle garanzie minimali sancite dalla CEDU, agli illeciti penali,

L'almeno tendenziale adeguatezza delle garanzie previste dall'attuale disciplina italiana delle sanzioni amministrative rispetto ai parametri CEDU sembrerebbe confermata dal fatto che, almeno sino ad oggi, l'Italia non ha subito in questa materia condanne da parte degli organi di Strasburgo.

3.2.2 Una differente classificazione dei reati.

A. In Canada: una bipartizione fondata sulla procedura.

Le droit pénal canadien connaît deux types d'infractions en matière fédérale: les actes criminels et les infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. Bien qu'on associe généralement les actes criminels aux délits les plus graves, il n'existe pas de différence de genre ou de nature entre les deux types d'infractions. Par exemple, la *mens rea* des infractions est souvent la même, que l'infraction soit un acte criminel ou une infraction sommaire, sauf si le texte commande une conclusion différente. En fait, l'acte criminel se distingue plutôt de l'infraction sommaire par le mode de poursuite, par les peines maximales prévues pour chacune et par la prescription rattachée à la deuxième.

La peine est généralement moins lourde pour une infraction sommaire pour laquelle l'accusé encourt une peine pécuniaire ou une peine d'incarcération de courte durée. Les actes criminels, pour leur part, donnent lieu à des peines plus lourdes, le maximum étant l'emprisonnement à perpétuité. Dans les autres cas, le législateur prévoit que l'accusé est passible d'une peine de quatorze, dix, cinq ou deux ans. Lorsqu'aucune peine n'est prévue par la loi, le *Code criminel* énonce le principe général que l'acte criminel encourt une peine maximale de cinq ans d'emprisonnement¹⁷⁴. Dans le cas d'une infraction sommaire, la peine ne

174. Art. 730 C.cr.

doit pas dépasser une amende de 2000 \$ et un emprisonnement de six mois (ou une de ces peines)¹⁷⁵.

Mentionnons également que l'infraction sommaire comporte un obstacle particulier qui est la prescription. En principe, les actes criminels sont imprescriptibles, sauf exception ponctuelle. En matière sommaire, l'article 786(2) C.cr. prévoit qu'aucune poursuite ne peut être intentée plus de six mois après que l'objet des procédures a pris naissance¹⁷⁶.

Toutefois, il y a lieu de tenir compte, en matière d'actes criminels, de la période qui précède le dépôt d'une accusation pour apprécier une violation possible des principes de justice fondamentale de l'article 7 de la Charte ou du droit à un procès équitable, protégé à son article 11d). En effet, s'il n'est légalement jamais trop tard pour déposer un acte d'accusation, la loyauté et la décence qui sous-tendent chaque affaire criminelle exigeront parfois que les tribunaux exercent un certain contrôle¹⁷⁷ et qu'ils prononcent l'arrêt de toutes les procédures entreprises contre le prévenu en guise de réparation à la violation de cette garantie constitutionnelle.

Toutefois, dans l'arrêt *L. (W.K.)*¹⁷⁸, la Cour suprême a déclaré que le seul écoulement du temps avant l'inculpation ne peut constituer une violation des droits de l'accusé:

«Mettre fin aux procédures simplement en raison du temps écoulé équivaldrait à imposer une prescription de création judiciaire à l'égard d'une infraction criminelle. Au Canada, sauf dans de rares circonstances, il n'existe pas de prescription en matière criminelle. [...]»

«L'article 7 et l'al. 11 d) de la Charte garantissent notamment le droit de l'inculpé à un procès équitable. Cette équité n'est toutefois pas automatiquement compromise même par un long délai avant le dépôt de l'accusation».¹⁷⁹

Quant à la procédure, elle est plus complexe et plus lourde pour l'acte criminel alors que pour l'infraction sommaire, elle se révèle plus simple et expéditive. Généralement, le mode de poursuite est déterminé par le texte législatif créant l'infraction. Cependant, si le texte est silencieux, la *Loi d'interprétation* le prévoit de façon supplétive¹⁸⁰.

175. Art. 787 C.cr.

176. Le dépôt de la dénonciation interrompt la prescription: art. 788(1) C.cr.

177. R. c. Young, (1984) 13 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.).

178. R. c. L. (W.K.), [1991] 1 R.C.S. 1091.

179. *Id.*, 1100.

180. Précitée, note 127, art. 34(1).

Par ailleurs, il arrive que le législateur prévoit des infractions hybrides, c'est-à-dire des comportements qui seront qualifiés d'actes criminels ou d'infractions sommaires selon la procédure pour laquelle optera le poursuivant. Dans ces cas, le texte énonce clairement que le contrevenant peut être poursuivi par acte d'accusation ou sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. Dans de tel cas, les tribunaux ont décidé que, tant que le poursuivant n'aura pas fait un choix irrémédiable à l'effet contraire, l'infraction constitue un acte criminel:

«L'infraction décrite à la dénonciation et à la sommation dans le présent cas, en regard de l'article 294 [334] du Code *criminel* et de l'article 27 [34(1)] de la Loi *d'interprétation* est clairement un acte criminel. Le procureur général avait encore, après la sommation et malgré son texte, le choix de rechercher une déclaration de culpabilité par acte d'accusation ou par voie de déclaration sommaire de culpabilité. La description de l'infraction dans la sommation n'enlève pas le caractère d'acte criminel à l'offense [sic] reprochée tant et aussi longtemps que le procureur général n'a pas fait un choix irrémédiable, ce qui n'est pas le cas ici.»¹⁸¹

Juridiquement, un choix devient irrévocable lorsque, sur le plan procédural, l'infraction est traitée d'une manière incompatible avec le déroulement d'une poursuite par voie de mise en accusation. En pratique, la poursuite choisit généralement de poursuivre par voie sommaire, économisant temps et argent.

La faculté conférée dans certains cas au poursuivant de choisir le mode de poursuite, dans les cas d'infractions «hybrides», a été critiquée, avant l'adoption de la Charte, en vertu du droit à l'égalité devant la loi que l'on retrouve également dans la *Déclaration canadienne des droits*. Cependant, les tribunaux n'ont pas donné suite à cet argument.

«On soutient qu'étant donné qu'absolument aucune norme n'est énoncée voire mentionnée à l'article 132(2) pour guider ou contrôler ce pouvoir discrétionnaire absolu, le Procureur général alors en fonction a le pouvoir de traiter de façon différente des personnes accusées en vertu de l'art. 132(1) ou de traiter de façon différente des cas semblables, ou d'exiger que l'on procède par voie de mise en accusation dans les cas moins graves, ou d'adopter une façon de procéder qui diffère de celle d'un autre Procureur général et dont l'application peut même varier d'une province à l'autre et d'une ville à l'autre.

À mon avis, les vues de l'appelant ne reconnaissent pas que l'art. 132(2) n'établit en soi aucune distinction entre une personne ou classe de personnes particulière et quelque autre membre de la société et que ces dispositions, qui s'appliquent assurément sans distinction à tout le

181. Lapointe c. *Lacroix*, [1981] C.A. 497, 501 (C.A.Q.).

monde, confèrent simplement au Procureur général du Canada le pouvoir de décider, selon son propre jugement et dans tous les cas, le mode de poursuite des infractions décrites à l'art 132(2). [...]»¹⁸²

Depuis l'adoption de la Charte, document constitutionnel, on peut se demander si les tribunaux ne seraient pas justifiés de donner à la Charte une portée plus généreuse qu'à la *Déclaration canadienne*. Jusqu'à ce jour, les contestations sous la Charte n'ont guère donné satisfaction aux accusés¹⁸³.

La règle conférant la faculté au poursuivant de choisir le mode de poursuite semble jusqu'à maintenant résister aux attaques constitutionnelles. Toutefois, l'exercice abusif de cette prérogative peut constituer une violation de l'article 7 de la Charte et justifier l'intervention des tribunaux en vertu de l'article 24¹⁸⁴.

B. In Italia: una bipartizione fondata sulla pena.

L'illecito penale nel sistema italiano può presentarsi in due diverse forme: come dispone l'art.39 del codice penale, "i reati si distinguono in delitti e contravvenzioni, secondo la diversa specie delle pene per essi rispettivamente stabilite". A sua volta, l'art. 17 dello stesso codice individua le pene principali per i delitti nell'ergastolo, la reclusione e la multa; per le contravvenzioni prevede invece l'arresto e l'ammenda.

Tali tipologie di sanzioni, pur avendo – come vedremo tra breve – contenuti in parte analoghi (detentivi, per quanto riguarda l'ergastolo, la reclusione e l'arresto, pecuniari per quanto concerne la multa e l'ammenda), si differenziano per i diversi presupposti e il diverso regime di applicazione.

In particolare, l'ergastolo, ai sensi dell'art. 22 c.p., costituisce una pena perpetua, ed "è scontata in uno degli stabilimenti a ciò destinati, con l'obbligo del lavoro e dell'isolamento notturno"¹⁸⁵.

182. R. c. Smythe, précité, note 67.

183. R. c. *Century 21 Ramos Realty*, (1987) 32 C.C.C. (3d) 353 (C.A.O.), permission d'appeler refusée par la Cour suprême à [1987] 1 R.C.S. xiii.

184. R. c. *Quinn*, (1990) 54 C.C.C. (3d) 157, 160 (C.A.Q.).

185. La perpetuità dell'ergastolo è peraltro attenuata dalla previsione legislativa di alcune misure, volte a favorire, ove sussistano determinati presupposti, il rientro del condannato nella società. Ci si riferisce in particolare alla liberazione condizionale, che può essere concessa all'ergastolano che abbia scontato almeno 26 anni di pena, sempre che nel corso della detenzione abbia tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento. Una ulteriore eccezione alla perpetuità dell'ergastolo deve altresì essere ravvisata nella misura della semilibertà, di cui può beneficiare anche l'ergastolano che abbia scontato almeno 20 anni di pena. Tale misura, che consente al condannato di trascorrere parte del giorno fuori

La reclusione, ai sensi dell'art. 23 c.p., ha una estensione che va da un minimo di 15 giorni ad un massimo di 24 anni; anch'essa deve essere scontata in stabilimenti appositi (le cd. "case di reclusione"), e si accompa- gna all'obbligo del lavoro e dell'isolamento notturno.

L'arresto infine, si estende da 5 giorni a tre anni e, come le altre pene detentive appena illustrate, va eseguito negli stabilimenti a ciò destinati (o in sezioni speciali delle case di reclusione), con l'obbligo del lavoro e dell'isolamento notturno.

Passando alle pene pecuniarie, la multa consiste nell'obbligo di pagare allo Stato una somma di denaro non inferiore a L. 10.000 e non superiore a L. 10.000.000. Inoltre, ai sensi dell'art. 24 c.p., per i delitti determinati da motivi di lucro, se la legge stabilisce solo la pena della reclusione, il giudice può aggiungere una multa non superiore a 4 milioni.

Da ultimo, l'ammenda consiste nella corresponsione di una somma di denaro non inferiore a L. 4.000 e non superiore a due milioni.

Sia la multa che l'ammenda possono comunque essere diminuite fino a un terzo o aumentate fino al triplo, tenuto conto della capacità economica del reo. Esistono poi pene pecuniarie proporzionali alla "dimensione" del fatto realizzato, prive del limite massimo.

In conclusione pertanto, il legislatore penale, per distinguere le fattispecie delittuose da quelle contravvenzionali ha optato per un criterio di natura formale, fondato sul tipo di sanzione comminata; ma la dottrina si è a lungo interrogata (e a tutt'oggi si interroga) sulla possibilità di rinvenire criteri sostanziali che consentano di distinguere le due diverse tipologie criminose¹⁸⁶.

Tra gli orientamenti di collocazione più remota, va ad esempio ricordato quello secondo cui i delitti offenderebbero la sicurezza pubblica e privata, mentre le contravvenzioni violerebbero le leggi destinate a promuovere il pubblico bene. Secondo altra tesi, invece, i delitti produrrebbero lesioni giuridiche, mentre le contravvenzioni creerebbero soltanto pericoli per la pubblica utilità o per l'altrui diritto. Ancora, secondo una ulteriore ricostruzione, le contravvenzioni, diversamente dai delitti, contrasterebbero soltanto con l'interesse amministrativo dello Stato.

In una diversa prospettiva, altri autori, consapevoli della difficoltà di

dall'istituto per partecipare ad attività lavorative, istruttive o comunque utili al suo reinserimento può essere disposta in relazione ai progressi compiuti nel corso del trattamento di recupero. E' da segnalare infine che i suddetti termini di 26 anni (liberazione condizionale) e di 20 anni (semilibertà) possono essere ridotti laddove il condannato, in presenza di taluni presupposti comportamentali di segno positivo, abbia potuto beneficiare delle cd. "riduzioni di pena", che ammontano a 45 giorni ogni semestre.

186. Per un quadro riepilogativo delle varie teorie formulate sul tema cfr., ad esempio, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 124 ss.

individuare un criterio sostanziale che consenta di tracciare una chiara linea di demarcazione tra le due tipologie di reato, hanno suggerito di ricorrere ad un criterio "quantitativo": le fattispecie delittuose sarebbero in sostanza caratterizzate da una maggiore gravità rispetto a quelle contravvenzionali, gravità desumibile dalle precise scelte di politica criminale di volta in volta operate dal legislatore.

Su tale questione è di recente intervenuta una circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri¹⁸⁷, la quale da un lato ha stabilito criteri orientativi per la formulazione delle fattispecie penali, dall'altro lato ha indicato in quali ipotesi può risultare opportuno il ricorso alle fattispecie contravvenzionali. Più precisamente, secondo tale circolare, in una prospettiva futura le contravvenzioni dovrebbero essere circoscritte solo a particolari tipologie di illeciti caratterizzate da particolari contenuti¹⁸⁸.

Si noti infine che la distinzione degli illeciti penali in delitti e contravvenzioni non attiene soltanto alla diversa natura delle sanzioni comminate, ma ha una serie di effetti importanti nell'applicazione di alcuni istituti.

In sintesi, i settori più direttamente interessati dalla distinzione in esame sembrano essere i seguenti:

a) elemento soggettivo del reato : si atteggia diversamente nell'uno e nell'altro caso. Più esattamente, per i delitti il dolo rappresenta la forma ordinaria e "regolare" di responsabilità penale, mentre la colpa costituisce un'ipotesi eccezionale (si punisce cioè a titolo di colpa solo quando il fatto criminoso sia espressamente previsto dalla legge anche nella forma colposa); nelle contravvenzioni, invece, "ciascuno risponde della propria azione od omissione, sia essa dolosa o colposa" (art. 42, comma 4 c.p.);

b) tentativo: secondo l'art. 56 del codice penale tale istituto è applicabile solo rispetto ai delitti, mentre le contravvenzioni sono punibili solo in caso di consumazione;

c) oblazione: si tratta di una speciale causa estintiva del reato la cui applicabilità è limitata dagli artt. 162 e 162 bis del codice penale alle sole contravvenzioni;

d) prescrizione del reato o della pena: è una ulteriore causa estintiva legata al decorso del tempo, con previsione di termini sensibilmente diversi a seconda che si tratti di delitti o contravvenzioni. Premesso che tale

187. Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri 5/2/1986, in *Cass. pen.*, 1986, p. 624.

188. Per un commento alla suddetta circolare, con particolare riferimento alla tecnica di redazione delle fattispecie, cfr. PALAZZO, *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie penale in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in *Cass. pen.* 1987, p. 230.

istituto non trova applicazione per quei reati puniti con la pena dell'ergastolo, rispetto ai quali l'ordinamento conserva sempre l'interesse alla repressione, il tempo necessario a prescrivere un delitto va da un minimo di 5 anni ad un massimo di 20 anni, a seconda della gravità del delitto stesso; viceversa, le contravvenzioni si prescrivono in tre anni, quando la legge stabilisce la pena dell'arresto, e in due anni quando è prevista solo l'ammenda.

Quanto alla prescrizione della pena, il tempo richiesto per le sanzioni derivanti da delitto è di norma pari al doppio della pena inflitta, e comunque non inferiore a 10 anni (art. 172 c.p.), mentre per le sanzioni derivanti da contravvenzioni è previsto il termine di 5 anni.

Capitolo II

IL CONTROLLO DI COSTITUZIONALITÀ IN MATERIA PENALE

1. LE GIURISDIZIONI

1.1. In materia costituzionale.

A. In Canada: un controllo diffuso da parte delle giurisdizioni di diritto comune.

En matière pénale, la règle est claire et simple: tout tribunal de première instance peut casser un acte d'accusation lorsque le texte d'incrimination reprochant l'infraction entre en conflit avec un droit ou une liberté garanti par la Charte. C'est ce qu'a décidé la Cour suprême dans l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.*¹⁸⁹. Cette décision est conforme à la tradition qui a toujours reconnu aux tribunaux de juridiction pénale le droit de statuer sur la constitutionnalité d'une loi¹⁹⁰, le droit d'en soulever l'inconstitutionnalité ayant toujours été considéré comme faisant partie du droit à une défense pleine et entière. Lorsqu'un tribunal est saisi d'une requête demandant qu'une disposition soit déclarée inopérante, il doit rendre jugement. Il ne peut déférer cette demande aux tribunaux de juridiction civile pour qu'ils rendent un jugement déclaratoire¹⁹¹.

Si la demande est accueillie et que la disposition est déclarée contraire à la Constitution, l'accusé est alors libéré. Dans le cas contraire, les procédures se poursuivent. En principe, dans le premier cas, le poursuivant en

189. R. c. *Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S.295.

190. *Segal c. Cité de Montréal*, [1931] R.C.S.460.

191. R. c. *Millar*, (1989) 50 C.C.C. (3d) 574 (P.E.I.C.A.).

appellera à la cour d'appel de la déclaration d'inconstitutionnalité. En effet, cette dernière décision est une question de droit susceptible d'appel ¹⁹². Dans le deuxième cas, l'appel n'est pas possible puisque la décision du juge ne met pas fin aux procédures et constitue, à cet égard, une décision interlocutoire pour laquelle aucun droit d'appel n'est prévu par la loi ¹⁹³. L'accusé devra alors attendre l'issue du procès et s'il est déclaré coupable, il pourra porter en appel la décision du juge.

Après le juge de première instance, c'est donc la cour d'appel qui entendra les arguments des parties et qui statuera sur la constitutionnalité de la disposition attaquée. Puis, si une partie porte de nouveau en appel cette décision, la Cour supreme pourra être saisie du dossier. Il est à noter qu'advenant un jugement unanime de la cour d'appel, le pourvoi devant la Cour supreme du Canada ne se fera qu'après avoir obtenu la permission de cette dernière. Dans le cas où une cour d'appel a prononcé l'inconstitutionnalité d'une règle de droit, cette autorisation de pourvoi sera évidemment toujours accordée.

Lorsque la constitutionnalité d'une disposition législative est attaquée dans le cadre d'une procédure pénale, un avis sera donné au Procureur général afin qu'il puisse intervenir et défendre le texte attaqué. Devant la Cour supreme, tous les procureurs ont d'office droit d'intervention. Par ailleurs, il arrive parfois que certains groupes d'intérêts demandent la permission au tribunal d'intervenir sur la question constitutionnelle dont il est saisi. Dans une affaire récente, la Cour supreme a confirmé que des interventions sont permises, même dans le cadre d'affaires pénales ¹⁹⁴. La Cour vérifiera d'abord si le groupe, en raison de son mandat ou des personnes qu'il représente, possède effectivement un intérêt dans la question constitutionnelle. Dans l'affirmative, elle permettra l'intervention. La Cour pourra également limiter l'intervention à certains aspects particuliers de la question constitutionnelle sur lesquels le groupe en question peut effectivement apporter un éclairage utile et différent. En outre, la Cour pourra n'accepter qu'une intervention écrite, sujette à des questions de la Cour lors de l'audience.

La Cour supreme, cour générale d'appel, est donc appelée à statuer en dernier ressort sur les questions constitutionnelles. Ce tribunal, composé de neuf juges, constitue, comme dans tous les pays de tradition juridique de common law, davantage une cour de politique judiciaire qu'une cour

192. *Mills c. R.*, [1986] 1 R.C.S. 863.

193. *Kourtesis c. M.N.R.*, [1993] 2 R.C.S. 53; *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764.

194. *R. c. Finta*, [1993] 1 R.C.S. 1138.

d'appel proprement dite. Ainsi, sauf quelques exceptions, une partie qui veut saisir la Cour supreme doit lui en demander l'autorisation. Le critère pertinent à l'obtention de la permission d'appeler n'est pas l'importance de l'enjeu en litige mais l'intérêt des questions de droits qui sont en cause. Dans l'arrêt *Gardiner*, le juge Dickson déclarait ce qui suit:

«Ici, l'élément fondamental à retenir est que la plupart des litiges dont est saisie la Cour supreme ont déjà été tranchés par un tribunal de première instance et une cour d'appel provinciale. Les parties au litige ont déjà eu l'occasion de se faire entendre. Il ne revient pas à la Cour supreme de leur fournir une autre occasion. "L'examen de la Cour supreme, d'après le juge en chef Hughes de la Cour supreme des États-Unis, a donc lieu dans l'intérêt du droit, de son interprétation et de son application régulières, et non dans le seul intérêt des parties au litige". La Cour supreme du Canada devrait elle aussi servir, par sa conception et son fonctionnement, non pas les intérêts personnels des parties mécontentes, mais l'intérêt de la société en fournissant une solution péremptoire aux questions de droit qui intéressent l'ensemble de la nation.»¹⁹⁵

En pratique, la Cour se saisit d'environ cent vingt-cinq affaires par année.

Il faut également comprendre que les arrêts de la Cour supreme sont de véritables articles de doctrine, le ou les juges qui rédigent l'opinion du tribunal ou une opinion dissidente exposant en détails toutes les autorités, doctrinales ou jurisprudentielles, qui justifient leur conclusion.

B. In Italia: un controllo accentratto da parte della Corte costituzionale.

Nel sistema italiano, il compito di verificare il rispetto dei principi costituzionali da parte delle norme di rango legislativo è affidato ad un organo unico, che è appunto la Corte costituzionale.

Introdotta per la prima volta dalla Costituzione del 1948, la Corte è un organo collegiale supremo non assoggettato al controllo di altri poteri; ancorché la diversa provenienza dei giudici costituzionali abbia indotto parte della dottrina a considerarla come un organo misto e rappresentativo¹⁹⁶.

Nella sua composizione ordinaria, la Corte si compone di 15 giudici. Ai sensi dell'art.135 della Costituzione, essi sono nominati per un terzo dal Presidente della Repubblica, per un terzo dal Parlamento in seduta co-

195. R. c. *Gardiner*, [1982] 2 R. C. S. 368, 397.

196. In questo senso cfr., ad esempio, ZAGREBELSKY, La giustizia costituzionale, Bologna 1988, p.93 ss.

mune e per un terzo dalle supreme magistrature ordinaria e amministrative (Corte di Cassazione, Consiglio di Stato e Corte dei Conti).

In una ipotesi particolare, e cioè nei giudizi d'accusa contro il Presidente della Repubblica che sia accusato di alto tradimento o di attentato alla Costituzione, la Corte decide invece in una speciale composizione integrata: ai predetti giudici costituzionali vengono infatti affiancati sedici membri sorteggiati da un elenco di 45 cittadini compilato dal Parlamento in seduta comune ogni 9 anni.

Quando opera nella sua composizione ordinaria, la Corte funziona con l'intervento di almeno 11 giudici; nei giudizi contro il Presidente della Repubblica, invece, i giudici devono essere almeno 21.

La Corte costituzionale è dunque un organo "misto": la diversa provenienza dei suoi componenti si spiegherebbe con l'opportunità di bilanciare le esigenze di carattere tecnico-giuridico con quelle di natura politico-istituzionale.

Nei procedimenti dinanzi alla Corte costituzionale, al fine di garantire l'indipendenza e l'imparzialità dei giudici, non trovano applicazione gli istituti dell'astensione e della ricusazione dei giudici stessi¹⁹⁷. Trovano invece applicazione meccanismi di tipo diverso. In particolare, è previsto che il giudice costituzionale non possa ricoprire certe cariche (per esempio, di parlamentare o consigliere regionale) ovvero esercitare certe attività (per esempio, di avvocato o di attivista in partiti politici).

Per contro, i giudici costituzionali godono di una serie di prerogative, tra cui segnaliamo in particolare:

a) l'immunità penale: i componenti della Corte non possono essere perseguiti per le opinioni espresse e i voti dati nell'esercizio delle proprie funzioni; inoltre, perchè si possa procedere penalmente nei confronti di essi, occorre l'autorizzazione a procedere da parte della stessa Corte.

b) l'inamovibilità: solo la Corte costituzionale può disporre la rimozione o sospensione dei suoi giudici, il che peraltro può accadere solo in casi particolari previsti dalla legge.

Le attribuzioni della Corte costituzionale sono varie. In primo luogo la Corte valuta la conformità alla Costituzione delle leggi e degli altri atti aventi forza di legge.

Oltre a ciò, la Corte, come accennato in precedenza, è anche competente a giudicare il Presidente della Repubblica che sia stato accusato di alto tradimento o di attentato alla Costituzione, decide sui conflitti

197. Per un esame dei complessi profili di tali istituti, cfr. gli artt. 34-44 del c.p.p. e gli artt. 51-54 del c.p.c.

di attribuzione tra i poteri dello Stato, ed infine si pronuncia sull'ammissibilità dei referendum popolari abrogativi ⁹⁸.

La funzione più frequentemente esercitata è naturalmente quella consistente nel controllo di costituzionalità delle leggi; le altre attribuzioni hanno invece un rilievo sostanzialmente accessorio.

Per quanto riguarda specificamente tale principale attribuzione, va sottolineato come essa trovi il proprio fondamento normativo nell'art. 134 Cost., ai sensi del quale la Corte costituzionale giudica "sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge dello Stato e delle regioni".

Pertanto, riassuntivamente, il controllo di legittimità della Corte costituzionale può riguardare:

a) in primo luogo le stesse leggi costituzionali approvate successivamente alla Costituzione, benchè tale sindacato, come si vedrà più avanti, sia assoggettato ad alcune importanti limitazioni;

b) le leggi ordinarie dello Stato;

c) le leggi regionali ¹⁹⁹;

f) i decreti-legge e le cd. leggi delegate che, come si è visto, sono espressione del potere normativo del governo.

Non sono invece direttamente sindacabili dalla Corte costituzionale:

198. Il referendum viene tradizionalmente ritenuto un istituto di democrazia diretta, in quanto consente al popolo di manifestare direttamente la propria volontà senza il tramite dei propri rappresentanti. L'ordinamento italiano ne prevede diversi tipi:

a) il più diffuso è certamente il referendum abrogativo, che consente agli elettori di decidere se mantenere in vigore una o più norme contenute in leggi statali o regionali (artt. 75 e 123 Cost.);

b) un secondo tipo di referendum è invece quello "costituzionale", con il quale si chiede agli elettori di pronunciarsi sulle leggi di revisione costituzionale e le altre leggi costituzionali prima della loro promulgazione, quando tali leggi siano state approvate da maggioranze parlamentari che pur essendo sufficienti, non raggiungono tuttavia la percentuale di consensi al di là della quale si procede direttamente alla promulgazione, senza alcuna consultazione popolare (art. 138 Cost.);

c) Infine, l'ordinamento prevede anche un referendum "territoriale" ove si debbano disporre modifiche del territorio di Regioni, Province e Comuni (artt. 132 e 133 Cost.) e un referendum consultivo su questioni di particolare interesse, previsto solo a livello regionale.

199. Nonchè taluni altri atti normativi dotati di efficacia limitata all'ambito regionale, cosiccome le leggi emanate da talune province (le province in Italia costituiscono enti territoriali minori compresi nel più ampio territorio della regione. Le province a loro volta sono formate da un numero variabile di comuni. Complessivamente l'Italia è formata da 21 regioni, 95 province e circa 9000 comuni).

- a) i regolamenti del potere esecutivo-amministrativo²⁰⁰;
- b) i contratti collettivi di lavoro: essi sono considerati espressione di autonomia collettiva e sono assoggettati alle comuni regole di diritto privato;
- c) i regolamenti delle Comunità europee: pur essendo vincolanti e direttamente applicabili negli stati membri, essi non appartengono all'ordinamento italiano ma sono espressione dell'ordinamento delle Comunità europee; ne consegue che gli eventuali problemi di validità o interpretazione degli stessi, dovranno essere risolti dalla Corte di giustizia delle Comunità²⁰¹.

La scelta della Costituzione italiana di configurare un unico organo cui attribuire in esclusiva il compito di verificare la costituzionalità delle leggi, secondo una interpretazione assai diffusa troverebbe fondamento nel carattere "rigido" della suddetta Carta costituzionale²⁰². Oltre a ciò, una spinta decisiva verso una scelta "centralizzata" in tema di controllo di costituzionalità delle leggi fu a suo tempo sicuramente realizzata dagli orientamenti di ispirazione liberale e cattolica; entrambi vedevano infatti con favore la creazione di un organo superiore che fosse competente a valutare la conformità delle leggi a quei principi e valori superiori che erano stati affermati nella Costituzione.

In proposito, merita di essere sottolineato che comunque una sia pur breve esperienza di controllo diffuso di costituzionalità si è avuta anche in Italia negli anni immediatamente successivi alla promulgazione della Costituzione e prima che la Corte costituzionale iniziasse la sua attività. Tale esperienza, tuttavia, si è rivelata ricca di inconvenienti²⁰³. Primo fra tutti la gravissima situazione di incertezza riscontrabile in un sistema di con-

200. Occorre tuttavia sottolineare che tali regolamenti, come si è visto in precedenza, sono fonti secondarie di diritto e dunque devono rispettare i disposti costituzionali. Tuttavia, poichè tali regolamenti possono essere adottati solo quando una legge ordinaria dello Stato lo preveda, possono presentarsi le seguenti situazioni patologiche:

- la legge su cui essi si fondano è incostituzionale: in questo caso sarà la legge suddetta ad essere dichiarata contraria alla Costituzione;
- il regolamento contiene disposizioni incostituzionali che violano la legge su cui lo stesso regolamento si basa: in questo caso siamo in presenza di una illegittimità che potrà essere denunciata dinanzi agli organi di giustizia amministrativa.

201. V. per esempio, Corte cost., sent. 30/10/1975, n. 232, in Giur. cost. 1975, p. 2211.

202. Sul significato e le conseguenze del carattere "rigido" della Costituzione, cfr., retro, cap. I, par. 1.1. B.

203. CAPPELLETTI, Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato, Milano 1978; ID., Giustizia costituzionale sopranazionale, cit., p. 9 ss..

trollo costituzionale concretantesi in decisioni aventi effetti limitati al caso concreto, ove tale sistema non si impronti alla regola generale dello *stare decisis* (cioè del precedente vincolante).

Per quanto riguarda i procedimenti per l'instaurazione dei giudizi di costituzionalità delle leggi, va osservato come nell'ordinamento italiano siano sostanzialmente due: uno in via principale, l'altro di natura incidentale.

Il giudizio in via principale – come vedremo più avanti – è previsto solo per particolari ipotesi, essenzialmente circoscritte al rapporto tra Stato e Regioni; esso non richiede come presupposto la pendenza di un giudizio dinanzi alla autorità giurisdizionale, potendo in alcuni casi essere instaurato addirittura prima dell'entrata in vigore della normativa di cui si chiede il controllo.

Il giudizio in via incidentale – al contrario – nasce nell'ambito di un processo: esso infatti, può essere attivato solo ove risulti instaurato un giudizio dinanzi all'autorità giurisdizionale e si prospetti come possibile l'applicazione della norma sospettata di incostituzionalità; in tal caso, il giudice del processo – di propria iniziativa ovvero su impulso di parte – può sospendere il procedimento principale e rimettere la questione di costituzionalità dinanzi alla Corte costituzionale perchè si pronunci su di essa.

Un'ultima questione sulla quale occorre preliminarmente soffermarsi prima di affrontare nei dettagli le due procedure appena descritte riguarda le tipologie di vizi che possono inficiare le norme giuridiche e determinare l'instaurazione della questione di legittimità costituzionale. In proposito, merita di essere segnalato che, secondo larga parte della dottrina, i vizi si distinguerebbero in formali e sostanziali: per vizio formale si intenderebbe quello che incide direttamente sull'atto, indipendentemente dal suo contenuto, e che deriva dalla violazione delle norme sul procedimento di adozione dell'atto stesso; viceversa il vizio sostanziale è quello che inerisce al contenuto dell'atto. Nella stragrande maggioranza dei casi, il fatto che il vizio abbia natura formale o sostanziale non ha alcuna rilevanza ai fini della censura di incostituzionalità; non mancano tuttavia i casi in cui tale distinzione assume al contrario un rilievo determinante²⁰⁴.

1.2. In materia sovranazionale in Italia.

204. Tali ipotesi riguardano essenzialmente le leggi costituzionali approvate successivamente alla Costituzione, che sono di regola sindacabili solo per vizi di forma (la sindacabilità per vizi sostanziali è infatti limitata a quei soli casi in cui la Costituzione stessa ponga dei limiti espressi o taciti alla propria revisione); e riguardano altresì le leggi regionali, sindacabili solo per vizi di forma e, più in generale, di legittimità in sede di controllo da parte del governo nel momento immediatamente precedente alla loro entrata in vigore.

1.2.1. Un controllo diffuso da parte delle giurisdizioni interne di diritto comune.

Come in precedenza ricordato (Cap. I, § 2.1), la legislazione (penale) italiana deve risultare conforme non solo alle garanzie sancite dalla Costituzione, ma anche a quelle previste, in particolare, dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dal diritto comunitario. Ciò, appunto, a causa del "primato" di tali complessi normativi sul diritto comune interno; primato che, del resto, appare condizione indispensabile all'esistenza stessa di un insieme di norme valide ed operanti in una pluralità di Stati²⁰⁵.

Nell'ordinamento giuridico italiano tale conformità della legislazione rispetto alle garanzie previste dalle suddette fonti europee viene realizzata, innanzitutto, attraverso un *controllo giudiziario di validità* delle norme interne. Controllo giudiziario che tuttavia, diversamente da quanto avviene rispetto alle garanzie costituzionali, non è stato *accentrato* nella Corte costituzionale ma risulta piuttosto *diffuso* presso tutti i giudici di diritto comune.

La scelta di affidare quello che potrebbe essere definito come *il controllo di legittimità convenzionale e comunitaria* agli organi della giustizia ordinaria è dovuta invero a molteplici ragioni.

In primo luogo, va sottolineato che la dottrina e giurisprudenza sino ad oggi prevalenti sono portati a negare il rango costituzionale non solo del diritto comunitario, ma anche della Convenzione europea²⁰⁶. In tale situazione – peraltro in corso di evoluzione, data la tendenza ad un progressivo innalzamento sia della CEDU sia del diritto comunitario nella gerarchia delle fonti – riesce indubbiamente difficile pensare alla Corte costituzionale quale organo deputato al controllo di legittimità delle leggi rispetto alle garanzie previste a livello CEDU e CEE.

In secondo luogo, la soluzione del controllo diffuso in merito alla conformità delle norme (penali) interne alle garanzie "europee" non dovrebbe dare luogo agli inconvenienti riscontrabili (secondo quanto in precedenza ricordato al § 1.1. lett. B di questo capitolo) in caso di controllo diffuso delle garanzie costituzionali. In effetti, il pericolo che giudici diversi prendano decisioni contrastanti in merito alla legittimità "europea" di una

205. Cfr in particolare COHEN JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, 1989, p. 247.

206. Peraltro, per una autorevole affermazione del rango costituzionale della CEDU cfr. già, per tutti, BRICOLA, *Prospettive e limiti della tutela della riservatezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 1099; MANTOVANI, *Sugli effetti della Convenzione europea nell'ordinamento penale italiano*, in *Temi*, 1968, p. 471 ss. In giurisprudenza, hanno attribuito livello costituzionale alle norme CEDU, tra gli altri Trib. pen. Torino, ord. 5 aprile 1979, in *Giur. it.*, 1979, II, c. 411; Corte Assise Venezia, ord. 3 febbraio 1972, in *Gazz. uff.*, 19 aprile 1972 n. 104, p. 3038.

stessa norma interna (pericolo questo connaturato ad un sistema giuridico che, come quello italiano, non accolga il principio dello *stare decisis*) risulta almeno in parte fugato dall'esistenza di supremi organi giudiziari sovranazionali²⁰⁷ dotati di poteri di indirizzo e di decisione atti a coordinare ed armonizzare le scelte dei giudici nazionali. In altre parole, come meglio vedremo alla fine di questo paragrafo e nel corso del paragrafo seguente, il controllo di legittimità convenzionale e comunitaria, pur essendo svolto da tutti i giudici di diritto comune, risulta integrato da forme di controllo di tipo accentrato, atte a correggere almeno in parte i difetti del controllo diffuso.

In terzo luogo, l'equiparazione delle questioni di legittimità CEDU o CEE alle questioni di costituzionalità, quantomeno sotto il profilo dell'organo giurisdizionale competente, comporterebbe un notevole aggravio ed appesantimento delle procedure di controllo. E ciò, innanzitutto, per la necessità da parte del giudice comune di sospendere il processo nel quale si pone la questione di legittimità, investire di tale questione la Corte costituzionale ed attendere la decisione di quest'ultima. Senza contare che la concentrazione in capo alla Corte costituzionale dell'attività di controllo della conformità delle norme (penali) interne rispetto a tutte le fonti sovraordinate (non solo la Costituzione ma anche la CEDU e il diritto comunitario) comporterebbe un inevitabile sovraccarico di lavoro per tale organo, con ulteriore presumibile rallentamento delle procedure di controllo²⁰⁸.

Per queste e per altre ragioni qui impossibili da ricordare, la soluzione del controllo diffuso della legittimità convenzionale e comunitaria delle norme interne appare senz'altro la scelta più opportuna.

Così, per quanto specificamente concerne le garanzie previste dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, i giudici interni – tenuto conto che le norme CEDU sono integrate nel sistema giuridico italiano²⁰⁹, che risultano sovraordinate alle leggi ordinarie o comunque dotate di un particolare grado di "resistenza" rispetto alle disposizioni di legge successi-

207. Si allude, naturalmente, da un lato alla Commissione e alla Corte dei diritti dell'uomo, dall'altro alla Corte di Giustizia delle Comunità europee.

208. In argomento cfr., per tutti, CAPPELLETTI, *Giustizia costituzionale sovranazionale*, cit., p. 18 ss.

209. Così come nella maggior parte dei Paesi membri del Consiglio d'Europa. Per contro – secondo quanto già ricordato *supra* alla nota 81 –, in taluni Paesi membri (quali ad esempio la Danimarca, la Norvegia, la Svezia e la Gran Bretagna) la CEDU non è fonte immediata di diritto interno, con la conseguenza che le sue disposizioni non possono essere fatte valere direttamente dai singoli davanti al giudice nazionale: fermo restando comunque, ex art. 13 CEDU, il diritto di presentare ricorso davanti ad una magistratura nazionale in caso di violazione dei diritti CEDU.

ve²¹⁰, ed infine che risultano nella massima parte dei casi *self-executing*²¹¹ - devono disapplicare le norme penali interne anche posteriori ove queste ultime siano considerate contrastanti con le suddette garanzie CEDU.

Lo stesso meccanismo si ripropone, pur con talune modifiche, rispetto alle garanzie previste dal diritto comunitario. Anche in questo caso infatti - come già accennato nel corso del § 2.2. del capitolo I - il giudice interno chiamato ad applicare un dato testo penale deve controllare che esso non risulti in contrasto col diritto comunitario. Fermo restando che tale contrasto può emergere sia dal rapporto tra il testo penale ed una specifica disposizione di dettaglio della legislazione comunitaria sia - per quello che qui interessa - dal rapporto tra il suddetto testo penale ed uno dei principi generali a sfondo garantistico contenuti nei trattati (principi espliciti) ovvero elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (principi impliciti)²¹². Ancora una volta, nel caso in cui sussista il contrasto, il giudice è tenuto a disapplicare, in tutto o in parte, il testo penale interamente o parzialmente confliggente col diritto comunitario. In tal modo vengono appunto garantiti il primato e l'immediata vigenza della disciplina comunitaria nell'ordinamento giuridico interno.

Tuttavia, a causa dell'eterogeneità delle norme, interne e comunitarie, eventualmente contrastanti fra loro, può talora riuscire difficile per il giudice nazionale prendere la decisione in merito alla disapplicazione o meno della normativa nazionale. Questo fenomeno di difficile valutazione della conformità del diritto interno col diritto comunitario risulterà particolarmente frequente ove la valutazione abbia ad oggetto i principi generali comunitari (espliciti o impliciti) a contenuto garantistico. E' noto infatti che le norme a carattere generale - ed innanzitutto quelle concernenti i c.d. "principi di diritto" - lasciano uno spazio particolarmente ampio all'attività interpretativa diretta a tradurle in "diritto vivente": con la conseguenza che il giudice può decidere in modo diverso a seconda del tipo di interpretazione (estensiva, restrittiva, sistematica, teleologica, ecc.) accolta di volta in volta.

Per sollevare nei limiti del possibile i giudici nazionali da tale difficol-

210. Cfr. supra, le note 83 ss. e, in particolare, la nota 89 bis. Cfr. altresì, per tutti, NOCERINO GRISOTTI, *Valore ed efficacia della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'applicazione giurisprudenziale*, ricerca diretta da G. Biscottini, Milano, 1981, p. 130 ss.; MAROTTA, *Gli effetti delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Riv. intern. dir. uomo*, 1989, p. 56; ARBIA, *La giurisprudenza italiana e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. intern. dir. uomo*, 1991, p. 120 ss.

211. Cioè direttamente applicabili, senza che siano richiesti provvedimenti interni destinati a precisarle ed integrarle. Cfr., *amplius* e per tutti, COHEN JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, cit., p. 243 ss.

212. In relazione a tale distinzione cfr. sempre il § 2.2. del capitolo I.

tà, e prevenire eventuali soluzioni giurisprudenziali contrastanti, il diritto comunitario ha introdotto una particolare procedura prevista all'art. 177 Tr. CEE²¹³. In base a tale articolo, nei casi in cui l'interpretazione di una qualsiasi norma del Trattato o della legislazione comunitaria derivata si presenti ardua per il giudice nazionale, quest'ultimo può (e se giudice di ultima istanza deve) rimettere la questione alla Corte di Giustizia, affinché sia questo organo sovranazionale a fornire l'interpretazione definitiva e vincolante erga omnes della norma comunitaria in questione.

Vero è che, ai sensi dell'art. 177 Tr. CEE, il ruolo della Corte di Giustizia dovrebbe essere circoscritto all'interpretazione del solo diritto comunitario, cosicché verrebbe pur sempre lasciato al giudice nazionale il compito di giudicare la sussistenza di un eventuale contrasto tra norma comunitaria (così come interpretata dalla Corte di Giustizia) e norma interna. Tuttavia, nella prassi, la Corte di Giustizia tende ad ampliare le sue prerogative. Accade così che "*par une sorte de glissement, sans doute inevitable, le juge européen en vient à pratiquer, de façon plus ou moins ouverte, une confrontation entre le comportement ou la mesure nationale incriminés et le droit communautaire indiquant, de façon plus o moins claire, mais le plus souvent très nette, les consequences que celui-ci (le juge national) doit tirer des analyses faites par la Cour*"²¹⁴.

Per la sua indubbia attitudine ad assicurare una coerente ed omogenea interpretazione dei testi comunitari, il ricorso interpretativo ex art. 177 Tr. CEE costituisce uno strumento particolarmente utile e frequentemente utilizzato. Del resto, da più parti si sollecita l'introduzione di un istituto analogo anche nel sistema di giustizia previsto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, così da poter ottenere, attraverso un apposito ricorso agli organi giurisdizionali di Strasburgo, l'interpretazione preventiva delle norme CEDU²¹⁵.

E' appena il caso infine di sottolineare che il ricorso interpretativo ex art. 177 Tr. CEE – finendo col sottrarre nei casi dubbi l'interpretazione delle norme comunitarie (e financo, nella prassi, la stessa decisione sulla conformità delle norme interne al diritto comunitario) al giudice interno, per affidarle ad un organo giurisdizionale sovranazionale – inserisce nel sistema di controllo diffuso in materia comunitaria elementi ispirati ad un sistema di controllo accentrato.

213. Cfr. altresì gli artt. 41 Tr. CECA e 150 Tr. EURATOM.

214. RIDEAU, *Le rôle de la Cour de Justice des Communautés européennes: Techniques de Protection*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1981, p. 599. Sul punto cfr. altresì RASMUSSEN, *La Corte di giustizia*, in *Trent'anni di diritto comunitario*, Bruxelles, 1981, p. 184, BALLARINO, *Lineamenti di diritto comunitario*, Padova, 1993, p. 149 ss.

215. Cfr., per tutti, COHEN JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, cit., p. 265.

Sempre per quanto concerne l'accertamento della conformità delle norme (penali) interne alle garanzie previste dalla CEDU e dal diritto comunitario, ulteriori strumenti di controllo accentrato sono poi costituiti dai ricorsi dinanzi alle giurisdizioni europee, cui si farà brevemente cenno nel prossimo paragrafo.

1.2.2. Un controllo accentrato dinanzi alle giurisdizioni europee di *Strasburgo* e *Lussemburgo*.

Si è visto alla fine del paragrafo precedente come, attraverso il ricorso incidentale alla Corte di Giustizia per l'interpretazione delle norme comunitarie, forme di controllo accentrato vengano inserite nel controllo diffuso sulla legittimità comunitaria delle norme interne. E' dunque possibile affermare che, in materia, il complessivo sistema di controllo sulle leggi interne è in realtà un sistema misto. Va comunque sottolineato che sia a livello comunitario sia a livello CEDU sono possibili ~~talune~~ ulteriori forme di controllo accentrato da parte delle giurisdizioni di Lussemburgo (CEE) e di Strasburgo (CEDU). Ove infatti i giudici nazionali non abbiano ritenuto di dover disapplicare norme (penali) interne lesive, per quello che qui interessa, delle garanzie previste dalla Convenzione europea e dal diritto comunitario, resta pur sempre aperta la possibilità di ricorrere alle giurisdizioni europee. E, non di rado, tale possibilità di ricorso sussiste anche – come meglio vedremo in seguito – laddove la violazione delle garanzie convenzionali o comunitarie discenda dalla mera esistenza di un testo interno contrario alla normativa CEDU o CEE, indipendentemente dal fatto che tale testo interno abbia ricevuto concreta applicazione.

a) Per quanto specificamente concerne la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, è stato a suo tempo ricordato (cfr. Cap. I, § 2.1.) che il sistema accentrato di controllo e tutela dei diritti in essa previsti viene innescato da ricorsi presentati alla Commissione europea dei diritti dell'uomo da parte di uno o più Stati membri (art. 24 CEDU) ovvero da parte di privati o gruppi di privati (art. 25 CEDU)²¹⁶. Tali ricorsi, nei quali si lamenta appunto la violazione dei diritti CEDU ad opera di uno Stato membro, vengono – come già detto – vagliati prima dalla stessa Commissione europea e poi, eventualmente, dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa o dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Questi ultimi organi, ove sia accertata una violazione della Convenzione, prendono quei provvedimenti, vincolanti per gli Stati membri, sui quali si avrà modo di tornare nei §§ 2.2. ss.

216. Come sottolineato in precedenza (Cap. I, § 2.1.), tali ricorsi sono consentiti solo nel caso in cui siano stati inutilmente esperiti tutti i mezzi di ricorso previsti dai singoli sistemi giuridici nazionali.

Ora, è importante sottolineare che tale sistema accentrato di controllo previsto dalla Convenzione può avere ad oggetto non solo i comportamenti dei pubblici poteri concretamente lesivi dei diritti CEDU; ma può in taluni casi avere ad oggetto anche le norme (penali) interne contrastanti con tali diritti, indipendentemente da una loro effettiva applicazione²¹⁷. Si può quindi affermare che in tal modo viene consentito un vero e proprio controllo accentrato di ultima istanza in merito ad ogni eventuale violazione, nelle prassi o anche solo nelle leggi statuali, delle garanzie dettate dalla CEDU.

b) *Per quanto concerne invece il diritto comunitario*, va sottolineato come lo Stato membro che con i suoi comportamenti o anche solo con la sua legislazione non abbia rispettato gli obblighi derivanti dalle fonti comunitarie, possa essere fatto oggetto – ex artt. da 169 a 171 Tr. CEE – di un ricorso davanti alla Corte di Giustizia; ricorso diretto a far accertare appunto l'avvenuta violazione del Trattato²¹⁸.

Ora, è appena il caso di ricordare che tale violazione ben potrà consistere nel mancato rispetto delle garanzie insite nei principi comunitari espliciti ed impliciti, ed in particolare nei principi in materia di diritti fondamentali sviluppati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Anche in questo caso, dunque, siamo in presenza di una forma di controllo accentrato sulla legittimità comunitaria delle norme (penali) interne. Controllo accentrato che trova la sua conclusione in una sentenza della Corte priva di efficacia diretta, ma in virtù della quale lo Stato dichiarato inadempiente è comunque tenuto a prendere i provvedimenti del caso. In particolare – come meglio si vedrà nel § 2.2.2.2. di questo capitolo – lo Stato condannato sarà dunque chiamato non solo a disapplicare le norme che hanno determinato i comportamenti lesivi delle garanzie previste dal diritto comunitario, ma anche ad abrogarle o quantomeno modificarle.

Va tuttavia sottolineato che, a differenza di quanto previsto dall'art. 25

217. Sul c.d. "controllo in abstracto" della compatibilità tra normativa interna e norme CEDU da parte degli organi di Strasburgo cfr., in particolare, VELU e ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1990, p. 1054 ss., n. 1218 ss.; COHEN JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, cit., p. 207 ss. Cfr. altresì BERNARDI, "Principi di diritto" e diritto penale europeo, cit., p. 136. Proprio al fine di assicurare la certezza del diritto e di evitare, nei limiti del possibile, che i giudici ordinari debbano disapplicare le norme interne confliggenti con la CEDU, la Corte europea impone agli Stati membri l'abrogazione delle norme incompatibili con la CEDU stessa. Cfr., in proposito, le osservazioni di RESS, *Effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Actes du cinquième Colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, 1982, p. 246.

218. In merito alla procedura per giungere ad una sentenza della Corte di Giustizia che rilevi l'inadempimento di uno Stato membro cfr., per tutti, POCAR, *Lezioni di diritto delle Comunità europee*, Milano, 1991, p. 171 ss;

CEDU per i ricorsi davanti alla Commissione europea dei diritti dell'uomo, i ricorsi davanti alla Corte di Giustizia per violazione degli obblighi comunitari non sono in nessun caso proponibili da parte di singoli individui, gruppi od organizzazioni. Infatti, ai sensi degli artt. 169 e 170 Tr. CEE, tali ricorsi possono essere presentati solo dalla Commissione, ovvero da un altro Stato membro dopo essersi consultato con la Commissione. Vero è però che il singolo cittadino, formalmente impossibilitato a fare ricorso, potrà pur sempre informare per lettera la Commissione delle Comunità europee di ogni eventuale inadempimento da parte di uno Stato membro²¹⁹. In tal caso la Commissione potrà decidere se dare inizio alle procedure previste dall'art. 169 Tr. CEE. Ancorché tale decisione sia inappellabile, va tenuto presente che la Commissione – in quanto organo deputato a vegliare sul rispetto dei trattati – ha l'obbligo politico di attivarsi in tutti i casi in cui vi siano seri indizi di un inadempimento da parte dello Stato²²⁰.

2 LE SANZIONI

2.1. In materia costituzionale.

2.1.1. *La dichiarazione di inconstituzionalità delle norme contrarie alla Costituzione.*

2.1.1.1. *Nell'ambito di un processo.*

A. In Canada: da parte delle giurisdizioni di diritto comune.

Au Canada, deux types de recours peuvent être intentés pour assurer le respect des garanties prévues dans la Charte, soit celui qui vise à faire déclarer inopérante la règle de droit en vertu du paragraphe 52(1) et celui qui vise à obtenir une réparation en vertu de l'article 24.

Le premier est un recours de droit commun en droit constitutionnel; il s'applique dans tous les cas où un justiciable désire soulever l'inconstitutionnalité d'une règle de common law, d'une loi ou d'un règlement, que l'invalidité découle d'un conflit avec une garantie inscrite dans la Charte, d'une violation du partage des compétences prévu aux articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou d'une incompatibilité avec quelques

219. Al fine di venire incontro ai singoli cittadini, la Commissione delle Comunità europee ha pubblicato un modello di formulario da utilizzare per informarla di ogni eventuale violazione del diritto comunitario. Cfr. BEAUTHIER, *Les droits du citoyen européen*, Bruxelles-Luxembourg, 1990, p. 118.

220. In proposito cfr., ad esempio, *Les Communautés européennes: le système institutionnel*, a cura di Philippe Manin, Paris, 1990, p. 41.

autres textes constitutionnels mentionnés dans l'annexe à laquelle réfère le paragraphe 52(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Le paragraphe 52(1) n'est pas nouveau. Comme l'a bien expliqué la Cour suprême dans les arrêts *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*²²¹ et *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*²²², il est le successeur de l'article 2 du *Colonial Laws Validity Act*²²³ et de l'article 7 du *Statut de Westminster*²²⁴ sur lesquels se fondaient les tribunaux, jusqu'en 1982, pour prononcer une déclaration d'inconstitutionnalité dans le cas où une règle de droit contrevenait aux dispositions des articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou à un autre texte constitutionnel. Et, comme on le verra, il n'est pas nécessaire pour se prévaloir du recours prévu au paragraphe 52(1) d'avoir été personnellement victime d'une violation ou d'une négation d'un droit.

L'article 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit:

«La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.»

Le principe de la suprématie de la Charte lie l'État dans son action législative, tel qu'énoncé aux articles 32 et 52, ou dans son action exécutive ou administrative, comme le prévoit l'article 32 de la Charte. Il en résulte que les droits des citoyens peuvent être violés parce que 1) l'État agit en vertu d'une règle de droit inconstitutionnelle ou 2) parce que l'acte posé par un de ses préposés constitue lui-même une violation de la constitution. Dans le premier cas, il sera possible d'obtenir une déclaration d'invalidité de la règle de droit en vertu de l'article 52, alors que dans le second, le remède approprié sera une demande de réparation en vertu de l'article 24. Ces deux recours distincts sur le plan conceptuel entraînent une nuance importante au niveau de l'intérêt pour agir.

L'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.*²²⁵ mettait en cause la *Loi sur le dimanche*²²⁶, qui interdisait le travail ou l'activité commerciale le dimanche, sauf exceptions prévues dans une loi provinciale, propre à chaque province. Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer si une personne morale, qui faisait l'objet d'une accusation en vertu de cette loi, pouvait soulever

221. [1985] 1 R.C.S. 441, 482 et 483.

222. Précité, note 189, 312 et 313.

223. (1865) 28 & 29 Vict., R.-U., c. 63.

224. L.R.C. (1985), App. II, n° 27.

225. R. c. *Big M Drug Mart Ltd.*, précité, note 189.

226. S.R.C. 1970, c. L-13.

l'inconstitutionnalité du texte d'incrimination en invoquant que l'obligation faite à tous de respecter le sabbat des chrétiens violait la liberté de religion. L'argument voulait qu'une personne morale soit incapable d'avoir des croyances religieuses et ne pouvait donc pas invoquer que la disposition violait son droit à la liberté de religion. Mais la Cour a distingué le cas où l'accusé demande qu'une loi soit reconnue inconstitutionnelle comme en l'espèce de celui où l'accusé demande une réparation. Dans le premier cas, il est possible de décider de la constitutionnalité de la loi sans égard à la condition particulière de l'accusé. La Cour supreme a clairement fait la distinction entre les articles 52 et 24 de la Charte.

«Lorsqu'il s'agit de contester la validité d'une loi en vertu de laquelle on fait l'objet de poursuites, il est sans importance, en ce qui concerne la qualité pour agir et la compétence du tribunal, que la contestation soit fondée sur les art. 91 et 92 de la Loi constitutionnelle de 1867 ou sur les restrictions imposées aux corps législatifs par la Loi *constitutionnelle* de 1982.

Le paragraphe 24(1) prévoit un redressement pour les personnes, aussi bien physiques que morales, qui ont été victimes d'une atteinte aux droits qui leur sont garantis par la Charte. Toutefois, il ne s'agit pas là du seul recours qui s'offre face à une loi inconstitutionnelle. Lorsque, [...], la contestation est fondée sur l'inconstitutionnalité d'une loi, il n'est pas nécessaire de recourir à l'art. 24 et l'effet particulier qu'elle a sur l'auteur de la contestation est sans importance.

L'article 52 énonce le principe fondamental du droit constitutionnel, savoir la suprématie de la Constitution. De ce principe, il découle indubitablement que nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction à une loi inconstitutionnelle, [...].

Tout accusé, que ce soit une personne morale ou une personne physique, peut contester une accusation criminelle en faisant valoir que la loi en vertu de laquelle l'accusation est portée est inconstitutionnelle.»²²⁷

Le simple fait d'être partie à un litige, en matière pénale, confère donc l'intérêt nécessaire pour soulever l'inconstitutionnalité d'une règle de droit.

Le paragraphe 52(1) prévoit que la Constitution «rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute règle de droit». La version anglaise est rédigée différemment et, selon nous, d'une manière plus explicite, sinon avec une nuance que ne comporte pas le texte français. Elle prévoit que «any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect». (Les italiques sont de nous). L'article 52 de la Charte est déclenché «lorsqu'une loi est jugée in-

227. R. c. *Big M Drug Mart Ltd.*, précité, note 189, 313 et 314, Au même effet, voir R. c. *Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154.

constitutionnelle en soi, par opposition à une simple mesure prise sous son régime»²²⁸.

Lorsqu'un tribunal constate qu'une règle de droit est en conflit avec une garantie, il peut évidemment la déclarer purement et simplement inopérante. La disposition n'est toutefois pas effacée et continue d'apparaître dans les textes jusqu'à l'intervention du législateur.

Dans l'arrêt *Schachter*²²⁹, la Cour suprême a résumé les alternatives qui s'offrent aux tribunaux saisis d'un conflit entre une disposition et la Charte. Les solutions offertes par la Cour suprême sont valables pour tous les litiges constitutionnels, l'objectif ultime étant de respecter, autant que possible, la volonté du législateur. Un tribunal peut donc, dans un premier temps, utiliser la technique dite de l'«interprétation atténuée» (*reading down*), c'est-à-dire de lire une disposition en en retranchant une partie de façon à ce qu'elle ne viole pas la Constitution. Un tribunal peut également utiliser la technique de l'«interprétation large» (*reading in*), c'est-à-dire de lire une disposition en y ajoutant des éléments qui ne s'y trouvent pas et qui corrigent la disposition, la rendant conforme à la Constitution.

Dans l'arrêt *Schachter*, la Cour a rappelé que la première étape à tout problème constitutionnel est de déterminer dans quelle mesure la loi attaquée est incompatible²³⁰. Si l'objet de la loi est en conflit avec la Charte – comme c'était le cas dans l'affaire *Big M Drug Mart Ltd.*²³¹ – alors il faut annuler la loi entière²³² puisque ni l'une ni l'autre des techniques ne peut racheter un objectif inconstitutionnel. Si l'objet de la loi est régulier mais qu'une partie du texte n'entretient aucun lien rationnel avec celui-ci, il faut retrancher la partie incompatible. Enfin, lorsque la violation provient de la portée trop large de la disposition, les tribunaux ont plus de flexibilité pour appliquer l'une ou l'autre des techniques ou simplement annuler la loi.

La Cour a rappelé que ces techniques ne peuvent s'appliquer que dans les cas les plus clairs, c'est-à-dire si l'objectif législatif est évident ou ressort de la preuve²³³. Avant tout, il est nécessaire d'établir avec suffisamment de précision dans quelle mesure le texte doit être modifié pour le rendre constitutionnel. Cela est généralement plus facile lorsque le tribunal

228. *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, 717.

229. *Id.*

230. *Id.*, 702.

231. R. c. *Big M Drug Mart Ltd.*, précité, note 189.

232. R. c. *Schachter*, précité, note 228, 703.

233. *Id.*, 718.

envisage de retrancher des éléments qui y sont, plutôt que lorsqu'il cherche à élargir la disposition avec des éléments qui n'y figurent pas. Le tribunal devra prendre soin de toujours respecter l'objectif du législateur et de se demander si le législateur aurait adopté la disposition malgré les changements apportés.

Lorsque la décision du tribunal cause des problèmes importants ou qu'elle peut mettre en danger le public, le tribunal optera pour une suspension temporaire de l'effet de la déclaration d'invalidité, permettant ainsi au législateur de rectifier la situation²³⁴.

Enfin, il faut noter que si la Cour supreme conclut à l'invalidité d'une règle de droit, toute personne dont la cause est pendante ou en appel peut invoquer le précédent à son bénéfice²³⁵, sauf si l'effet de la déclaration d'inopérabilité a été suspendu. Si une déclaration de culpabilité a été définitivement prononcée, elle ne peut être attaquée puisqu'elle a alors acquis l'autorité de chose jugée²³⁶. Tout au plus, la personne incarcérée en vertu d'une violation pourrait obtenir sa remise en liberté si la continuation de sa détention est de nature à contrevenir aux règles de justice fondamentale prévu à l'article 7. Ce serait le cas si la loi en vertu de laquelle l'accusé a été déclaré coupable avant l'entrée en vigueur de la Charte était rétroactive, constituant ce qui aurait été, à partir de 1982, une violation de la Charte²³⁷.

B. In Italia: dinanzi alla Corte costituzionale.

Come si è visto in precedenza, nel sistema italiano i procedimenti per l'instaurazione dei giudizi di costituzionalità sulle leggi sono due: uno in via principale, l'altro di natura incidentale.

Dei due procedimenti, entrambi destinati a confluire in una pronuncia della Corte Costituzionale, quello statisticamente più utilizzato è sicuramente il secondo, che d'altra parte è anche l'unico che nasce obbligatoriamente da un procedimento giurisdizionale in corso; per questi motivi, inizieremo l'esposizione proprio da esso.

Il giudizio in via incidentale è regolato dall'art. 1 della legge cost. n. 111/1948 e dall'art. 23, comma 2 della legge n. 87/1953.

Sulla base delle disposizioni citate, i meccanismi fondamentali del

234. *Id.*, 715

235. R. c. *Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246.

236. R. c. *Thomas*, [1990] 1 R.C.S. 246.

237. R. c. *Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595.

controllo di legittimità costituzionale attivato in via incidentale possono essere sintetizzati nel modo seguente:

- il presupposto necessario per l'instaurazione del giudizio di costituzionalità è dato dalla esistenza di un giudizio dinanzi ad una autorità giurisdizionale;
- nel corso di tale giudizio, la questione di costituzionalità potrà essere sollevata dalle parti, ovvero dal giudice stesso;
- se la questione viene proposta dalle parti, il giudice accoglierà l'eccezione di incostituzionalità solo nel caso in cui ritenga tale eccezione "rilevante ai fini della controversia" e "non manifestamente infondata". In tal caso il giudice sospenderà il giudizio in corso e disporrà la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale.

Alcune brevi puntualizzazioni richiedono naturalmente i concetti di "rilevanza" e "non manifesta infondatezza" della questione di legittimità.

Per quanto riguarda la rilevanza della questione di costituzionalità ai fini della controversia, va sottolineato che, in base all'art. 23 della legge n. 871/1953 essa sussiste solo quando il giudizio "non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale". Tuttavia la Corte costituzionale ha finito col dare una interpretazione estensiva a tale concetto di "rilevanza"²³⁸, ampliando così le ipotesi in cui la Corte stessa può esercitare il suo controllo.

Per quanto invece riguarda la nozione di "non manifesta infondatezza", va precisato che il giudice non è chiamato a valutare se la questione appaia ad un primo esame fondata, essendo tali valutazioni rimesse all'esclusiva competenza della Corte costituzionale; al contrario, egli deve semplicemente verificare che la questione non sia manifestamente infondata, che cioè sussista almeno un dubbio sulla legittimità costituzionale della norma sotto esame.

Una volta pervenuta dinanzi alla Corte costituzionale, la questione di legittimità può essere accolta oppure respinta.

Con le sentenze di accoglimento, la Corte dichiara l'incostituzionalità delle norme sottoposte al suo controllo; con le sentenze di rigetto, viceversa, la Corte esclude che le norme siano in contrasto con le disposizioni costituzionali.

A tale proposito, è importante sottolineare che nelle proprie decisioni, la Corte deve giudicare soltanto le norme di cui è stato chiesto il controllo di costituzionalità, per di più sulla sola base delle disposizioni costituzionali citate dal giudice che ha sollevato la questione. Ciò peraltro non impedisce alla Corte di pronunciare l'illegittimità costituzionale di norme di-

238. Cfr. Corte cost., sent. 3/6/1983, n. 148 in *Giur. cost.*, 1983, p. 854.

verse da quelle impugnate quando l'incostituzionalità di esse "discende come conseguenza dalla decisione adottata" (art. 27, l. 87/1953): cioè, in altri termini, quando la censura di incostituzionalità di una norma comporta necessariamente la dichiarazione di illegittimità di altre norme la cui sopravvivenza non avrebbe senso da un punto di vista logico.

Ciò che invece è sicuramente precluso alla Corte è di emettere giudizi sulla "opportunità" delle norme, vale a dire sulla bontà delle scelte operate dal legislatore (art. 28, l. 87/53).

Quando la questione di legittimità costituzionale viene accolta, la norma dichiarata incostituzionale non può più ricevere applicazione nemmeno con riferimento ai fatti precedenti alla pronuncia della Corte: le sentenze di accoglimento hanno quindi, per così dire, efficacia retroattiva.

Tale retroattività trova generalmente un limite in relazione a tutti i fatti, diversi da quello che ha causato il giudizio di costituzionalità, per i quali vi sia già stata una sentenza definitiva. Ma anche questo limite è destinato a cadere quando la dichiarazione di illegittimità colpisca una norma penale: in questo caso, infatti, la decisione della Corte è efficace anche nei confronti della condanna già definitiva, e determina la cessazione di tutti i suoi effetti.

Quando la Corte costituzionale ritiene non fondata la questione di legittimità costituzionale, essa emette sentenze di rigetto.

A differenza delle pronunce di accoglimento, le decisioni di rigetto non hanno efficacia generale; esse, pertanto, costituiscono un vincolo per il solo processo nell'ambito del quale è stata sollevata la questione, ma non impediscono ad altri giudici di sottoporre nuovamente alla Corte la stessa norma per i medesimi motivi, nè tantomeno precludono alla Corte di pervenire a soluzioni diverse rispetto a quelle da essa stessa adottate in precedenza.

Contro le sentenze di rigetto, ai sensi dell'art. 137, ultimo comma Cost., non è ammessa alcuna impugnazione.

Nella tipologia delle pronunce della Corte costituzionale, un ruolo importante deve essere riconosciuto anche alle cd. "sentenze interpretative", che possono essere a loro volta interpretative di rigetto o interpretative di accoglimento: in esse infatti la Corte costituzionale dichiara rispettivamente non fondata oppure fondata la questione di legittimità sollevata, ma solo in relazione ad uno dei possibili significati della norma sottoposta al controllo²³⁹. Ad esempio, un uso particolarmente dilatato della tecnica interpretativa di rigetto caratterizza la più recente giurisprudenza della Cor-

239. Per un'ampia trattazione della materia, v., tra gli altri, ZAGREBELKY, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 292 ss.

te costituzionale avente ad oggetto le norme del nuovo codice di procedura penale, di cui viene così imposta una lettura pilotata in prospettiva costituzionale.

Sempre nell'ambito delle sentenze interpretative, un ruolo particolarmente importante va attribuito alle cd. sentenze "additive", con le quali la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una "omissione legislativa", e cioè, dell'omessa previsione di qualcosa che la legge avrebbe dovuto prevedere. Più precisamente, in tali pronunce di accoglimento, il dispositivo sancisce l'incostituzionalità della norma impugnata "nella parte in cui non prevede" qualcosa che avrebbe dovuto esservi alla luce della norma costituzionale indicata dal giudice *a quo* come parametro.

Tali sentenze evidenziano problemi ed esigenze di segno diverso: se è vero infatti che esse, come tutte le pronunce di accoglimento, mostrano una propria idoneità a realizzare un progressivo adeguamento del sistema positivo vigente ai valori costituzionali (soprattutto ove si consideri la tradizionale "pigrizia" del legislatore a muoversi in quella direzione), è altrettanto vero che esse si traducono nell'esercizio di un'attività sostanzialmente legislativa, che non sembra consentita alla Corte da alcuna disposizione in vigore.

Le perplessità risultano poi ulteriormente aggravate in tutti i casi in cui le sentenze additive intervengano in materie coperte dalla riserva di legge, come ad esempio il diritto penale; nel qual caso l'ingerenza della Corte – se non adeguatamente delimitata – potrebbe effettivamente determinare uno snaturamento del principio di legalità.

Ebbene, secondo le indicazioni autorevolmente suggerite dalla dottrina²⁴⁰ e recentemente avallate dalla stessa Corte costituzionale²⁴¹, le sentenze additive nell'ambito del diritto penale (o comunque delle materie assoggettate alla riserva di legge), dovrebbero considerarsi ammissibili in tutti i casi in cui, pur avendo un contenuto "aggiuntivo", si traducano nell'indicazione dell'unica strada percorribile sotto il profilo della legittimità costituzionale, valorizzando molte volte elementi già contenuti allo stato latente nel testo normativo.

Per contro, sono sicuramente precluse alla Corte non solo le decisioni che si traducono nella creazione di nuove fattispecie penali, ma anche le pronunce che contengono valutazioni di natura politica sull'opportunità della norma e quindi sull'esercizio del potere discrezionale del Parlamento.

240. V. PIZZORUSSO, *Sui limiti della potestà normativa della Corte Cost.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1982, p. 311.

241. V. ad esempio le sentt. 9/4/1987, n. 115, in *Giur. cost.* 1987, p. 836; 21/7/19981, n. 137, in *Giur. cost.* 1981, p. 1312; 27/11/1980, n. 151, in *Giur. cost.* 1980, p. 1433.

2.1.1.2. *Al di fuori di un processo.*2.1.1.2.1. *Su iniziativa di un organo dello Stato.**A. In Canada: un controllo su tutti i testi legali.*

Par la procédure de renvoi constitutionnel, les procureurs généraux du Canada ou des provinces peuvent directement saisir le plus haut tribunal de leur ressort, c'est-à-dire la Cour suprême du Canada²⁴² ou la Cour d'appel d'une province²⁴³, et leur demander de se prononcer sur la validité constitutionnelle de toute loi ou règlement particulier ou de l'une de ses dispositions. Dans le cas où la cour d'appel d'une province est saisie de l'affaire, un pourvoi à l'encontre de la décision sera possible devant la Cour suprême.

Comme pour tous les autres types de contestation de la validité constitutionnelle d'une règle de droit, les procureurs généraux pourront intervenir devant la Cour suprême qui en sus, pourra autoriser d'autres personnes ou groupes à se faire entendre.

B. In Italia: un controllo limitato a ipotesi particolari.

Come si è detto in precedenza, nell'ordinamento italiano, oltre al giudizio in via incidentale esiste una seconda via di accesso di una questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte costituzionale: e cioè il giudizio in via principale, detto anche "in via di azione".

Come già accennato, si tratta di una materia sostanzialmente afferente al rapporto tra Stato e Regioni, per lo più ritenuta espressione della funzione di indirizzo politico (con riferimento al controllo esercitato dallo Stato), nonchè di tutela delle proprie attribuzioni legislative (in relazione ai poteri di impugnazione delle Regioni). Essa attualmente risulta disciplinata dagli artt. 127, commi 3 e 4 Cost. e 2 legge cost. n. 1/1948, che consentono:

a) al governo della repubblica di impugnare le leggi regionali da esso ritenute affette da vizi di legittimità;

b) al governo della regione di ricorrere contro la legge dello Stato nei casi in cui quest'ultima invada la sfera di competenza attribuita dalla Costituzione alla regione.

Per quanto riguarda la prima delle due situazioni illustrate, e cioè l'impugnazione delle leggi regionali da parte del governo, va sottolineato come

242. Loi sur la Cour suprême du Canada, L.R.C. (1985), c. S-26.

243. Loi sur les renvois à la Cour d'appel, L.R.Q., c. R-23.

essa abbia carattere "preventivo". Più precisamente, premesso che le leggi regionali per poter essere promulgate e dunque entrare in vigore, devono essere sottoposte ad un controllo governativo, ebbene, quando il governo ritenga che la legge approvata dalla regione presenti vizi di legittimità, può rinviarla all'organo deliberativo regionale per un riesame; se poi la regione – nonostante le censure governative – approva nuovamente il testo di legge a maggioranza assoluta dei suoi componenti, allora il governo potrà impugnare la legge dinanzi alla Corte costituzionale.

In questo caso, se la Corte riconosce la fondatezza delle argomentazioni governative, accoglie la questione e blocca in tal modo l'*iter* formativo della legge regionale che non potrà essere promulgata; se invece la decisione è di rigetto, il governo dovrà rinunciare alla propria opposizione (quanto meno rispetto ai vizi di legittimità denunciati), e la regione potrà promulgare la propria legge.

La seconda ipotesi prima sommariamente illustrata, e cioè quella concernente l'impugnazione delle leggi statali da parte delle regioni si verifica quando una legge statale, ad avviso della regione, abbia usurpato la sfera delle proprie competenze. In proposito, infatti, va osservato che l'art.117 Cost. (ovvero, per le regioni cd. speciali, i rispettivi statuti) elenca una serie di materie per le quali viene riconosciuta alle regioni una speciale competenza legislativa, che si somma a quella amministrativa prevista dal successivo art. 118. Ebbene, quando la regione ritenga che un atto legislativo statale sia in contrasto con le proprie attribuzioni, può impugnare l'atto medesimo dinanzi alla Corte costituzionale. A sua volta la Corte potrà accogliere la questione, determinando in tal modo la cessazione di efficacia ex tunc della legge impugnata; se invece la decisione è di rigetto, la normativa statale continuerà a rimanere in vigore, salva naturalmente la possibilità di impugnarla successivamente in via incidentale, come qualsiasi altra legge dello stato o delle regioni²⁴⁴.

2.1.1.2.2. Su iniziativa del cittadino in Canada: il recours déclaratoire dopo l'entrata in vigore della legge.

L'inconstitutionnalité peut aussi être prononcée par la voie d'une action déclaratoire. Il s'agit d'un recours qui peut être intenté sans qu'existe de litige entre des parties éventuelles, dans la mesure où le demandeur possède un intérêt suffisant. En matière constitutionnelle, la Cour suprême a interprété très libéralement la notion d'intérêt. En effet, elle a décidé

244. Si noti infine che l'impugnazione diretta dinanzi alla Corte Costituzionale è consentita anche alle province di Trento e Bolzano (cui sono attribuite speciali forme di autonomia) sia nei confronti delle leggi statali, sia nei confronti delle leggi regionali.

que tout individu a l'intérêt requis pour tenter le recours si aucune catégorie de citoyens n'est plus spécialement visée par la loi ou si ceux qui sont plus particulièrement touchés ne s'adresseront vraisemblablement pas aux tribunaux²⁴⁵, ce qui a été le cas en matière d'avortement²⁴⁶.

L'arrêt *Borowski*²⁴⁷ est instructif à un double titre. Le requérant voulait que l'article 287(4) du *Code criminel*, qui permettait l'avortement thérapeutique, soit déclaré inopérant vu les dispositions de la *Déclaration canadienne des droits*. Dans un premier temps, la Cour a déclaré que le fait que la contestation se fonde sur la Déclaration plutôt que sur la *Loi constitutionnelle de 1867* n'avait aucune conséquence. *A fortiori*, le même raisonnement vaudrait lors d'une action déclaratoire fondée sur une violation de la Charte. Dans un deuxième temps, la Cour a dû expliquer, voire nuancer et même abolir, l'exigence que le requérant soit affecté directement par la loi. En effet, le paragraphe 287(4) ne touchait que les femmes, les médecins et, à la rigueur, les conjoints des femmes. Toutefois, le juge Martland a déclaré qu'à la différence des cas précédents, la loi ne crée d'obligations pour personne. Elle ne fait que permettre à des personnes d'échapper à la responsabilité pénale. Il a donc constaté qu'«il est difficile de trouver une catégorie de personnes directement touchées ou qui subissent un préjudice exceptionnel»²⁴⁸. Par ailleurs, l'exigence de l'absence de moyen de contestation efficace était facilement rencontrée. Il était difficile de concevoir que les médecins, les hôpitaux ou les femmes désirant un avortement contestent les dispositions sur l'avortement thérapeutique. De même, la Cour a souligné qu'il était tout aussi illusoire de penser que l'époux de la femme pût songer à contester et encore plus, réussir à le faire, vu les délais impliqués.

Dans la mesure où la Cour supérieure a juridiction pour rendre un jugement déclaratoire, la procédure est régie par les dispositions du *Code de procédure civile*²⁴⁹. Il en est de même si une disposition du *Code criminel* ou autre règle de droit pénal est attaquée par la demande de jugement déclaratoire, l'aspect «criminel» ou «pénal» n'étant alors que secondaire²⁵⁰.

245. *Procureur général du Canada c. Thorson*, [1975] 1 R.C.S.138; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S.265.

246. *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S.575.

247. *Id.*

248. *Id.*, 596.

249. Art. 453 ou 462 C.p.c.

250. *R. c. Faber*, [1976] 2 R.C.S.9, 30 et 31. Au même effet, voir: *Kourtessis c. M.N.R.*, précité, note 193.

Comme dans le cas des autres types de contestation constitutionnelle d'une règle de droit, des appels seront possibles devant la Cour suprême du Canada devant laquelle d'autres personnes et groupes pourront intervenir.

2.1.2. Le sanzioni previste in Canada per i comportamenti contrari alla Costituzione da parte degli organi dello Stato.

2.1.2.1. Al di fuori del processo.

À l'instar de l'article 52 de la Charte, l'article 24 de la Charte peut être invoqué dans le cadre d'un recours direct ou incident à une procédure criminelle.

L'article 24 de la Charte dispose:

«(1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente Charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente Charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.»

Le recours constitutionnel édicté à l'article 24 suppose que le requérant ait été victime d'une négation ou d'une menace de négation d'une garantie. La Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a bien fait cette distinction dans l'affaire *Re Edmonton Journal and Attorney-General for Alberta*²⁵¹. Un journaliste, exclu d'un procès suite à une ordonnance de huis clos, avait présenté à la Cour une requête fondée entre autres sur l'article 24. Il alléguait que l'ordonnance était en conflit avec l'alinéa 2b) de la Charte protégeant la liberté d'expression, et l'alinéa 1ld) de la Charte protégeant le droit à un procès public. Dans sa décision, le juge, ayant constaté qu'aucun droit du quotidien (le *Edmonton Journal*) n'avait été violé, n'a émis aucune ordonnance en vertu de l'article 24 car le droit à un procès public appartient à l'accusé et non au journal qui veut assister au procès.

L'article 24(1) précise qu'une réparation peut être demandée par «[t]oute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte ...». D'emblée, une remarque

251. (1983) 4 C.C.C. (3d) 59 (Alta.Q.B.).

s'impose, à savoir qu'une réparation ne peut être demandée que s'il y a eu violation d'un droit garanti par la Charte. Cela ne couvre pas les violations possibles d'autres textes protégeant les droits des citoyens comme, par exemple, la *Déclaration* canadienne des droits²⁵². De même, la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Turpin*²⁵³, a décidé qu'un accusé privé de son droit de renoncer à la tenue d'un procès par jury en vertu de l'ancien article 473 du Code criminel, ne pouvait se voir octroyer une réparation puisque ce droit n'est pas garanti par l'article 11f) et peut en conséquence lui être valablement retiré par le législateur.

Par ailleurs, l'exigence voulant que le requérant ait été victime de la violation invoquée pose un premier problème, soit celui de savoir qui peut être titulaire d'un droit reconnu par la Charte. Certains droits ou libertés sont garantis à des catégories spécifiques de personnes. À titre d'exemples, le droit de vote et d'éligibilité est garanti aux seuls citoyens canadiens²⁵⁴, de même que celui à l'instruction dans la langue de la minorité²⁵⁵ ou de la liberté de circulation²⁵⁶. Par contre, on constate que les autres droits et libertés sont garantis à «chacun», comme à l'article 7, et vise tout être humain qui se trouve au Canada²⁵⁷.

L'article 24(1) pose un deuxième problème en précisant que la demande de réparation peut être présentée par la personne victime d'une violation ou négation de ses droits. Cela suppose que la violation se soit matérialisée, ou que la menace de négation de la garantie soit très sérieuse.

Dans l'arrêt *Operation Dismantle*, la Cour suprême a décidé qu'il faut au moins qu'il y ait une menace de violation d'un droit²⁵⁸. En l'espèce, dans le cadre d'une action déclaratoire, les requérants soutenaient que l'autorisation, par le gouvernement fédéral, des essais de missiles de croisière en sol canadien accroissait les risques de guerre nucléaire et, de ce fait, portait atteinte au droit à la vie garanti par l'article 7. La Cour a jugé que l'action devait être rejetée car il est impossible de faire la preuve des faits allégués puisque «ces allégations [...] ont pour prémisses des supposi-

252. *Re MacAusland and The Queen*, (1985) 19 C.C.C. (3d) 365 (P.E.I.C.A.).

253. [1989] 1 R.C.S. 1296, 1323.

254. Art. 3 de la Charte.

255. Art. 23 de la Charte.

256. Art. 6(1) de la Charte.

257. *Singh c. M.E.I.*, précité, note 38, 202.

258. *Operation Dismantle c. La Reine*, précité, note 221, 450; *Irwin Toy c. Québec*, précité, note 58.

tions et des hypothèses sur la manière dont les nations indépendantes et souveraines, agissant dans une arène internationale radicalement incertaine, où les circonstances changent continuellement, réagiront»²⁵⁹. En d'autres termes, la violation alléguée était trop incertaine. À l'inverse, une menace de violation réelle donnera ouverture à un recours en vertu de l'article 24(1) de la Charte²⁶⁰.

Enfin, l'exigence que la demande soit présentée par la victime d'une violation ou négation en fait un recours personnel à cette dernière; il n'est pas suffisant que le requérant subisse un préjudice du fait d'une violation qu'aurait subie un tiers²⁶¹.

Il existe peu d'exemples où une victime d'une violation s'est adressée aux tribunaux, dans le cadre d'un recours direct, pour obtenir une réparation.

Que des dommages puissent être réclamés de la victime d'une violation malgré l'absence de poursuite criminelle ultérieure ne fait aucun doute. Ainsi, une personne qui peut démontrer qu'une violation de ses droits lui a causé des dommages, peut exiger une réparation monétaire.

La condamnation pécuniaire du contrevenant à un droit constitutionnel ou quasi constitutionnel est une mesure que reconnaissent d'autres systèmes de droit. Au Québec, le paragraphe 49(2) de la *Charte des droits et libertés de la personne* prévoit la condamnation à des dommages exemplaires en cas d'atteinte illicite ou intentionnelle aux droits d'une personne. De même, le paragraphe 5.5 de la *Convention européenne des droits de l'Homme* prévoit l'attribution d'une réparation à la personne victime d'une arrestation ou détention contraire aux termes de cet article. On peut également mentionner, de façon à démontrer la pertinence d'une telle mesure, que l'article 149 du *Code de procédure pénale* français permet l'indemnisation de la personne acquittée ou bénéficiant d'un non-lieu lorsqu'elle a été détenue durant l'instance.

Bien qu'une condamnation pécuniaire soit une mesure de réparation qui ne manque pas de logique sur le plan juridique²⁶², beaucoup d'obsta-

259. *Id.*, 454.

260. R. c. Venzette, [1988] 1 R.C.S.985; R. c. Morin, (1986) 23 C.C.C.(3d) 550 (Ont. H.C.J.).

261. R. c. Pugliese, (1992) 71 C.C.C.(3d) 295 (Ont. C.A.); R. c. Fraser, (1990) 55 C.C.C.(3d) 551 (B.C.C.A.).

262. Voir l'opinion du juge David McDonald dans l'affaire R. c. Germain, (1984) 53 A.R. 264 (Alta. Q.B.) ainsi que l'article du professeur André Morel, «Le Droit d'obtenir une réparation en cas de violation de droits constitutionnels»,

cles procéduraux rendent difficile, sinon illusoire, le recours systématique à un tel type de réparation. Dans un premier temps, il faut se rappeler que la Cour supreme a décidé, dans l'arrêt *Mills*²⁶³, qu'une demande de dommages-intérêts doit être adressée aux tribunaux civils, ce qui exige l'institution, par la victime de la violation, d'un recours long et coûteux devant les tribunaux de droit commun et, le cas échéant, distinct de la poursuite criminelle. Si la demande conclut à l'octroi de dommages-intérêts punitifs, elle devra, quel que soit le montant réclamé, être adressée à la Cour supérieure puisqu'une telle mesure est inconnue en droit civil du Québec²⁶⁴.

Les tribunaux de juridiction criminelle ne peuvent ordonner de sanction pécuniaire que dans deux cas. En matière de déclaration sommaire de culpabilité, le poursuivant peut se voir condamner aux frais mais dans les seules limites prévues à la partie XXVII du Code criminel²⁶⁵. De même, une Cour supérieure peut, en vertu de sa juridiction inhérente, condamner une partie, ou même un tribunal inférieur, à des frais à titre punitif en cas d'inconduite²⁶⁶. Aucun frais ne sera accordé si la violation est technique, sans conséquence²⁶⁷ ou le résultat d'une conduite de bonne foi²⁶⁸; elle ne sera imposée qu'en cas d'inconduite sérieuse du contrevenant.

Le second obstacle procédural réside dans le fait qu'il peut arriver que l'auteur de la violation ne puisse faire l'objet de poursuite judiciaire. Ainsi, certains organismes étatiques, comme la Commission des libérations conditionnelles, n'ont pas la personnalité juridique. Dans un tel cas, le recours doit être dirigé contre l'État²⁶⁹. Un problème plus sérieux se pose lorsque l'auteur de la violation est un procureur de la Couronne ou un juge qui bénéficient d'une immunité absolue pour tout acte judiciaire posé de bonne foi²⁷⁰. Cependant, le juge qui excède sa compétence tout en sachant qu'il

(1984) 18 R.J.T. 253.

263. R. c. *Mills*, précité, note 192.

264. Art. 20 et 31 C.p.c.

265. R. c. Halpert, (1985) 15 C.C.C. (3d) 292 (Ont. Co.Ct.).

266. Mayrand c. Cronier, [1981] C.A. 503; *Procureur général du Québec c. Cronier*, (1981) 23 C.R. (3d) 97 (C.A.Q.). Voir aussi *Re Marshall and The Queen*, (1984) 13 C.C.C. (3d) 73 (Ont.H.C.J.) et *Batsos c. Cité de Laval*, (1984) 9 C.C.C. (3d) 438 (C.S.Q.).

267. R. c. Stannard, (1990) 52 C.C.C. (3d) 544 (Sask. C.A.).

268. Voir l'opinion de la Cour dans *Landry c. Desmarais*, (1984) 37 C.R. (3d) 86 (C.S.Q.) où elle examinait le comportement de l'officier saisissant.

269. *Oag c. The Queen*, (1986) 23 C.C.C. (3d) 20 (C.F.), confirmé à (1987) 33 C.C.C. (3d) 430 (C.A.F.).

270. Sur le procureur de la Couronne: *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170. Sur le juge: *Morier et Boily c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716.

n'a pas le pouvoir de faire ce qu'il fait ne peut invoquer cette immunité²⁷¹, qui est une composante du principe de l'indépendance judiciaire et est donc protégée par l'alinéa 11d)²⁷².

La dernière difficulté que pose l'imposition de dommages-intérêts à titre de réparation constitutionnelle est la fixation du *quantum*. À notre connaissance, seule l'affaire *Crossman*²⁷³ porte sur cette question. L'accusé avait demandé de consulter son avocat et on a fait attendre ce dernier pendant l'interrogatoire. La Cour fédérale a imposé cinq cents dollars de dommages-intérêts punitifs en tenant compte du fait que la victime n'avait pas subi de préjudice, qu'elle avait plaidé coupable, qu'aucun arrêt de jurisprudence n'indiquait alors aux policiers la voie à suivre et que le prévenu n'avait pas été totalement privé de son droit. De la même façon, la Cour d'appel du Manitoba a déclaré, dans un obiter, que lorsqu'une saisie abusive révèle la présence sur la personne de l'accusé de drogues illicites et qu'aucune force n'est utilisée, les dommages doivent être modestes²⁷⁷.

En conclusion, dans l'état actuel du droit, on peut difficilement soutenir que l'imposition de dommages-intérêts puisse être une réparation adéquate dans le cas d'une violation de la Charte.

Il est un autre exemple où le recours direct par l'article 24(1) de la Charte a été utilisé. En cas de saisie contraire à l'article 8 de la Charte, il est permis au citoyen dont l'intimité a été violée de demander, à titre de réparation, la restitution des objets illégalement saisis. La chose ne pose pas réellement de problème dans les cas où l'on n'a porté aucune accusation. Dans ces cas, la restitution des biens doit normalement être ordonnée²⁷⁵. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a même décidé que cette réparation est appropriée lorsqu'une perquisition a été effectuée sans motifs raisonnables chez le requérant et qu'on y a saisi des objets déposés en preuve contre un autre accusé, lorsque ces biens ont peu de valeur probante²⁷⁶.

Enfin, mentionnons que la Cour suprême, dans l'arrêt *Gamble*, a décidé qu'une Cour supérieure peut prononcer un jugement déclaratoire en

271. *Royer c. Mignault*, [1988] R.J.Q. 670 (C.A.Q.).

272. Id. Voir aussi: *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796.

273. *Crossman c. La Reine*, (1984) 12 C.C.C. (3d) 547 (C.F.).

274. *R. c. Esau*, (1983) 4 C.C.C. (3d) 530 (Man.C.A.).

275. Voir par exemple *R. c. Carroll*, (1989) 47 C.C.C. (3d) 263 (N.S.C.A.) et *Kourtessis c. M.N.R.*, précité, note 193.

276. *R. c. Carroll*, id.

guise de réparation demandée en vertu de l'article 24(1) de la Charte²⁷⁷. Dans cette affaire, une détenue cherchait à établir qu'elle avait droit à un régime de libération conditionnelle plus favorable, lequel lui était inaccessible en raison de l'application incorrecte d'une disposition de droit transitoire lors de sa condamnation, dix ans auparavant. Elle prétendait alors que la continuation de sa détention se faisait en violation de la Charte.

2.1.2.2. *Nell'ambito del processo.*

Les réparations demandées, dans le cadre d'un recours incident, en vertu de l'article 24(1) de la Charte, sont variées. En outre, la Cour suprême a noté que l'article 24(1) de la Charte confère aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire très large, alors que le juge Lamer, dans l'arrêt *Mills*, a invité les juges à faire preuve d'imagination et d'innovation²⁷⁸. Une réparation très favorable à l'accusé demeure le rejet des accusations, lequel peut prendre la forme de l'arrêt des procédures²⁷⁹, de la cassation de l'accusation ou de l'acquittement. La réparation peut également être la restitution d'un bien abusivement saisi²⁸⁰, une sentence réduite²⁸¹, une condamnation pécuniaire de la partie fautive en faveur de la victime de la violation²⁸² ou simplement un jugement déclaratoire en vue de mettre fin à la violation²⁸³. L'exclusion de la preuve ne peut être demandée en vertu de l'article 24(1) de la Charte puisque la réparation est expressément prévue à l'article 24(2) de la Charte²⁸⁴.

L'exclusion de la preuve est toutefois la réparation la plus courante. L'article 24(2) de la Charte prévoit que, lorsqu'un tribunal en vient à la conclusion que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits et libertés garantis par la Charte, il doit les

277. R. c. *Gamble*, précité, note 237.

278. R. c. *Mills*, précité, note 192, 887, 965 et 974.

279. Par exemple, faute d'un procès dans des délais raisonnables: R. c. *Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 558.

280. Bien qu'un certain débat existe dans la jurisprudence, certains tribunaux y voyant un moyen détourné d'exclure une preuve, d'autres y voyant une réparation appropriée: voir *Re MacAusland and The Queen*, précité, note 252, *contra Re Chapman and The Queen*, (1984) 12 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.).

281. Voir un passage à cet effet dans l'opinion du juge La Forest dans l'arrêt R. c. *Mills*, précité, note 192, 974 et 977.

282. Bien que cette dernière entraîne des problèmes de juridiction importants qui empêchent les tribunaux de juridiction criminelle de l'utiliser avec efficacité.

283. R. c. *Gamble*, précité, note 237.

284. R. c. *Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265.

écarter s'il est établi que, eu égard **aux** circonstances, leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

La Cour supreme a établi, dans l'arrêt *Collins*²⁸⁵, que pour déterminer si l'utilisation de la preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, le juge doit prendre en considération trois groupes de facteurs: **les** facteurs reliés à l'équité du procès, **les** facteurs qui se rapportent à la gravité de la violation et les facteurs qui concernent l'effet de l'exclusion de la preuve.

Le premier groupe de facteurs pertinents **«englobe** les facteurs liés à l'équité du **procès**»²⁸⁶. La Cour supreme a étudié cette question dans l'arrêt *Black*²⁸⁷. Dans cette **affaire**, **les** policiers, sans lui avoir permis d'exercer son droit à l'**avocat**, avaient obtenu de l'accusée d'une part, une déclaration incriminante et d'autre part, qu'elle les conduise jusqu'à l'arme du crime, un couteau caché dans son appartement. La juge Wilson s'exprima ainsi au nom de la Cour:

«Comme je l'ai déjà mentionné, les éléments de preuve tendent à déconsidérer l'administration de la justice s'ils tendent à rendre le procès inéquitable. Je ne doute nullement que la preuve relative à la conduite de l'appelante au moment de remettre le couteau ainsi que toutes les paroles qu'elle a pu alors prononcer doivent être exclues. Pour arriver à cette conclusion, je m'appuie sur les propos suivants du juge Lamer dans l'arrêt *R. c. Ross*»²⁸⁸] [...]:

Tout preuve qu'on obtient après une violation de la *Charte*, en conscrivant l'accusé **contre** lui-même au moyen d'une confession ou d'autres preuves émanant de lui est susceptible de rendre le procès inéquitable. Dans l'arrêt *Collins*²⁸⁹, nous avons employé l'expression "émanant de lui" parce qu'il s'agissait d'une déclaration. Mais nous n'avons pas limité à cela le genre de preuve susceptible de rendre le procès inéquitable. Je suis d'avis que l'utilisation de tout élément de preuve qu'on n'aurait pas pu obtenir sans la participation de l'accusé à la constitution de la preuve aux fins du procès est susceptible de rendre le procès inéquitable.

Toutefois, le couteau lui-même est un élément de preuve matérielle qui existait peu importe que les policiers aient violé ou non les droits garantis à l'appelante par l'al. 10b) et se soient servis d'elle pour préparer la preuve **contre** elle. Cet élément de preuve n'a pas vu le jour par suite de la participation de l'accusée, bien que la police l'ait obtenu à cause

285. Id.

286. R. c. *Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24, 39.

287. R. c. *Black*, [1989] 2 R.C.S. 143.

288. [1989] 1 R.C.S. 3.

289. R. c. *Collins*, précité, note 284.

de cette participation. Je ne doute *nullement* que *les policiers* auraient procédé à une *fouille de l'appartement* de l'appelante avec ou sans son aide et que cette *fouille* leur *aurait permis de découvrir le couteau.*»²⁹⁰

Le principe selon lequel la preuve matérielle obtenue en violation d'un droit garanti par la Charte, contrairement aux preuves qui émanent de l'accusé, n'affecte pas l'équité du procès, a été affirmé dans de nombreuses décisions²⁹¹. Il peut cependant arriver que la preuve «sera tellement dissimulée ou inaccessible qu'elle ne pourra pratiquement pas être découverte sans l'aide de l'auteur du méfait»^{291bis}. L'utilisation d'une preuve matérielle qui n'aurait pas pu être découverte en l'absence de la violation d'un droit constitutionnel de l'accusé est de nature à affecter l'équité du procès et une telle preuve devra normalement être écartée²⁹². C'est ce qu'a confirmé la Cour suprême dans l'arrêt Mellenthin²⁹³. Dans cette affaire, Mellenthin avait été intercepté au volant de son automobile, la nuit, lors d'un barage routier. Sa ceinture de sécurité n'étant pas bouclée, les policiers ont arrêté le véhicule et ont posé quelques questions au conducteur. Ayant vérifié sommairement le contenu du véhicule à l'aide d'une lampe de poche, la curiosité d'un policier a été piquée par la présence d'un sac sur le siège du passager. C'est alors qu'en questionnant Mellenthin sur le contenu du sac, le policier en est venu à le lui faire ouvrir et a découvert des éprouvettes utilisées pour le transport de la résine de cannabis. La Cour a exclu la découverte de cette preuve matérielle. Elle a jugé que l'accusé, en répondant aux questions des policiers, avait participé à la découverte de la preuve matérielle, précisant que cette dernière n'aurait jamais été découverte n'eut été de la fouille illégale pratiquée par les policiers²⁹⁴.

Le deuxième groupe de facteurs à prendre en considération «touche à la gravité des violations de la Charte, qui ressort de la conduite des autorités chargées d'appliquer la loi»²⁹⁵. Les cas visés sont ceux où la gravité de la violation des droits garantis à l'accusé est telle que le tribunal doit, pour préserver la considération dont jouit la justice, se dissocier de la conduite des autorités qui ont commis cette violation. Le juge Sopinka a énoncé,

290. R. c. Black, précité, note 287, 164 (les italiques sont de nous).

291. Voir R. c. *Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; R. c. *Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548; R. c. *Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; R. c. *Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3.

291bis. *Thomson Newspapers c. Directeur des enquêtes et recherches*, précité, note 37, 555.

292. La Cour d'appel de l'Alberta a rendu une décision à cet effet dans R. c. *Meddoui*, (1990) 61 C.C.C. (3d) 345, appel annulé faute de compétence par [1991] 3 R.C.S. ix.

293. R. c. *Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615.

294. *Id.*, 627.

295. R. c. *Elshaw*, précité, note 286, 39.

dans l'arrêt Kokesch, la raison d'être de cette catégorie et les facteurs à prendre en considération:

«L'examen des facteurs relatifs à la gravité de la violation de la Charte a pour objet d'évaluer dans quelle mesure l'utilisation par les tribunaux d'éléments de preuve obtenus à la suite d'une violation grave de la Charte est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Notre Cour doit refuser l'absolution judiciaire d'une conduite inacceptable de la police et s'en dissocier[...]. Les facteurs pertinents à cette étape de l'enquête fondée sur le par. 24(2) incluent les questions suivantes: La violation était-elle délibérée, volontaire ou flagrante ou a-t-elle été commise de bonne foi? A-t-elle été motivée par l'urgence de la situation ou la nécessité de conserver la preuve? Y avait-il d'autres méthodes d'enquête?»²⁹⁶

On a considéré que constitue une violation grave le fait pour les policiers de perquisitionner dans une maison d'habitation en se fondant sur un mandat vicié à sa face même et en utilisant une force excessive²⁹⁷. On a considéré que constitue aussi une violation grave de la Charte le fait de procéder à une fouille rectale accessoirement à l'arrestation en vertu de mandats relatifs à des infractions de la circulation, d'un accusé suspecté de trafic de drogue²⁹⁸.

Notons que lorsque l'utilisation de la preuve compromettrait l'équité du procès, le fait que la violation de la Charte ne soit pas très grave ou que les policiers aient été de bonne foi lors de la violation ne permettra pas l'utilisation de la preuve. La Cour suprême du Canada a fait sienne, dans l'affaire *Elshaw*²⁹⁹, l'affirmation suivante que le juge Sopinka avait faite dans l'arrêt Hebert:

«[L]orsque la preuve contestée se heurte à la première série de facteurs énoncés par le juge Lamer dans l'arrêt *Collins* (l'équité du procès), l'admissibilité de cette preuve ne peut être sauvegardée par un recours à la deuxième série de facteurs (la gravité de la violation). Ces deux séries de facteurs sont des moyens facultatifs d'écarter la preuve et non des moyens facultatifs d'écarter la preuve.»³⁰⁰

Quant au troisième groupe de facteurs à prendre en considération, il concerne «la possibilité que l'administration de la justice soit déconsidérée par l'exclusion des éléments de preuve même s'ils ont été obtenus d'u-

296. R. c. Kokesch, précité, note 291, 27 et 28.

297. R. c. *Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59. Les policiers avaient enfoncé la porte de la maison de l'accusé au moyen d'un bétail sans donner d'avertissement.

298. R. c. *Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755, 793.

299. R. c. *Elshaw*, précité, note 286, 45.

300. R. c. Hebert, [1990] 2 R.C.S. 151, 207 et 208 (les italiques sont dans l'original).

ne manière contraire à la *Charte*³⁰¹. Lorsque l'infraction est extrêmement grave, que la culpabilité de l'accusé ne fait aucun doute et que toute déclaration de culpabilité serait impossible si la preuve était exclue, son exclusion sera de nature à déconsidérer l'administration de la justice. Cependant, il pourra arriver que l'administration de la justice serait encore plus déconsidérée par l'utilisation de la preuve. Ainsi, dans l'arrêt *Greffe*, après avoir pris acte du fait qu'«[à]n'en pas douter, nous sommes en présence d'une infraction grave et même d'un fléau social grave, soit la possession et l'importation de drogues» et qu'«il ne fait pas de doute que, n'était-ce de l'exclusion de la preuve, l'appelant serait déclaré coupable relativement aux chefs d'accusation retenus contre lui»³⁰², le juge Lamer, maintenant juge en chef, arriva à la conclusion que:

«L'administration de notre système de justice serait davantage déconsidérée si notre Cour excusait [...] la pratique du recours à une arrestation en vertu de mandats relatifs à des infractions à la circulation comme artifice pour faire subir un examen rectal à un accusé au sujet duquel les policiers n'ont pas de motifs raisonnables et probables de croire qu'il transporte de la drogue»³⁰³

La preuve obtenue à l'occasion d'une violation de la Charte sera donc exclue si elle tend à rendre le procès inéquitable. Si ce n'est pas le cas, le tribunal devra se demander si la gravité de la violation des droits garantis à l'accusé est telle qu'il doit, pour préserver la considération dont jouit la justice, se dissocier de la conduite des autorités qui ont commis cette violation. Dans ce dernier cas, la preuve sera cependant admise malgré tout si l'exclusion de celle-ci, plus encore que son utilisation au procès, serait de nature à déconsidérer l'administration de la justice.

Au Canada, il appartient au juge du procès de statuer sur l'admissibilité de la preuve en fonction d'une violation possible de la Charte. Il ne peut refuser de statuer³⁰⁴. Le débat s'engage alors et la décision du juge sera définitive sauf si la partie qui aurait perdu sa cause se pourvoit en appel, après le procès.

2.2. In materia *sovrannazionale* in Italia.

2.2.1. Le sanzioni previste dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

301. R. c. *Elshaw*, précité, note 286, 39 (les italiques sont dans l'original).

302. R. c. *Greffe*, précité, note 298, 798.

303. Id.

304. R. c. *Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421.

2.2.1.1. A livello di giurisdizioni interne: la disapplicazione delle norme contrarie alla Convenzione europea.

Si è in precedenza visto (Cap. II, § 2.1.1.) che la "sanzione" fondamentale nei confronti delle norme (penali) interne contrarie alle garanzie costituzionali risulta essere la dichiarazione di incostituzionalità di tali norme. Parallelamente, con espressione impropria ma efficace, si può affermare che la "sanzione" fondamentale nei confronti delle norme (penali) interne contrastanti con le garanzie previste dalla CEDU è costituita dalla disapplicazione delle norme in questione da parte di tutti i giudici ordinari.

Invero, è ormai pacifico che, in caso di conflitto tra una norma (penale) interna ed una norma CEDU, è quest'ultima ad avere il sopravvento, anche nel caso in cui la norma penale interna sia **successiva**³⁰⁵.

Come in precedenza accennato (Sez. II, § 1.2.1.), ciò è dovuto al fatto che le norme CEDU non solo risultano integrate nel sistema giuridico italiano, ma sono anche considerate di rango superiore alle leggi **ordinarie**³⁰⁶, ovvero capaci di imporsi, in virtù della loro specialità o comunque della loro atipicità, persino rispetto alle norme nazionali successive³⁰⁷.

È appena il caso di sottolineare come la disapplicazione della norma

305. Tutto questo, ovviamente, solo nel caso in cui la norma CEDU sia *self executing*; e fermo restando che la massima parte delle disposizioni CEDU devono essere considerate tali. (Cfr. in dottrina, per tutti, **ALBANO**, Le norme *programmatiche* della CEDU e l'ordinamento italiano, in Riv. int. dir. uomo, 1991, pag. 719; **GOLSONG**, *L'effet direct* ainsi que le *range* en droit interne des normes de la *Convention européenne des Droits de l'Homme* et des décisions prises par les organes institués par celle-ci, in Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen, Bruxelles, 1978, p. 59 ss.; **VELU**, *Les effets directs des instruments internationaux en matière de droits de l'homme*, in Revue belge de droit international, 1980, pag. 293 ss. La concezione della tendenziale diretta applicabilità delle disposizioni della Convenzione è suffragata dallo stesso art. 1 CEDU. **Invero**, a seguito di un emendamento proposto da H. **ROLLIN**, l'affermazione contenuta nella bozza dell'art. 1 CEDU "Le Parti Contraenti si impegnano a riconoscere..." è divenuta nel testo definito "Le Parti Contraenti riconoscono ad ogni persona soggetta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà definiti al titolo I della presente *Convenzione*". In tal modo, come la stessa Corte europea ha avuto modo più volte di ricordare, i redattori della Convenzione si sono prefissi di evidenziare l'immediata vincolatività dei diritti CEDU. Sul punto cfr., per tutte, sent. 18 gennaio 1978, caso Irlanda c. Regno Unito, série A, n. 25, § 239; sent. 15 luglio 1982, caso Eckle, série A, n. 51, §§ 66-67.

306. In quanto ritenuto di livello costituzionale alla luce degli artt. 2, 10 e 11 cost. Cfr., supra, nota 83.

307. Cfr., per tutti, **CONFORTI**, Diritto internazionale, Napoli, 1987, p. 299 ss.; **ID.**, La specialità dei trattati internazionali eseguiti *nell'ordine* interno, in Studi in onore di Balladore Pallieri, vol. II, Milano, 1978, p. 187 ss.; Cfr. altresì la nota 89 bis.

interna in contrasto con le garanzie CEDU costituisca l'unica "sanzione" irrogabile dagli organi interni capace di incidere sulla legislazione nazionale e, di riflesso, sui comportamenti degli organi statuali. Attraverso di essa lo Stato riesce "da solo", cioè senza bisogno dell'intervento di organi internazionali, a risolvere – sia pure provvisoriamente³⁰⁸ – i suddetti contrasti normativi in senso favorevole ai diritti dell'uomo³⁰⁹.

Per contro, le sanzioni prese dagli organi giurisdizionali di Strasburgo nei confronti dei singoli Stati costituiscono strumenti di tutela meramente sussidiari; strumenti cioè utilizzabili solo nel deprecabile caso in cui il controllo delle garanzie CEDU da parte dello Stato si sia dimostrato inefficace, con conseguente violazione dei diritti dell'uomo³¹⁰.

Con l'evidente scopo di limitare al massimo i casi di inadempienza da parte degli Stati membri, l'art. 13 CEDU stabilisce che "Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto ad un ricorso effettivo davanti a una istanza nazionale...". Pur non mancando taluni punti oscuri in merito all'interpretazione dell'art. 13 CEDU³¹¹, è verosimile ritenere che tale ricorso possa costituire un mezzo adeguato per sollecitare la disapplicazione di una norma interna incompatibile con le garanzie CEDU. Anche se, certamente, il ricorso in questione mira più in generale a favorire ogni possibile misura da parte dello Stato atta alla riaffermazione dei diritti violati. Così, ad esempio, l'istanza nazionale investita del ricorso potrà accordare una equa riparazione al ricorrente i cui diritti CEDU siano stati violati dai comportamenti degli organi statuali³¹².

Ai sensi dell'art. 26 CEDU, solo nel caso in cui siano state infruttuosamente esaurite le vie di ricorso interno, può essere inoltrato un ricorso

308. Invero, la soluzione definitiva e pienamente soddisfacente del contrasto tra norma nazionale e norma CEDU si avrà soltanto con l'intervento del legislatore che abroghi la norma interna in questione, ovvero la modifichi in senso conforme ai diritti dell'uomo.

309. Più precisamente, la disapplicazione da parte del giudice interno della norma nazionale riuscirà ad evitare la violazione delle garanzie CEDU nei casi in cui tale violazione derivi non già dalla mera esistenza della norma, ma da un concreto atto di un organo dello Stato compiuto in base alla norma in questione. Per contro, la disapplicazione di tale norma non riuscirà ad evitare la violazione nei casi in cui la stessa esistenza della norma interna costituisca una violazione delle garanzie CEDU. Sul punto cfr., diffusamente, VELU e ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, cit., p. 1055 ss., n. 1219 ss.

310. Violazione, per di più, che lo Stato non abbia provveduto a riparare, nonostante l'esperimento delle vie di ricorso interno da parte della vittima o di qualsiasi Stato membro.

311. Cfr. COHEN JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, cit., p. 269 ss.

312. Cfr., *amplius*, de SALVIA, *Lineamenti di diritto europeo dei diritti dell'uomo*, Padova, 1991, p. 78 ss.

presso la Commissione europea dei diritti dell'uomo, al fine di ottenere giustizia da parte degli organi di Strasburgo.

2.2.1.2. A livello di giurisdizioni internazionali: l'eliminazione delle conseguenze e l'equa riparazione.

Nei casi in cui, nonostante ogni ricorso davanti alle istanze nazionali, la violazione delle garanzie previste dalla CEDU non sia stata adeguatamente "sanzionata" in sede interna, saranno gli organi giurisdizionali della Convenzione investiti della questione a sanzionare, sul piano internazionale, tale violazione.

In particolare – ove nel corso delle procedure non si abbia rinuncia da parte del ricorrente e non venga raggiunto un accordo tra le parti in causa³¹³ – l'avvenuta violazione della CEDU troverà consacrazione, a seconda dei casi, in una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, owerò in una risoluzione del Comitato dei Ministri (cfr. Cap. I, § 2.1.).

Entrambi questi provvedimenti hanno carattere meramente dichiarativo, e dunque non costitutivo di diritto. Essi cioè – come del resto emerge dalla lettura dell'art. 50 CEDU – si limitano a dichiarare che una data misura o decisione presa da uno Stato membro si trova interamente o parzialmente in contrasto con gli impegni assunti con l'adesione alla Convenzione europea. Resta comunque il fatto che gli Stati hanno l'obbligo di conformarsi alle indicazioni che discendono dalla sentenza di condanna³¹⁴. Benché in linea di principio quest'obbligo sia circoscritto al singolo caso portato all'esame degli organi di Strasburgo e non abbia quindi efficacia erga omnes, sono numerose le ipotesi in cui risulta evidente l'obbligo per lo Stato condannato di prendere misure che vadano al di là del caso esaminato; misure cioè a carattere generale³¹⁵. Si pensi, ad esempio, alle ipotesi in cui la violazione dei diritti CEDU discenda non già da comportamenti *contra legem* degli organi statali, ma piuttosto discenda proprio dall'applicazione della legge interna, cioè da comportamenti consentiti o imposti da leggi o regolamenti interni; ovvero addirittura, come talora accade, alle ipotesi in cui la violazione discenda dalla stessa esistenza di una

313. Il più delle volte, l'accordo tra le parti prevede il pagamento ad opera dello Stato convenuto di una somma di denaro al ricorrente, e/o talune modifiche legislative o regolamentari atte ad armonizzare la normativa interna alle garanzie CEDU. Cfr., per tutti, COHEN JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, cit. p. 216 ss.; de SALVIA, *Lineamenti di diritto europeo dei diritti dell'uomo*, cit., p. 289.

314. Ai sensi dell'art. 53 CEDU "Le Alte Parti Contraenti si impegnano a conformarsi alle decisioni della Corte nelle controversie nelle quali sono parti".

315. Cfr., sul punto, VELU e ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, cit., p. 1043 ss., n. 1211, e bibliografia ivi riportata,

norma interna confliggente con le garanzie CEDU, a prescindere cioè dalla effettiva applicazione di tale norma³¹⁶. In tali casi appare evidente l'opportunità e financo la necessità per lo Stato di adottare, oltre alle eventuali misure a carattere individuale atte ad eliminare le conseguenze della violazione, misure a carattere più generale, quali innanzitutto la riforma della legge o del regolamento amministrativo che risultano alla base della violazione.

In sintesi, è possibile affermare che dalle sentenze di condanna talora deriva, quale effetto indiretto³¹⁷ e financo diretto³¹⁸, l'esigenza per lo Stato di adottare misure a carattere generale incidenti sul sistema normativo interno.

Certo, sia nei casi in cui la violazione delle garanzie CEDU discenda da un comportamento concreto di singoli organi dello Stato, sia nei casi in cui tale violazione discenda dalla mera esistenza di una norma interna, agli organi di Strasburgo non compete di regola indicare allo Stato condannato le misure da adottarsi per por fine alla violazione. Spetta infatti allo Stato la scelta della soluzione più adatta per far cessare la violazione ed eliminarne le conseguenze³¹⁹. Tuttavia, non di rado accade che sia la Corte europea³²⁰ sia il Comitato dei Ministri³²¹ finiscano col fornire allo Stato responsabile della violazione dettagliate informazioni in proposito, ed in particolare col suggerire le misure più opportune per armonizzare la normativa nazionale alle garanzie CEDU³²².

A prescindere comunque da ogni suggerimento degli organi di Strasburgo atto ad influire sulla discrezionalità statuale in merito alle misure

316. Cfr., ad esempio, sent. 13 giugno 1979, caso Marckx, série A, n. 31; sent. 6 settembre 1978, caso Klass e altri, série A, n. 28; sent. 22 ottobre 1981, caso Dudgeon, série A, n. 45.

317. Cfr., *amplius* e per tutti, MAROTTA, Gli effetti delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano, cit., p. 58 ss.

318. Cfr., *amplius* e per tutti, COHEN JONATHAN, La Convention européenne des droits de l'homme, cit., p. 206 ss.; VELU, Rapport sur la "responsabilité" incombant aux Etats parties à la Convention européenne, VI^{ème} Colloque international sur la Convention, Siviglia, 1985, doc. Consiglio d'Europa, p. 36.

319. In proposito, si è affermato che allo Stato incombe un mero obbligo di risultato. Cfr. de SALVIA, Lineamenti di diritto europeo dei diritti dell'uomo, cit., p. 286; VELU e ERGEC, La Convention européenne des droits de l'homme, cit., p. 1048, n. 1213.

320. Cfr., per tutti, COHEN JONATHAN, La Convention européenne des droits de l'homme, cit., p. 204.

321. Cfr. de SALVIA, Lineamenti di diritto europeo dei diritti dell'uomo, cit., p. 293.

322. Anche in tale ipotesi, tuttavia, le misure indicate dalla Corte o dal Comitato dei Ministri non costituiscono veri e propri obblighi ma semplici suggerimenti, libero restando lo Stato di scegliere le soluzioni che esso ritiene più opportune per por fine alla violazione e rimuoverne le conseguenze.

più opportune per rimediare alla violazione dei diritti CEDU, non mancano tuttavia i casi in cui il diritto interno non permette, o permette solo in modo incompleto, di eliminare le conseguenze di tale violazione. Ciò accade in specie allorché l'atto costitutivo della violazione consista in una sentenza definitiva contraria ai diritti CEDU. In tale ipotesi, dato il principio dell'intangibilità del giudicato, non sussistono adeguati strumenti interni per modificare la situazione creatasi a seguito della sentenza in questione.

Proprio in considerazione di queste ipotesi, nelle quali appunto manca la possibilità di una restitutio in *integrum*, l'art. 50 CEDU prevede la possibilità che la Corte europea accordi alla parte lesa un'equa soddisfazione³²³. Quest'ultima consiste, in definitiva, in una indennità pecuniaria, valutata tenendo conto sia del danno materiale e morale subito, sia delle spese di giustizia sostenute dalla vittima per far valere il diritto violato³²⁴. Ai sensi dell'art. 53 CEDU³²⁵, lo Stato ha l'obbligo di accordare la somma concessa a titolo di equa riparazione. Come è stato sottolineato, questa indennità costituisce quindi "l'unico effetto diretto ricollegabile alle sentenze della Corte europea che, in questo caso, non sono più meramente dichiarative, in quanto impongono allo Stato una data prestazione"³²⁶.

Una forma di riparazione per molti aspetti simmetrica a quella affidata alla Corte europea dall'art. 50 CEDU, è attribuita, in base ad una procedura di recente instaurazione, al Comitato dei Ministri. Laddove infatti tale organo abbia constatato una violazione dei diritti CEDU, esso può ormai incaricare la Commissione di quantificare la somma da corrispondere alla parte lesa a titolo di equo risarcimento. Tuttavia, tale equo risarcimento non ha - diversamente da quello accordato dalla Corte europea - carattere vincolante, consistendo solo in un invito nei confronti dello Stato a versare alla vittima la somma stabilita³²⁷.

Un ulteriore compito affidato al Comitato dei Ministri è quello di controllare l'esecuzione delle sentenze della Corte europea (art. 54 CEDU), e più in generale l'esecuzione di tutti gli adempimenti necessari per eliminare le conseguenze delle violazioni accertate dalla Corte e dallo stesso Co-

323. Cfr., *amplius* e per tutti, de SALVIA, Lineamenti di diritto europeo dei diritti dell'uomo, p. 287.

324. Cfr., per tutti, EISSEN, La Corte europea dei diritti dell'uomo, in I diritti umani e la protezione - La Convenzione europea, Roma, 1986, p. 44; ERGEC e VELU, La Convention européenne des droits de l'homme, cit., p. 1036 ss., n. 1204 ss.

325. Cfr. nota 314.

326. MAROTTA, Gli effetti delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano, cit., p. 58.

327. Cfr. de SALVIA, Lineamenti di diritto europeo dei diritti dell'uomo, cit., p. 292 ss.

mitato dei Ministri (art. 32 CEDU). La Convenzione europea dei diritti dell'uomo non precisa quali sanzioni possano essere irrogate nei casi in cui lo Stato condannato non abbia adottato nel periodo stabilito le misure atte ad eliminare le conseguenze della violazione. Al Comitato dei Ministri è dunque lasciata in proposito una larga discrezionalità; fermo restando che la sanzione estrema è quella dell'esclusione dello Stato dal Consiglio d'Europa, secondo quanto stabilito dall'art. 8 dello Statuto dello stesso Consiglio d'Europa³²⁸.

2.2.2. Le sanzioni previste dalla normativa comunitaria,

2.2.2.1. A livello di giurisdizioni interne: la disapplicazione delle disposizioni contrarie alla normativa comunitaria.

Come in precedenza accennato (cfr. Cap. I, § 2.2. e Cap. II, § 1.2.1.), a causa del primato del diritto comunitario sul diritto nazionale, il giudice interno è tenuto a disapplicare tutte le norme nazionali (e dunque anche quelle "penali" e "successive") contrastanti con i testi comunitari direttamente applicabili. Invero, dopo lunghe resistenze da parte della Corte costituzionale e della Corte di cassazione, la tesi della immediata disapplicazione di ogni tipo di norma interna contraria al diritto comunitario (tesi da sempre energicamente sostenuta dalla Corte di giustizia: cfr., in particolare, le sentenze Sai³²⁹ e Simmenthal³³⁰) può dirsi ormai sostanzialmente fatta propria in Italia dalla stessa Corte costituzionale³³¹.

328. COHEN JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, cit., pp. 225 e 228.

329. Cfr. Corte di Giustizia, sent. 21 marzo 1972, causa 82/71 (S.A.I.L.), in *Raccolta*, 1972, p. 119, nella quale viene affermato che l'incidenza del diritto comunitario si estende a tutti i diversi settori dell'ordinamento interno.

330. Cfr. Corte di Giustizia, sent. 9 marzo 1978, causa 1061/77 (*Amministrazione Finanze contro Simmenthal*), in *Raccolta*, 1978, p. 629 ss., nella quale, in particolare, viene affermato: "Le disposizioni del Trattato e gli atti delle istituzioni, qualora siano direttamente applicabili, hanno l'effetto, nei loro rapporti col diritto interno degli Stati membri, non solo di rendere ipso iure inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente, ma anche... di impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui questi fossero incompatibili con norme comunitarie"; con la conseguenza che "qualsiasi giudice nazionale... ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti della legge interna, sia anteriore sia posteriore".

331. Cfr., in particolare, Corte cost., sent. 8 giugno 1984, n. 170, in *Giur. cost.*, 1984, I, p. 198 ss.; id., sent. 23 aprile 1985, n. 113, in *Giur. cost.*, 1985, I, p. 694. In merito al percorso evolutivo della Corte costituzionale italiana nel senso della progressiva adesione alle soluzioni accolte dalla Corte di Giustizia in caso di contrasto tra norme nazionali e diritto comunitario cfr., per tutti, BERNARDI, "Principi di

In base a tale tesi, come detto, ogni norma comunitaria direttamente applicabile nell'ordinamento nazionale determina non già l'abrogazione, bensì, per così dire, la paralisi delle norme nazionali con essa contrastanti. Paralisi ottenuta, appunto, disapplicando queste ultime norme tutte le volte che ad esse dovrebbe farsi ricorso. Le norme (penali) contrarie alla normativa comunitaria, quindi, ancorché disapplicate non risultano cancellate dall'ordinamento interno (come invece accade alle norme nazionali contrarie alla Costituzione e in quanto tali dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale). Esse di conseguenza potranno essere nuovamente utilizzate laddove, per qualsiasi ragione, la norma comunitaria incompatibile con esse e direttamente applicabile³³² venga abrogata o modificata a livello comunitario in modo da far cessare il contrasto³³³.

Nel Cap. I, § 2.2. si è avuto modo di porre in evidenza come fra le norme comunitarie direttamente applicabili nell'ordinamento interno rientrano, in particolare, tutti i principi generali del diritto comunitario, siano essi espliciti o impliciti. Infatti i principi espliciti sono, per l'appunto, previsti nei Trattati (si pensi, ad esempio, al principio del divieto di discriminazioni fondate sulla nazionalità, di cui all'art. 7 Tr. CEE, ed a quello di libera circolazione dei lavoratori, di cui agli artt. 48, 52 e 53 CEE); mentre i principi impliciti, elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia attraverso un esame delle Carte internazionali e delle Costituzioni dei Paesi CEE (si pensi, ad esempio, al cosiddetto principio di proporzione), sono anch'essi considerati parte integrante dei Trattati³³⁴.

Entrambe queste categorie di principi possono pertanto incidere sulle

diritto" e diritto penale europeo, cit., p. 170 ss., con ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali; RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, Padova, 1984, p. 123 ss.

332. Va sottolineato che il requisito della diretta applicabilità non costituisce prerogativa esclusiva dei trattati e dei regolamenti comunitari; in particolare, in taluni casi anche le disposizioni contenute nelle direttive comunitarie possono acquisire efficacia diretta, con conseguente possibilità per ogni singolo individuo di beneficiare dei diritti e più in generale delle situazioni di favore previste da tali testi. Cfr., per tutti, GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, cit., p. 260 ss.

333. Vero è però che – come già accennato (cfr. Cap. II, § 1.2.2.) e come ancor meglio si vedrà nel prossimo § – la mera disapplicazione da parte dei giudici interni delle norme penali contrastanti con il diritto comunitario non sembra soddisfare pienamente la Corte di Giustizia delle Comunità europee. Quest'ultima ha ritenuto infatti che la sopravvivenza di norme interne in contrasto con il Trattato, anche se disapplicate, nuocia alla certezza del diritto, e ha quindi affermato l'obbligo in capo allo Stato di abrogare le norme in questione. Cfr. Corte di Giustizia, 15 ottobre 1985, causa 168/85, Commissione CE c. Repubblica italiana, in *Dir. com. scambi intern.*, 1987, p. 105 ss., con nota di ZILIOI, *Recenti sviluppi sul contrasto tra norme nazionali e disposizioni comunitarie*, p. 110 ss.

334. Cfr. BERNARDI, *"Principi di diritto" e diritto penale europeo*, cit., p. 175 ss.; ID., *Sulle funzioni dei principi di diritto*, cit., p. 101, nota 198.

norme penali nazionali in vario modo e in particolare: a) imponendo la parziale o totale disapplicazione dei precetti penali nei casi in cui questi ultimi violino le garanzie poste dai principi in questione; b) influenzando in vario modo sulle sanzioni previste dal diritto interno³³⁵, per esempio limitando il potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena, e financo inibendo *tout court* l'applicazione di quest'ultima³³⁶ ove essa, in ragione della sua natura o quantità, sia in insanabile contrasto con i principi garantistici del diritto comunitario³³⁷. Nell'ottica della presente trattazione l'importanza dei principi di diritto comunitario appare dunque evidente. E la circostanza che – secondo quanto a suo tempo ricordato (cfr. Cap. I, § 2.2.) – i principi di diritto comunitario (*rectius*, i principi comunitari *impliciti*) non abbiano sino ad ora avuto una utilizzazione pienamente adeguata alle loro notevoli potenzialità, nulla toglie alla loro rilevanza. Rilevanza che emerge dalla loro attitudine ad innalzare il livello di garanzie proprio dei sistemi penali nazionali, ed a realizzare così un'armonizzazione di tali sistemi nel segno dei diritti dell'uomo³³⁸.

2.2.2.2. A livello di giurisdizioni internazionali: l'accertamento della violazione degli obblighi comunitari.

Si è visto nel paragrafo precedente come, in virtù della prevalenza e diretta applicabilità del diritto comunitario, le giurisdizioni nazionali possano "sanzionare" ogni norma (penale) interna, ove contrastante coi trattati e/o con la legislazione derivata, decretandone la disapplicazione.

Dal canto suo, anche l'organo giurisdizionale comunitario ha la possibilità di "sanzionare" a livello internazionale ogni violazione del diritto comunitario da parte degli Stati membri. Tale "sanzione" internazionale – applicabile a seguito di ricorso alla Corte di Giustizia, (cfr. Cap. II, § 2.2.) – consiste tuttavia in una sentenza di mero accertamento della violazione degli obblighi comunitari. "La Corte cioè si limita a fare una constatazione dell'inadempimento, e non può indicare anche le misure necessarie per la cessazione dell'inadempimento stesso o per il risarcimento dei danni che

335. Sui diversi tipi di influenza esercitati dal diritto comunitario sulle sanzioni penali (e sulle sanzioni amministrative) nazionali, cfr., *amplius* e per tutti, GRASSO, La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri, cit., p. 633 ss.; BERNARDI, "Principi di diritto" e diritto penale europeo, cit., p. 195 ss.

336. E dunque, di fatto, inibendo l'applicazione dello stesso precetto in relazione al quale tale pena è comminata.

337. Cfr. GRASSO, La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri, cit., p. 640 ss.

338. Cfr., per tutti, GRASSO, La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri, cit., p. 644 ss.

questo abbia effettivamente causato"³³⁹. La determinazione di tali misure compete dunque esclusivamente allo Stato giudicato inadempiente, il quale avrà pertanto libertà di scelta a questo proposito, limitata soltanto dalla necessità del rispetto delle disposizioni comunitarie³⁴⁰.

Resta comunque il fatto che l'esecuzione della sentenza della Corte di Giustizia, per quanto lasciata nelle sue modalità alla discrezionalità dello Stato, costituisce per quest'ultimo un obbligo giuridico autonomo³⁴¹, la cui inosservanza giustifica un nuovo giudizio davanti alla Corte di Giustizia, con relativa ulteriore constatazione di inadempimento. In proposito, deve anzi essere sottolineato il carattere inderogabile di tale obbligo; lo Stato che non si uniforma in tempo utile alla sentenza di accertamento della Corte di Giustizia non può cioè addurre a sua giustificazione il fatto che ciò sia dovuto al sopraggiungere di circostanze indipendenti dalla volontà delle competenti autorità. In questo senso, particolari vicende politiche e parlamentari (ad esempio, la decadenza di un disegno di legge per fine anticipata della legislatura) così come, più in generale, speciali disposizioni, situazioni ed eventi a carattere interno, non possono evitare una nuova dichiarazione di inadempimento nei confronti dello Stato che abbia ommesso di prendere i provvedimenti resi necessari alla luce della sentenza della Corte di Giustizia³⁴².

Laddove lo Stato condannato non provveda a far cessare e/o a riparare l'inadempimento, esso risulta responsabile nei confronti sia della Comunità europea sia di tutti gli altri Stati membri di tale Comunità. Si tratta, invero, di una responsabilità generica di tipo essenzialmente politico, dato che il Trattato CEE non prevede precise misure contro gli Stati inadempienti. E' tuttavia da ritenersi che il Consiglio comunitario (che è l'organo della Comunità deputato a valutare politicamente la responsabilità degli Stati membri) saprebbe eventualmente trovare gli strumenti adeguati a

339. Invero, se dall'inadempimento degli obblighi comunitari è derivato un danno, la vittima (che può essere un semplice cittadino o anche, per esempio, una società) può proporre, secondo le regole e le procedure interne, ricorso contro lo Stato inadempiente per essere reintegrato nei propri diritti, ovvero per essere adeguatamente risarcito. Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 23 gennaio 1976, causa 60/75 (Russo c. Aima), in Racc., 1976, p. 45.

340. POCAR, *Diritto delle Comunità europee*, Milano, 1991, p. 168. Cfr. altresì MONACO, *La Corte di Giustizia*, in *Manuale di diritto comunitario*, cit., p. 159 ss.

341. Ai sensi dell'art. 171 Tr. CEE "Quando la Corte di Giustizia riconosca che uno Stato membro ha mancato a uno degli obblighi ad esso incombenti in virtù del presente Trattato, tale Stato è tenuto a prendere i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza della Corte di Giustizia importa".

342. Cfr., per tutte, Corte di Giustizia, sent. 13 luglio 1972, causa 48/71, Commissione c. Repubblica italiana, in Raccolta, 1972, p. 532 ss.; Id., sentt. 2 dicembre 1980, causa 42/80 e 43/80, Commissione c. Repubblica italiana, in Raccolta, 1980, p. 3635 ss.

sanzionare il comportamento anticomunitario dello Stato il quale, nonostante ogni pronunzia della Corte di Giustizia, persistesse nel non porre rimedio alle violazioni commesse³⁴³.

Prima di concludere questa breve esposizione delle sanzioni previste in caso di violazione dei diritti e delle garanzie poste dalla legislazione comunitaria, si impone tuttavia una precisazione in merito ai rapporti esistenti tra la sanzione-disapplicazione della *norma* interna, di pertinenza delle giurisdizioni nazionali, e la sanzione-accertamento della violazione, di pertinenza della Corte di Giustizia.

In proposito, deve innanzitutto essere chiarito che per aversi constatazione dell'inadempimento dello Stato da parte della Corte di Giustizia non occorre l'effettiva applicazione, ad opera dello Stato in questione, della norma (penale) interna contraria alla disciplina comunitaria. A giudizio della Commissione e della Corte di Giustizia, infatti, anche la mera permanenza di tale norma all'interno dell'ordinamento giuridico nazionale costituisce una violazione degli obblighi comunitari da parte dello Stato³⁴⁴. Gli organi di Lussemburgo sono infatti concordi nel ritenere che la sopravvivenza delle norme in questione, anche se disapplicate, nuocia alla certezza giuridica, data la difficoltà per i cittadini europei di conoscere sia la normativa comunitaria atta a paralizzare le norme interne con essa contrastanti sia – ove esista – la relativa giurisprudenza nazionale in materia di disapplicazione. Secondo tali organi, quindi, solo attraverso l'esplicita abrogazione delle norme interne contrastanti coi trattati e con la legislazione derivata può essere restituita ai cittadini la certezza *del* diritto, così come la certezza *dei* diritti misconosciuti nei testi nazionali da disapplicare³⁴⁵.

Alla luce di quanto appena detto emerge chiaramente il carattere cumulativo e non alternativo della tutela offerta, rispettivamente, dalle giurisdizioni interne e dalla Corte di Giustizia. In questo senso, la possibilità

343. MONACO, *La Corte di Giustizia*, cit., p. 160.

344. *Mutatis mutandis*, a livello comunitario si ripresenta quindi, in forma generalizzata, la situazione riscontrabile nell'ambito della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nei casi in cui la violazione dei diritti CEDU venga fatta discendere dalla mera esistenza della norma interna contraria alle garanzie convenzionali (cfr. Cap. II, § 2.2.1.2.)

345. Cfr., *amplius* e per tutti, ZILIOLI, *Recenti sviluppi sul contrasto tra norme nazionali e disposizioni comunitarie*, cit., p. 111. La correttezza della posizione della Corte di Giustizia – tesa a garantire una certezza giuridica compromessa dal processo di stratificazione di norme interne e di norme comunitarie – sembra ribadita dalla constatazione delle sfasature riscontrabili nelle decisioni degli stessi giudici nazionali. E' accaduto infatti che, all'interno di uno stesso Paese, i giudici deputati a disapplicare le norme contrastanti col diritto comunitario abbiano adottato pronunce non conformi tra loro. Cfr. SGARBANTI, *Corte costituzionale e Corte di Giustizia: un dissidio sanato?*, in *Riv. dir. agrario*, 1987, p. 314, nota 30.

per i privati di far valere i loro diritti davanti ai tribunali nazionali anche quando lo Stato non avesse adempiuto alle modifiche legislative necessarie ad adeguare la normativa interna al diritto comunitario (possibilità questa discendente appunto dal principio della diretta applicabilità del diritto comunitario) costituisce solo una **tutela minima**: tutela che si aggiunge a quella offerta, ex artt. 169 e 170 Tr. CEE, dalla Corte di Giustizia³⁴⁶ e che non esclude la responsabilità dello Stato per le mancate riforme legislative.

Questa tesi della Commissione e della Corte di Giustizia – invero assai rigorosa e accolta non senza perplessità da una parte della dottrina italiana³⁴⁷ sembra del resto fondarsi su argomenti logici difficilmente confutabili. Come è stato puntualmente osservato, sarebbe invero assurdo che il principio di diretta applicabilità del diritto comunitario, finalizzato a tutelare gli individui contro l'inerzia degli Stati a conformare la loro normativa al diritto comunitario, potesse essere invocato da parte di questi ultimi per giustificare tale inerzia, e dunque "per dispensarsi del tutto dall'adattare il loro diritto interno alle esigenze del diritto comunitario"³⁴⁸.

In definitiva, è possibile affermare che, in base alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, la sentenza di constatazione di un inadempimento da parte dello Stato potrà essere pronunciata dalla Corte di Giustizia in due distinti casi: 1 quando le giurisdizioni interne non abbiano disapplicato la normativa (penale) interna contrastante col diritto comunitario, con conseguente violazione delle garanzie da quest'ultimo previste; 2 quando, indipendentemente da ogni sua eventuale disapplicazione, tale normativa interna non sia stata formalmente abrogata o modificata in senso conforme al diritto comunitario, e non siano stati quindi resi immediatamente "visibili" ad ogni cittadino i diritti ad esso garantiti all'interno del sistema giuridico.

ABSTRACT

The present article, divided into two chapters, constitutes the first part of a larger study of comparative criminal law between the canadian and italian systems.

In the first chapter, relating to the sources of the law on the matter, the authors examine mostly the evolution and the importance of the constitu-

346. Cfr. ancora ZILIOLI, *Recenti sviluppi*, cit., p. 112.

347. Cfr. LA PERGOLA, *L'adeguamento dell'ordinamento interno alle norme del diritto internazionale dei diritti umani*, cit., p. 67.

348. Cfr. conclusioni dell'Avvocato generale MISCHIO, causa 168/85 (Commissione c. Repubblica italiana), udienza 17 giugno 1986, riportate da ZILIOLI, *Recenti sviluppi*, cit., p. 112.

tion in both country. Afterward, they study the influence on the italian criminal system of the guarantees provided by the most important supranational sources, i. e. the European convention on human rights and european commun rules. The authors then compare the problem of legality in criminal law which is treated totally differently by systems of common law and systems of civil law. With regard to this matter, they particularly explain the evolution, in Canada, from a system of common law to a system of legality in matter of crime and sanction but not in the other field of criminal law. This first chapter is concluded by a description of the differences arising in each country on the domain of criminal law and with regard to the classification of offenses.

The second chapter examines the judiciary control of constitutionality in criminal law. The authors first study the problem of jurisdiction in the matter which in Canada is the responsibility of regular courts while in Italy there is a special court, *la Corte costituzionale*. Relating specifically to the incidence of supranational rules, they describe the original responsibility of regular courts in the matter and the jurisdiction in review of the european courts in Strasbourg and Luxembourg. The second part of the second chapter examines the applicable sanctions in matter of constitutional control. Obviously, it refers primarily to the judgment of unconstitutionality which in Canada may be rendered during a criminal trial or in special procedures and even by procedure initiated by a private citizen. A special feature of the canadian system resides in the existence of distinctive remedies in case of violations of the constitution. This study is concluded by the examination of sanctions applicable in Italy and provided by the European convention on human rights and european community rules, in case of contravention by internal rules of criminal law of the guarantees provided for by these international documents.

Il presente lavoro, diviso in due capitoli, costituisce la prima parte di un più ampio studio comparatistico sulle garanzie costituzionali in materia penale nei sistemi canadese e italiano.

Nel primo capitolo, avente ad oggetto le fonti giuridiche, vengono innanzitutto presi in esame l'evoluzione ed il ruolo della Costituzione nei due Paesi. Successivamente, dopo un esame dell'influenza nell'ordinamento penale italiano delle garanzie contenute nelle più importanti fonti sovranazionali (Convenzione europea dei diritti dell'uomo e normativa comunitaria), viene affrontato il problema della legalità penale, cui come noto gli Stati di *common law* e di *civil law* danno risposte radicalmente diverse. A questo proposito, la ricerca pone in luce, in particolare, l'evoluzione da un regime di *common law* a un regime di legalità manifestatasi in Canada: evoluzione risultata particolarmente evidente in tema di reati e di pene, ma riscontrabile anche, sia pure in misura incompleta, in tema di

norme non incriminatrici. Il primo capitolo si conclude con l'esposizione delle differenze rinvenibili nei due Paesi in relazione sia ai criteri di delimitazione del diritto penale sia ai criteri di classificazione dei reati.

Il secondo capitolo, concernente il controllo di costituzionalità in materia penale, prende in esame, innanzitutto, le giurisdizioni deputate a tale controllo: il giudice di diritto comune in Canada e la Corte costituzionale in Italia. Con specifico riferimento al problema dell'incidenza sull'ordinamento italiano delle norme sovranazionali, viene quindi esaminato in primo luogo il sistema di controllo diffuso svolto in materia dalle giurisdizioni di diritto comune, e in secondo luogo il controllo di ultima istanza svolto dalle giurisdizioni europee di Strasburgo e Lussemburgo. La seconda parte del secondo capitolo ha ad oggetto le "sanzioni" applicabili in sede di controllo di costituzionalità. Si allude, innanzitutto, alla dichiarazione di inconstituzionalità, che in Canada è prevista sia nell'ambito di un processo, sia al di fuori di un processo, sia financo su autonoma iniziativa del singolo cittadino. Un tratto caratterizzante del sistema canadese è costituito poi dall'esistenza di sanzioni irrogabili in caso di comportamenti non conformi alla Costituzione da parte di organi dello Stato. Il lavoro si conclude con l'esame delle sanzioni previste, limitatamente all'Italia, dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalla normativa comunitaria, in caso di contrarietà delle norme penali interne alle garanzie sancite dai relativi testi internazionali.

NOTIZIARIO

Nell'anno accademico 1992/93 sono stati promossi dibattiti, seminari, incontri, lezioni sui seguenti temi:

La tutela del possesso alla luce della recente giurisprudenza costituzionale e della riforma del *c.p.c.*, con la partecipazione del prof. A. PROTO PISANI dell'università di Firenze e del prof. R. SACCO dell'università di Torino.

Attualità e prospettive del diritto ereditario,, con il prof. G. BONILINI dell'università di Parma, a partire dal suo volume «Nozioni di diritto ereditario»).

Quale riforma elettorale, tavola rotonda organizzata dagli studenti dell'università di Ferrara, con presentazione della prof. L. CARLASSARE dell'università di Ferrara ed intervento dell'on. prof. A. BARBERA dell'università di Bologna, dell'on. prof. S. LABRIOLA dell'università di Pisa, del prof. A. MANZELLA dell'Università di Roma, dell'on. prof. S. MATTARELLA dell'università di Palermo.

Problematiche delle libertà costituzionali, con il prof. A. PACE dell'Università La Sapienza di Roma e del prof. C. MEZZANOTTE dell'Università L.U.I.S.S.

Articolo 11 della Costituzione: limitazioni di sovranità e nuovo modello di difesa, con l'intervento del prof. U. ALLEGRETTI dell'università di Firenze e del prof. B. CONFORTI dell'Università di Roma.

Diritto, linguaggio, interpretazione, con la partecipazione dei prof.ri E. PATTARO dell'università di Bologna; M. TROPER dell'università di Parigi X, Nanterre; M. JORI dell'Università di Cagliari.

Epistemologia del discorso giuridico e del discorso medico, con la partecipazione del prof. J. BROEKMAN.

La situazione giuridica degli ebrei *nell'impero* romano, corso integrativo tenuto dal prof. A. MORDECHAI RABELLO dell'università ebraica di Gerusalemme.

Einführung in das deutsche Arbeitsrecht, corso tenuto dal prof. R. BIRKE dell'Università di Trier, nell'ambito del programma Lingua.

L'influenza del mercato unico europeo sul diritto tedesco, seminario tenuto dal prof. J. BASEDOW dell'università di Augsburg, nell'ambito delle attività inerenti ai Corsi di perfezionamento nel diritto tedesco e degli scambi internazionali italo-germanici.

I delitti contro la pubblica amministrazione: *problemi* attuali, conversazione con la partecipazione del dott. G. IADECOLA, Sost. Proc. Generale presso la Corte di Appello di Bologna.

Nuove normative in materia di licenziamento, lezione del prof. G. PERA dell'università di Pisa.

Il sistema radiotelevisivo tra Legislazione e Corte Costituzionale, lezione tenuta dal prof. U. DE SIERVO dell'Università di Firenze.

Costituzione e televisione: problemi attuali, lezione del prof. P. CARRETTI dell'università di Firenze,

Il diritto internazionale dell'ambiente e il nuovo ordine internazionale, lezione del prof. P. FOIS dell'università di Sassari.

La denuncia di un trattato per ragioni ambientali: il caso del Danubio, lezione del prof. G. CONETTI dell'università di Trieste.

La tutela internazionale dell'ambiente, lezione del prof. G. BADIALI dell'università di Perugia.

La conferenza di Rio e lo sviluppo sostenibile, lezione del prof. S. MARCHISIO dell'Università di Perugia.

Il giudice di pace, lezione del prof. F. TOMMASEO dell'Università di Trieste.

Lo stato di avanzamento della legge 26 novembre 1990, n. 353, lezione del prof. C. CONSOLO dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

La struttura del giudizio di primo grado dopo la riforma del 1990, lezione del prof. M. TARUFFO dell'Università di Pavia.

Nel quadro di una iniziativa volta a segnalare volumi di recente pubblicazione sono state discusse le seguenti opere:

Delitti contro il patrimonio, di G. FIANDACA dell'università di Palermo e E. MUSCO dell'università di Roma Tor Vergata, alla presenza degli autori e con la partecipazione del prof. E. GALLO, presidente emerito della Corte Costituzionale.

Suggerimenti penalistici in testi letterari, con l'intervento del prof. M. A. CATTANEO dell'università di Milano e del prof. A. MOLARI dell'Università di Padova.

Il diritto del lavoro della Comunità Europea, discussione con gli autori, prof. T. TREU dell'università Cattolica di Milano e prof. M. ROCCELLA dell'Università di Torino, coordinatore prof. A. LYON-CAEN dell'Università di Parigi X, Nanterre.

Nell'ambito del progetto ERASMUS, per l'a.a. 1991/92 sono partiti n. 27 studenti e sono stati ospitati n. 20 studenti stranieri.

[Wanda Formigoni Candini]

INDICE

Osservatorio:	pag.	3
G. BATTAGLINI: <i>"Azione" e "iter processuale" nei giudizi internazionali</i>	pag.	5
L. CARLASSARE: <i>La costituzione e la protezione del minore</i>	pag.	19
P. ZAMORANI: <i>Lettura critica</i>	pag.	31
A. MANFREDINI: <i>La rubrica di CI.8.51: De expositis liberis et sewis et de his qui sanguinolentos emptos vel nutriendos acceperunt</i>	pag.	57
V. ANGIOLINI: <i>Per la voce "amministrazione pubblica" in un dizionario delle Ydee politiche": appunti</i>	pag.	69
G. BRUNELLI: <i>Motivazione delle decisioni costituzionali a definizione del ruolo del giudice comune nell'applicazione del diritto comunitario..</i>	pag.	81
L. DESANTI: <i>Fedecomesso e protezione degli incapaci</i>	pag.	105
P. BÉLIVEAU - A. BERNARDI - L. RUSSO: <i>Le garanzie costituzionali in materia penale. Indagine comparatistica sui sistemi canadese ed italiano</i>	pag.	125
Notiziario:	pag.	235