

PIERPAOLO ZAMORANI

La lex Publilia del 339 a.C. e l'auctoritas preventiva

1. Nelle « Lezioni » che ho recentemente dato alle stampe⁽¹⁾ ho espresso l'opinione che, contrariamente a quanto comunemente si afferma, la cosiddetta *lex Publilia de patrum auctoritate*⁽²⁾ del 339 a.C. (in virtù della quale i *patres* avrebbero dovuto prestare la propria *auctoritas* in ordine alle delibere del comizio centuriato prima che la votazione avesse inizio anziché dopo l'approvazione del popolo, come era fino ad allora avvenuto) costituisse un obiettivo rafforzamento dei poteri del senato⁽³⁾.

La natura del lavoro in cui questa opinione veniva prospettata, nonché la sua specifica (se non esclusiva) destinazione ai miei studenti del corso di Diritto romano, sconsigliavano una trattazione maggiormente approfondita della questione. Non mi sembra perciò inutile un suo riesame in questa sede: l'occasione permetterà qualche ulteriore considerazione, forse non priva di interesse.

2. Vediamo anzitutto la testimonianza liviana da cui si è soliti prendere le mosse:

Liv. 8.12: (14) *Dictatura (scil. Q. Publilii Philonis) popularis et orationibus in patres criminosos fuit, et quod tres leges secundissimas plebi, adversas nobilitati tulit: unam, ut plebi scita omnes Quirites tenerent; (15) alteram, ut legum quae comitiis centuriatis ferrentur ante initum suffragium patres auctores fierent; (16) tertiam, ut alter utique ex plebe — cum eo ventum sit ut utrumque plebeium fieri liceret — censor crearetur. (17) Plus eo anno domi acceptum cladis ab consulibus ac dictatore quam ex victoria eorum bellicisque rebus foris auctum imperium patres credebant.*

A tutta prima, la *communis opinio* sembra poggiare su basi assai solide. Le tre leggi *publiliae* (e quindi anche quella *de patrum*

(1) *Plebe Genti Esercito (Una ipotesi sulla storia di Roma. 509-339 a.C.)*, Milano 1987.

(2) Su cui ROTONDI, *Leges publicae populi Romani*, Milano 1912, p. 227.

(3) *Plebe Genti Esercito etc.*, cit., p. 130 s.

auctoritate che ora ci interessa) sono dette dallo storico *secundissimae plebi, adversae nobilitati*; i patrizi⁽⁴⁾, poi, avrebbero ritenuto esiziale la dittatura *popularis* di Quinto Publilio Filone, al punto da stimare maggiore il danno prodotto sul fronte interno dalla sua legislazione al vantaggio che le vittorie militari dei consoli⁽⁵⁾ avevano arrecato sul piano internazionale. Che quindi il dittatore del 339 a.C. abbia inferto un grave colpo al potere ed al prestigio delle istituzioni patrizie in genere (ed a quelli del consesso senatorio in particolare) sembrerebbe scontato.

Per la precisione — almeno così si sostiene — l'innovazione introdotta dalla *lex Publilia* de patrum *auctoritate* avrebbe privato il senato⁽⁶⁾ del potere di cassare quelle delibere del comizio centuriato che gli risultassero sgradite. Se, fino al 339 a.C., l'*auctoritas* patrum era stata l'atto finale del procedimento legislativo (sicché i senatori potevano, per così dire, « aspettare al varco » la delibera comiziale e decidere allora se farla entrare in vigore ovvero — negandole l'*auctoritas* — farla venire meno) dopo la riforma, che anteponeva la prestazione dell'*auctoritas* alla votazione, il senato sembrerebbe essere stato espropriato di ogni effettivo controllo sulla legislazione: una volta che, munita dell'*auctoritas*, la proposta fosse uscita dalla curia, contenuti e sorte ne sarebbero stati determinati dalla volontà del comizio e del suo presidente, mentre il senato le sarebbe stato ormai irrimediabilmente estraneo.

Questa conclusione parrebbe sorretta in modo decisivo da

Liv. 1.17.9: *Decreverunt enim (scil. patres) ut, cum populus regem iussisset, id sic ratum esset, si patres auctores fie-*

(4) Poiché nell'anno 339 a.C. il senato doveva essere ancora a forte maggioranza patrizia, considero, qui ed altrove, fungibili i termini « antisenatorio » e « antipatrizio », « senato » e « patriziato », etc.

(5) Il paragone fra il danno prodotto dalla legislazione di Publilio Filone e le imprese militari dei consoli di quello stesso anno è motivato dalla duplice circostanza che, anteriormente alla sua nomina a dittatore, Publilio era appunto stato Console, e che il suo collega patrizio Tiberio Emilio Mamerco (oltre ad averlo nominato dittatore) è detto anche averne condiviso la politica antisenatoria (Liv. 8.12.11).

(6) In questa sede ed ai limitati fini di questo lavoro penso di potere prescindere dalla questione — ancora discussa e di ardua soluzione — se a prestare l'*auctoritas* fossero in ogni epoca i soli senatori patrizi (in tal senso già MOMMSEN, *Droit public romain*, VII, Paris 1891, p. 237 s. e, più recentemente, BLEICKEN, *Lex Publica. Gesetz und Recht in der römischen Republik*, Berlin-New York 1975, p. 296), ovvero fossero fino al 367 a.C. i soli senatori patrizi e dopo tale data tutti i membri del senato, indipendentemente dal ceto di appartenenza (così, da ultimo, MANNINO, *L'auctoritas patrum*, Milano 1979, p. 59 ss. e 129 ss.). Le mie preferenze (cfr. *Plebe* Gentili Esercito etc., cit., p. 132) vanno alla prima ipotesi.

rent. Hodie quoque in legibus magistratibusque rogandis usurpatur idem ius, vi adempta; priusquam populus suffragium ineat, in incertum comitiorum eventum patres auctores fiunt ⁽⁷⁾.

L'auctovitas prestata *priusquam populus suffragium ineat* (espressione chiaramente equivalente ad *ante initum suffragium* di Liv. 8. 12.15) avrebbe dunque perduto, stando al tenore del passo liviano, ogni vis. Così almeno interpreta la dottrina ⁽⁸⁾.

(7) Sulla situazione che la prima parte del testo contempla cfr. *infra* p. 16.

(8) HUMBERT, s.v. *Auctoritas patrum*, in DS, I, Paris 1877, p. 546 (pure formalité) e p. 547 (simple formalité); BERGER, ss.vv. *Auctoritas patrum* e *Lex Publilia Philonis*, in *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, p. 369 (a mere formality) e p. 558 (a mere formality); MOMMSEN, *Droit public romain*, VII, cit., p. 243 (la ratification anticipée n'a absolument aucune importance pratique); SCHERILLO-DELL'ORO, *Storia del diritto romano*, 4^a ed., Milano-Varese 1950, p. 92 (mera formalità priva di qualsiasi contenuto pratico); ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, 7^a ed., Napoli 1957, p. 41 (parere preventivo [non vincolante] sulle proposte del magistrato); GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*, 5^a ed., Torino 1965, p. 202 (parere preventivo non vincolante, che si ridusse a mera formalità); DE FRANCISCI, *Sintesi storica del diritto romano*, Roma 1968, p. 126 (pura formalità); KUNKEL, *Lezioni di storia giuridica romana*, Napoli 1973, p. 30 (importanza molto diminuita); KASER, *Storia del diritto romano*, Milano 1977, p. 46 (formalità); TONDO, *Profilo di storia costituzionale romana*, I, Milano 1981, p. 237 (autorizzazione in bianco); BURDESE, *Manuale di diritto pubblico romano*, 3^a ed., Torino 1987, p. 77 (parere preventivo non vincolante per le rogazioni legislative); BISCARDI, *Auctoritas patrum*, in BIDR 48 (1941), p. 436 (parere preventivo non vincolante, opinione ribadita nella postilla alla ripubblicazione del citato lavoro [Napoli 1987, pag. 232 s.] e temperata dall'affermazione che l'*auctoritas* conservava tuttora una grande importanza sotto il profilo politico); BEEICKEN, *Lex Publica*, etc., cit. p. 296 (Als eine den Volksbeschlüssen vorangehende Willensausserung der patrizischen Senatoren, blieb sie dann bis an das Ende der Republik erhalten, obwohl sie kaum noch etwas bedeutete...); MANNINO, *L'auctoritas patrum*, cit., p. 83 (parere non vincolante sul contenuto della rogatio) e p. 121 (parere non vincolante sull'opportunità o meno di dare inizio alle operazioni di voto). Isolata (e quasi totalmente inascoltata: vi aderisce ora AMIRANTE, *Sulla provocatio ad populum* fino al 300, in Iura (34), 1983, p. 24; Id., *Plebiscito e legge*. Primi appunti per una storia, in Sodalitas. *Scritti* in onore di Antonio Guarino, vol. IV, 1984, p. 235 e nt. 21) in questo uniforme panorama scientifico, è l'opinione di WILLEMS, *Le sénat de la république romaine, Sa composition et ses attributions*, 11, Louvain 1885, p. 83 s. Poiché a questa opinione io aderisco pienamente, varrà la pena di riportarla per esteso: «Quelle fut la portée de la réforme introduite par les lois Publilienne et Ménienne? Diminua-t-elle, comme on le dit communément, l'importance de la *patrum auctoritas*? Nous ne le pensons pas. Si l'on se place à un point de vue purement théorique, la réforme peut être appelée démocratique. Antérieurement, les décisions populaires, pour être exécutoires, devaient être validées par le Sénat. Désormais l'intervention du Sénat précède la décision du peuple. La dernière instance passe au peuple. Le Sénat cesse d'être le tuteur du peuple; dans le sens juridique du mot, il n'est plus *auctor*. Le peuple devient vraiment souverain. C'est de cette théorie

Possiamo aderire a questa interpretazione? Io non credo.

A mio avviso, allorché gli studiosi sono pervenuti alla formulazione della conclusione sopra riportata, sono stati vittime di un non lieve abbaglio. *L'auctoritas* preventiva (ed è quanto mi riprometto di porre in luce) non esautora il senato ma lo dota anzi di uno strumento di controllo politico di straordinaria efficacia; non indebolisce la posizione dei senatori ma, al contrario, la rafforza. Le pagine che seguono intendono anzitutto giustificare queste affermazioni e, successivamente, chiarire la portata ed il significato di Liv. 1.17.9.

3. Vi sono, io credo, tre argomenti (di diverso peso e natura) che inducono a guardare con una certa diffidenza al racconto liviano relativo all'anno 339 a.C. e, in particolare, al conflitto fra Publilio ed il senato.

La legislazione *secundissirna plebi, adversa nobilitati* di cui è autore Quinto Publilio Filone dovrebbe essere, ad un tempo, causa ed effetto dell'inimicizia esistente fra il console (poi dittatore) di quell'anno ed il patriziato in genere ed il senato in particolare. Non sembra infatti ragionevole pensare che Publilio abbia potuto maturare i suoi asseriti progetti rivoluzionari ed antinobiliari nel breve arco temporale della sua dittatura: voglio dire che le tendenze *adversae nobilitati* del dittatore sarebbero dovute essere ben note ai suoi presunti rivali patrizi, dai quali sarebbe lecito attendersi un comportamento ostile nei suoi riguardi anche prima della votazione delle leggi.

E tuttavia di tale ostilità Livio non fornisce alcuna traccia precisa:

que Ciceron se fait l'écho dans ce passage: *Quod patres apud maiores nostros tenere non potuerunt ut reprehensores essent comitiorum* (Cic. *pro Planc.* 3.8). Le droit que le Sénat perd en théorie à l'égard du peuple, il l'obtient à l'égard des magistrats: en fait, l'influence du Sénat est plus étendue, plus efficace qu'antérieurement. Au point de vue législatif, aucun projet de loi ne pourra être soumis aux comices centuriates et curiates avant d'avoir été discuté et approuvé par le Sénat. Avant la loi Publilienne, le Sénat approuvait ou rejetait en bloc la loi votée; depuis la réforme, il discute le projet, le modifie et l'amende. Ce n'est qu'après l'avoir approuvé dans son ensemble et dans ses parties qu'il permettra au magistrat de le soumettre au vote populaire. Auparavant il avait le droit de casser la loi votée par le peuple; mais pour qu'il usât de ce droit, il fallait sans doute un motif sérieux, grave. Maintenant il a un moyen préventif; il peut empêcher le magistrat de présenter sa *rogatio*. Sans action est d'autant plus efficace et plus libre. Au point de vue électoral, depuis la loi Méniénne, la liste des candidats qui briguent les magistratures, élues par les comices centuriates, est soumise à l'approbation du Sénat avant l'élection. Le Sénat a le droit de rayer de la liste les noms des citoyens auxquels il refuse son approbation. En réalité, il est moins difficile de refuser une candidature que de casser une élection. En résumé, la réforme de la *patrum auctoritas* était favorable au Sénat, et préjudiciable plutôt à l'indépendance des magistrats ».

anzi, mentre Publilio è console, il senato⁽⁹⁾ gli decreta il trionfo (Liv. 8.12.9), cosa che manderebbe su tutte le furie il suo collega patrizio Tiberio Emilio Mamercino, che si sarebbe ritenuto degno di eguale onore. Tale concessione, ottenuta per imprese che lo storico patavino (in 8.12.5, attingendo ad una tradizione manifestamente ostile ai consoli del 339 a.C.) sottolinea non essere nemmeno paragonabili per importanza a quelle compiute dai consoli dell'anno precedente, mi suggerisce di pensare ad una buona disposizione del consesso senatorio nei confronti di Publilio⁽¹⁰⁾: il dittatore avrebbe perciò, con le proprie leggi e segnatamente con quella *de patrum auctoritate*, mal corrisposto alla simpatia che i senatori gli avevano manifestato. La cosa, di per sé non impossibile, appare tuttavia assai improbabile quando si legga

Liv. 8.15.9: Eodem anno (*scil.* 337 a.C.) Q. Publilius Philo praetor primum de plebe adversante Sulpicio consule, qui negabat rationem eius se habiturum, est factus senatu, cum in summis imperiis id non obtinuisset, minus in praetura tendente.

Secondo gli accordi dell'anno 367 a.C., la pretura sarebbe dovuta essere riservata ai patrizi (Liv. 6.42.11): il console Caio Sulpicio Longo a buon diritto solleva perciò riserve sull'elezione, *primum de plebe*, di Publilio a questa carica; ma il senato non presta orecchio alle sue proteste e ratifica l'avvenuta elezione con l'accomodante motivazione che, essendosi dovuto cedere circa l'ammissione dei plebei agli onori maggiori, non avrebbe avuto senso alcuno escluderli da una carica di minore importanza. Dunque, non sembra dubbio che, in questa circostanza, il senato appoggia addirittura Publilio nella controversia che lo oppone al console patrizio del 337 a.C.

⁽⁹⁾ Che sia stato lo stesso senato e non il popolo a decretare il trionfo a Publilio risulta in modo inequivocabile dal fatto che è lo stesso senato a rifiutarlo a Tiberio Emilio (Liv. 8.12.10). Del resto, la competenza senatoria di decretare il trionfo di un comandante militare è, fino a quest'epoca, indiscussa: quando ciò, per motivi contingenti, non avviene (come nel caso del trionfo di Valerio ed Orazio nel 449 a.C. — Liv. 3.63.11 — e di Caio Marcio Rutilo nel 356 a.C. — Liv. 7.179 → lo storico lo evidenzia).

⁽¹⁰⁾ La concessione del trionfo da parte del senato (come pure — a partire dal 327 a.C. — la *prorogatio imperii*) è solitamente indice di buona disposizione dei senatori nei confronti del comandante vittorioso e non invece automatica conseguenza di una campagna militare particolarmente ben condotta e coronata da lusinghieri risultati. A Valerio ed Orazio, che contro Sabini ed Equi avevano riportato brillanti vittorie dopo che i decemviri loro predecessori avevano dovuto battere in ritirata, il senato negò infatti il trionfo (Liv. 3.63.5 ss.). Per i motivi di questo atteggiamento senatorio cfr. *Plebe Genti Esercito* etc., cit., p. 324 ss. e segnatamente p. 329 ss.

E mi domando: è questo un comportamento da attendersi da parte di un consesso che, appena due anni prima, sarebbe stato privato, ad opera dello stesso Publilio, del suo più incisivo potere di controllo sulla legislazione o, al contrario, la « simpatia » che i senatori sembrano manifestare nei confronti del plebeo, ratificandone l'elezione alla pretura, non può lasciare intuire la loro piena fiducia in lui? E se così, come a me pare assai probabile, non potrà cominciare a guardarmi con sospetto all'opinione che vuole la *lex Publilia de patrum auctoritate* come una disposizione che, in quanto *adversa nobilitati*, toglie ogni vis all'*auctoritas*?

Proseguiamo. Nell'anno 327 a.C. Quinto Publilio Filone è console per la seconda volta e, in tale qualità, sta conducendo le operazioni militari in Campania contro i Greci. Scrive Livio:

Liv. 8.23: (10) *Iam Publilius, inter Palaepolim Neapolimque loco opportuno capto, diremerat hostibus societatem auxilii mutui qua, ut quisque locus premeretur, inter se usi fuerant.* (11) *Itaque cum et comitiorum dies instaret et Publiliurn imminensem hostium muris avocari ab spe capiendae in dies urbis haud e re publica esset,* (12) *actum cum tribunis est ad populum ferrent ut, cum Q. Publilius Philo consulatu abisset, pro consule rem gereret quoad debellatum cum Graecis esset.*

È questo, si noti, il primo caso di *prorogatio imperii* che le fonti ci attestano ed a giovarsene è proprio il nostro Publilio: i suoi rapporti con il senato sembrano perciò essere dei migliori⁽¹¹⁾, circostanza pienamente confermata altresì dal fatto che, l'anno successivo, al termine dell'impresa conclusa con l'espugnazione di Palepoli, il senato gli decreta un secondo trionfo, malgrado (ad anche questo accade per la prima volta) egli non sia un magistrato in carica (Liv. 8.26.7). La benevolenza e la considerazione del consesso senatorio per il personaggio mi sembrano evidenti.

Meno significativa, pur se non irrilevante, è la notazione liviana relativa alla terza elezione di Publilio al consolato per l'anno 320 a.C.

Liv. 9.7.35: *Interreges Q. Fabius Maximus M. Valerius Corvus. Is consules creavit. Q. Publilium Philonem et L. Papium Cursorem iterum haud dubio consensu civitatis, quod nulli ea tempestate duces clariores essent.*

(11) Varrà la pena di ricordare come il senato abbia, solitamente, utilizzato lo strumento della *prorogatio imperii* per continuare a giovarsi, anche oltre la scadenza del termine di carica, dell'opera di un personaggio a lui gradito; se tale Publilio non fosse stato, dubito che i soli motivi di ordine militare sarebbero stati sufficienti a determinare l'innovazione.

Il consenso unanime di cui gode Publio in questa occasione contrasta con l'immagine di fazioso uomo di parte fornitaci da Liv. 8.12.14 (anche se va riconosciuto che dall'approvazione della *lex de patrum auctoritate* sono passati quasi venti anni e che il consenso intorno al suo nome si forma a causa delle sue eccelse qualità militari e non per le sue propensioni politiche).

In questo contesto, non grande rilievo attribuirei perciò alla circostanza che Publio nell'anno 314 a.C. venne citato in giudizio quale sospetto partecipe della congiura di Capua in quanto invisus nobilitati: anziché scorgere in ciò una conseguenza della sua legislazione del 339 a.C. *adversa* nobilitati, è più agevole ritenere che la locuzione null'altro significhi che non che Publio, come tutti gli uomini potenti, doveva avere, in seno alla nobilitas, anche dei nemici. Ma che godesse anche di molte simpatie lo prova il fatto che egli fu scagionato da ogni addebito ad opera dei consoli, che il senato stesso aveva incaricato dell'inchiesta (Liv. 9.26.20 ss.).

In sintesi: io credo che, ove la legislazione di Quinto Publio Filone (e segnatamente la sua *lex de patrum auctoritate* di cui ci stiamo occupando) avesse gravemente leso il potere o anche solo il prestigio dei senatori, non sarebbe azzardato attendersi manifestazioni di inimicizia da parte del senato nei confronti del dittatore del 339 a.C. Ed invece non solo di esse non si è trovata traccia, ma si è anzi potuto constatare, successivo al 339 a.C., un atteggiamento del consesso senatorio che non esiterei a qualificare favorevole nei confronti della sua persona e che si è manifestato nella ratifica della sua contestata nomina (la prima di un plebeo) a pretore (337 a.C.), nella *prorogatio* (la prima per un magistrato romano) del suo comando militare (327 a.C.) e nella concessione (anch'essa avvenuta per la prima volta) del trionfo dopo che egli era uscito di carica (326 a.C.). Se a ciò si aggiunge che Quinto Publio Filone viene scelto nell'anno 335 a.C. quale *magister equitum* dal dittatore patrizio Lucio Emilio Mamercino e che nel 332 a.C. egli è altresì censore (elezione che dovette essere ratificata dai *patres*) è agevole concludere che, anziché animosità, sembrerebbe che il senato nutrisse, nei suoi confronti, sentimenti di riconoscenza e gratitudine o, comunque, di particolare considerazione: sentimenti, cioè, incompatibili con la sua asserita attività antinobiliare.

4. Altre due considerazioni rendono improbabile la connotazione antisenatoria della *lex Publilia de patrum auctoritate*.

Ed invero se, fino alla sua entrata in vigore, i senatori avevano dovuto prestare la loro *auctoritas* successivamente alla approvazione comiziale, sembra ovvio concludere che questo abbiano dovuto fare anche con riferimento alla legge di cui ora si discute: ché, in caso

contrario, l'iter legislativo non sarebbe potuto ritenersi compiuto e la legge sarebbe potuta entrare in vigore solo in virtù di un gesto di forza del dittatore. Ma di esso, e dell'inevitabile conseguente scontro col senato, sarebbe con ogni verosimiglianza rimasta traccia nella nostra fonte. L'assenza di ogni indizio in tal senso lascia invece arguire che il senato ratificò la legge senza sollevare obiezioni o fare resistenze: la qual cosa dovrebbe portare ad escluderne, mi pare, l'impronta antisenatoria,

Ancora, ed infine, a smentire la tesi secondo la quale il senato dalla *lex Publilia de patrum auctoritate* avrebbe patito una grave diminuzione di potere, può valere la constatazione che, proprio a partire dalla metà del 4° secolo, l'assemblea senatoria, che già in precedenza occupava una posizione di chiara preminenza nella vita costituzionale della città, rafforza ulteriormente il proprio ruolo di guida politica fino a divenirne, nel corso del 3° secolo, arbitra indiscussa ⁽¹²⁾. Sembra allora naturale, se non scorgere nella stessa *lex Publilia de patrum auctoritate* la causa diretta ad immediata dell'accresciuta importanza del senato, almeno dubitare che il consolidamento del molo preminente del consesso senatorio sia potuto avvenire in concordanza con l'emanazione di una *lex* avente finalità opposta.

5. Agli argomenti testé esposti, un altro, di carattere più squisitamente giuridico, se ne può aggiungere: ed anch'esso sorregge la conclusione sopra esposta ⁽¹³⁾.

Sottolineo anzitutto che la *lex Publilia*, qualunque ne sia stata la finalità, non ha toccato i poteri dell'assemblea centuriata: è infatti necessario sgombrare subito il campo dal possibile equivoco che l'*auctoritas* preventiva abbia in qualche misura accresciuto l'importanza del comizio, in quanto le delibere dello stesso sarebbero state immediatamente esecutive, senza dovere sottostare al *placet* senatorio ⁽¹⁴⁾. E questo perché (come è noto) tanto prima quanto dopo il

⁽¹²⁾ La circostanza è ben nota; cfr. per tutti CASSOLA-LABRUNA, in *Lineamenti di storia del diritto romano* (a cura di Talamanca), Milano 1979, p. 217.

⁽¹³⁾ Per le considerazioni svolte in questo paragrafo si veda WILLEMS, citato alla nt. 8.

⁽¹⁴⁾ È questa la prospettiva che si coglie chiaramente in DION. HAL. 2.14.3 (citato *infra* alla nt. 25), secondo il quale, fra senato e popolo, chi in ordine alla *lex* si esprime per secondo (con la prestazione dell'*auctoritas* o con il voto) è giudice della decisione dell'altro. Ma così non è, anche se in questi termini un osservatore superficiale potrebbe concludere. Basterà riflettere sulla circostanza che né il senato né il comizio potranno essere giudici di quanto l'altro consesso avrà deciso, ove questa decisione sia contraria alla proposta del magistrato. Il che è come dire che la *lex* entrerà in vigore solo se in ordine ad essa avranno manifestato il loro consenso (nelle modalità di ciascuno proprie) entrambi gli organi. Cfr. *infra* nt. 25.

339 a.C. il comizio non ha alcun potere né di iniziativa né di apportare emendamenti, ma può soltanto accettare o respingere le proposte che il magistrato presidente gli presenta. L'*auctoritas*, intendo dire, incide solo sui poteri di quest'ultimo ⁽¹⁵⁾.

Ma, se così si ragiona, la risposta al quesito che ci siamo posti non è difficile da formulare. Prima della *lex Publilia*, in regime di *auctoritas* successiva, il magistrato sottoporrà al comizio la propria proposta, ne otterrà (si supponga) il voto favorevole, presenterà poi la rogatio all'assemblea senatoria per la prestazione della prescritta *auctoritas*. Se i senatori la presteranno, la legge entrerà in vigore. Ma se i senatori negheranno l'*auctoritas* vero è che la legge non entrerà in vigore, ma con ciò stesso si porranno in conflitto sia con il magistrato proponente sia, soprattutto, col popolo che, in ordine alla rogatio, si è già espresso favorevolmente. E non può certo escludersi che, proprio per evitare questo sempre pericoloso conflitto, i senatori si siano talvolta adattati a prestare l'*auctoritas* in ordine a delibere che non risultavano loro particolarmente gradite, se non addirittura sgradite.

Dopo il 339 a.C., invece (in regime di *auctoritas* preventiva), un conflitto di questo tipo non è più ipotizzabile: prima di provocare la votazione dell'assemblea, il magistrato è tenuto ⁽¹⁶⁾ a sottoporre

⁽¹⁵⁾ Così, esattamente, già WILLEMS, *Le Sénat de la république romaine*, etc., cit., p. 83.

⁽¹⁶⁾ I fautori dell'opinione secondo la quale, in seguito alla *lex Publilia de patrum auctoritate*, l'*auctoritas* sarebbe divenuta un semplice parere non vincolante del senato, ritengono di trovare un appoggio alla loro opinione (oltre che in Liv. 1.17.9) anche nella circostanza che vi sarebbero stati casi in cui, malgrado l'opposto avviso del senato (e perciò la mancata prestazione dell'*auctoritas*), la rogatio venne egualmente presentata e fatta approvare al comizio. A questo fine BPSCARDI, *Auctoritas patrum*, cit., p. 447 (seguito da MANNINO, *L'auctoritas patrum*, cit., p. 84) cita anzitutto VAL. MAX. 9.5.1: *Atque, ut superbia quoque et in potentia in conspicuo ponantur, M. Fulvius Flaccus consul M. Plautii Nypsaei collega, cum perniciosissimas reipublicae leges introduceret de evitate Italiae danda et de provocatione ad populum eorum qui civitatem mutare noluissent, aegre compuisus est ut in curiam veniret; deinde partim monenti, partim oranti senatui ut incepto desisteret, responsum non dedit. Tyrannici consul spiritus haberetur, si adversus unum senatorem hoc modo se gessisset, quo Flaccus in totius amplissimi ordinis contemnenda maiestate versatus est. Ma il richiamo al passo non mi sembra felice: in primo luogo perché pare che la rogatio *Flavia de civitate sociis danda* non passò (cfr. ROTONDI, *Leges publicae populi Romani*, cit. p. 306); in secondo luogo perché l'epoca in cui l'episodio si svolse (il 125 a.C.) è una delle più turbinate della storia della repubblica, onde un comportamento contrario alle leggi o alla prassi costituzionale del console Flacco non potrebbe essere elevato a regola; in terzo luogo (e soprattutto) perché (anche concedendo che il progetto di legge, portato in comizio, sia stato approvato malgrado l'opposto parere dei *patres*), io credo che l'episodio, ove il comportamento di Fulvio Flacco fosse stato del tutto normale (in quanto legittimo), non sarebbe stato considerato da Valerio Massimo*

al senato il progetto di legge, ed in ordine a questo otterrà o meno l'assenso. Ottenutolo, (sembra ovvio) il magistrato stesso non potrà mutare il progetto (ché, in caso contrario, l'*auctoritas* sarebbe priva di significato e totalmente vanificata), ma dovrà presentarlo immutato al comizio⁽¹⁷⁾; e poiché il comizio, come si è ricordato sopra, non ha il potere di apportare emendamenti, approverà (o eventualmente respingerà) il testo nella forma e nel contenuto approvati dal senato.

Da tutto ciò discende che, dopo il 339 a.C. e l'emanazione della *lex Publilia de patrum auctoritate*, il senato non potrà più trovarsi di fronte a delibere comiziali sgradite: e ciò perché il comizio potrà votare solo su quelle proposte alle quali i senatori avranno preventivamente acconsentito!

Sembra allora evidente che Quinto Publilio Filone con la propria legge rafforzò grandemente il potere del senato e, per converso, limitò quello del magistrato presidente il comizio, la cui già forte dipendenza

un *factum* memorabile, degno di figurare nella sua raccolta. Né a risultati di maggior peso porta l'esame delle testimonianze relative alla legge agraria di Cesare del 59 a.C., legge che fu approvata malgrado l'opposto parere dei patres. Già Liv. Per. 103 lascia intuire che l'atmosfera in cui la relativa discussione si svolse era caratterizzata dall'eccezionalità del comportamento di Cesare: *Leges agrariae a Caesare consule cum magna contentione, invito senatu et altero consule M. Bibulo, Zatae sunt*. Non può dirsi, mi pare, che dal brano si desume che era divenuto possibile prescindere dall'*auctoritas* senatoria, così come non potrebbe dirsi che era divenuto possibile prescindere dall'intercessio del collega; Cesare, è vero, prescinde sia dall'una sia dall'altra e fa approvare la legge: ma ciò avviene per motivi politici, non giuridici. E per convincersene sarà sufficiente leggere le più ampie testimonianze di DIO. CASS. 38.3 ss. e APPIAN. b.c. 2.10 ss., da cui si evince che Cesare cercò vanamente di ottenere l'approvazione dei senatori (cosa inspiegabile se, come si pretende, essa fosse divenuta superflua), e solo dopo, avere constatato l'inutilità dei suoi sforzi portò la proposta al popolo. La partita fra Cesare ed i suoi oppositori, in altre parole, si gioca tutta sul piano politico: volere trarre dall'episodio in questione conclusioni destinate ad avere valore sul piano giuridico può essere pericoloso e fuorviante.

(17) Questo è per la verità contestato da quanti fanno leva su Liv. 1.179 per negare efficacia all'*auctoritas* preventiva: ma, in primo luogo, il brano liviano non afferma che il magistrato avrebbe potuto mutare il progetto in ordine al quale aveva ottenuto la preventiva *auctoritas*, sibbene che i patres sono auctores in *incertum comitiorum* eventum (il che mi pare significare non che il comizio avrebbe potuto respingere il progetto, malgrado l'*auctoritas* senatoria — il che è semplicemente ovvio —, quanto piuttosto che il senato si fa *auctor* preventivo di qualsiasi delibera il comizio adotterà). In secondo luogo, la vicenda narrata in Cic. Brut. 14.55 (testo discusso al successivo par. 6) mi sembra escludere in modo implicito ma categorico (sia pure con riferimento non alla *Lex Publilia de patrum auctoritate*, ma alla *lex Maenia* — su cui cfr. la nota successiva) la possibilità che nel periodo intercorrente fra la prestazione dell'*auctoritas* e la votazione del comizio potessero essere apportate variazioni al testo della rogatio o alla lista dei magistrati.

dall'assemblea senatoria trovava, per quel che concerne l'attività legislativa (e, successivamente, elettorale, in base alla *lex Maenia*) una precisa espressione giuridica (18).

6. Del resto, che gli stessi autori antichi fossero ben consapevoli sia del fatto che, grazie all'*auctoritas* preventiva, il senato avrebbe potuto meglio e più compiutamente realizzare o proteggere gli interessi di cui era portatore di quanto non avveniva in virtù dell'*auctoritas* successiva, sia del fatto che il magistrato non si sarebbe potuto discostare dal progetto in ordine al quale il senato aveva prestato la propria *auctoritas*, risulta in modo per me inequivoco dalla lettura di un brano di Cicerone. È vero che della sua credibilità si è dubitato (19), ma la circostanza non influisce sulle considerazioni che mi appresto a svolgere. Si legga

Cic. Brut. 14.55: (*Possumus*) M'. Curiurn (*susplicari disertum*), quod is tribunus plebis, interrege Appio Caeco, diserto homine, comitia contra legem habente, cum de plebe consulem non accipiebat, patres ante auctores fieri coegerit: quod fuit permagnurn, nondum lege Maenia lata.

Fra l'*interrex* Appio Claudio Cieco (che in tale qualità presiedeva i comizi elettorali) ed il tribuno della plebe Manio Curio sorse, scrive l'*Arpinate*, una controversia (20): il patrizio, in palese violazione della cosiddetta *lex Licinia* del 367 a.C., si rifiutava infatti di *nomen* accipere dei candidati plebei.

I patres non concordano con Appio, ed essi pure, al pari del tribuno della plebe (anzi, proprio a séguito del suo abile discorso), desiderano che la *lex Licinia de consule plebeio* sia rispettata. Ma per ottenere questo risultato (per far sì, in altre parole, che quell'anno possa vedere un console plebeo accanto ad uno patrizio), il tribuno, come agevolmente si scorge, non persuade il senato a cassare

(18) Come CIC. Brut. 14.55 testimonia, una *lex Maenia de patrum auctoritate* di data incerta (comunque successiva alla *lex Publilia*) rese preventiva l'*auctoritas* alle votazioni per l'elezione dei magistrati: cfr. ROTONDI, *Leges publicae populi Romani*, cit., p. 248.

(19) Così MOMMSEN, *Römische Forschungen*, I, Berlin 1864, p. 240 nt. 36 e p. 331 ss.; Id., *Droit public romain*, VII, cit., p. 242 nt. 1; NOCERA, *Il potere dei comizi ed i suoi limiti*, Milano 1940, p. 267 s.

(20) Seguo, sul punto, MOMMSEN (citato alla nota precedente) e BISCARDI, *Auctoritas patrum*, cit., p. 249 nt. 75 e ritengo che la controversia si sia svolta attorno all'anno 300; identifica il protagonista patrizio con Appio Claudio Crasso e conseguentemente retrodata l'episodio al 352 a.C. (periodo di cosiddetta « reazione patrizia ») WILLEMS, *Le Sénat de la république romaine*, cit., p. 69 ss. La questione può, in questa sede, rimanere impregiudicata.

(tramite il diniego ad oltranza dell'*auctoritas* successiva) l'esito di quelle elezioni che, in quanto svoltesi su una lista di soli candidati patrizi, alla elezione di due patrizi avrebbero necessariamente messo capo, ma chiede invece che preventivamente i senatori siano auctores. Il che potrà essere avvenuto solo se i senatori, convocato l'*interrex*, abbiano da lui preteso la presentazione di una lista di candidati in cui figurassero anche nomi plebei, e in ordine a questa lista abbiano prestato la loro *auctoritas* ⁽²¹⁾. Questa lista l'*interrex* avrà sottoposto al comizio, senza possibilità di depennarne i nomi a lui non graditi e, per tal via, si sarà realizzata la sospirata elezione di un console appartenente alla plebe.

Mi sembra allora chiaro che l'*auctoritas* preventiva realizza assai meglio di quella successiva gli interessi del senato (nella fattispecie coincidenti con quelli del tribuno della plebe): se è vero che la casazione dell'esito delle elezioni avrebbe impedito che prendessero il potere due consoli entrambi patrizi (cosa che il senato non desiderava avvenisse), è pur vero che con questo non sarebbe salito al consolato nessun plebeo (cosa che invece il senato desiderava avvenisse). Questo fine sarà invece facilmente raggiunto se i senatori ante *initium suffragium* auctores fiunt ⁽²²⁾.

7. Io credo che il peso delle considerazioni fin qui svolte non sia indifferente e che svariati argomenti facciano propendere per l'opinione secondo la quale la *lex Publilia* de patrum auctoritate rafforzò anziché indebolire la posizione dei patres. E tuttavia, come è agevole constatare, l'opinione opposta è, fra gli studiosi, pressoché indiscus-

⁽²¹⁾ Non mi pare felice l'interpretazione che del brano ciceroniano dà BISCARDI, *Auctoritas patrum*, cit., p. 429, allorché traduce: « Abbiamo ragione di ritenere che fosse, come assai pochi altri, eloquente il tribuno Manio Curio, il quale poté riuscire... ad ottenere un successo così straordinario come quello di strappare al senato, in contraddittorio con Appio Cieco — uomo pure saggace ed eloquente — la promessa che esso avrebbe approvato soltanto la votazione di una coppia consolare, in cui fosse stato compreso un plebeo ». Come ognuno vede, Curio non strappa al senato la promessa condizionata di una *auctoritas* successiva, ma ottiene un'incondizionata *auctoritas* preventiva: ed il richiamo alla *lex Maenia de patrum auctoritate* ce ne rende certi.

⁽²²⁾ Singolare l'atteggiamento di BISCARDI, *Auctoritas patrum*, cit., p. 430, il quale così scrive: « ...se è raffigurabile che il tribuno abbia costretto il senato a pronunciarsi prima della deliberazione elettorale, arrivando a conseguire un risultato di cui i posteri gli danno lode, questo significa che il senato avrebbe potuto approvare la elezione illegale, come del resto già in altre occasioni doveva aver fatto, continuando ad attribuire i due posti di console ai patrizi, nonostante il disposto della legge Licinia Sestia, più volte ricordata ». Singolare perché l'autore, mentre opportunamente sottolinea il carattere discrezionale dell'*auctoritas* che traspare dal brano in questione, non si avvede che esso può essere messo a partito ad altro, forse più importante, fine.

sa. Motivo di ciò è che in suo favore sembra deporre sia l'affermazione di Livio secondo la quale la legislazione del dittatore del 339 a.C. fu *secundissima* plebi, *adversa* nobilitati, sia quanto lo storico patavino scrive in 1.17.9. Rivolgiamo perciò la nostra attenzione alle sue parole.

La locuzione « *adversa* nobilitati » di Liv. 8.12.14, che qualifica la *Lex Publilia* de patrum auctoritate, non è, a mio avviso, da sopravvalutare. Si tenga anzitutto presente che essa non è data specificamente alla nostra legge, ma piuttosto al complesso delle disposizioni che Publio Filone fece approvare nel 339 a.C. (tres *leges secundissimas* plebi, *adversas* nobilitati tui), onde non potrebbe escludersi che Livio (o, naturalmente, la sua fonte) sia rimasto, per così dire, abbagliato dall'apparente carattere antipatrizio del *corpus* di leggi e non si sia preoccupato di vagliare, caso per caso, se tale carattere fosse effettivamente presente nelle singole disposizioni.

In secondo luogo (considerazione che mi pare più importante), è assai probabile che la qualifica di *adversae* nobilitati data alle leggi pubbliche derivi, in modo quasi meccanico, dalla constatazione che due di esse sono effettivamente *secundissimae* plebi (la *lex* de censore *plebeio* e quella de *plebiscitis*). Nell'ottica liviana, invero, tutto quanto va (o sembra andare) a vantaggio della plebe deve necessariamente andar a detrimento dei patrizi: ciò in quanto i due ceti ci sono presentati dallo storico patavino (ma non colo da lui, beninteso) all'inizio della repubblica come, rispettivamente, titolari della totalità del potere e dei privilegi (i patrizi) e come totalmente privi degli stessi (i plebei), onde qualsiasi miglioramento della condizione della plebe o, comunque, qualsi mutamento della sua situazione che in progresso di tempo si verifichi è veduto come un « travaso » di potere dal patriziato alla plebe, sia come graziosa concessione del primo a quest'ultima, sia come conquista strappata al primo da quest'ultima. In tale prospettiva, che ho altrove⁽²³⁾ cercato di dimostrare totalmente falsata e fuorviante, Livio (e con lui Dionigi di Alicarnasso) ha, ad esempio, interpretato come provvedimento antipatrizio la cosiddetta *Lex Publilia Voleronis* del 472 a.C., che fu invece lo sbocco di un contrasto interno alla plebe, e come concessione patrizia l'istituzione del tribunato del 493 a.C. ed il raddoppio del numero dei suoi componenti del 457 a.C., provvedimenti che la plebe adottò unilateralmente⁽²⁴⁾.

Dunque, la qualifica di *adversa* nobilitati data alla *lex Publilia* de patrum auctoritate deve essere letta alla luce delle convinzioni di

⁽²³⁾ *Plebe Genti Esercito etc.*, cit.

⁽²⁴⁾ Su ciò cfr. *Plebe Genti Esercito etc.*, cit., rispettivamente p. 265 ss., 165 ss., e 292 ss.

Livio e di vasta parte della storiografia romana e non costituisce perciò un dato indiscutibile, soprattutto se, come nel nostro caso, una molteplicità di elementi la smentisce.

Diverso e più cauto discorso richiede il brano che, secondo la corrente dottrina, avallerebbe in modo decisivo l'opinione secondo la quale l'*auctoritas*, resa preventiva, avrebbe perduto ogni vis. Rileggiamolo.

Liv. 1.17.9: *Decreverunt enim (scil. patres) ut, cum populus regem iussisset, id sic ratum esset, si patres auctores fierent. Hodie quoque in legibus magistratibusque rogandis usurpatur idem ius, vi adempta; priusquam populus suffragium ineat, in incertum comitiorum eventum patres auctores fiunt.*

Il brano è relativo alla situazione venutasi a creare a Roma all'indomani della morte di Romolo: in seguito all'incertezza su chi dovesse succedere al fondatore (Liv. 1.17.1-4), i senatori escogitarono l'*interregnum* che, fra i mormorii di malcontento della plebe, durò un intero anno (Liv. 1.17.5,6). Dopo l'anno, il senato demandò la scelta del successore di Romolo al popolo, riservandosi nel contempo un controllo del suo operato, quale era appunto l'*auctoritas* successiva (Liv. 1.17.8).

Ora, se questo racconto viene letto sullo sfondo di Liv. 8.12.14 (*tres leges secundissimas plebi, adversas nobilitati tulit*), può in effetti sembrare che lo storico prosegua ricollegando la perdita della vis dell'*auctoritas* al fatto che essa è stata resa preventiva. Ma se il carattere antipatrizio della legislazione di Publilio sia revocato in dubbio (come penso che le considerazioni sopra compiute consentano di fare), si chiarirà anche il significato della notazione liviana.

Eivio non scrive che l'*auctoritas* non ha più vis in seguito alla *lex Publilia*; Eivio scrive (ed è cosa assai diversa) che hodie l'*auctoritas* ha perduto la propria vis: ed io credo che lo storico non avrebbe potuto indicare con *hodie* il periodo di oltre tre secoli che va dall'approvazione della *lex Publilia* ai giorni suoi. Se così si ragiona, non si avrà difficoltà a scorgere che la frase « *priusquam populus suffragium ineat* » non ha valore causale, ma descrittivo. Eivio, in altre parole, non intende affermare che l'*auctoritas patrum* ha perduto ogni vis perché viene prestata *priusquam populus suffragium ineat*, sibbene che l'*auctoritas* non ha più alcun valore perché, *priusquam populus suffragium ineat* (e l'inciso descrive soltanto il momento in cui, *ex lege Publilia*, l'*auctoritas* deve venire prestata), il senato approva in bianco l'esito delle votazioni, quale che esso sarà (ed è questa la frase che spiega la causa della debolezza dell'*auctoritas*).

È la debolezza del senato, in altre parole, che indebolisce l'*aucto-*

ritas, non il momento in cui essa viene prestata⁽²⁵⁾; la *vis* che è stata adempta non è allora, in ultima analisi, tanto quella dell'*auctoritas*, quanto quella del senato. **Nodie** esprime perciò tutta la consapevolezza

(25) Ciò va osservato in particolare nei confronti di BISCARDI, *Auctoritas patrum*, cit., p. 436 s. il quale, citando DION. HAL. 2.14.3, lo considera «il suggello della interpretazione di cui discorriamo» (tale interpretazione sarebbe quella [op. cit., p. 436] secondo la quale «L'anticipazione dell'*auctoritas* non può consistere che in un parere preventivo dei patres sulla rogatio che il magistrato proporrà ai comizi per la votazione»; parere, poi, che «non è giuridicamente vincolante né per i comizii né per il magistrato, di guisa che la proposta avrà corso qualunque sia il parere dei patres»). Ora, che LIV. 1.179 non ricollegghi all'*auctoritas* prestata preventivamente la perdita della *vis* della stessa a me par certo; che DION. WAL. 2.14.3 possa poi costituire «il suggello» di questa interpretazione proprio non mi pare. Leggiamolo. DION. HAL. 2.14.3: 'Ο τι δὲ ταῖς πλείοσι δόξειε φράτραις τοῦτο ἐπὶ τὴν βουλὴν ἀνεφέρετο. ἐφ' ἧμῶν δὲ μετὰκειται τὸ ἔθος· οὐ γὰρ ἡ βουλὴ διαγινώσκει τὰ ψηφισθέντα ὑπὸ τοῦ δήμου, τῶν δ' ὑπὸ τῆς βουλῆς γνωσθέντων ὁ δῆμός ἐστι κύριος. (Ciò che decideva la maggioranza delle fratrie veniva riportato al senato. Ai giorni nostri invece questa prassi è ribaltata: non è infatti il senato a prendere in esame le risoluzioni votate dal popolo, ma è il popolo arbitro di quanto viene deliberato dal senato). Ora, a parte la circostanza che, al pari di kivio (*hodie*), Dionigi parla della situazione vigente ai tempi suoi (ἐφ' ἧμῶν) (per cui la sua testimonianza potrebbe essere interpretata in modo analogo a quella liviana), v'è a dire che lo storico greco non sta svolgendo un discorso tecnico-giuridico sul valore dell'*auctoritas* a seconda del momento in cui essa venga prestata, ma sta compiendo una considerazione molto più semplice: mentre, egli scrive, nei tempi antichi il procedimento legislativo constava (oltre che della proposta del magistrato) di una delibera comiziale e di una delibera senatoria, ai suoi tempi constava, nell'ordine, di una delibera senatoria e di una delibera comiziale. Con il che, egli vuole semplicemente dire che è la delibera che viene presa per seconda quella che fa entrare in vigore la legge, giacché, nel primo caso, il senato appare giudice della decisione del popolo (accettandola o respingendola), nel secondo è quest'ultimo a farsi giudice della decisione del primo (egualmente accettandola o respingendola). Per togliere ogni velleità di interpretare tecnicamente questa (peraltro ineccepibile) osservazione, basterebbe riflettere che Dionigi non può aver pensato ad un'*auctoritas* del popolo alle decisioni del senato! Come può, allora, desumersi da Dionigi che l'*auctoritas* preventiva sarebbe divenuta un mero parere non vincolante, dal quale il comizio si sarebbe potuto tranquillamente discostare, approvando quando il senato aveva invece respinto? Se il parallelo che lo storico greco compie ha un senso, dovrebbe concludersi che, in regime di *auctoritas* successiva, il senato avrebbe potuto, malgrado il voto contrario del popolo, fare entrare in vigore la legge, prestando l'*auctoritas*! In una parola, ed in sintesi: Dionigi di Alicarnasso in 2.14.3 voleva semplicemente dire che, perché una legge entrasse in vigore, dovevano su di essa concordare sia il senato sia il popolo; è innegabile che, a seconda dell'ordine in cui le deliberazioni di questi due organi vengono espresse, l'uno sembra ergersi a giudice dell'operato dell'altro, nel senso che dalla delibera dell'altro potrà discostarsi (cfr. in questo senso anche CIC. pro *Planc.* 3.8: *Patres apud maiores nostros tenere non potuerunt, ut reprehensores essent comitiorum...* su cui WILLEMS, cit. alla nt. 8). Ma, si badi, ciò potrà avvenire solo nel caso in cui l'organo che si è espresso per primo abbia approvato il provvedimento che gli veniva

za (e, con la consapevolezza, anche il rimpianto) del « pompeiano » ⁽²⁶⁾ Tito Livio che il senato non esercita più il controllo sull'attività del magistrato (sia esso il **princeps** o persona di sua fiducia), ma approva addirittura preventivamente ed incondizionatamente quel che egli intenderà proporre al comizio (e che, ovviamente, il comizio a propria volta approverà).

Chi ricordi come già Cesare nel 59 a.C. si era comportato nei confronti del consesso senatorio ⁽²⁷⁾ non avrà difficoltà a cogliere in ciò un tratto caratteristico della politica augustea, rispettosa dell'aspetto formale della tradizione ma distruttrice della sua sostanza. Né vorrà attribuire a Quinto Publilio Filone « colpe » altrui.

SOMMARIO

Viene difesa l'opinione (rimasta isolata) di Willems, secondo la quale la *lex Publilia de patrum auctoritate* del 339 a.C. avrebbe rafforzato il potere del Senato anziché diminuirlo. Testi: Liv. 1.17.9; Liv. 8.12.14-17; Cic. Brut. 14.55.

SUMMARY

In this paper we support Willems's isolated opinion, according to which the *lex Publilia de patrum auctoritate* — 339 B.C. — would have strengthened the power of the Senate, instead of weakening it. Texts: Liv. 1.17.9; Liv. 8.12.14-17; Cic. Brut. 14.55.

sottoposto; in caso contrario l'altro organo non sarà chiamato ad esaminarlo. E di ciò è inequivocabile testimonianza proprio Liv. 1.17.9: il brano non afferma che il comizio potrebbe discostarsi dal parere senatorio, sibbene che esso è formulato in modo tale da potersi adattare a qualsiasi delibera adotterà il comizio. Il che prova, a parere mio, che, fintantoché il senato ha avuto la forza di emettere pareri, essi sono sempre stati vincolanti per il magistrato e, di conseguenza, per il comizio; quando questa forza non ha più avuto (come appunto al tempo di Livio) si è mutato il contenuto del parere, ma non si è toccato il principio della sua vincolatività.

⁽²⁶⁾ Questo era l'epiteto con cui, scherzosamente, lo apostrofava Augusto (Tac. Ann. 4.34.3); e Pompeo, almeno nell'ultima parte della sua attività politica ed in contrapposizione a Cesare, appariva come il paladino del partito conservatore e l'ultimo difensore della legalità repubblicana.

⁽²⁷⁾ Cfr. sopra nt. 16.

LORENZA CARLASSARE

L'art. 11 sulla pace e sulla guerra: quali garanzie? (*)

1. - Il generale consenso dei Costituenti sul contenuto dell'art. 11. 2. - L'ideologia pacifista come elemento comune alle diverse forze politiche costituzionali. 3. - La 'pace di soddisfazione' e i suoi presupposti. 4. - Valore 'costituzionale' o 'supercostituzionale' del principio espresso dall'art. 11: conseguenze. 5. - Interrogativi sulla effettività delle garanzie; necessità di distinguere in rapporto alle varie ipotesi di violazione. 6. - La garanzia preventiva del carattere democratico degli organi cui è affidata la decisione (o il controllo). 7. - La sindacabilità della dichiarazione di guerra. 8. - I parametri di valutazione del ricorso alla forza. 9. - Il controllo sulla guerra non dichiarata e sulla legittimità di interventi armati. 10. - Un estremo rimedio: la resistenza passiva. La posizione dei militari (principi di Norimberga e legislazione interna). 11. - Trattati internazionali contrari allo spirito dell'art. 11 Cost.: il controllo di costituzionalità sulle leggi che ne autorizzano la ratifica (o ne dispongono l'esecuzione). 12. - Considerazioni critiche sulla prassi. La necessaria riconferma dei principi.

1. - Quali obblighi comporta per gli organi dello Stato il ripudio — sancito in Costituzione — della guerra « come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali »? Per comprendere la portata delle indicazioni costituzionali in tema di politica estera, è assolutamente necessario premettere subito alcune considerazioni d'importanza fondamentale che stanno alla base di ogni tentativo di lettura.

La prima cosa da porre in evidenza è che l'art. 11, come del resto tutta la parte relativa ai principi internazionalistici della Costituzione, si caratterizza per essere stato sorretto da un consenso praticamente unanime. Tutti gli studiosi che si sono occupati delle norme costituzionali relative ai rapporti fra lo Stato italiano e gli altri Stati hanno rilevato la concordia intorno ai principi che si registrò in sede costituente ⁽¹⁾. Ed hanno sottolineato anzi la peculiarità di tale concor-

(*) Il presente scritto è la rielaborazione di un intervento svolto al Convegno « L'Italia ripudia la guerra » (Roma 24 ottobre 1987) organizzato da ACLI, Mani Tese ed altri.

⁽¹⁾ Si vedano in particolare, M. BON VALSASSINA, *Il ripudio della guerra nella Costituzione italiana*, Padova, 1955, 1 e ss.; A. CASSESE, *Commento agli artt.*

dia, tanto più significativa quando si consideri che, viceversa, la nostra viene normalmente definita una Costituzione di compromesso, risultante dall'incontro di orientamenti talora anche notevolmente distanti. Le forze politiche presenti in Assemblea Costituente seppure unite dalla comune esperienza resistenziale e, in quel momento, dal forte impegno di costruire un sistema nuovo, partivano tuttavia ciascuna da posizioni politiche diverse, non sempre agevolmente conciliabili. Sicché proprio nel carattere « transattivo » di alcune parti della Costituzione si rinviene la radice della sua mancata attuazione: non a caso i principi più pesantemente disattesi sono quelli relativi ai diritti sociali, alle riforme, all'eguaglianza sostanziale, dove massima era la divaricazione tra i reali intenti e interessi di alcune forze politiche determinanti e il testo accettato, destinato a rimanere lettera morta. È difficile dimenticare le parole di Calamandrei: « per compensare le forze di sinistra della rivoluzione *mancata*, le forze di destra non si opposero ad accogliere nella Costituzione una rivoluzione *promessa* » (2). La genericità delle formule era infatti sufficiente a garantire che, passato il momento dell'entusiasmo, le riforme sociali, se anche fossero state poi davvero attuate, avrebbero comunque avuto un ben diverso — e meno rischioso — spessore.

La precisazione è importante perché elimina subito un primo, passibile dubbio: che anche qui ci si trovi di fronte a formule vuote, del tutto generiche, non corrispondenti al reale intento delle forze che alla Costituzione diedero vita. Al contrario, l'approvazione dell'art. 11 e delle altre norme collegate fu sorretta da un consenso cosciente e la traduzione in formule legislative dei principi comuni alle diverse forze presenti nella Costituente avvenne in modo estremamente accurato e attento, affinché né il loro significato né la loro portata subissero alterazioni.

Basta ricordare la cura con cui si addivenne alla scelta dei termini. L'esempio migliore è quello del verbo « ripudia », preferito non per caso ma in quanto maggiormente idoneo ad esprimere con la dovuta forza e nella forma più appropriata l'idea base su cui tutti concordavano, ossia il rifiuto veemente e deciso della guerra. « Rifiuta » era sembrato troppo debole; « condanna » più etico che giuridico; « rinuncia » venne scartato perché inadatto: si rinuncia a un diritto — motivò Ruini — non a qualcosa di assolutamente vietato.

La stessa cura risulta nella scelta della formula usata per indicare

10-11, *ia?* *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca*, Bologna 1975, 462 e ss., 565 ss.

(2) P. CALAMANDREI, *Cenni introduttivi sulla Costituzione e sui suoi lavori*, in *Commentario sistematico della Costituzione italiana*, diretto da Calamandrei e Levi, vol. I, Firenze 1950.

l'oggetto del « ripudio ». Guerra « di conquista » sembrava grottesco per uno Stato uscito da una disfatta militare; guerra di aggressione, forse, riduttivo; quanto alla formula del patto Brian-Kellagg del 1928 — la guerra « come strumento di politica nazionale » — pur proposta anche nella Relazione di Ago e Morelli all'Assemblea Costituente, non sembrava — disse ancora Ruini — sufficientemente chiara, ma — tre « la Costituzione si rivolge direttamente al popolo: e deve essere capita »⁽³⁾. Precisa e inequivoca è la formula infine prescelta, « la guerra come strumento di offesa alla libertà dagli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali ». Controversie politiche e controversie giuridiche, precisa la dottrina⁽⁴⁾; il divieto vale comunque, a prescindere pure dalla legittimità delle pretese: la sola guerra ammissibile è quella difensiva, come reazione a un « attacco armato »⁽⁵⁾.

Ciò non significa che l'art. 11 non ponga tuttora, sul piano giuridico, problemi d'interpretazione: ma l'idea-principio è espressa in modo chiaro, cosciente, sicuro e fu. sorretta da un consenso pressoché unanime.

2. - Il discorso va integrato con un'altra considerazione: il generale consenso registrato intorno al principio pacifista non era puramente occasionale, conseguenza, solo, della reazione al fascismo, ma costituiva la base comune su cui tutte le forze s'incontravano, in quanto parte integrante delle pur diverse ideologie. In primo luogo sta certamente la reazione dei partiti antifascisti alle teorie belliciste di cui era intriso il passato regime. Oggi sembrano incredibili e, forse, non le si ricorda addirittura più, mentre invece è necessario anche per comprendere la coesione e la forza della concezione antibellicista.

Le idee di Mussolini sono note e forse è persino impietoso ricordarle. Oggi nessuno, a viso aperto, le sosterebbe: i lupi hanno imparato a travestirsi da agnelli adducendo, per le politiche militari, ragioni più suadenti, meno rozze, persino motivi sociali, la tutela, ad esempio, dell'occupazione⁽⁶⁾! Egli invece tranquillamente affermava:

(3) Per un'approfondito esame del dibattito in sede Costituente si rinvia a A. CASSESE, *Commento*, cit., 471 ss., 565 ss.

(4) BON VALSASSINA, cit., 59.

(5) A. CURTI GIALDINO, *Guerra* (dir. internaz.) in *Enc. del dir.*, vol. XIX 849 ss.; A. GIARDINA, *Commento all'art. 78*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, Bologna 1979, 103. Da ultimo, diffusamente, FORLATI PICCHIO L., *Rapporti Nato - Nazioni Unite e Costituzione italiana: profili giuridici*, in BARIÈ (a cura di), *L'alleanza occidentale*, Bologna 1988, in particolare i par. 7-13.

(6) Sostenendosi, in particolare per quanto riguarda l'esportazione di armi, anche in casi assolutamente in contrasto col mantenimento della pace,

«La guerra sta all'uomo, come la maternità alla donna», e riteneva non solo impossibile la pace perpetua, ma addirittura «deprimente e negatrice delle virtù fondamentali dell'uomo che solo nello sforzo cruento si rivelano alla piena luce del sole». La Costituzione antifascista non poteva non prendere posizione: e «posizione antitetica a quella del regime travolto ed alle sue rovinose esperienze»⁽⁷⁾.

Se la coesistenzialità tra guerra e fascismo è la prima ragione di quel netto «ripudio», non bisogna poi dimenticare che l'ideologia pacifista era fortemente presente come componente essenziale nelle diverse forze politiche e costituzionali. L'universalismo cattolico, l'internazionalismo socialista e comunista, l'idea federalista dei partiti minori s'incontrarono perfettamente nel sostenere gli ideali internazionalistici comuni e nel dar vita, quindi, ad una normativa che li esprimesse: l'esigenza di apertura alla comunità internazionale, l'istanza pacifista, l'esigenza di proiettare i valori di libertà e democrazia anche sul piano internazionale, il solidarismo — quindi la necessità della collaborazione fra Stati —, l'esigenza garantista. Si tratta di valori, e principi, tra loro fortemente connessi, che si condizionano a vicenda e sono, in concreto, inscindibili: «totalitarismo e dittatura all'interno significano inesorabilmente nazionalismo e guerra all'esterno», scriveva Calamandrei nel 1945⁽⁸⁾.

Ideali e principi che già trovavano, del resto, la loro espressione nella Carta delle Nazioni Unite, entrata in vigore il 25/10/1945, cui sicuramente i Costituenti s'ispirarono anche per la necessità di preparare — inserendo nella nostra Costituzione norme conformi — l'ammissione dell'Italia all'ONU⁽⁹⁾.

3. - La rilevata connessione fra i vari momenti in cui si specificava il pensiero dei Costituenti in questo settore, si traduce chiaramente nella formulazione del testo costituzionale. Dopo la prima proposizione che pone l'accento sulle esigenze di *libertà* (degli altri popoli), è poi l'esigenza di *giustizia* che viene collegata alla pace, in una visione solidaristica che prevede — nelle due proposizioni successive — la collaborazione internazionale: sia consentendo, «in condizioni di pa-

che altrimenti si deprime l'industria bellica mettendo in pericolo, appunto, l'occupazione.

(7) BON VALSASSINA, *Il ripudio della guerra*, cit., 30.

(8) Si vedano in proposito ancora gli autori citati *supra*, nota 1.

(9) Si vedano in particolare, oltre all'art. 1, i nn. 3 e 4 dell'art. 2 («I Membri devono risolvere le loro controversie internazionali con mezzi pacifici, in maniera che la pace e la sicurezza internazionale e la giustizia, non siano messe in pericolo»; n. 4. «I Membri devono astenersi nelle loro relazioni internazionali dalla minaccia o dall'uso della forza...»), e, infine, l'art. 57 che consente l'autotutela solo «nel caso che abbia luogo un attacco armato».

rità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la *pace* e la *giustizia* fra le nazioni», sia promuovendo e favorendo « le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo ».

Vi è quindi la precisa indicazione dei *fini* verso i quali la politica estera italiana deve essere necessariamente orientata, fini che la Costituzione impone: la giustizia insieme alla pace⁽¹⁰⁾, nel rispetto dell'altrui libertà. Collegamento indispensabile se non si vuole che 'pace' sia una parola vuota.

Invero, un serio discorso sulla pace, non può prescindere dalla considerazione delle condizioni che ne costituiscono la premessa indispensabile. La pace che la Costituzione prefigura, verso la quale impone di orientare l'azione degli organi dello Stato, non è qualunque assenza di conflitto armato: anche il fatto che una potenza militare riesca a sopraffare un intero continente può portare, *temporaneamente* a questo tipo di 'pace'; pace « di potenza », fondata su un dominio esercitato con la forza. Quella cui la Costituzione mira è la *pace di soddisfazione* « in cui l'assenza di guerra dipende non dal timore, ma dalla mancanza di conflitti di tale gravità che la loro soluzione non possa essere affidata che alla forza »⁽¹¹⁾; nella quale gli Stati non hanno rivendicazioni reciproche da avanzare (o almeno non ne hanno di tanto gravi da giustificare un conflitto) poiché un equilibrio abbastanza soddisfacente è stato raggiunto. Il discorso non è poi tanto utopico e incomprensibile: basta pensare alla situazione, oggi, dell'Europa occidentale.

È indispensabile, pertanto, creare innanzitutto le premesse della pace (o, nel caso nostro, concorrere a crearle), eliminando le gravi situazioni di squilibrio, di soggezione, di sfruttamento che rendono alle volte inevitabile, se non addirittura comprensibile, il ricorso alla violenza⁽¹²⁾. Inutile affrontare qui il difficile discorso della guerra « giusta » che, proponibile in astratto, conduce poi, nel concreto, a risultati dubbi; o meglio, a nessun risultato poiché ogni gruppo politico tende a considerare « giusta » solo la propria causa e fondate solo le proprie ragioni⁽¹³⁾.

⁽¹⁰⁾ In particolare, su queste disposizioni di scopo U. ALLEGRETTI, *Una ricerca su Costituzione e nuove armi*, in *Democrazia e diritto*, 1986, 103 ss.

⁽¹¹⁾ Su questi problemi si veda N. BOBBIO, *Il problema della guerra e le vie della pace*, Bologna, 1979, 83, 178 e ss.

⁽¹²⁾ Tanto che nella *Dichiarazione universale dei diritti dei popoli* (Algeri 4 luglio 1976), all'art. 28, si afferma che « Ogni popolo i cui diritti fondamentali sono gravemente misconosciuti ha il diritto di farli valere soprattutto attraverso la lotta politica... e anche, in ultima istanza, attraverso il ricorso alla forza ».

⁽¹³⁾ Si vedano ancora le considerazioni di N. BOBBIO, *Il problema*, cit. 50 e ss.

⁽¹⁴⁾ G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Milano 1965, 465.

La pace dunque, per essere durevole, deve essere una pace 'di soddisfazione' e coinvolgere, ormai, tutti i paesi e tutti i popoli. Si è detto delle condizioni dell'Europa: non sono però condizioni raggiunte in altri luoghi, basta pensare al medio oriente o ai paesi del terzo mondo.

4. - L'altro punto fondamentale da chiarire — strettamente connesso al primo — riguarda il valore **giuridico** da attribuire al principio contenuto nell'art. 11 della Costituzione. Di questa disposizione, invero, soprattutto in passato, si è data un'interpretazione riduttiva: una parte della dottrina tendeva a negarne l'efficacia giuridica vincolante. Secondo Ballardore, ad esempio, si tratterebbe di una disposizione priva di contenuto normativo, puramente indicativa d'una linea di politica estera che, in definitiva, potrebbe anche venire disattesa in quanto nessuna garanzia diretta o indiretta, è apprestata per la sua inosservanza ⁽¹⁴⁾.

Simile posizione, seppure da taluni condivisa (magari parzialmente), è stata fortemente criticata da altri autori: primo fra tutti il Bon Valsassina, che ha sostenuto con fermezza e ricchezza di argomenti il carattere immediatamente precettivo dell'art. 11, che esprime, certo, una direttiva, ma già come principio giuridico vincolante per tutti gli organi dello Stato. Questa è senz'altro, oggi, la concezione assolutamente prevalente ⁽¹⁵⁾.

Lo stesso autore non si limita poi a sostenere l'efficacia giuridica vincolante: addirittura attribuisce al principio pacifista un valore *supercostituzionale*. Il 'ripudio della guerra', oltre alla normale efficacia propria di tutte le norme costituzionali — alle quali lo Stato intero, in tutti i suoi organi compresi quelli legislativi, risulta vincolato pena l'illegittimità di ogni atto contrario — farebbe parte di quel nucleo di principi che costituiscono la « costituzione materiale » ⁽¹⁶⁾ assolutamente immodificabili non solo dalla legge ordinaria, ma, addirittura, dalla stessa legge costituzionale. Nemmeno mediante il difficile procedimento, aggravato nel tempo (Camera e Senato debbono pronunciarsi entrambe due volte a intervallo non minore di tre

⁽¹⁵⁾ Oltre agli autori già menzionati — BON VALSASSINA, CASSESE, ALLEGRETTI — si vedano, ad esempio, A. BARBERA, *Gli accordi internazionali: tra governo, parlamento e corpo elettorale*, in Quaderni costituzionali, 1984, 439 ss.; S. GRASSI, *Le garanzie giuridiche in tema di pace*, in Democrazia e diritto 1986, 79 e ss.; G. FERRARA, *Pace, guerra e principi fondamentali della Costituzione*, Relazione al Convegno *Uspid*, Firenze 1985; L. FOREATI-PICCHIO, *Rapporti NATO*, cit., par. 54-52 e 59. Del tutto particolare la posizione di G. FERRARI, *Guerra*, in *Enc. dir.*, cit., di cui si dirà nel testo.

⁽¹⁶⁾ Intesa nel senso di C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Milano 1940.

mesi) e nelle maggioranze richieste (in seconda approvazione i due terzi o la possibilità per i dissenzienti di bloccare la delibera con un referendum popolare), stabilito dall'art. 138 per la revisione costituzionale, sarebbe possibile eliminare il principio espresso dall'art. 11 perché serve a 'identificare' l'ordinamento che, senza di esso, non sarebbe più il medesimo. Nemmeno l'eventuale ricorso al procedimento di revisione basterebbe a celare che in forme solo *apparentemente* legali si è rotta, invece, la legalità costituzionale e si è prodotto un evento sostanzialmente rivoluzionario: la soppressione del principio pacifista sarebbe infatti il segno che sono mutate le forze su cui si regge *questa* Costituzione, caratterizzata anche da quel principio, a tutte comune e, per tutte, assolutamente essenziale.

Ritengo che — a meno di non rifiutare in radice l'idea stessa di *costituzione materiale* come espressa da Mortati — il principio pacifista faccia sicuramente parte di quel nucleo immodificabile, dotato di valore supercostituzionale⁽¹⁷⁾.

Le conseguenze, ben si comprende, non sono di poco conto: si tratta ora di analizzarle nel contesto di un più generale discorso sugli strumenti di garanzia da cui il principio pacifista e gli altri principi internazionalistici della Costituzione sono resi effettivi. Altrimenti, inutile dirlo, ogni affermazione sul loro valore giuridico vincolante risulta puramente declamatoria.

5. - Il problema dei meccanismi attivabili per sanzionare la violazione dei principi ora illustrati è stato poco approfondito dalla dottrina, e anche chi vi ha dedicato attenzione manifesta forti dubbi sulla loro effettiva praticabilità: i principi sono scritti in Costituzione, hanno sicuramente carattere giuridico vincolante, ma non è facile assicurarne il rispetto.

Non credo, tuttavia, che la conclusione debba essere davvero — e in tutti i casi — negativa; una risposta unitaria, che valga per ogni tipo di violazione, intanto, non è possibile: l'analisi deve essere condotta in relazione a singole ipotesi e non porterà — vedremo — ai medesimi risultati.

È necessario innanzitutto tenere distinte due situazioni profondamente differenti fra loro: *a)* quella estrema in cui i principi dell'art. 11 siano stati violati dallo Stato nel modo più radicale, ossia mediante una guerra di aggressione e *b)* quella invece in cui il comportamento degli organi dello stato italiano si concreti in atti — come quelli relativi alla fabbricazione o al commercio delle armi — in contrasto con i principi in questione.

⁽¹⁷⁾ La tesi sostenuta dal M. BON VALSASSINA, *Il ripudio della guerra*, cit. 116 e ss., è poi del resto condivisa da altri autori.

All'interno della prima ipotesi considerata è ancora da distinguere: *a1*) il caso della guerra formalmente dichiarata in mancanza dei presupposti che la legittimano, dal caso, *a2*) in cui, senza alcuna previa dichiarazione, vengano poste in essere attività militari di aggressione (che non siano cioè immediata risposta difensiva a un attacco amato) o si partecipi a un conflitto in atto.

Non va, infine, dimenticato che, per valutare in quali modi e fino a che punto sia assicurata l'osservanza dei principi costituzionali, è necessario tener conto di un duplice ordine di garanzie, preventive e successive: oltre ai meccanismi sanzionatori attivabili in caso di violazione, vanno quindi considerate le garanzie disposte per evitarla.

4. - La prima e fondamentale garanzia preventiva è costituita dal carattere democratico degli organi che assumono direttamente o controllano (nel caso dei trattati) le decisioni in materia. Chi decide sulla guerra, in base alla Costituzione (art. 78), è il Parlamento, organo di rappresentanza democratica, espressione del popolo «sovrano». E ciò ben si comprende considerando che la guerra appare anzitutto come un «fatto» di tutta la collettività che ne viene coinvolta, ne sopporta il peso e le conseguenze, e non già «solo della sua struttura e sovrastruttura autoritaria»⁽¹⁸⁾. La guerra riguarda il popolo in prima persona ed è perciò indispensabile, in un regime democratico, che la decidano i suoi rappresentanti. La dichiarerà poi il Capo dello Stato — e la sua partecipazione può costituire un ulteriore elemento di garanzia contro eventuale abusi della maggioranza parlamentare⁽¹⁹⁾ — ma la decisione compete alle Assemblee rappresentative.

A differenza del passato, deliberazione e dichiarazione costituiscono due momenti autonomi, di competenza di due soggetti diversi. Per questo si può dire che oggi non esiste più un «signore della guerra», in grado di deciderla a suo arbitrio; ed essendo ormai limitata ad ipotesi precise, quindi a precisi presupposti, la stessa guerra ha mutato radicalmente natura: da libera è divenuta *giudicabile*⁽²⁰⁾.

Ma — qui è il vero problema — è, poi, in concreto, giudicabile? Infatti, anche fra chi sostiene il valore giuridico del principio paci-

⁽¹⁸⁾ G. FERRARI, *Guerra*, cit., 823.

⁽¹⁹⁾ Che il Capo dello Stato possa, anzi debba, esercitare un controllo in materia è sempre affermato in dottrina: si veda ad esempio, GIARDINA, *Commento all'art. 78*, cit. 98; lo stesso G. DE VERGOTTINI, *Politica estera e interventi del Presidente della Repubblica*, in *Quaderni costituzionali*, 1984, 500-501, pur considerando del tutto scolastica l'ipotesi di una guerra formalmente dichiarata, ammette senz'altro, in linea teorica, il rinvio, da parte del Presidente della Repubblica, della legge per violazione dell'art. 11, «ove il parlamento avesse deliberato una guerra di aggressione».

⁽²⁰⁾ BON VALSASSINA, *Il ripudio della guerra*, cit. 31 ss.

fista e, di conseguenza, la illegittimità della guerra non strettamente difensiva, c'è chi conclude tuttavia che, qualora gli organi competenti dichiarino esistenti i presupposti legittimanti, ogni giudizio sulla ricorrenza dei medesimi sia poi ad ogni altro precluso. Sicché, in definitiva, la decisione parlamentare — avallata dal Capo dello Stato — risulterebbe *insindacabile* ⁽²¹⁾. Ma, allora, tanto varrebbe affermare come il Balladore Pallieri che l'art. 11 non pone alcun principio giuridico vincolante, bensì solo una direttiva: le conseguenze, infatti, sarebbero le medesime. Nel caso di guerra formalmente dichiarata, dunque, le garanzie si arresterebbero a livello preventivo; quelle successive sarebbero escluse. In altre parole, l'affidamento della decisione all'assemblea rappresentativa finirebbe per costituire l'unica possibile salvaguardia contro una guerra dichiarata fuori dai presupposti (reazione a un attacco armato). Ma una volta che questi siano riconosciuti esistenti dall'organo politico costituzionalmente competente, nessun rimedio sarebbe esperibile. Qualora la garanzia preventiva non abbia funzionato, dal punto di vista giuridico non resterebbe nulla da fare. Se così fosse, dopo affermazioni tanto forti e decise, la delusione sarebbe ancora più amara.

È necessario, allora, affrontare il problema delle garanzie. Se i principi dell'art. 11 hanno valore giuridico vincolante, un giudizio *sulla legittimità* della decisione parlamentare *deve* essere consentito: altra cosa è riconoscerne la difficoltà pratica.

7. - Anche coloro che sostengono la sindacabilità di una illegittima dichiarazione di guerra, non mancano di rilevare che il funzionamento dei meccanismi di garanzia può risultare, in fatto, alquanto difficile. Ammesso che si riesca a investire la Corte costituzionale della questione di legittimità (della legge ⁽²²⁾) con cui si delibera lo stato di guerra, appare alquanto improbabile che la Corte concluda, poi, per l'annullamento ⁽²³⁾.

Tuttavia, come tutte le considerazioni di fatto, anche questa è strettamente condizionata dal modo in cui di volta in volta i fatti si atteggianno: se un consenso popolare medio sostiene la decisione

i

(21) Così G. FERRARI, *Guerra*, cit., 832-833.

(22) In verità è discusso se debba trattarsi di una vera e propria legge, o non, invece, di un atto bicamerale non legislativo. Ai fini del controllo di costituzionalità non è però rilevante, in quanto, comunque, agli effetti interni, per la delibera dello stato di guerra e l'attribuzione al governo dei poteri necessari (art. 78) è sempre necessaria la legge. Su ciò GIARDINA, *Commento all'art. 78*, cit. 98 ss.; FERRARI, *Guerra*, cit., 834-832 è tra i più decisi sostenitori della necessità della legge.

(23) Cfr. BON VALSASSINA, *Il ripudio*, cit. 107-108, anche per le considerazioni successive.

parlamentare — magari in conseguenza della pressione esercitata usando i mezzi d'informazione — è certo che anche la Corte finirà per allinearsi. Ma in caso di dissenso profondo e diffuso, sostenuto da forze politiche che abbiano prima tentato di ostacolare la delibera in Parlamento, non sembra del tutto impensabile che la maggioranza dei giudici costituzionali, sorretta dal consistente consenso popolare, trovi il 'coraggio' di dichiararne l'incostituzionalità. L'effettività della garanzia, anche in questo caso, dipende dalla statura morale dei componenti della Corte. Ostacoli giuridici di qualsiasi natura, infatti, non ve ne sono: né si potrebbe addurre come ostacolo l'inesistenza di parametri alla stregua dei quali condurre il giudizio di legittimità della guerra, perché, invece, tali parametri esistono.

8. - L'inesistenza di parametri di valutazione, come argomento per escludere il giudizio, è da respingere non solo per quanto riguarda l'ipotesi della guerra dichiarata, ma anche per la guerra *non* dichiarata e, più in generale, per il ricorso all'uso della forza (in tempo di pace) per pretesi fini sanzionatori o difensivi (*infra*, par. 9). Infatti, se è vero che il margine di apprezzamento politico resta comunque ampio e la valutazione dei presupposti legittimanti può risultare assai delicata, si danno tuttavia situazioni più chiare, nelle quali il controllo può essere operato in base a criteri sicuri, formulati anche in documenti internazionali. Indicazioni si traggono già dalla Costituzione e dalla Carta delle Nazioni Unite: ma soprattutto non va dimenticata l'esistenza di un'apposita Risoluzione dell'Assemblea generale dell'ONU — n. 3314 (XXIX), del 14 dicembre 1974 — contenente la definizione di « aggressione ». In particolare, all'art. 3, si contemplano sette ipotesi da considerare senz'altro « atto di aggressione »⁽²⁴⁾ a prescindere dal fatto che esista o meno lo stato, o la dichiarazione, di guerra: ipotesi che vanno dall'invasione del territorio altrui, al bombardamento effettuato dalle forze armate di uno Stato contro il territorio di un altro Stato, al blocco dei porti o delle coste, alla concessione che il proprio territorio venga usato da altri per un atto di aggressione nei confronti di uno Stato terzo, all'invio di bande armate di mercenari o irregolari per azioni armate di analoga gravità.

⁽²⁴⁾ E quindi idoneo a legittimare il Consiglio di Sicurezza — secondo gli artt. 39, 41 e 42 della Carta dell'ONU — ad adottare misure per mantenere o restaurare la pace: salva, naturalmente — art. 2 della Risoluzione in esame — la possibilità che il Consiglio stesso concluda che l'atto non sia da considerare di aggressione alla luce di altre circostanze rilevanti, in particolare la non sufficiente gravità dell'atto o delle sue conseguenze. Quanto alla natura delle misure che il Consiglio può decidere o raccomandare, da ultimo, v. FORLATI PICCHIO, *Rapporti Nato*, cit. parr. 17-23.

Queste ulteriori specificazioni possono servire da guida anche agli organi interni nella, certa mente difficile, formulazione del loro giudizio.

9. - Chiarita l'esistenza dei parametri, qualora si passi a considerare non più l'ipotesi di una illegittima dichiarazione di guerra, preceduta dalla delibera parlamentare, ma la guerra non dichiarata o l'uso, comunque, della violenza armata, la questione del controllo è sicuramente meno ardua da risolvere: sul piano giuridico indiscutibile è la competenza del Parlamento ad esercitarlo, sul piano dei fatti è meno improbabile che venga davvero esercitato.

Poiché il divieto costituzionale riguarda la guerra come tale, dichiarata o no ⁽²⁵⁾, la sua violazione può anche essere posta in essere mediante azioni militari non precedute da alcuna decisioni formalmente assunta dagli organi costituzionalmente competenti. Non si può trascurare il fatto — noto — che frequentemente gli Stati negano di essere in guerra (per evitare alcune conseguenze sul piano interno e internazionale) preferendo condurre le operazioni militari senza attribuir loro la dovuta qualifica (basta pensare al Vietnam) ⁽²⁶⁾.

Oltre a ciò, la realtà concreta impone di considerare soprattutto un'ipotesi: che la situazione in atto non consenta di attendere la formale delibera parlamentare, dovendosi rispondere immediatamente ad una (vera o pretesa) aggressione. È, del resto, quasi un luogo comune l'affermazione che le guerre, oggi specialmente, non si dichiarano ma si fanno; e che, pertanto, l'ipotesi contemplata dalla Costituzione — una previa delibera delle due Camere, seguita dalla dichiarazione del Capo dello Stato — rimane teorica ⁽²⁷⁾.

Anche, forse soprattutto, in simili ipotesi le norme della Costituzione conservano valore essenziale sotto il duplice profilo dell'indicazione dei presupposti (art. 11) e delle competenze e procedure (art. 78, 87, comma 9°): chi ha assunto la decisione dell'intervento armato dovrà risponderne. Starà in primo luogo al Parlamento, titolare del potere di decisione, valutare il ricorso alla forza sotto entrambi i profili: l'esistenza di un attacco armato e la necessità di una risposta difensiva immediata tale da non consentire di attendere la pronuncia degli organi competenti.

L'eventuale giudizio negativo avrà gravi conseguenze. A parte gli effetti internazionali di simili comportamenti — alle volte forse non più rimediabili sul piano dei fatti, ma contro i quali è comunque indispensabile la reazione degli organi interni competenti per sottrar-

⁽²⁵⁾ Cfr. CURTI GIALDINO, *Guerra*, cit., 871; A. CASSESE, *Commento all'art. 11*, cit. 569-572; FERRARI, *Guerra*, cit. 831.

⁽²⁶⁾ G. FERRARI, *loc. ult. cit.* (e nota 61).

⁽²⁷⁾ Si veda ad esempio, DE VERGOTTINI, cit. supra alla nota 19.

re l'Italia ad ulteriori, definitivi, coinvolgimenti — è evidente che i comandi militari, il ministro della difesa ed eventualmente lo stesso governo, sarebbero chiamati a risponderne non solo sul piano politico, ma pure su quello penale⁽²⁸⁾.

In questo caso, dunque, contro eventuali violazioni, sono senz'altro attivabili meccanismi sanzionatori. Ma, e se questi in concreto non funzionassero; se anche come organo di controllo il Parlamento venisse meno alla sua essenziale funzione?

10. - Per i casi estremi resta un ultimo rimedio: nelle situazioni più gravi, in cui la violazione dei principi costituzionali appaia *evidente* e il carattere illegittimo della guerra dichiarata o intrapresa dall'Italia sia difficilmente contestabile, sembrano ipotizzabili anche altre forme di reazione.

Qui emerge chiara l'importanza delle considerazioni precedenti relative al valore *supercostituzionale* del principio del ripudio della guerra, se non come reazione difensiva ad un attacco armato: poiché — all'infuori di quest'ipotesi — gli organi dello Stato avrebbero violato un principio di costituzione materiale, ossia di quel nucleo essenziale, imm modificabile nelle vie legali, è da concludere che, essendosi prodotta una rottura della legalità costituzionale, sarebbe consentito ai cittadini il ricorso al diritto di resistenza. Resistenza *passiva*, che, ritengo, almeno in casi di tale assoluta gravità non può essere negata.

Il rifiuto di prestare servizio armato risulterebbe del resto giustificato quale rifiuto di un comportamento configurabile come crimine internazionale di cui il singolo, in particolare se ricopre una posizione elevata nella gerarchia militare, potrebbe in futuro esser chiamato a rispondere anche sul piano penale. È bene ricordare, in proposito, che la Costituzione della Repubblica federale di Germania, all'art. 26, definisce anticostituzionali e da perseguire penalmente le attività dirette a turbare la coesistenza pacifica dei popoli, soprattutto, quelle rivolte a predisporre una guerra di aggressione. La responsabilità dei singoli, ormai, non può essere negata: lo impediscono già i « principi di Norimberga »⁽²⁹⁾ e, sul piano interno, la stessa legislazione

(28) Che per quanto riguarda i ministri può determinare la messa in accusa da parte del Parlamento in base all'art. 96 (cfr. BON VALSASSINA, cit. 95; CASSESE, cit. 574). Per altre possibili reazioni — in particolare al ricorso per conflitto di attribuzioni — v. S. GRASSI, *Le garanzie giuridiche*, cit. 94 ss.

(29) Su questi principi si vedano le fondamentali considerazioni — quanto mai interessanti anche per la guerra nucleare — di F.A. BOYLE, *The Relevance of International Law to the « Paradox » of Nuclear Deterrence*, in *Northwestern University Law Review*, 1986, n° 6, 1414 ss. Sinteticamente, sul punto, A. CURTI GIALDINO, *Guerra*, cit. 872.

italiana: la legge n. 382/1978, abrogato (art. 22) l'art. 40 c.p.m.p., premesso (art. 4, comma 1°) che « L'assoluta fedeltà alle istituzioni repubblicane, è il fondamento dei doveri del militare », prevede espressamente (art. 4, ult. comma) il « dovere » del militare di non eseguire l'ordine « manifestamente rivolto contro le istituzioni dello Stato o la cui esecuzione costituisce manifestamente reato » ⁽³⁰⁾.

Ho considerato sin qui l'ipotesi estrema, nella quale la tenuta delle norme costituzionali è maggiormente problematica perché mi sembra importante constatare che nemmeno in tale ipotesi eliminare può essere radicalmente esclusa la possibilità di rinvenire una qualche forma di risposta sanzionatoria alla violazione dei principi costituzionali. Risposta che in altri casi è sicuramente più facile.

11. - Mentre l'adeguato funzionamento dei rimedi contro una guerra non difensiva è assai problematico, soprattutto qualora sia dichiarata su delibera del Parlamento, è viceversa una possibilità concreta in ipotesi meno estreme — che sono fra l'altro quelle che più interessano perché più facilmente verificabili.

In particolare, il controllo della Corte costituzionale sulla legge di autorizzazione alla ratifica (e/o di esecuzione) dei trattati internazionali contrari ai principi espressi nell'art. 11 sembra sicuramente praticabile.

L'accento posto nell'art. 11 sulla pace, in connessione, come prima ho rilevato, con le esigenze di libertà degli altri popoli e di giustizia, ribadite nella seconda proposizione, comporta — è importante sottolinearlo — precisi vincoli, negativi e positivi, che si traducono in precisi obblighi di fare e di non fare a carico degli organi dello stato: in particolare, poiché non può esserci pace senza giustizia e senza libertà è senz'altro contraria al disposto costituzionale la partecipazione a qualsiasi accordo internazionale che per la sua profonda ingiustizia, per le condizioni inique che impone, costituisca la premessa di un'inevitabile rottura della pace.

Lo stesso è a dirsi per la vendita di armi: la partecipazione dell'Italia ad un accordo internazionale che impegnasse all'esportazione

⁽³⁰⁾ Va comunque considerato che pure l'art. 40 c.p.m.p., ora abrogato, pur ispirandosi al principio dell'ordine del superiore come scriminante, prevedeva tuttavia, all'ultimo comma, che, insieme al superiore, rispondesse pure « il militare che ha eseguito ordine, quando l'esecuzione di questo costituisce manifestamente reato ». Ora, dopo la modifica del 1978, si parla di un dovere di disobbedire all'ordine illegittimo, o per lo meno, di un dovere di vigilanza sull'ordine impartito dal superiore: cfr. R. VENDITTI, *Il diritto penale militare nel sistema penale italiano*, Milano 1985, 200. Sui problemi sorti dopo l'emanazione del nuovo regolamento del 1986 si veda S. RIONDATO, *Art. 25, ne Il nuovo ordinamento disciplinare delle forze armate*, a cura di S. RIONDATO, 1987, 179-188.

verso paesi in guerra o che, comunque, non intendano risolvere in modo pacifico le loro controversie, urterebbe senz'altro coi principi di salvaguardia della pace e sarebbe pertanto incostituzionale. Un impegno di forniture militari o di assistenza militare assunto in ispregio ai principi costituzionali potrebbe essere sanzionato dalla Corte costituzionale: anche se, forse, il controllo sulle leggi di autorizzazione alla ratifica e di esecuzione, potrebbe presentare difficoltà a causa dei meccanismi di attivazione. La Corte infatti deve essere investita della questione nel corso di un 'giudizio', da parte di un 'giudice': non sembra tuttavia impossibile trovare un giudice disposto a ritenere una simile questione « non manifestamente infondata ». Sono ormai numerosi, fortunatamente, i giudici che hanno assimilato i principi della Costituzione! Nemmeno il presupposto necessario, ossia la pendenza di un giudizio, appare tanto improbabile. Potrebbe trattarsi del giudizio dinanzi ad un tribunale amministrativo relativo alla legittimità degli atti autorizzativi emanati dalla pubblica amministrazione (per l'esportazione o la fabbricazione delle armi). Si può pensare, ancora, al rifiuto dei portuali di caricare le armi e ad un'eventuale procedimento nei loro confronti, nel corso del quale potrebbe essere investita la Corte del giudizio sulla legge che sta all'origine di quel commercio.

Mi sono riferita finora al controllo su leggi relative ad eventuali impegni internazionali; il discorso, è avvio, vale egualmente, ed è anzi più agevole, nei confronti di leggi che regolino la fabbricazione, il commercio e l'esportazione di armi. Non mi soffermo su questo punto già approfondito da altri: purtroppo — ci sa —, dopo tanti progetti una legge per disciplinare la materia il Parlamento non l'ha ancora emana (31). Sarebbe interessante vedere come provocare il controllo di costituzionalità sulla insufficiente normativa esistente.

Ho l'impressione, per concludere, che i meccanismi giuridici per garantire il rispetto dei principi internazionalistici della costituzione non siano del tutto assenti. Il problema vero è che funzionino: e a questo fino è indispensabile che quei principi penetrino a fonda, nella coscienza sociale. E, quindi in quella di chi deve garantirne l'osservanza: i parlamentari in primo luogo ma in generale gli organi di governo e i giudici, compresi quelli della Corte Costituzionale.

12. - Il Parlamento non si è dimostrato in verità molto attento nell'esercizio delle sue competenze in materia, benché negli ultimi tempi abbia manifestato maggiore interesse e maggiore sensibilità. Inutile

(31) Su ciò U. ALLEGRETTI, Per un controllo dell'esportazione italiana di armamenti, in Testimonianze, 1987 (ottobre-dicembre) n. 299-300, 77 ss., e, ivi, 91 ss. il testo di una proposta di legge in materia (Masina, Bassanini ed altri).

soffermarsi su questa constatazione, ben documentata da vari autori. Quanto al Governo, troppo spesso ha proceduto con atti propri, senza tener conto delle competenze parlamentari ⁽³²⁾. Questo è avvenuto anche di recente, in modo quasi sfrontato, nella nota vicenda dell'invio di navi italiane nel Golfo Persico. Essendo necessario un atto legislativo per provvedere alle prime ingenti spese — 51 miliardi —, il Governo ricorse, com'è ormai suo costume, ad un decreto-legge utilizzando fondi già destinati ad un diverso impiego (tra i quali ottocento milioni stanziati per il « riconoscimento dell'obiezione di coscienza »!). Alla bocciatura del decreto da parte della Camera, il Governo ha risposto con la riproposizione dello stesso, non una, ma due volte consecutive; suscitando le proteste dei deputati dell'opposizione, i quali di fronte al fatto inaudito della ripresentazione di un decreto il giorno successivo al rifiuto di conversione, non mancarono di richiamare lo stesso Capo dello Stato alle sue responsabilità ⁽³³⁾.

Atti e comportamenti palesemente contrari ai principi e già suscettibili di sindacato non sono certo mancati. Mi limiterò a ricordare, come esempio, la reiezione di emendamenti rivolti ad eliminare, almeno, ogni forma d'incoraggiamento all'esportazione indiscriminata di armi, escludendola dai benefici di agevolazioni finanziarie e assistenziali (**). Non sembra dubbio, infatti che, in ispecie in mancanza di certezze effettive sulla destinazione finale, una norma diretta ad

⁽³²⁾ Su questi aspetti, A. BARBERA, Gli accordi internazionali: tra governo, parlamento e corpo elettorale, in Quaderni costituzionali, 1984, 439 ss.; A. MASSAI, Parlamento e politica estera: *l'Italia*, ivi, 559 ss., oltre a vari scritti del volume Parlamento e politica estera, a cura di A. CASSESE, Padova 1982.

⁽³³⁾ Il decreto-legge 21 settembre 1987 n. 388 (in Gazzetta Ufficiale n. 221 del 22/9/1987) recante « Norme in materia di copertura finanziaria delle spese relative alle operazioni di tutela del naviglio di bandiera e di smiamento nelle acque del Golfo Persico », formalmente respinto alla Camera, dopo un serrato dibattito, il 19 novembre; il giorno successivo alla reiezione, nonostante la Camera avesse manifestata la sua contrarietà alla nostra presenza navale nel Golfo, un nuovo decreto-legge venne emanato, contro — evidentemente — ad ogni regola costituzionale. Nel dibattito che ne seguì (Camera dei Deputati, X Legislatura, seduta del 26 novembre 1987 (p. 7 ss.) sono da segnalare gli interventi dell'on. Giovanni Ferrara (costituzionalista) e dell'on. Stefano Rodotà, alla cui sensibilità di giurista non sfuggì la necessità di richiamare l'attenzione del Capo dello Stato, cui compete, per Costituzione, l'emanazione dei decreti governativi. In seguito alla decadenza del secondo decreto (per mancata conversione), il Governo emanò per la terza volta un decreto-legge (22 gennaio 1988, convertito tempestivamente in legge 11 marzo 1988 n. 74) stanziando altri 51 miliardi, e infine il decreto-legge 28 giugno 1988 (che dispone fino al 31 dicembre 1988) convertito, anche questo regolarmente, in legge 5 agosto 1988, n. 332.

⁽³⁴⁾ Camera dei Deputati, IX Legislatura, Seduta antimeridiana del 24 gennaio 1986, p. 5 ss. (Gli emendamenti respinti erano stati presentati dagli on. RONCHI e CARRUS).

incrementare l'esportazione dei sistemi d'arma come si trattasse di merce qualsiasi si ponga in deciso contrasto con i principi costituzionali.

« L'etica dei politici è ancora l'etica della potenza » — dice Norberto Bobbio ⁽³⁵⁾ — e del resto troppo spesso lo riscontriamo. Contro i rischi che questo comporta ⁽³⁶⁾ è necessario lottare: in primo luogo perché i principi di pace, di giustizia, di solidarietà e collaborazione internazionale non restino solo una pagina scritta, ma siano coscienza attiva del corpo sociale.

Bisogna quindi farla vivere questa Costituzione, dare anima ai suoi valori, impedire che si affermi un'interpretazione riduttiva, diversa da quella originaria ⁽³⁷⁾, in base alla quale appaia ormai consentito ciò che non potrebbe esserlo: sicché davvero l'art. 11 finisca per perderle il suo valore precettivo e la stessa Corte Costituzionale — che non agisce, certo, isolata dal sistema di valori della società — non sia più in grado di utilizzarlo come parametro.

(35) N. BOBBIO, *Il problema della guerra*, cit. 94.

(36) N. BOBBIO (cit. 94) infatti continua: « Non riesco a sottrarmi al presagio che una società in cui giuristi, sociologi, filosofi, teologi, non hanno rinunciato a vedere nella violenza un mezzo di riscatto o di redenzione, sia un giorno o l'altro destinata alla suprema prova della violenza sterminatrice ».

(37) Giustamente G. FERRARA, *Pace, guerra*, cit., 14, ritiene indispensabile che il popolo eserciti « una vigilanza penetrante, una partecipazione continua », perché prassi e interpretazione hanno svuotato di valore precettivo il principio dell'art. 11.

SUMMARY

1. The general consensus of the constitution-makers on the content of art. 11. - 2. Pacifist ideology as a common feature of the various constitutional political forces. - 3. « Peace of satisfaction » and its pre-requisites. - 4. « Constitutional » or « super-constitutional » value of the principle embodied in art. 11: impact thereof. - 5. Question-marks as to the existence of effective guarantees: need for distinctions to be drawn according to different kinds of violation. - 6. A preventive guarantee: decision-making (or supervisory) power entrusted to democratic bodies. - 7. Liability to review a declaration of war. - 8. Standards to be complied with in resorting to force. - 9. Checks on undeclared war and on the lawfulness of armed intervention. - 10. A last-resort remedy: passive resistance. The status of military forces (Nuremberg principles and domestic legislation). - 11. International treaties inconsistent with the spirit of art. 11: constitutional review of legislative acts authorising their ratification or implementing. - 12. A critical appraisal to practice. Need for a reassertion of the principles.

Riconosciuto il valore giuridico vincolante del principio pacifista contenuto nell'art. 11 Cost., si tratta di individuare le garanzie (preventive e successive) di cui è munito, in relazione ai diversi tipi di violazioni. Se il parlamento è il luogo del controllo su azioni del governo, la Corte costituzionale potrebbe sindacare atti legislativi contrastanti con quel principio. Infine, poiché a quest'ultimo va riconosciuto valore 'supercostituzionale', e poiché la guerra di aggressione è un crimine internazionale (di cui i singoli potrebbero essere chiamati a rispondere) la resistenza passiva può costituire l'estremo rimedio.

ARRIGO D. MANFREDINI

L'exemplum Aegyptiorum di CI 5,5,8

Si tratta di una costituzione del Codice di Giustiniano ⁽¹⁾, riportata nel titolo *de incestis et inutilibus nuptiis*. Essa è attribuita all'imperatore Zenone, data in Costantinopoli nell'a. 475 e indirizzata al prefetto del pretorio Epinico ⁽²⁾.

(1) CI. 5,5,8: ZENO A. EPINICO PP. Licet *quidam Aegyptiorum* idcirco *mortuorum* fratrum sibi coniuges matrimonio copulaverint, quod post *illorum mortem mansisse* virgines dicebantur, arbitrati scilicet, quod certis legum conditoribus *placuit*, cum *corpore* non convenerint, nuptias re non videri contractas, et huiusmodi conubia tunc temporis celebrata firmata *sunt*, tamen praesenti lege sancimus, si quae huiusmodi nuptiae contractae *fuerint*, earumque contractores et ex his progenitos *antiquarum* legum tenori subiacerere nec ad *exemplum Aegyptiorum*, de quibus superius dictum est, eas videri *fuisse* firmatas *vel* esse firmandas. D. k. Sept. Constantinopoli post consulatum Leonis iunioris. [a. 475].

(2) Data e nome dell'imperatore sembra non vadano d'accordo. Dal 9 gennaio circa del 475 Zenone lascia Costantinopoli e fino all'agosto del 476 è Augusto l'usurpatore Basilisco (MARTINDALE, *The Prosopography of the later roman Empire*, sv. *Basiliscus* n. 2, II, Cambridge 1980, p. 212 ss.; in generale, STEIN, *Histoire du Bas-Empire*, trad. fr., I, Paris-Bruges 1959, p. 363 s.). O la costituzione è di Zenone ma la data è sbagliata; oppure, se resta ferma quest'ultima, bisogna attribuire la costituzione a Basilisco. Il destinatario della costituzione, indicato nella *subscriptio* come Epinicus PP, non aiuta a risolvere il problema; infatti costui, ancora in carriera dopo il ritorno di Zenone fino al 478 (MARTINDALE, *The Prosopography*, 11, cit., sv. Epinicus, p. 397) potrebbe essere stato nominato PPO da Zenone prima del 9 gennaio 475 (ed è del tutto arbitrario assumere che la carica di PPO gli sia attribuita da Basilisco solo sulla scorta di CI. 5,5,8: così SEECK, sv. *Epinikos*, in RE VI, 1, col. 185, con rinvio a DE ROSSI, *Inscriptiones Christianae Urbis Romae*, I, Romae 1851-1861, I, n. 863); e quindi, la costituzione, emanata da Zenone, potrebbe essergli stata indirizzata dal momento dell'assunzione della carica (che non si conosce) fino ai primi di gennaio del 475, quando Zenone abbandona Costantinopoli, ovvero, dal tardo agosto del 476 (ritorno di Zenone) fino al 478, anno in cui Epinico risulta essere ancora PPO (o PUC: MARTINDALE, *Prosopography*, II, cit., p. 397). Ebbene, se la costituzione è stata effettivamente emanata il 1 settembre 476 come vuole la *subscriptio*, lo è stata da Basilisco, non da Zenone; e non manca chi proprio questo sostiene, come SEECK, sv. *Epinikos*, cit., col. 185; BONINI, Considerazioni in tema di impedimenti matrimoniali nel diritto *postclassico* e giustiniano, in Studi Biondi, I, Milano 1965, p. 498). Ma è una ragione sostanziale che, a nostro parere, esclude possa trattarsi di una costituzione di Basilisco e che quindi milita

Ecco il testo di CI 5,5,8: « Benché certi Egizi si siano uniti in matrimonio con le mogli dei loro fratelli defunti (le quali si diceva fossero ancora vergini) appoggiandosi a ciò che piacque a certi legislatori, e cioè che non si considerasse aver avuto luogo il matrimonio se non c'era stata unione corporale, e siffatti matrimoni sono stati riconosciuti validi; noi, tuttavia, con la presente legge, prescriviamo che tali nozze, coloro che le hanno contratte e i loro figli, soggiacciono alle antiche leggi e che non debbano essere considerate valide o in futuro essere convalidate ad esempio degli Egizi dei quali abbiamo fatto parola ».

La questione che si pone è quella del matrimonio tra cognati; più precisamente il matrimonio di un uomo con la moglie del fratello deceduto.

Zenone parla dell'*exemplum* Aegyptiorum seguendo il quale tali matrimoni avevano potuto essere celebrati e fino a quel momento erano stati riconosciuti validi.

In che consisteva questo *exemplum* è detto chiaramente: degli Egizi avevano sposato la vedova del fratello morto la quale si diceva che fosse ancora vergine; e grazie all'opinione di certi legum *conditores* (essi sostenevano che, essendo elemento essenziale del matrimonio la unione corporale, se non c'era stata, il matrimonio non veniva in essere) siffatte seconde nozze (cioè, è bene ripeterlo, con la vedova del fratello, rimasta vergine) erano state convalidate.

L'*exemplum* Aegyptiorum, dunque, a cui avevano tenuto bordone certi operatori del diritto sostenendo quella dottrina matrimonialistica della quale si è detto, aveva consentito, par di capire, una lunga prassi di matrimoni tra cognati, e si era diffuso anche al di fuori dell'Egitto. Infatti Zenone emana il suo provvedimento di invalidazione a Costantinopoli e lo indirizza al prefetto del pretorio d'Oriente⁽³⁾ e contempla espressamente non solo i *quidam* Aegyptiorum ma anche

senz'altro a favore della paternità zenoniana di CI. 5,5,8, a dispetto della data incongrua. Nella successiva costituzione di CI. 5,5,9, anch'essa di Zenone, ove si ribadisce, tra l'altro, il divieto di matrimonio con la moglie del fratello, c'è un riferimento a provvedimenti di autorizzazione di questi matrimoni concessi *tyrannidis tempore*; la tirannide di cui si tratta, attraverso il collegamento con un'altra costituzione di Zenone contenuta in CI. 1,2,6, rinvia, pare senza dubbio, alla tirannide di Basilisco (per tutti, BONINI, Considerazioni, cit., p. 497 con letteratura). Ordunque, se è vero che Basilisco (attraverso la combinazione di CI. 5,5,9 e 1,2,6) ha autorizzato i matrimoni tra cognati, come può averne, nel suo breve regno, anche disposto il divieto in via generale (risulterebbe da CI. 5,5,8 se si supponesse sua la paternità del provvedimento)? Il tentativo di minimizzare questa incongruenza (BONINI, Considerazioni, cit., p. 499) non convince e quindi propendiamo, malgrado la data, per l'appartenenza a Zenone di CI. 5,5,8.

(3) V. retro, nt. 2

tutti coloro che ne avevano seguito l'esempio.

Tale *exemplum* non solo si era diffuso ma anche radicato, se è vero che Giustiniano, più di mezzo secolo dopo la sua emanazione, sente il bisogno di riproporre la legge nel proprio codice, confermandone così l'attualità.

2. - E veniamo al punto che vogliamo discutere. Qual è la origine di questo *exemplum* egizio, cioè della regola, ripetiamolo, per cui si poteva sposare la vedova del fratello premorto se questa era vergine? Si tratta di un'antica norma di diritto volgare, addirittura preesistente alla presenza romana, o norma di formazione recente, sorta in via di consuetudine tra le maglie di una incerta legislazione basso imperiale in tema di matrimonio tra cognati?

In letteratura abbiamo fondamentalmente rintracciato due opinioni delle quali vogliamo dare conto perché non ci convincono appieno e che hanno la comune caratteristica di attribuire all'istituto una fortissima risalenza.

La prima, non recente ⁽⁴⁾ ma recentemente rilanciata da Volterra ⁽⁵⁾ e Kaser ⁽⁶⁾, postula che si tratti di una disciplina modellata sul levirato e introdotta, chissà quando, per influenza ebraica. Ma, poiché, come è noto ⁽⁷⁾, il levirato consisteva nel matrimonio con la vedova del fratello morto senza figli, i sostenitori di questa opinione che stiamo esponendo si vedono costretti a intendere il requisito della verginità della donna (espressamente indicato nella costituzione di Zenone) come semplicemente allusivo della mancanza di prole.

Ciò è quanto basta, secondo noi, per rendere questa interpretazione piuttosto insicura.

Vi è poi l'opinione di Seidl ⁽⁸⁾. L'a., nella sua *Rechtsgeschichte* dell'Egitto come provincia romana, precisamente nella sezione dedicata alla sopravvivenza del diritto egizio in materia ereditaria, non indugia a ritenere la regola in discorso come verosimilmente emanata da un re egizio, forse del tempo pretolemaico, con la quale appunto era consentito di sposare la moglie del fratello defunto se non c'era stata la

(4) CUIACIUS, *Notae in codicem Iustiniani*, in *Opera* in tom. XIII distributa, Fabr. ed., Prati 1839, VIII, col. 1484; GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus*, III, Lipsiae 1736-43, ad CTh. 3, 12, 2, p. 339.

(5) VOLTERRA, *Diritto di famiglia*, Bologna 1946, p. 97.

(6) KASER, *Das römisches Privatrecht*, II, München 1975, p. 166 nt. 38.

(7) Deut. 25.

(8) SEIDL, *Rechtsgeschichte Aegyptens als römischen Provinz*, Sankt Augustin 1973, p. 213 ss. V. anche MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, Leipzig 1891, p. 223 ss., il quale afferma che la concezione secondo cui era nullo il matrimonio non consumato veniva professata dagli Egizi *gestützt auf ihr altes Landesrecht* e si collegava verosimilmente all'antico uso dell'*annus cohabitationis*.

copula carnalis. Secondo l'a., i *certi legum conditores* menzionati da Zenone rinvierebbero appunto agli antichi legislatori egizi.

A noi anche questa opinione sembra assai discutibile e meno di tutto ci convince l'idea che il riferimento ai *certi legum conditores* di cui è parola nella costituzione di Zenone rimandi ad antichi legislatori egizi ⁽⁹⁾.

3. - La prima come la seconda opinione di cui stiamo dando conto ci pare che pecchino un po' di astrattezza poiché non si preoccupano di calare la notizia che ci tramanda Zenone in un più ampio quadro documentale e nel contesto tematico cui appartiene. Contesto che è quello della storia di una proibizione nel diritto romano, e più precisamente della proibizione dei matrimoni tra cognati.

Secondo noi, se si fa questo, si guadagna, anche a proposito dell'*enemplum* egizio, una prospettiva di storia recente, quasi attuale rispetto a Zenone, e non di un passato plurisecolare come assumono le opinioni che stiamo criticando.

Ritorniamo al testo di Zenone. *Quidam Aegyptiorum...* taluni Egizi hanno sposato le vedove vergini dei fratelli..., *arbitrati silicet quod...* poggiandosi su ciò che piacque a certi operatori del diritto (*certi legum conditores*), cioè che il matrimonio era inesistente se non c'era l'unione corporale; e nozze siffatte sono state convalidate.

I *certi legum conditores* sono coloro che, grazie alla loro concezione del matrimonio ⁽¹⁰⁾, hanno favorito l'*exemplum Aegyptiorum* e ne hanno consentito la convalida.

4. - Si veda la successiva costituzione di Zenone ⁽¹¹⁾ ove si fa cenno a *rescripta, pragmaticae, constitutiones* che avrebbero permesso a talune persone in tempo di tirannide di imporre il nome di matrimonio a unioni che sono in realtà dei *contubernia*, come quella con la figlia del fratello o della sorella o con colei che aveva abitato un

⁽⁹⁾ Vedi anche H. J. WOLFF, *rec. a Seidl*, in ZSS 91 (1974), p. 413 e nt. 26.

⁽¹⁰⁾ Questa concezione sembra davvero dirompente alla luce della regola, di applicazione generale anche in età postclassica, per cui *nuptias non concubitus sed consensus facit* (D. 50,17,30; cfr. KASER, *RPR*, 11, cit., p. 169 ss.). Ma alcune tracce dell'opinione contraria, almeno per il periodo precedente, sono sottolineate da CUIACIO, ad CI. 5,5, in *Opera*, IX, cit., col. 669.

⁽¹¹⁾ CI. 5,5,9: ZENO A. SEBASTIANO PP. *Ab incestis nuptiis universi qui nostro reguntur imperio noverint temperandum. nam rescripta quoque omnia vel pragmaticas formas aut constitutiones impias, quae quibusdam personis tyrannidis tempore permiserunt scelesto contubernio matrimonii nomen imponere, ut fratris filiam vel sororis et eam, quae cum fratre quondam nuptiali iure habitaverat, uxorem legitimam turpissimo consorfio liceret amplecti, aut ut alia huiusmodi committerentur, viribus carere decernimus, se dissimulatione culpabili nefanda licentia roboretur.* [a. 476-484].

tempo con il fratello iure *nuptiali*, cioè il nostro caso.

Ci sano state certe persone che, scelleratamente secondo Zenone, hanno convalidato le unioni con la moglie del fratello.

Queste *quaedam personae* non possono essere state che imperatori, legittimi o usurpatori, o alti funzionari con un certo potere normativo.

L'allusione a Basilisco non lascia alcun dubbio ⁽¹²⁾ e lui e il suo entourage hanno sicuramente agito in questo modo.

Ma probabilmente altri prima di lui e forse pure anche dopo Zenone hanno effettivamente autorizzato e convalidato dei matrimoni tra cognati, come è provato da un divertente passo del Libro siro-romano ⁽¹³⁾ il cui archetipo greco, come è noto, risale con ogni probabilità al V secolo.

Il par. 108 ci apprende che il divieto di matrimonio tra cognati era stato introdotto per evitare che le tresche clandestine tra cognati sfociassero in un assassinio del coniuge terzo incomodo, il quale era di ostacolo alle nozze. Ma il par. si chiude affermando che, se in *media re* (cioè nel rapporto tra due cognati) non c'è nè dolo nè malizia, l'uomo può far petizione al re e sposare, con l'autorizzazione di questo, quella che era stata la moglie del fratello.

In questo quadro ci pare difficile disgiungere, nella polemica di Zenone, i certi conditores legum che avrebbero accreditato l'*exemplum Aegyptiorum* dalle *quaedam personae* in tempo di tirannide che avrebbero autorizzato e convalidato unioni scellerate come quelle tra cognati.

Si tratta sicuramente di ignoti operatori giuridici romani appartenenti ad un passato recente. Se così è, diventa impossibile sostenere che i certi conditores legum (i quali avallarono l'*exemplum Aegyptiorum*) siano stati addirittura re pretolemaici.

E questo è senz'altro un dato a favore dell'idea, cioè la nostra idea, che l'*exemplum Aegyptiorum* in discorso (vale a dire, ripetiamolo ancora, la regola per cui si poteva sposare la moglie del fratello premorto se essa si dichiarava ancor vergine) è di origine relativamente recente, probabilmente sorto consuetudinariamente in età tardo-imperiale, favorito dalla debolezza della politica legislativa in materia di divieto di matrimonio tra cognati e dalle oscillazioni dello stesso insegnamento cristiano.

⁽¹²⁾ Cfr. *retro*, nt. 2.

⁽¹³⁾ L. SYRO-ROM. 108 (FIRA, 2, p. 791); trad. **lat.**: *Quod si non est dolus neque malitia in media re, eiusmodi est recta uia agendi: proferet uir petitionem regi et praecepto eius sumet uir uxorem quae fuit antea fratris eius; ita rursus permissu sumet uxorem sororem uxoris suae et per illam σάκραν heredes fient filii eorum patrimonii eorum.*

5. - L'unione tra cognati, sicuramente lecita nella Roma preclassica e classica (14), viene messa fuori legge dagli imperatori cristiani sulla spinta del pensiero patristico e delle deliberazioni conciliari, la più antica delle quali, a quel che sembra, risale al concilio di Elvira del 306 circa (15). Senonché, nell'ambito della stessa chiesa, pesava la tradizione oscillante e a tratti permissiva del vecchio testamento ove, accanto ad esempi di unioni tra cognati, si sanciva, sì, il divieto di matrimonio con la vedova del fratello (16), ma, come abbiamo visto (17), lo si ammetteva se essa non aveva figli; così era vietato il matrimonio con la sorella della moglie ma solo fino a che questa era in vita (18) (con la conseguenza che se il matrimonio si era sciolto per morte della moglie, se ne poteva tranquillamente sposare la sorella).

E proprio su questo caso si innesterà, nel volgere del IV secolo, una rovente polemica tra il vescovo Diodoro di Siria, che ammetteva il matrimonio con la sorella della moglie se questa era morta, e S. Basilio che nella ep. 160 svolgeva quattro argo enti contro questo matrimonio (19).

Con un referente ideologico così incerto, il legislatore imperiale si muove abbastanza tardi, con tendenze alla ripetitività ma anche con evidenti tracce di ripensamento.

La legge più risalente è di Costanzo, emanata a Roma nel 355 e riferita in CTh. 3,12,2 (20): « Sebbene per i veteres fosse lecito, sciolto il precedente matrimonio con morte o divorzio, sposare il fratello o la sorella del coniuge, ora è proibito e i figli sono illegittimi ». Ed è proprio l'anno 355, nel corso del quale fu interdetto, almeno in occidente, il matrimonio fra cognati, che può essere considerato il *terminus post quem* dell'*exemplum* Aegyptiorum e dei *legum conditores* che lo sostenevano.

Viene poi una legge di Teodosio I del 393, contenuta in CI 5,5,5 (21);

(14) YARON, *Duabus sororibus coniunctio*, in *RIDA* 10 (1963), p. 132.

(15) YARON, *op. cit.*, p. 133.

(16) LEV. 20,21.

(17) Cfr. *retro*.

(18) LEV. 18, 18.

(19) BASIL. ep. 160 (Migne, PG 32, col. 622 ss.).

(20) CTh. 3, 12,2: JMPP. CONSTANT(IVS) ET CONSTANS AA. ET IVLIANVS C. AD VOLVSIANVM P(RAEFECTVM) P(RAETORI)O. *Etsi licitum veteres crediderunt nubtiis fratris solufis ducere fratris uxorem, licitum etiam post mortem mulieris aut divortium contrahere cum eiusdem sorore coniugium, abstineant huiusmodi nubtiis universi nec aestiment posse legitimos liberos ex hoc consortio procreari: nam spurios esse convenit qui nascuntur.*

(21) CI. 5,5,5: THEODOSIUS AAA. CYNEGIO PP. *Fratris uxorem ducendi vel duabus sororibus coniungendi penitus licentiam submovemus, nec dissoluto quocumque modo coniugio.*

essa ribadisce di voler togliere la licenza di sposare la sorella della moglie o il fratello del marito, comunque si fosse sciolto il matrimonio, con divorzio e con la morte, prendendo decisamente partito a favore di quella corrente del pensiero ecclesiastico c e era per il divieto assoluto.

Nel 396 Arcadio, in una costituzione riportata in CTh. 3,12,3⁽²²⁾, richiama di nuovo il divieto di matrimonio con la moglie del fratello e accenna al superamento di una altrimenti ignota repressione criminale a favore di sole sanzioni civili: nullità del matrimonio, illegittimità dei figli, perdita della dote, incapacità successorie di vario tipo.

Teodosio II ritorna ancora in argomento con una costituzione del 415 data a Costantinopoli⁽²³⁾, ove dichiara incestuoso il matrimonio con il fratello e la sorella del coniuge, anche se contratto post *mortem* del coniuge stesso. Tutto questo insistere sta a significare che tali matrimoni continuavano ad essere conclusi e a produrre i loro effetti.

Infine vengono le due costituzioni di Zenone già viste, ove l'imperatore lascia nitidamente scorgere la sopravvivenza, nonostante i divieti imperiali, della pratica dei matrimoni tra cognati, o di alcuni particolari tipi di essi, vuoi grazie all'*exemplum Aegyptiorum* vuoi in virtù di una vera e propria legislazione di convalida e di autorizzazione su cui prima abbiamo posto l'accento.

E questo non solo in oriente, zona di origine della maggior parte dei provvedimenti ora visti, ma anche in occidente, se è vero che Onorio ha sposato due sorelle, le figlie di Stilicone, l'una dopo la morte dell'altra⁽²⁴⁾.

6. - E torniamo all'*exemplum Aegyptiorum*. Nel quadro ora tracciato (cioè quello del difficoltoso sorgere ed affermarsi, nell'impero

⁽²²⁾ CTh. 3,12,3 (= CI. 5,5,6): IMPP. ARCAD(IVS) ET HONOR(IVS) AA. EVTYCHIANO P(RAEFECTO) P(RAETORI)O. *Munente circa eos sententia, qui post latam dudum legem quoquomodo absoluti sunt aut puniti, si quis incestis posthac consobrinae suae vel sororis aut fratris filiae uxorisve eius postremo, cuius vetitum damnatumque coniugium est, sese nubitiis funestavit, designato quidem Zege supplicio, hoc est ignium et proscriptionis, careat, proprias etiam, quamdiu vixerit, teneat facultates: sed neque uxorem neque filios ex ea editos habere credatur, nihil prorsus praedictis ne per interpositam quidem personam vel donet superstes vel mortuus derelinquat...*

⁽²³⁾ CTh. 3,12,4: IMPP. HONOR(IVS) ET THEOD(OSIVS) AA. AVRELIANO P(RAEFECTO) P(RAETORI)O II. *Tamquam incestum comrniserit, habeatur, qui post prioris coniugis amissionem sororem eius in matrimonium proprium crediderit sortiendam; pari ac simili ratione etiam, si qua post interitum mariti in germani eius nubitas crediderit adspirandum: illo sine dubio insecuturo, quod ex hoc contubernio nec filii Zegitimi habebuntur nec in sacris patris erunt nec paternam ut sui suscipiant hereditatem.*

⁽²⁴⁾ SEECK, sv. *Honorius*, in RE VIII, 2, col. 2283.

romano cristiano, del divieto di matrimonio tra cognati) meglio si situa il sorgere dell'*exemplum Aegyptiorum*, piuttosto che in età antica pretolemaica, come si sostiene.

A che poteva servire, allora, una regola per cui si consentiva di sposare la moglie del fratello premorto se essa era ancora vergine, quando vigeva indisturbata l'endogamia⁽²⁵⁾ e c'era anche l'uso dei matrimoni tra fratelli⁽²⁶⁾ (e la cognata era tenuta, almeno secondo un'opinione tarda⁽²⁷⁾, come sorella e il cognato come fratello)?

In età romano-cristiana, invece, aveva la sua ragion d'essere, come tentativo di superamento del divieto di matrimonio tra cognati esteso su tutto l'impero e che talune forze pretendevano di applicare radicalmente.

Lo stesso requisito della verginità, come orizzonte culturale di provenienza, redolet *Ecclesia*.

Per concludere, un uso, l'*exemplum Aegyptiorum*, nato nella provincia d'Egitto nell'età degli imperatori cristiani ma che, almeno secondo Zenone, avrebbe travalicato questi confini.

Ennesimo, ma recente, caso di confronto, di incontro-scontro fra *Volksrecht* e *Reichsrecht*.

SOMMARIO

L'*exemplum Aegyptiorum*, secondo cui era consentito sposare la moglie del fratello morto, se essa era ancora vergine, non è una regola pretolemaica ma un uso affermatosi nell'età degli imperatori cristiani, volto a mitigare il nascente divieto di matrimonio tra cognati (Testi principali: CI 5,5,8; 5,5,9; *Lib. Syr. Rom.* 108).

SUMMARY

The *exemplum Aegyptiorum*, according to which it was allowed to marry the dead brother's wife, if she was still virgin, was not a pretolemaic rule but an use which became common practice in the Christian Emperors age, in order to mitigate the rising prohibition of the marriage between brothers-in-law and sisters-in-law (Principal texts: CI 5,5,8; 5,5,9; *Lib. Syr. Rom.* 108).

⁽²⁵⁾ WEISS, *Endogamie und Exogamie im römischen Kaiserreich*, in ZSS 29 (1908), p. 340 ss.

⁽²⁶⁾ Recentemente, MODRZEJEWSKI, *Die Geschwisterehe in der hellenistischen Praxis und nach römischen Recht*, in ZSS 81 (1964), p. 52 ss.; HOPKINS, *Brother-Sister Marriage in Roman Egypt*, in CSSH 20 (1980), p. 303 ss.

⁽²⁷⁾ BASIL. ep. 160,4 (Migne, PG 32, col. 627).

PAOLO CAPPELLINI

Che cosa significa pensare (giuridicamente)?

17. Ciò che riguarda tutti può essere risolto soltanto da tutti.
18. Ogni tentativo del singolo di risolvere per conto suo ciò che riguarda tutti è destinato a fallire.
19. Nel paradosso si rivela la realtà.
20. Chi si trova di fronte al paradosso si espone alla realtà.

F. DÜRRENMATT

«Where is the wisdom we have lost in knowledge?
Where is the knowledge we have lost in information?».

T.S. ELIOT

Pro(apo)logo minimo: ovvero della necessità di un tono apocalittico adottato recentemente in giurisprudenza.

« Arriviamo a capire che cosa significa pensare quando noi stessi pensiamo. Perché un tale tentativo riesca, dobbiamo essere preparati a imparare a pensare. Non appena ci impegniamo in questo imparare, abbiamo già anche confessato che non siamo capaci di pensare ». (M. Heidegger, *Che cosa significa pensare?* Prefazione di G. Vattimo, Milano, 1988, vol. I, p. 37).

Era inevitabile — ed assieme doveroso omaggio — che queste poche righe di sparse riflessioni sullo stato della tecnica giuridica moderna si aprissero nel nome di Heidegger, allo stesso modo di come fin dalla intitolazione si avvertiva sia pur solo un riecheggiare delle sue suggestioni.

Ma è tuttavia — e d'ora innanzi si parlerà del 'giurista' come termine di riferimento — proprio quella confessione il passo più difficile non solo da compiere — il che sarebbe ovvio (come forse altrettanto chiaro è il fatto che si tratta di tenersi fermi, di tener fede fino in fondo a questa interrogazione, cosa significa pensare?, piuttosto che di darvi 'una' risposta definitiva, una volta per tutte) —, ma altresì da immaginare.

Si è ben rilevato, infatti, che « 'Pensiero giuridico' non è una congiunzione molto fortunata... Per un altro verso, chi, vincolato al positivo, lega spregiativamente il termine e la nozione con le sistemazioni dell'idealismo rifiuta quello e questa, tace su quello e su questa, pretendendo col silenzio di esorcizzare una realtà ripugnante. È perciò che, a causa delle sue fondazioni variamente ma sicuramente positivistiche, la riflessione giuridica fino ad oggi preferisce arrestarsi sul terreno più concreto e meno impegnativo della 'scienza giuridica' » (P. Grossi, *Pensiero giuridico. Appunti per una « voce » enciclopedica*, in Quaderni fiorentini per la storia del pensiero *giuridico* moderno, 17, 1988, p. 268). E non per caso tale congiunzione diviene, appunto necessariamente, ancor meno fortunata laddove — sempre meno episodicamente, il che si manifesta quale sintomo di non poco momento — si fa strada quel tono che mi par definibile da 'apocalisse malinconica', o forse, come vuole l'autore medesimo, da « ideologia del realismo » che « non illude; se le cose sono senza speranza, lo dice chiaro e netto ». Ma tono che — in maniera tutta peculiare, però — non ha paura « delle metafore della poesia, se ci aiutano a capire (i filosofi discutono oggi di una 'complessità' del mondo. E ne parlano anche per noi. Il diritto è un'immane e densa complessità, in cui penetriamo a fatica. Gli occhi sono spesso stanchi; e la ragione non riesce a trovare la misura delle cose. Le pietre, rovinando dall'alto, chiudono il sentiero, che avevamo aperto poco prima. E di nuovo è fatica) ». Una poesia invocata tuttavia sì, da un lato, per definire epocalmente (— apocalitticamente) la nostra come l'« età della decodificazione »; eppure, dall'altro, non per criticare o rifiutare i 'valori', nonostante che assai incidentalmente si riconosca che la retorica dei valori è più insidiosa di ogni altra, ma soltanto, per indurre una interrogazione di tenor ben diverso da quella heideggeriana: « Perché non parliamo più semplicemente, di contenuto delle norme giuridiche? non sarebbe un sicuro guadagno di chiarezza e di lealtà? » (N. Irti, *Il ritorno ad Itaca. Dialogo tua giuristi amici*, in *Rassegna di diritto civile*, 4/86, rispettivamente pp. 852, 862, 853).

E allora la 'poesia' diviene suscitatrice di metafore di legittimazione di questa specie di kelsenismo depauperato ad uso — mi duole dirlo (perché segnala una involuzione della giusprivatistica italiana che a me, storico del diritto privato, non può che dispiacere profondamente), ma 'non a caso' — principalmente dei cultori dello ius civile; metafore, tutte, della 'fine' (malinconica certo, e non terribile o catastrofica, vista l'influenza della moda culturale della *finis Austriae* che sembra suggerirle, sulla scorta anche del magistero di uno specialista come Claudio Magris), metafore della fine che culminano nell'odissea del 'non ritorno', « l'odissea nietzscheana e musiliana, un viaggio nel quale il soggetto si getta sempre in avanti, perdendo e buttando continuamente via alle proprie spalle la propria identità diventando ra-

dicalmente un altro rispetto a se stesso, senza mai tornare *a* nessuna *Itaca* » (N. Irti, loc. cit., p. 864, che cita, come accennato, un commiato letterario di C. Magris; sottolineature mie).

Tuttavia — e questo punto va riflettuto assai più di quanto ormai Irti si senta di fare — la rilegittimazione 'debole' (innegabili ci paiono le assonanze tra queste posizioni giuridiche e le tesi della scuola del c.d. 'pensiero debole', da Vattimo in poi) della funzione e della figura del 'legislatore, passa necessariamente per una 'certa' concezione della storicità (e della storia) del diritto: « La storia! Non credo che la storia sia 'risolta nel disegno' come Taddeo Gaddi, fiorentino pittore (per ciò che ne narra la 'Vita' del Vasari). Questo disegno, ce c'è, è ignoto, e destinato a rimanere ignoto; ed è ozioso parlarne. Attenzione, voi, alle insensatezze! La storicità della ricerca è proprio nel vincolo al *particolare*. La scienza giuridica è *filologia delle norme*: stretta alle parole del legislatore, immersa nella esplorazione dei significati. Né ottimistica né pessimistica. Essa non reputa, con il dottor Pangloss, che « tutto è necessariamente volto al fine migliore »; né che questo sia il peggiore dei mondi possibili. Ma sta alle cose, e non le raffronta a modelli o schemi finali. È ottimistica, e gioiosa di sé medesima, quando assolve il proprio ufficio, ed offre alla società del tempo gli utili significati delle norme. Una gioia laica, civile, terrena ». (N. Irti, loc. cit., p. 863, sottolineature mie).

Anche a voler tralasciare la poco resistibile tentazione di saggiare questo testo alla luce di un rapporto, quello tra psicanalisi e diritto, le cui ramificazioni sarebbe ora di sottoporre a più accurate indagini (prendendo lo spunto, magari con maggior sorvegliatezza, dai lavori di un Pierre Legendre, ad esempio); anche, cioè, a non voler calcare troppo la mano sull'arrestarsi della riflessione giuridica del nostro a quel terreno più concreto ma anche 'meno impegnativo' costituito dalla 'scienza giuridica', un arresto che si sostanzia addirittura nella immagine, di nuovo metaforica, di una scienza giuridica così insicura e, perché no?, 'infantile', che ha bisogno di tendere « la pargoletta mano » per tenersi « stretta » (testualmente) al rassicurante Legislatore-Padre, alle sue parole (tuttavia sempre meno a lei rivolte o per lei intelleggibili): anche a tacer di tutto ciò, non sarà possibile sottrarsi ad un ben più rilevante ordine di considerazioni.

L'ordine di considerazioni riguarda in prima istanza proprio il 'tono', quella certa inflessione socialmente codificata per dire tale o tal'altra cosa determinata. La tesi che si vuol a questo punto avanzare è che per questi (e consimili) tipi di approccio che vanno facendosi strada in giurisprudenza, valga completamente la messa in stato d'accusa che Kant — il filosofo (anche del diritto), si noti, che battezzava l'illuminismo come l'uscita dalla minore età, come emancipazione intesa primieramente in senso giuridico — articolava nel lontano 1796 con il suo opuscolo *Von einem neuerdings erhobenen*

Ton in *der Philosophie*, con le sue riflessioni sul 'tono da gran signore', che ci paiono appunto mimabili, trasferibili dall'« in der Philosophie » all'« in der Jurisprudenz ».

La messa sotto accusa riguarda (anche in Kant) un'altezza di tono che non può che restare un'altezza *metaforica* proprio perché non può far astrazione dal suo contenuto. In altre parole queste persone parlano con tono elevato, 'innalzano' la loro voce, ma ciò non lo si dice che per figura ed in relazione precisa a dei segni sociali: (Kant) mette sotto accusa « coloro che, per il tono che assumono e l'aria che si danno al momento di dire certe cose [chi scrive non vuol affatto sottrarsi a questa che ormai suona anche come autoironia] mettono la filosofia [ma leggi: la giurisprudenza] in pericolo di morte e dicono alla filosofia o ai filosofi [alla giurisprudenza o ai giurisperiti (non già, naturalmente, ai tecnici o ai meri 'filologi' del diritto)] l'imminenza della loro fine. L'imminenza qui non importa meno della fine [così che non è decisivo che quest'ultima sia continuamente presente e continuamente rinviata, dall'« eterno non-ritorno » ad Itaca]. La fine è prossima, sembrano dire, il che non esclude che essa abbia già avuto luogo, un po' come nell'Apocalisse di Giovanni l'imminenza della fine o del giudizio finale [ma qui quest'ultimo gioca ancora ben a vantaggio della rivelazione rispetto al 'giuridico' od anche al 'filosofico'] non esclude un certo « sei morto », « vigila! », la cui ingiunzione segue da vicino l'allusione a una « seconda morte » che non aspetterà il vincitore » (J. Derrida, *Di un tono apocalittico adottato di recente in filosofia*, in G. Dalmasso, a cura di, *Di-segno. La Giustizia nel Discorso*, Milano, 1984, pp. 112-113).

Tuttavia ancora maggior rilievo è da attribuire, come acutamente annota Derrida, al fatto che Kant sia sicuro che coloro che parlano con questo tono ne attendono qualche beneficio; non è tanto determinante dornandarsi se si tratti di seduzione od intimidazione, determinare concretamente — cosa pur possibile — quale vantaggio sociale o politico od ancora a chi e come vogliano piacere o far paura; decisivo è piuttosto il fatto che gli interessi, i fini in vista dei quali vogliono arrivare con tali accese e 'sensibili' proclamazioni sulla fine imminente o già avvenuta danno corpo ad una, per usare il linguaggio kantiano, mistagogia escatologica (a maggior ragione se « senza speranza » e senza Dio) che connette l'*eskhaton*, la fine o, a dire assai meglio, l'estremo, il limite, il termine, l'ultimo inteso in quanto ciò che viene in *extremis* a chiudere una storia, una genealogia oppure anche soltanto una serie numerabile, con una 'regolarità' di cui a nostra volta possiamo accertare la 'storicita': ovvero quella degli istanti, sempre appunto 'regolarmente' ricorrenti, nei quali la filosofia (od anche, giusta la nostra tesi, la giurisprudenza) ha perduto, smarrito il suo significato primitivo, *seine erste Bedeutung*, quel significato primitivo che rimandava (per Kant; ma questa è pure la

questione inevitabile per chiunque intenda affrontare in modo serio la problematica della « heutige Lage der Rechtswissenschaft » in Europa) ad un « saper-vivere razionale », ad una saggezza della *vita* che si regoli su di *un* sapere o una scienza (*wissenschaftliche Weisheit*) (J. Derrida, loc. cit., p. 113).

Quanto resta in potere del mistagogo, attraverso le metafore, è invece l'allestimento di una 'scena', è l'inscenare (un dialogo, etc.): « I mistagoghi della modernità, secondo Kant, non ci dicono semplicemente che essi vedono, toccano o sentono. Essi presentano, anticipano, si avvicinano, fiutano, sono gli uomini dell'imminenza e della traccia. Per esempio dicono di presentire il sole e citano Platone [o Nietzsche, o Musil o magari Magris]. Dicono che ogni filosofia degli uomini può mostrare o designare l'aurora, ma che il sole si può solamente presentirlo. Kant ironizza su questo presentimento del sole [o della sua 'assenza'] ... Questi nuovi platonici [oggi forse dovremmo dire 'nuovi nietzschiani'?] non ci danno attraverso il sentimento o il presentimento (*Gefühl*, *Ahnung*) che un sole da teatro (Theatersonne), un lustro insomma. E poi questa gente *abusa delle metafore*, delle espressioni figurate (*bildlichen Ausdrücken*) per *sensibilizzarci*, per renderci *presensibili* a questo presentimento ».. (J. Derrida, loc. cit., p. 122).

È assai probabile, a questo punto, che ciascuno sia in grado di enumerarne molti, di questi 'soli da teatro', nella nostra attuale giurisprudenza: con una dose di causticità un po' eccessiva si potrebbe arrivare, volendo, ad annoverarvi forse anche la c.d. 'neo-esegesi' e con qualche maggiore perplessità l'età della decodificazione; ma un po' più disinvoltamente sia i pretesi 'non-ritorni ad Itaca', sia l'abusato baloccamento con la coppia 'storia e sistema' che in recenti convegni veneziani e fiorentini ha tenuto banco rispettivamente tra i civilisti e tra i romanisti (a scanso di equivoci chi scrive non è certo senza peccato).

La seconda tesi che però qui si vuole avanzare è che il ricorrere alla dimensione della 'scena' e del 'teatro' è costitutivamente inevitabile sin tanto che non si chiariscano almeno due 'livelli di realtà': l'uno riguarda appunto la ripresa del tema del pensiero giuridico come via regia per la diagnosi (anche critica) del reale e l'altro la necessità di una matura rinnovata riflessione su ciò che possa venire a costituire, se del caso, l'elemento (o gli elementi) 'essenziali' (caratterizzanti l'essenza) del diritto (del pensiero giuridico) moderno. In una parola: pensiero giuridico e modernità sono i due poli che andrebbero rimessi in tensione, anche senza poter 'presentire' quale tipo di energia se ne potrebbe sprigionare.

Per restare legati alla modalità del 'tono', nel tentativo di 'indirizzare' il discorso sotto il primo profilo, non abbiamo a far altro che trasformare ciò che, comunque, non può non rimanere allo stato

di 'prologo', in un apologo, che però è anche una, lucianesca, « storia vera » (del cui 'racconto' vogliamo qui ringraziare un caro amico giudice, la dott.ssa Cicognani). Avendo dunque un avvocato, non certamente alle prime armi (lungi da noi il volersi accodare alle lamentazioni sui bei tempi antichi in fatto di perizia tecnico-giuridica), osservato come la prassi del foro nel quale soleva svolgere la sua apprezzata attività, prassi nel caso di specie concernente il procedimento d'interdizione, inducesse il giudice istruttore a far largo uso del potere di interrogare i parenti prossimi dell'interdicendo (art. 419 c.c.: « Non si può pronunziare l'interdizione o l'inabilitazione senza che si sia proceduto all'esame dell'interdicendo o dell'inabilitando. Il giudice può in questo esame farsi assistere da un consulente tecnico. Può anche d'ufficio disporre i mezzi istruttori utili ai fini del giudizio, interrogare i parenti prossimi dell'interdicendo o inabilitando e assumere le necessarie informazioni. Dopo l'esame... etc. ») e avendo inoltre osservato che questi ultimi nella causa in questione assommavano ad un buon numero, ecco che ebbe l'idea — come s'è visto non certo incoraggiata neppure dalla vigente dottrina — di provarsi a 'pensare' come avrebbe potuto aggirare una tale prassi. Il « marchingegno » studiato consistette nel far sottoscrivere a tutti i detti parenti prossimi il ricorso, in modo da rendere implicitamente chiaro, nelle sue intenzioni, al giudice che ciascuno di essi era conscio delle motivazioni del medesimo e da esimere quindi quest'ultimo, almeno tendenzialmente, dal sentirli proprio tutti in sede di istruzione preliminare, e, quindi, dal doverli convocare (art. 714 c.p.c.: « All'udienza, il giudice istruttore, con l'intervento del pubblico ministero, procede all'esame dell'interdicendo o dell'inabilitando, sente il parere delle altre persone citate, interrogandole sulle circostanze che ritiene rilevanti ai fini della decisione e può disporre anche d'ufficio l'assunzione di ulteriori informazioni esercitando tutti i poteri istruttori previsti dall'art. 419 del codice civile »). Al dunque, tuttavia, parl'ando con il giudice del nostro apologo, ebbe ad accorgersi del fallimento della sua 'intenzione': tutti i suddetti, e non lietissimi, certo, 'dovevano' ciononostante comparire. Provatosi a ribadire la bontà del suo 'pensiero' o, perlomeno, a chiedere spiegazioni, si incontrò forse con uno sguardo molto malizioso: ma, e questa volta sicuramente, anche con l'invito a riprendere in mano, sia pur di sfuggita (dato che ad ogni buon conto esso non può più sensatamente ritenersi al 'centro' del 'sistema' giuridico; espressione da intendere in senso ovviamente 'letterale'), il codice, per avvedersi, leggendo e non per interposta persona, di aver in tal modo, alla fine, 'costretto' costoro a comparire tutti quali 'ricorrenti': (art. 713 c.p.c.: « Il presidente ordina la comunicazione del ricorso al pubblico ministero. Quando questi gliene fa richiesta, può con decreto rigettare senz'altro la domanda [Il 1° comma, secondo periodo è

incostituzionale nella parte in cui... etc.; cfr. Corte Cost. del 5/7/68 n. 87], altrimenti nomina il giudice istruttore e fissa *l'udienza* di comparizione davanti a *lui* del ricorrente, *dell'interdicendo* o del-Z'inabilitando e delle altre persone indicate nel ricorso, le cui informazioni ritenga utili. Il ricorso... etc. »).

Alla fine, visto che ogni 'favola' ha una morale, si ebbe — dopo l'ammissione della 'dimenticata' visione — almeno una persona « interdetta » (od anche 'perplessa') ancor prima della conclusione del procedimento.

Altre storie 'vere' si potrebbero addurre — così quella del compito studente con buoni voti sia ad istituzioni di diritto privato che a diritto civile il quale, incidentalmente interrogato ad un esame storico-giuridico su che tipo di definizione avrebbe dato di contratto, educatamente rispose « essere il contratto un'obbligazione »; oppure la vicenda quasi gustosa, se non si fosse svolta sullo sfondo squallido di esami 'per procuratore' spesso veramente 'al di là del bene e del male', di un esaminando — ad onor del vero 'atteso' posatamente da uno studio 'paterno' — che, pur 'imbottito' di commentari, nel 'copiare' per il tema degli articoli di codice riproduceva, senza ovviamente fare una piega, anche le parti e i commi da lunga pezza abrogati, dando prova perlomeno, per parafrasare la James, di 'un gusto per la storia': e forse magistrati, notai ed amministratori pubblici potrebbero aggiungere loro racconti, se solo qualcuno, imitando I. Calvino, si prendesse la briga di raccogliarli per così dire 'dalla viva voce'.

Sarebbe tuttavia ingenuo scorgere in questi 'sintomi' accozzati qui alla meglio degli 'errori' inessenziali, evitabili se soltanto si facesse un po' più di leale 'filologia delle norme' (certamente irrinunciabile, ma nessuna regola logica ci dice che oggi quanto è necessario diventi *ipso facto* anche sufficiente), oppure sognare impossibili ritorni ad una fantomatica età dell'oro del tecnicismo giuridico.

Se ha un senso con Heidegger parlare dell'« oblio dell'Essere » come dimensione inerente allo sviluppo storico della metafisica occidentale, forse allo stesso modo bisognerà riflettere sull'essenza « nascosta » della tecnica giuridica moderna e sulla 'dimenticanza' che storicamente la costituisce.

Il « guadagno di chiarezza e di lealtà » a cui abbiamo sentito far riferimento si iscrive allora tutto nel quadro di quella *Gesunde Vernunft* dell'illuminismo più debole e cadrà perciò sotto il verdetto di quell'acuta osservazione, secondo la quale « il sano intelletto umano che si 'cita' spesso e prontamente in appoggio a tali tentativi non è così sano e naturale come vorrebbe sembrare. Prima di tutto non è così assoluto come si presenta; è piuttosto il piatto prodotto di quella modalità della 'rappresentazione' che giunse a maturazione alla fine dell'illuminismo, nel secolo diciottesimo. Il sano intelletto

umano rimane modellato secondo una determinata concezione di ciò che è, di ciò che deve essere e di ciò che può essere [sottolineatura mia]. La potenza di questo strano intelletto si estende sino alla nostra epoca; ma ora non basta più » (M. Heidegger, op. cit., p. 125).

Come accenneremo più avanti, è possibile mostrare che storicamente il pensiero giuridico moderno (non diversamente dal pensiero politico, del resto) va a svilupparsi in uno spazio segnato da un'ignoranza fondamentale, a partire dalla quale è 'spiegabile' il processo di soggettivizzazione che lo caratterizza (cfr. anche P. Cappellini, *La Letteratura giuridica e il Bene. Contributo per una decostruzione della modernità 'pura'*, in *Filosofia Politica*, 4, 1988, p. 125 ss.). Soltanto come propaggini di un simile percorso si possono allora inquadrare molti dei fenomeni indicati.

Non ultimo quello concretamente 'positivo' che già fin dal 1962 non era sfuggito alla impavida analisi di Felice Balbo; sono le condizioni empiriche che l'attuale economia sociale richiede (o sembra richiedere) che rendono il lavoro filosofico (e non va a questo punto dimenticato come storicamente fin quasi alle soglie del secolo scorso, per quel che riguarda il continente, la giurisprudenza fu ritenuta far parte a pieno titolo della *philosophia practica*) e poi, contemporaneamente, quello giuridico, puramente 'riproduttivo' del personale delle rispettive strutture burocratiche (sia statali che di mercato) e quanto Balbo afferma in relazione al primo, mi par valga vieppiù, mutatis mutandis, per il secondo: « Forse la prima cosa che balza agli occhi non appena ci si ponga a considerare le condizioni empiriche, concrete del lavoro filosofico, in senso propriamente tecnico, è che esso, in ultima analisi, non è richiesto dall'attuale economia sociale [non molto dissimile dovrebbe essere oggi la valutazione di buona parte dell'«educazione giuridica» universitaria così com'essa risulta dalla doppia ma convergente riduzione operata, paradossalmente per motivi 'pratici', da molti dei docenti e allievi] se non per preparare degli insegnanti e fornire a questi i servizi necessari. Il lavoro filosofico confluisce cioè sempre di più nei canali precostituiti delle strutture scolastiche, allo scopo, in fondo unico socialmente, di riprodurre il personale filosofico di tali strutture ...Le varie tendenze filosofiche che sono tuttora vive e importanti e che fanno capo a pensatori di rilievo viventi o a determinati grandi sistemi di storia della filosofia sono condizionate notevolmente, e nonostante molte apparenze, da tale tipo di domanda » (F. Balbo, Osservazioni sulle condizioni empiriche del lavoro filosofico, appendice a *le Idee per una filosofia dello sviluppo umano*, 1962, in Id., *Opere 1945-1964*, Torino, 1966, p. 524, cit. secondo P. Ungari, Felice Balbo e l'uso pratico della ragione, in *Rivista di sociologia*, Anno V, n. 12, 1967, p. 103; sottolineatura mia).

Col che abbiamo finalmente toccato un tema decisivo anche sotto

il profilo del pensare giuridicamente.

Non si deve credere, infatti, che alla burocratizzazione esterna, alla finalità riproduttiva del personale, non faccia riscontro a sua volta una sostanziale modifica dell'attitudine di pensiero; proprio questo aspetto ci è stato appena sottolineato dalle parole di Balbo e si tratta ora di meglio comprenderlo nella sua specificità.

Ricordiamo ancora, preliminarmente, alcune affermazioni sopra riportate, facendo attenzione alle anche minime 'inflexioni': «...[La scienza giuridica come filologia delle norme] È ottimistica [N.B.: in precedenza s'era detto ch'essa non era né ottimistica né pessimistica, ma vi è una certa forma di razionale 'contrappasso' che svela il vero atteggiamento dinanzi all'opposizione' linguistica per coppie], e gioiosa di sé medesima, quando assolve il proprio ufficio, ed offre alla società del tempo gli utili significati delle norme. Una gioia laica, etc. ».

Orbene, visto che sempre il linguaggio ci 'tradisce' e 'ci' parla, assai meglio di quanto noi non siamo capaci di fare con lui, abbiamo qui un esempio che vorremmo dire eclatante — implicitamente, ciò che forse non significa involontariamente — di quello che è stato una volta ben denominato « pensiero amministrativo »: « Spesso le decisioni di un'amministrazione si riducono al sì e al no davanti a progetti già preparati; il pensiero amministrativo è divenuto tacitamente il modello cui aspira anche un pensiero presuntamente libero. È compito del pensiero filosofico, nelle sue situazioni essenziali, non stare a questo gioco » (T.W. Adorno, *Dialettica negativa*, Torino, 1970, p.29). Ma per 'reagire' a questo gioco, nel senso che già Aristotele dava al greco *tò antipráttein* (Cfr. A. Plebe, *Filosofia della reazione*, Milano, 1971, pp. 72 ss.) va appunto 'smontata' la pretesa — implicita nella gioia 'laica', 'terrena' (tesa cioè a costruire *dicotomie*, o ad accettarle acriticamente dalla tradizione) del trascinare solo significati 'utili' — che sia lecito o, peggio ancora, consigliabile accettare solo di conoscere quel tanto che serve all'azione; e ciò può essere fatto nel mostrare come tale pretesa che il conoscere debba sempre avere un risultato pratico si rovescia paradossalmente nell'impedire proprio l'operazione che il giurista di Irti dovrebbe principalmente portare a compimento, ovvero offrire alla società, che tutto punta sulla sua attualità, pur tuttavia dei 'significati': questa prospettiva, come ad altro proposito ha ben visto Lacan, conduce infatti soltanto a consacrare conoscenze apparenti, conoscenze che, appunto, si fermano ai significanti senza poter 'raggiungere' i significati. L'unico 'significato' che realmente può essere offerto è allora — ma forse proprio qui il nostro voleva condurci, o perlomeno ce ne resta più di un fondato sospetto, tenuto conto della sua innegabile abilità ed acume intellettuale — quello di costruire la scienza giuridica come mero 'elemento' della politica, se-

condo una 'macchina' concettuale produttrice di regolarità già 'decostruite' dalle illuminanti — queste sì — analisi di Adorno (che non sia più di 'moda'? ingenuità imperdonabile di una provocazione): « L'esigenza dell'unità di teoria e prassi ha irresistibilmente degradato quella a serva, ha tolto ad essa quello che avrebbe potuto fornire tale unità. Il visto pratico richiesto ad ogni teoria diviene un timbro di censura. Ma con la sconfitta della teoria nel famoso rapporto teoria-prassi, la prassi è diventata priva di concetto, è *diventata* un elemento della politica, dalla quale doveva far evadere, è rimasta abbandonata al potere » (T.W. Adorno, op. cit., p. 128).

Il pensiero 'amministrativo' — cosa assai ben visibile nella sua versione moderna e giuridicizzata — si basa essenzialmente su di un preciso statuto logico, che viene alla bisogna 'fossilizzato' (norma-fatto; atto giuridico - fatto giuridico; *Sein-Sollen*; *Recht-Unrecht*, etc. etc.): è lo statuto che i logici chiamano della « logica a due valori ». Una linea direttrice per un suo superamento potrebbe essere 'sintomaticamente' rappresentata dalla sussistenza di sforzi tesi a costruire anche per il linguaggio giuridico una 'logica a tre valori' o, latamente, non-aristotelica (cfr. A. Plebe, op. cit., p. 69 e soprattutto G. Bachelard, *La filosofia del non*, 1940, Catania, 1978, pp. 101 ss.).

Ciò è però problematico se, prima o contestualmente, non si individua la connessione di un simile atteggiamento logico, la solidarietà 'forte' che si è storicamente data tra questa dimensione, per dir così, 'strutturale' e lo sfondo sul quale ormai tutte indifferentemente le scienze sociali si trovano ad operare, quello « di una comune logica utilitaristica. Questa costituisce il solo modello esplicativo immediatamente evidente di cui dispone la modernità per comprendere il mondo e sè stessa » (A. Caillé, *Mitologia delle scienze sociali*. Braudel, Lévi-Strauss, Bourdieu, Torino, 1988, p. 19).

Ripensare in profondità questa connessione vuol dire allora configurare una critica dell'utilitarismo che sfoci nella ricerca di un sapere (anche giuridico) liberato dalle diverse specie di ossessioni di una (ed 'unica') logittirmità scientifica, nella direzione, appunto già indicata da Kant come dirimente, di un « saper-vivere razionale » che si regoli su di una saggezza e/o una scienza.

Ovviamente « prima di affrontare il compito pericoloso di pensare giusto nell'affermazione, forse non sarà inutile riconoscere i molti modi di pensare sbagliato » (A. Caillé, op. cit., p. 10).

L'aspetto 'errato' dell'uso moderno della logica a due valori si rivelerà in tal senso quello della sua estremizzazione, che la trasvaluta in un dispositivo tale da rendere possibile la messa in opera, in tutti i grandi discorsi moderni dell'Occidente — paradigmatico il caso del diritto naturale moderno che, non essendo più in grado di 'scoprire' nell'*ordo* creato una regola comune di giudizio, è attraversato dalla

cesura tra fatto e diritto, sviluppando così quest'ultimo secondo un ordine a lui proprio, che non può esser conformato sulle cose, dal momento che 'deve' fornire le categorie atte a giudicarle (cfr. F. Ewald, *L'Etat providence*, Paris, 1986, p. 575) —, di un identico modo di pensare il mondo « suddividendolo in ordini o sfere considerate impenetrabili... ciò che rende possibili, anzi obbligatorie, tali suddivisioni, garanti immaginarie dell'intelligibilità razionale, è l'uso di quella che abbiamo chiamato la *figura* della dicotomia. Dicotomia per cui bisogna intendere qualcosa di ben più radicale e deciso della semplice opposizione binaria. Quest'ultima distingue ma non afferma l'assoluta eterogeneità, *l'impenetrabilità* dei termini opposti ... Probabilmente, ogni pensiero funziona secondo l'opposizione distintiva binaria; a quanto pare, soltanto il pensiero occidentale funziona prevalentemente secondo la dicotomia. Quest'ultima non è consustanziale alla ragione umana in generale, ma a quella rappresentazione [cfr. Heidegger, cit. *supra*, p. 51] particolare della ragione propria del razionalismo occidentale » (A. Caillé, op. cit., p. 10).

Ciò ripropone immediatamente, da un lato, il ruolo consustanziale — e non meramente 'ausiliario' per il diritto positivo, come vorrebbe, ad esempio, Carbonnier (cfr. P. Grossi, art. cit., p. 268) — della meditazione storica, dato che non si tratta soltanto di rilevare come tutto il pensiero medievale e numerosi pensatori dal Rinascimento ad oggi abbiano teso ad un al di là del razionalismo dicotomico, ma altresì di concretizzare queste dimensioni di un disegno significativo, che, appunto, 'situi' il particolare e non si limiti a registrarlo, legittimando la dominanza 'amministrativa'.

Dall'altro — posto che è vero che il « tempo verbale in cui si coniuga l'istinto di morte è il futuro anteriore, cioè il sacrificio della reale vita presente in vista di un futuro immaginario » (A. Plebe, op. cit., p. 107), ma altresì che senza l'«autentico futuro» (*ibid.*), in una con un autentico passato, « la realtà non è più reale », com'ebbe isticamente a dire Norman Mailer — per la dogmatica giuridica si propone il compito arduo di ripensare la sua collocazione nel processo storico che ha condotto dalla *doctrina* (iuris) medievale alla moderna scientia (iuris), a partire forse ancora dalle pur incompiute acquisizioni che muovevano un autore da noi già incontrato: « Il futuro è così, tramite il trascendimento filosofico, la vera grande *res nullius* [e sottolineiamo pure, adesso, questo termine 'tecnico'-giuridico] che attende di essere occupata dall'uomo... Oggi, nell'epoca dell'elettronica, dell'energia nucleare e della navigazione degli spazi cosmici, essa è anche materialmente proporzionata all'uomo e perentoria... In tale quadro si può capire come l'approccio metafisico all'uomo consenta di concepire una prenoscenza del futuro umano specifico: ossia la conoscenza di ciò che l'uomo potrà essere se vorrà essere... del suo essere possibile » (F. Balbo, *Idee*, cit., p. 514 e p. 445, in P. Ungari,

art. cit., p. 104 e 109; interessanti seppur assai discutibili sviluppi di tali temi in F. Rodano, *Lezioni di storia « possibile »*, Genova, 1986. La tematica dell'essere possibile è anche determinante per la riflessione derridiana, seppur in tutt'altro contesto).

r

'Finale prestissimo': epilogo in forma d'inizio ovvero della tecnica giuridica moderna come risultanza (storica) *dell'inverarsi* dello 'storicismo assoluto'.

Si potrà certo con qualche ragione sostenere che proporre una dogmatica del di itto basata su di una metafisica dell'essere possibile suoni indicazione alquanto vaga, rispetto alla concretezza, seppur 'inscenata', del normativismo 'debole' di scuola irtiana. Non si potrà però affermare che tale proposta trascuri l'esigenza decisiva del superamento delle dicotomizzazioni, tenendo fede almeno ad un postulato di coesione interna, in concordanza, del resto, con assunzioni tra le più lucide assunte in campo logico: « Una delle fonti principali della nostra incomprensione è il fatto che non vediamo chiaramente l'uso delle nostre parole — La nostra grammatica manca di perspicuità — La rappresentazione perspicua rende possibile la comprensione, che consiste appunto nel fatto che noi « vediamo connessioni ». Di qui l'importanza del trovare e dell'inventare membri intermedi » (L. Wittgenstein, *Ricerche filosofiche*, 1953, Torino, 1974, p. 69).

In realtà il primo punto di forza di una scelta eventuale nella direzione soltanto poveramente accennata per difetto di chi scrive sarebbe rappresentato da una netta 'rivalorizzazione' non del ruolo dell'intera, indifferenziata, 'scienza' giuridica, ma di quanto invece un tempo si definiva dottrina, disputando poi della collocabilità della medesima nel quadro delle fonti del diritto (quadro concettuale invero troppo arcaico) (cfr. F. Degni, *Interpretazione della legge*. Con prefazione di B. Brugi, Napoli, 1909, pp. 145 ss.). Ma di ciò altra volta, se mi sarà possibile.

In seconda istanza il suo potenziale critico, implicito nel 'rifiuto' (meglio detto, nella 'ricollocazione' nel loro particolare ambito) dei parametri addotti da Irti per caratterizzare il suo 'ottimismo normativista' da « ufficio assolto ».

Potenziale critico rispetto alle 'critiche' appunto di stampo normativista, che si rinvengono ovviamente anche in Italia assai per tempo, e spesso meriterebbero una più che episodica collazione con le tematiche dei 'modernisti': « Bisogna non scordare la differenza fra l'uomo economico concreto — l'uomo qualunque [sic] — osservato mentre svolge una attività economica e l'economista come scienziato. Il primo pone la realtà economica, l'altro studia questa realtà. Così l'uomo economico considera l'argento, nelle sue caratteristiche e

qualità, in quanto queste caratteristiche e qualità soddisfano certi suoi bisogni... L'uomo economico considera le qualità e le caratteristiche del bene in concreto, volta per volta; lo scienziato generalizza sulla base dell'indagine della realtà che forma oggetto della sua conoscenza. Diversamente è posto e un distinto significato presenta il dato di conoscenza della *scienza giuridica*; il quale consta non già della concreta attività pratica — *lato sensu* — economica — bensì delle norme giuridiche, le quali valgono e devono essere considerate esclusivamente in astratto. L'uomo economico in concreto, nella sua vita di tutti i giorni, pone la regola alla propria condotta in funzione del proprio interesse [«... le quattro divinità di cui assicurano il culto: l'interesse, l'individuo, la ragione e l'evoluzione»; A. Caillé, *op. cit.*, p. 9] ...in particolare il suo interesse è condizionato dalle qualità dei beni che possono soddisfare il suo bisogno. L'interesse economico è relativo proprio a queste qualità. Un pezzo di pane è un bene in quanto è gradito al palato e poi anche, in rapporto ad un bisogno che si consideri concretamente; quindi anche nella sua intensità, in quanto vi sia una quantità sufficiente a sfamare. *Il legislatore* — a questo volevamo giungere [spaziatura mia] — *considera altre qualità delle cose* e le assume — beninteso in astratto — dal proprio punto di vista. Questo significa che «mobilità», «fungibilità», «consumabilità» sono *qualità* delle cose, la cui nozione non deve [spaziatura mia] essere ricavata da punti di vista diversi da quello da cui si è posto il legislatore. Il legislatore stesso per lo più fissa — ai suoi fini — qual è il significato che intende attribuire a quelle qualità delle cose «(C. Maiorca, *La cosa in senso giuridico. Contributo alla critica di un dogma*, Torino, 1937, pp. 32-33).

Tra ingenuità (spesso simpatiche) ed assunzioni metafisiche in questi testi il pensiero della dicotomia emerge con rara efficacia e risottolinea l'effetto di 'riduzione' del giuridico a 'elemento' di un tutto (di cui adesso emerge il lato economico); più si sottolinea l'autonomia della dimensione normativa e più essa appare 'slegata' dalla 'realtà': con Planiol si può persino osservare che «il diritto non deve occuparsi delle cose materiali *che per classificarle* [sottolineatura di Maiorca] ». Ma è giunto il momento di tener fede al richiamo musicale. E prestamente mi avvio a formulare quasi in forma di tesi la provvisoria conclusione (il 'fermo' inizio di qualche altra cosa).

Abbiamo già accennato al fatto che per sostenere le sue posizioni Irti ha *assoluto* bisogno di quella certa visione della storia che gli abbiamo sentito enunciare. Il fulcro del «vincolo al particolare» che costituirebbe la storicità della ricerca e la scienza come filologia — con il conseguente, logico, annullamento dell'autonomia della storia del diritto come che intesa — ci pare rappresentato dalle pa-

role « società del tempo », che poco più innanzi ricorrono. Dispiegato storicamente, questo atteggiamento rinvia al momento epocale di fine Ottocento, quando si inaugura una radicale e rinnovata riflessione su alcuni elementi decisivi dell'esperienza morale dell'Occidente e quindi del luogo che in essa spetta all'individuo e ai suoi registri temporali — avvenire, caso, fortuna, provvidenza, fatalità —, alla sua relazione con l'ordine o il disordine della natura, del mondo e della società e di conseguenza anche con l'esistenza del 'male' e la 'responsabilità' ch'esso impone. Fino a quel momento la risposta — anche da parte dei giuristi — era stata consapevolmente ricercata in un 'altrove', nella conoscenza di Dio: la prospettiva che adesso si apre è invece quella di ricercarla soltanto nell'attualità del rapporto sociale o politico (cfr. P. Cappellini, art. cit., p. 113).

Questa soluzione naturalmente si rivela praticabile in forza del suo referente culturale: è non a caso l'epoca della fioritura delle cosiddette « filosofie dell'azione » (Bergson, Blondel, Simmel, Sorel, Gentile). La concezione della storia perde allora comunque il carattere 'tragico' che si è fatto più di recente strada, ad esempio, in un Queneau (« La storia è la scienza dell'infelicità degli uomini »; « La storia non permette di prevedere, di agire, di modificare gli avvenimenti. Essa non è una scienza. Resta allo stadio qualitativo, di alchimia, di astrologia. È un semplice racconto, accompagnato da giudizi qualitativi e da una ricerca cieca delle cause. È una scienza confusa. È solo per un'estensione illegittima della parola 'scienza' che si può dire che ne è una »: e tuttavia — al contrario che in Irti — « Può diventarne una [scienza]? Sì ». R. Queneau, *Una storia modello*, 1966, Torino, 1988, pp. 5-7).

La nostra tesi suona allora: vi è senz'altro un'omogeneità strutturale, se non anche una immediata derivazione 'genealogica', tra le posizioni sostenute odiernamente dai laudatori del recupero di una buona (e sostanzialmente astorica) tecnica giuridica, latamente definita 'esegetica delle norme' (apologetica della pretesa razionalità dei micro-sistemi) e la realizzazione logica e storica delle posizioni dell'«azionismo» filosofico, la cui versione più corrente e più rigorosa è stata da noi incarnata dall'attualismo gentiliano. Di conseguenza (piaccia o meno) è da lì che bisogna ripartire, per estendere all'oggi la feconda linea di ricerca sulla 'filosofia dei giuristi italiani' inaugurata con tanta lucidità da Caiani.

Al di là della 'brutalità' dell'asserto, si propone a mo' di paradossale conclusione la lettura (o il disseppellimento) del seguente passo: « Chi intenda pertanto questo rapporto della morale col diritto, si rende conto della profonda differenza e dell'intrinseca connessione che c'è tra politica e diritto. La politica, creando la realtà politica, crea quell'elemento [sottolineatura mia] di questa realtà, che è il diritto. La storia del diritto di un popolo è nella storia della *sua* vita

politica, come la parte è nel tutto. Il diritto per sè solo è un che di meccanico, che si fissa in formule che sono quello che sono, e non sono suscettibili di alcuno svolgimento e variazioni. La fissità e invariabilità è il carattere stesso essenziale del diritto. E se esso potesse estraniarsi e segregarsi dal processo della vita politica, rimarrebbe in una immobilità assoluta, condannato alla morte. Il diritto invece vive variando e rinnovandosi di continuo, *in quanto si risolve nella vita concreta dello spirito, che è volontà morale, è cioè politica* [sottolineature mie] (G. Gentile, *I Fondamenti della filosofia del diritto*, 1937, Firenze, 1987, VIII. *La Politica*, 11. - *La storia del diritto*, p. 130).

Non mi soffermo in questa sede più oltre sulle analogie dei vari 'riassorbimenti' del diritto inteso quale 'elemento del politico; soltanto, mi sovviene ora una caustica affermazione di un personaggio del grande scrittore americano Nathanael West (l'autore del *Giorno della locusta*, per intendersi) che suona presso a poco così: a coloro che chiedono pane l'esperienza, nel corso dei tempi, ha mostrato che la Chiesa offre gallette e lo Stato consiglia di mangiare brioches.

Se è, quindi, vero, per dirla con il Dürrenmatt dell' 'antiporta', che la vera filosofia dei nostri tempi è la fisica, varrà forse la pena che i giuristi riprovino un po' a mangiare gallette, invece di sognare brioches; detto altrimenti, che siano un pochettino più pronti a riconoscere, come appunto fece Niels Bohr, che le difficoltà da loro [dai fisici] incontrate non erano troppo diverse da quelle incontrate dai profeti quando avevano cercato di « descrivere la natura di Dio sulla base dei concetti umani ». E se i profeti non hanno smesso di parlare di Dio solo perché le loro rappresentazioni dell'ente supremo erano inadeguate, creandone invece via via di nuove, elaborando via via una rete di concetti sempre più pregnanti pur nella loro astrattezza, forse sarà il caso anche per noi — invece di prendere per nuovissimi giocattoli ormai archeologici — di far tesoro del detto di Quine: « Più di una volta la scoperta di un paradosso è stata l'occasione per una sostanziale ricostruzione dei fondamenti del pensiero » (cfr. S. Petrucoli, *Atomi metafore e paradossi. Niels Bohr e la costruzione di una nuova fisica*, Roma-Napoli, 1988). Di paradossi il mondo del diritto è pieno: e di pensiero? (*)

(*) In questo che è un momento di dolore, vorrei con profonda commozione apporre una dedica alla memoria di due persone appena scomparse che mi hanno aiutato ad intradarmi sul duro cammino del pensiero: Giovanni Musso, mio professore di italiano e latino al Liceo Dante di Firenze e Riccardo Orestano. A loro, come amici, un saluto che non è l'ultimo ed è dal profondo del cuore.

WANDA FORMIGONI CANDINI

In margine al divieto di torturare gli schiavi in caput domini

I

1. Uno sguardo alle testimonianze in nostro possesso sull'uso della tortura nell'età preclassica ⁽¹⁾ consente di affermare con sufficiente sicurezza che essa era praticata essenzialmente nei confronti degli schiavi ⁽²⁾ e che l'unico limite era rappresentato dal divieto di sottoporli a *tormenta* per raccogliere prove da utilizzare contro il *dominus* ⁽³⁾.

È difficile stabilire quando tale divieto si sia affermato; Cicerone lo fa risalire ai *mores maiorum* ⁽⁴⁾; Tacito, nel narrare la tormentata vicenda di Libone, ne attribuisce invece la paternità ad un vecchio senatoconsulto ⁽⁵⁾. Di certo l'origine del divieto di torturare lo schiavo

(1) In linea di massima, alla tortura si poteva ricorrere sia per aggravare il supplizio del condannato a morte, sia per ottenere una prova. Le testimonianze più risalenti sul come si praticasse la tortura le troviamo in PLAUT. *Curc.* 227; 687, e in CIC. *Deiot.* 3; *Mil.* 57. In CIC. *de orat.* 2.116 c'è anche la distinzione fra *probationes artificiales* e *inartificiales* e la collocazione dei tormenti proprio tra queste ultime quae non excogitantur ab oratore, sed in re positae ratione tractantur. Per tutti LAFAYE, sv. *tormentum*, in *DS*, V, pag. 362 ss.; EHRHARDT, sv. *tormenta*, in *RE*, IV, A2, col. 1775 ss.

(2) V., fra gli altri, MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, pagg. 416, 432; BUCKLAND, *The roman Law of Slavery*, Cambridge, 1908, pagg. 87, 89, 91; BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli, 1937, pag. 256 e sv. Istruzione del processo (nel diritto romano), in *ED*, 13, Milano, 1973, pag. 136 ss.; EHRHARDT, sv. *tormenta*, cit., col. 1785 ss.; WALDSTEIN, sv. *quaestio*, in *RE*, XXIV, 1, coll. 786-787.

(3) Per tutti MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., pag. 414; BUCKLAND, *The roman Law of Slavery*, cit., pag. 89 ss.; DE MARINI AVONZO, *La funzione giurisdizionale del senato romano*, Milano, 1957, pag. 115; da ultima ROBINSON, *Slaves and the criminal Law*, in *ZSS*, 98, 1981, pag. 237.

(4) CIC. *Deiot.* 3: *Nam cum more maiorum de servo in dominum ne tormentis quidem quaeri liceat ...* E ciò perché *in dominos quaeri de servis iniquum est*. (CIC. *S. Rosc.* 120).

(5) TAC. *ann.* 2.30,3: *Negante reo adgnoscentes servos per tormenta interro-*

in caput domini è molto risalente.

Successivamente è stato accolto con favore dall'ordinamento, come ci confermano

P.S. 5.16.5: Servi in caput domini neque a praeside, neque a procuratore, neque in pecuniariis, quam in capitalibus causis interrogari possunt. ⁽⁶⁾;

oppure numerosi passi giurisprudenziali, o costituzioni imperiali, riportati nella compilazione giustiniana, fra i quali, per certi aspetti, emblematico è

D.48.18.1.16 (Ulp. 8 off. proc.): Item Severus Spicio Antigono ita rescripsit: « cum quaestio de servis contra dominos neque haberi debeat neque, si facta sit, dicturi sententiam consilium instruat: multo minus indicia servorum contra dominos admittenda sunt. » ⁽⁷⁾

2. Questo divieto di torturare gli schiavi *in caput domini* ha conosciuto nel corso del tempo delle eccezioni. Fermiamo la nostra attenzione sulla seguente costituzione emanata dagli imperatori Severo e Antonino o dal solo Severo ⁽⁸⁾,

C.9.41.1. pr. (Impp. Severus et Antoninus AA. Spicio Antigono): Quaestionem de servis contra dominos haberi non oportet: exceptis adulterii criminibus, item fraudati census accusationibus et crimine maiestatis, quod ad salutem principis pertinet.

gari placuit; et quia vetere senatus consulto quaestio in caput domini prohibebatur ...

⁽⁶⁾ Poco più avanti si afferma ancora (P.S. 5.16.8-8b = D. 48.18.18.6-8): *Servus in caput eius domini, a quo distractus est cuique aliquando servivit, in memoriam prioris dominii interrogari non potest. (8a) Servus nec si a domino ad tormenta offeratur, interrogandus est, (8b) Sane quotiens quaeritur, an servi in caput domini interrogandi sint, prius de eorum dominio oportet inquire. E in P.S. 1.123 leggiamo: In caput domini patronive nec servus nec libertus interrogari potest.*

⁽⁷⁾ Tralasciamo la problematica storica che presenta questa citazione del rescritto di Severo rispetto alla formulazione contenuta in C.9.41.1 pr. riportata nel testo. Altre fonti, in sede *materiae*, sono: D.48.18.1 pr.; 3; 8; 13 (Ulp. 8 off. proc.); D. 48.18.3 (Ulp. 50 ad ed.); D.48.18.188 (Paul. 5 Sent.). Tuttavia, per un quadro più esaustivo, v. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., pag. 414 e nt. 4; EHRHARDT, *sv. tormenta*, cit., col. 1789.

⁽⁸⁾ GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, 1, 1963, Milano, pag. 176. Cfr. nt. precedente.

I tre casi in cui, nel volgere del II sec. d.C., era certamente consentito torturare gli schiavi contro il padrone sono, dunque, i *crimina adulterii*, le *accusationes* fraudati census ed il *crimen maiestatis* ⁽⁹⁾.

Il carattere esaustivo o meno di questa prospettazione tripartita, l'esatto contenuto e le vicende storiche di ciascuna deroga costituiscono altrettanti temi di discussione su cui non desideriamo prendere posizione in questa sede ⁽¹⁰⁾.

Intendiamo, invece, soffermarci soltanto su una di queste eccezioni, i *crimina adulterii*, per evidenziarne qualche profilo che finora ci sembra rimasto in ombra.

3. Sappiamo con certezza che in età preclassica una deroga, forse la più antica, al divieto di torturare gli schiavi contro i padroni si aveva in materia di incesto; vale a dire che, per reprimere tale crimine, si potevano mettere alla tortura gli schiavi al fine di acquisire elementi di prova a carico dei domini. Ci limitiamo per ora a vedere

Cic. Mil. 59: ...de servis nulla lege quaestio est in dominum nisi de incestu, ut fuit in Clodium ..

Cic. part. 118: ...qui cum in dominos de servis quaeri noluisent, tamen de incestu et de coniuratione, quae facta me consule est, quaerendum putaverunt. ⁽¹¹⁾

Ebbene, da certe fonti giurisprudenziali di età classica, apprendiamo, invece, che in caso di incesto non era più consentita la tortura degli schiavi contro i padroni; si legga

⁽⁹⁾ Ma il provvedimento di Severo prosegue in termini tali da dare l'impressione che si sia voluta una ben maggiore estensione delle eccezioni rispetto a quella contenuta nel *principium*; v., infatti, C.941.1.1: *In caeteris autem, quamquam ea, quae servus contra dominum dixit, iudicaturi sententiam formare non debeant, tamen si aliis quoque probationibus fides veritatis investigetur, praescriptionis invidia evanescit. In pecuniariis vero causis nec inopia probationum servos contra dominum interrogari posse manifestum est.* Secondo MOMMSEN, *Romisches Strafrecht*, cit., pag. 414, nt. 4, con queste parole Severo avrebbe scalzato alle radici il divieto della *quaestio* del servo in *caput domini*.

⁽¹⁰⁾ È da segnalare al riguardo il punto di vista di MOMMSEN, *Romisches Strafrecht*, cit., pag. 414 e s., secondo cui, solo con la costituzione di Settimio Severo, si sarebbero formalmente introdotte le eccezioni alla regola che vietava la *quaestio in caput domini* limitatamente ai tre *crimina* sopra indicati (ma per una più ampia portata dello stesso provvedimento v. nt. 9); per l'età precedente tale regola sarebbe stata aggirata nella prassi (cfr. D.48.5.28.11-14 *Ulp.* 3 *de ad.*). Più sfumata l'opinione di EHRHARDT, sv. *tormenta*, cit., col. 1790, secondo cui con C.941.1 il numero delle eccezioni al divieto di torturare lo schiavo in *caput domini* aumentano soltanto.

⁽¹¹⁾ Per altre testimonianze cfr. *infra*.

D.48.18.4 (Ulp. 3 disput.): In incesto, ut Papinianus respondit et est rescriptum, servorum tormenta cessant, quia et lex Iulia cessat de adulteriis. ⁽¹²⁾

Come mai? Questo è il primo interrogativo a cui cercheremo di dare risposta.

4. Il punto di partenza è la nozione di incesto a cui riferire la possibilità di sottoporre a *quaestio* i servi *in caput domini* in età preclassica.

Le testimonianze di intonazione **generale** più eloquenti sono senz'altro quelle di Cicerone citate sopra. In particolar modo la prima, relativa al processo contro Clodio accusato di incesto per aver profanato con intenti poco casti i riti della *Bona Dea* ⁽¹³⁾, ci conduce a quella nozione di incesto (invero la sola nota per l'età repubblicana) ⁽¹⁴⁾ che contempla la violazione di stati di purità rituale.

Molto significativa è anche la seguente testimonianza di Val. Max., 6.8.1:

M. Antonius avorum nostrorum temporibus clarissimus orator incesti reus agebatur. Cuius in iudicio accusatores servorum in quaestionem perseverantissime postulabant, quod ab eo, cum ad stuprum irent lanternam praelatam contenderent. Erat autem is etiam tum inerbis et stabat in corona videbaturque rem ad suos cruciatus pertinere, nec tamen eos fugitavit. Ille vero, ut domum quoque ventum est, Antonium hoc nomine vehementius confusum et sollicitum ultro est hortatus ut se iudicibus torquendum traderet, adfirmans nullum ore suo verbum exiturum, quo causa eius laederetur, ac promissi fidem mira patientia praestitit: plurimis etenim laceratus verberibus eculeoque inpositus candentibus etiam lamminis ustus omnem vim accusationis custodia rei salute subvertit.

⁽¹²⁾ In letteratura questa strana circostanza non manca di essere sottolineata; fra gli altri: MOMMSEN, *Romisches Strafrecht*, cit., pag. 415, nt. 2; EHRHARDT, *sv. tormenta*, cit., col. 1789; ROBINSON, *Slaves and the criminal Law*, cit., pag. 236, la quale si limita a rilevare «oddly, at some stage a charge of incest became insufficient to allow the torture of the accused's own slaves unless the incest was also adulterous».

⁽¹³⁾ MOUREAU, *Clodiana religio. Un procès politique en 61 avant J.C.*, Paris, 1982, pag. 12 ss. Cfr. GUIZZI, *Aspetti giuridici del sacerdozio romano. Il sacerdozio di Vesta*, Napoli, 1968, pag. 148 nt. 18.

⁽¹⁴⁾ L'unica testimonianza dubbia, per quel che sappiamo, è CIC. Brut. 122, ove è parola di un processo di incestu a carico di un Servio Fulvio. Non si conoscono esattamente i fatti, ma in letteratura si è inclini a ritenere che si tratti di un incesto con una Vestale. Cfr. MOMMSEN, *Romisches Strafrecht*, cit., pag. 684, nt. 4.

Si tratta di un'accusa di incesto diretta a M. Antonio, console nel 99 a.C.⁽¹⁵⁾, e della possibilità di torturare un suo schiavo contro di lui. Questo processo, almeno a quel che sembra⁽¹⁶⁾, si situa nell'ambito di quelli promossi dalla *rogatio Peducaea* de incesto, a carico di certe Vestali e i loro amanti⁽¹⁷⁾.

Incesto, dunque, designante in primissimo luogo il caso delle Vestali che venivano meno al loro dovere di castità⁽¹⁸⁾.

In argomento abbiamo numerose testimonianze storiografiche le quali, pur non dicendo espressamente che lo schiavo poteva essere torturato contro i padroni, tuttavia lo lasciano apertamente intendere.

Vediamone alcune a cominciare da quella assai nota di Orosio.

Oros. 4.5.9: Caparonia, virgo Vestalis incesti rea suspendio periit; corruptor eius conscique servi supplicio adfecti sunt.

Lo storico ci informa che nel processo contro Capparonia, vergine Vestale suicida nel 266, furono condannati a morte non solo il suo amante ma anche i servi *conscii*⁽¹⁹⁾.

Dionigi ci apprende che fu per denuncia di uno schiavo che, nel 472, si pervenne a scoprire lo stato di impurità della vestale Orbinia; si legga

Dion. 9.40.3: ἐν τοιαύτῃ δὲ συμφορᾷ τῆς πόλεως οὕσης τοῖς ἐξηγηταῖς τῶν ἱερῶν γίνεται μήνυσις ὑπὸ δούλου τινὸς ὅτι μία τῶν ἱεροποιῶν παρθένων τῶν φυλαττουσῶν τὸ ἀθάνατον πῦρ, Ὀρβινία, τὴν παρθενίαν ἀπολώλεκε καὶ τὰ ἱερὰ θύει τὰ τῆς πόλεως οὐκ οὔσα καθαρὰ. ἀκακεῖνοι μεταστήσαντες αὐτὴν ἀπὸ τῶν ἱερῶν καὶ προθέντες δίκην, ἐπειδὴ καταφανὴς ἐγένετο ἐλεγχθεῖσα, ῥάβδοις τε ἐμαστίγων καὶ πομπεύσαντες διὰ τῆς πόλεως ζῶσαν κατώρυξαν.

(15) Cfr. KLEBES, sv. Antonius (n. 28), in RE, I, 2, coll. 2590.

(16) Cfr. VAL. MAX. 3.7.9.

(17) V. MOMMSEN, Romisches Strafrecht, cit., pag. 197, nt. 3.

(18) Che nell'età repubblicana la repressione dell'incesto fosse da porsi in relazione alla salvaguardia di valori religiosi e morali, sembra certo: KOCH, sv. Vesta, in RE, VIII, a2, col. 1747; GUIZZI, Aspetti giuridici del sacerdozio romano, cit., pag. 141 ss., cui, adde, i recenti contributi di DEL BASSO, *Virgines Vestales*, in Atti Acc. Scienz. Mor. Pol., Napoli, 85, 1974, pag. 232 ss.; CORNELL, *Some observations on the « crimen incesti »*, in *Le délit religieux dans la société antique*, Roma, 1981, pag. 31 ss.; MANFREDINI, La donna incestuosa, in Ann. Univ. di Ferrara, sez. giur., I, 1987, pag. 13 s.

(19) Cfr. GUIZZI, Aspetti giuridici del sacerdozio romano, cit., pag. 90, nt. 88 e pag. 145 ss.; in particolare, sul significato da attribuire a servi *conscii*, pag. 148.

Livio, per gli anni 338-337, narra del processo contro la vestale Minucia, messo in moto a seguito di delazione di uno schiavo⁽²⁰⁾; così

Liv. 8.15.7: *Eo anno Minucia Vestalis, suspecta primo propter mundio rem iusto cultum, insimulata deinde apud pontifices ab indice servo, cum decreto eorum iussa esset sacris abstinere familiamque in potestate habere, facto iudicio viva sub terram ad portam Collinam dextra viam stratam defossa Sclerato campo ...*

Le testimonianze potrebbero ancora continuare.

Il quadro di insieme è tale da permetterci di comprendere agevolmente l'implicazione degli schiavi in queste condotte illecite, consumate nell'intimità delle pareti domestiche: schiavi denunziatori, schiavi condannati.

Schiavi torturati. A questo proposito non va taciuto anche un passo di Dionigi il quale dice che i pontefici erano pervenuti alla prova del crimine denunciato *Ex τε βασάνων* e torturati non potevano che essere gli schiavi⁽²¹⁾. Si legga

Dion. 8.89: πάντα δ' εἰς τοῦτο συνέτεινεν, ὥς οἱ τε μάντις καὶ οἱ τῶν ἱερῶν ἐξηγηταὶ συνενέγκαντες τὰς ἐμπειρίας ἀπέφαινον, τὸ θεῶν χολοῦσθαί τινας ὅτι οὐ κομίζονται τὰς νομίμους τιμὰς, οὐ καθαρῶς οὐδὲ ὁσίων ἐπιτελουμένων αὐτοῖς τῶν ἱερῶν. ζήτησις δὴ μετὰ τοῦτο πολλὴ ἐκ πάντων ἐγένετο, καὶ σὺν χρόνῳ μήνυσις ἀποδίδοται τοῖς ἱεροφάνταις ὅτι τῶν παρθένων μία τῶν φυλαττουσῶν τὸ ἱερὸν πῦρ, Ὀπιμία ὄνομα αὐτῇ, τὴν παρθενίαν ἀφαιρεθεῖσα μαιίνει τὰ ἱερά. οἱ δ' ἐκ τε βασάνων καὶ τῶν ἄλλων ἀποδείξεων μαθόντες ὅτι τὸ μνηυόμενον ἦν ἀδίκημα ἀληθές, αὐτὴν μὲν τῆς κορυφῆς ἀφελόμενοι τὰ στέμματα καὶ πομπεύσαντες δι' ἀγορᾶς ἐντὸς τείχους ζῶσαν κατώρυξαν· δύο δὲ τοὺς ἐξελεγχθέντας διαπράξασθαι τὴν φθορὰν μαστιγώσαντες ἐν φανερῷ παραχρῆμα ἀπέκτειναν. καὶ μετὰ τοῦτο καλὰ τὰ ἱερά καὶ τὰ μαντεύματα ὥς ἀφεικότων αὐτοῖς τῶν θεῶν τὸν χόλον, ἐγένετο.

Orbene, la più antica concezione di incesto, per la quale era consentito sottoporre a *quaestio* lo schiavo in *caput domini*, contemplava la violazione degli obblighi di castità delle Vestali ed altre situazioni ad essa assimilabili. Illeciti, questi, consumati clandestinamente, ove l'uomo e la donna erano coautori.

⁽²⁰⁾ Sulla frequenza delle delazioni da parte degli schiavi, v. GUIZZI, *Aspetti giuridici del sacerdozio romano*, cit., pag. 149 ss.

⁽²¹⁾ È opinione comune che in età repubblicana il cittadino romano libero non potesse essere sottoposto a tortura. Cfr. letteratura citata in nt. 2.

Ma, proprio soffermandosi sul profilo della segretezza, ci si rende conto del fatto che una delle poche vie percorribili per reprimere queste condotte, fosse quella di raccogliere denunce e prove dai soli soggetti che potevano fornirle: gli schiavi.

La gravità del crimine⁽²²⁾ consentiva di superare l'ostacolo rappresentato dalla assoluta obbedienza e sottomissione a cui era tenuto lo schiavo nei confronti del padrone.

In un passo di Papiniano riportato nella *Collatio*, leggiamo, fondamentalmente, la stessa cosa,

Coll. 4.11.1 (Pap. 1. sing. de ad.): De mancipiis alterutrius marito vel patre accusante quaestionem habendam palam est: an idem extraneo accusatori permitti debeat, quaero. Respondit: potest videri ea ratio fuisse permittendi istis personis de servis quaestionem habere, ut diligentius dolorem animi sui, item iniuriam laesae domus non translaticie persequerentur. SED QUONIAM NON FACILE TALE DELICTUM SINE MINISTERIO SERVORUM ADMITTI CREDITUM EST, ratio eo perduxit, ut etiam extraneo accusante mancipia quaestioni tormentorum subicerentur a iudicibus.

Papiniano ci dice che la ratio del ricorso (almeno in materia di adulterio)⁽²³⁾ alla tortura degli schiavi in caput domini, stava nel fatto che queste condotte — evidentemente per la loro clandestinità — erano destinate a restare impuniti.

Dunque, quella che si può senz'altro considerare la più risalente eccezione al divieto di sottoporre a *quaestio* il servo in caput domini, trovava la sua giustificazione nel fatto che si riferiva ad una nozione di incesto consistente in un illecito consumato clandestinamente.

5. A partire dalla prima età classica, con l'emanazione della *lex Iulia de adulteriis* e la ridefinizione, non sempre chiarissima, dei con-

⁽²²⁾ Come si può, ad esempio, notare anche in DION. 8.89.45 o 9.40.14 sopra riportati, le calamità che si abbattevano sulla città erano poste in relazione allo stato di impurità delle sacerdotesse che avevano provocato le ire divine: da qui la necessità di ripristinare la *pax deorum* con una dura repressione del crimine.

⁽²³⁾ Non ci pare arbitrario riferire queste parole di Papiniano, pronunciate in materia di adulterio, all'antico incesto religioso perché la connessione di questa figura con una generica nozione, allora vigente, di adulterio-stupro è comunemente ammessa. Cfr.: KUNKEL, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*, München, 1962, pag. 121 ss.; GUZZI, *Aspetti giuridici del sacerdozio romano*, cit., pag. 142 s.; MOLE, sv. *stuprum*, in *NNDI*, 18, pag. 582 ss.; MANFREDINI, *La donna incestuosa*, cit., pag. 12.

cetti di adulterio, stupro⁽²⁴⁾ e incesto, la nozione di inoesto muta⁽²⁵⁾. E, a nostro parere, va messo in relazione a questa circostanza il fatto che, come abbiamo già sottolineato⁽²⁶⁾, non è più possibile, in questa età, *torquere* lo schiavo in *caput domini* in caso di incesto.

La letteratura più recente evidenzia⁽²⁷⁾ la presenza nelle fonti di età classica e successiva di due distinte nozioni di incesto:

a) un incesto che è prima di tutto un adulterio o uno stupro, cioè una relazione clandestina con donna, rispettivamente sposata o nubile, a cui si è legati da vincoli di parentela. Le fonti, al riguardo, parlano di *incestum cum adulterio* o *cum stupro* (e viceversa), di *incestum per adulterium contractum* ("");

b) l'incesto vero e proprio (senza *adulterium* o *stuprum*) consistente in un matrimonio con persona a cui si è legati da rapporto di parentela. Questo tipo di incesto, indicato nelle fonti anche *incestum per matrimonium illicitum*, *per illicitam matrimonii coniunctionem* o *incestae nuptiae*⁽²⁹⁾, è tendenzialmente involontario e non consiste in

(24) Per un quadro bibliografico esauriente, si vedano i recenti contributi di RADITSA, *Augustus Legislation concerning Marriage, Procreation, Love Affairs and Adultery*, in ANRW, II, 13, 1980, Berlino-New York, p. 278-339; ANKUM, *La sponsa adultera: problèmes concernant l'accusatio adulterii en droit romain classique*, in *Estudios de derecho romano en honor de Alvaro D'Ors*, Pamplona, 1987, pag. 164 ss.

(25) WEISS, *Endoganzie und Exogamie im römischen Kaiserreich*, ZSS, 29, 1908, pag. 340 ss. LOTMAR, *Lex Iulia de adulteriis et incestum*, Mélanges Girard, II, Paris, 1912, pag. 119 ss.; VOLTERRA, Osservazioni sulla «ignorantia iuris» in diritto penale romano, in BIDR, 38, 1930, pag. 96 ss.; KUNKEL, sv. *matrimonium*, RE, XIV, 2, col. 2266; VOCI, *L'errore nel diritto romano*, Milano, 1937, pag. 198 ss.; DE MARTINO, *L'«ignorantia iuris» nel diritto penale romano*, in SHDI, 3, 1937, pag. 401 ss.; GUARINO, *Studi sull'«incestum»*, in ZSS, 63, 1943, 175 ss.; MODRZEJEWSKI, *Die Geschwisterehe in der hellenistischen Praxis und nach römischem Recht*, in ZSS, 81, 1964, pag. 62 ss. Da ultimo MANFREDINI, *La donna incestuosa*, cit., pag. 12 ss.

(26) V. supra pag. 63 s.

(27) Per tutti cfr. MANFREDINI, *La donna incestuosa*, cit., pag. 15 s.

(28) D.48.5.40(39).8 (Pap. 15 resp.): *De servis quaestionem in dominos incesti postulatatos ita demum habendam respondi, si per adulterium incestum esse contractum dicatur. D.48.5.39(38) pr. (Pap. 36 quaest.): Si adulterium cum incesto committatur, ut puta cum privigna, nuru, noverca, mulier similiter quoque punietur: id enim remoto etiam adulterio eveniret. D.48.18.5 (Marc. 2 inst.): Si quis viduam vel alii nuptam cognatam, cum qua nuptias contrahere non potest, corruperit, in insulam deportandus est; quia duplex crimen est, et incestum, quia cognatanz violavit contra fas, et adulterium vel stuprum adiungit; denique hoc casu servi in personam domini torquentur.*

(29) A questo tipo di incesto ci si riferisce, ad esempio, in D.48.5.39(38).3 (Pap. 36 quaest.): *Nonnumquam tamen et in maribus incesti crimina, quamquam natura graviora sunt, humanius quam adulterii tractari solent: si modo incestum per matrimonium illicitum contractum sit. ... 6. Idem Pollioni in haec verba rescripserunt: «Incestae nuptiae confirmari non solent; et ideo absti-*

un'unione clandestina, bensì in un rapporto noto a tutti e pubblicamente vissuto.

6. Orbene, quando i giuristi parlano della impossibilità di torturare gli schiavi contro i padroni in caso di incesto, proprio a quest'ultimo tipo di incesto si riferiscono, cioè all'*incestum per matrimonium illicitum contractum*. Si rilegga

D.48.18.4 (Ulp. 3 disput.): In incesto, ut Papinianus respondit et est rescriptum, servorum tormenta cessant, quia et lex Iulia cessat de adulteriis.

Ulpiano, riportando l'opinione di Papiniano, afferma con chiarezza che non è possibile torturare gli schiavi in quell'*incestum* in cui cessa la *Lex Iulia de adulteriis* ⁽³⁰⁾, e dunque, la figura di incesto in cui cessa la *Lex Iulia de adulteriis* non può essere che l'*incestum per matrimonium illicitum contractum*, conosciuto da tutti, non segreto, che avviene *palam* ⁽³¹⁾.

D'altra parte, se si fosse trattato di un incesto unito ad adulterio o stupro sarebbe stato possibile sottoporre a *quaestio* in caput domini gli schiavi; si veda infatti

D. 48.5.40(39).8 (Pap. 15 resp.): De servis quaestionem in dominos incesti postulatos ita demum habendam respondi, si per adulterium incestum esse contractum dicatur.

D. 48.18.5 (Marc. 2 inst.): Si quis viduam vel alii nuptam cognatam, cum qua nuptias contrahere non potest, corruperit, in insulam deportandus est; quia duplex crimen est, et incestum, quia cognatam violavit contra fas, et adulterium vel stuprum adiungit; denique hoc casu servi in personam domini torquentur.

nenti tali matrimonio poenam praeteriti delicti, si nondum reus postulatus est, remittimus». 7. Incestum autem, quod per illicitam matrimonii coniunctionem admittitur, excusari solet sexu vel aetate vel etiam puniendi correctione, quae bona fide intervenit, utique & error allegetur, et facilius, si nemo reum postulavit. Ed ancora D.23.2.12 pr. (Ulp. 26 ad Sab.); D.23.2.52 (Paul ad Sab.). A queste fonti, che forse non sono complete, vanno aggiunti i titoli di Coll. 6 de incestis nuptiis; del codice Teodosiano (CTh. 3.12 de incestis nubtiis); del codice di Giustiniano (C. 5.5 de incestis vel inutilibus nubtiis). Cfr. per tutti MANFREDINI, *La donna incestuosa*, cit., pag. 16 s., con ampia rassegna bibliografica alla nt. 20.

⁽³⁰⁾ Per la critica del testo e i sospetti di interpolazione v. GUARINO, *Studi sull'«incestum»*, cit., pag. 188 ss.

⁽³¹⁾ Fondamentale è D.23.2.68 (Paul. 1. sing. ad SC. Turpillianum): cfr. MANFREDINI, *La donna incestuosa*, cit., pag. 16 e nt. 25.

E se ritorniamo a quel passo della *Collatio* sopra visto, dove apprendiamo che si ricorreva alla testimonianza degli schiavi perché in nessun altro modo sarebbe stato possibile pervenire alla verità, è agevole comprendere la ragione per cui, a differenza dell'incesto dell'età repubblicana, nell'incesto di età classica era vietato torturare gli schiavi: perché l'incesto a cui si fa riferimento non consisteva in una condotta clandestina, ma pubblica, nota a tutti⁽³²⁾. Quindi delle testimonianze degli schiavi non c'era più bisogno ed era doveroso ricucire lo strappo ripristinando il divieto di torquere gli schiavi in *caput domini*.

II

7. Passiamo ora, rapidamente, a sottolineare un secondo profilo della problematica in discorso, cui si è prestata scarsa attenzione in letteratura⁽³³⁾. Vediamo

D.48.18.17 pr. (Pap. 16 resp.): Extranio quoque accusante, servos in adulterii quaestione contra dominum interrogari placuit: quod D. Marcus ac postea maximus princeps iudicantes secuti sunt. 1. Sed in quaestione stupri servi adversus dominum non torquentur.

Or dunque, Papiniano afferma che, solo se il crimine che si intende perseguire è l'*adulterium*, viene ammessa la tortura nei confronti dello schiavo al fine di acquisire prove in *caput domini*; invece, questa non è ammessa in caso di *stuprum*.

Già abbiamo visto⁽³⁴⁾ che tanto l'*adulterium* quanto lo *stuprum*, se erano congiunti all'incesto, consentivano di torquere lo schiavo contro il padrone. Ma abbiamo altresì visto che la stessa cosa era consentita — e lo si è letto or ora nel *pr.* di D.48.18.17 — anche per il semplice adulterio, come ci conferma⁽³⁵⁾ ad esempio,

(32) Cfr. nota precedente.

(33) Hanno notato tale particolarità anche MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., pag. 145, nt. 2; ROBINSON, *Slaves and the criminal Law*, cit., pag. 237 s., la quale sottolinea questa strana circostanza.

(34) V. *supra*, par. 6., D.48.18.5 (Marc. 2 inst.): Si quis viduam vel alii nuptam cognatam, cum qua nuptias contrahere non potest, corruperit, in insulam deportandus est, quia duplex crimen est: et incestum, quia cognatam violavit contra fas, et adulterium vel stuprum adiungit; denique hoc casu servi in personam domini torquentur.

(35) Altre testimonianze sono Coll.4.11.1 (Pap. 1 sing. de ad.); C.9.41.1 *pr.* già visti.

D.48.5.28(27).6 (Ulp. 3 de ad.): *Haberi quaestionem lex iubet de servis ancillisve eius, de quo vel de qua quaereretur, parentisve utriusque eorum, si ea mancipia ad usum ei a parentibus data sint. Divus autem Hadrianus Cornelio Latiniano rescripsit et de exteris servis quaestionem haberi.*

Ritornando un momento al passo di Papiniano (D.48.18.17), da cui abbiamo preso le mosse: è lecito, dunque, chiedersi perché in caso di adulterio (che era l'unione con donna sposata) si potevano torturare gli schiavi contro i padroni, mentre in caso di stupro (che era l'unione con donna nubile o vedova), no.

La cosa è tanto più strana quanto più si riflette sulla stretta parentela esistente tra *stuprum* e *adulterium*⁽³⁶⁾, che si intuisce anche nella *lex Iulia de adulteriis* la quale ... *stuprum et adulterium promiscue* *καταχρηστικώτερον appellat* ⁽³⁷⁾.

Nella speculazione dei giuristi classici apprendiamo, poi, che: *inter « stuprum » et « adulterium » hoc interesse quidam putant, quod adulterium in nuptam, stuprum in viduam committitur.* ⁽³⁸⁾

8. Al pari dell'*adulterium*, dunque, lo *stuprum* presuppone una relazione voluta sia dall'uomo che dalla donna, e destinata, poiché proibita, a consumarsi nella clandestinità. Frequente, infatti, è il richiamo nelle fonti allo stupro « scoperto », « sorpreso », « tenuto celato »; si veda, ad esempio:

D.48.5.30(29).2 (Ulp. 4 de ad.): *Plectitur et qui pretium pro comperto stupro acceperit: nec interest utrum maritus sit qui acceperit an alius quilibet: quicumque enim ob conscientiam stupri acceperit aliquid, poena erit plectendus ceterum si gratis quis remisit, ad legem non pertinet.* ⁽³⁹⁾

⁽³⁶⁾ V. VOLTERRA, *Per la storia dell'« accusatio adulterii iure mariti vel patris »*, in St. econ. giur. Univ. Cagliari, 17, 1928, p. 5; LOTMAR, *Lex Iulia de adulteriis und incestum*, cit., pag. 120 s. È opportuno qui ricordare che, comunque, neppure le fonti preclassiche mostrano di seguire un rigido criterio nel servirsi dei termini *stuprum* o *adulterium* a seconda che si tratti o meno di relazione con donna sposata: cfr., ad esempio, VAL. MAX. 8.5.5; CIC. Att. 12.3 e Mil. 72.

⁽³⁷⁾ D.48.5.6.1 (Pap. 1 de ad.). Cfr. anche D.50.16.101 (Mod. 9 diff.): ... *sed lex Iulia de adulteriis hoc verbo indifferenter utitur*...

⁽³⁸⁾ D.50.16.101 (Mod. 9 diff.) confermato da D.48.5.6.1 (Pap. 1 de ad.): ... *Sed proprie adulterium in nupta committitur, propter partum ex altero conceptum composito nomine: stuprum vero in virginem viduamve committitur, quod Graeci φθοράν appellant* ».

⁽³⁹⁾ Altri passi sono: D.44.37.1 (Trif. 3 disput.); D.47.11.1.2 (Paul. 5 sent.); D.4.2.8 pr. (Paul. 11 ad ed.); D.12.5.4 pr. (Ulp. 26 ad ed.).

In questa luce, il differente trattamento riservato allo stuprum rispetto all'*adulterium*, stando al passo di Papiniano sopra riportato (40), è incomprensibile e sorge il sospetto che, quando il giurista, al par. 1., sostiene che ... in quaestione stupri servi *adversus dominum non* torquentur, rimandi non alla nozione di *stuprum* di cui alla *lex Iulia de adulteriis*, bensì ad un'altra nozione di stupro.

9. Come è noto, infatti, esiste anche lo stupro violento (41). Leggiamo

P.S. 5.4.4: Corpori iniuria infertur, cum quis pulsatur, cuive stuprum infertur, aut de stupro interpellatur.

D.48.5.30(29).9 (Ulp. 4 de ad.): Eum autem, qui per vim stuprum intulit vel mari, vel feminae, sine praefinitione huius temporis accusari posse, dubium non est, cum eum publicam vim committere nulla dubitatio est. (42)

Esempi di stuprum che, in sostanza, si risolvono in una violenza carnale, non sono infrequenti nelle fonti (43).

È importante notare che in questi casi la donna è vittima e non coautrice del crimine, quindi è la prima interessata alla denuncia e alla punizione del colpevole.

Si potrebbe allora supporre che in occasione di un *crimen* stupri, si consentisse la *quaestio* del servo in caput *domini* quando si trattava

(40) D.48.18.17 (Pap. 16 resp.).

(41) Permangono tuttora incertezze nella dottrina sul problema « se ed in qual senso lo stuprum sia stato compreso nella casistica della vis, e come questa subsunzione si concili da una parte con l'indubbia presenza dello stupro medesimo nella *Lex Iulia de adulteriis*, dall'altra con la tendenza a comprenderlo nell'*iniuria* », ARANGIO RUIZ, *Storia del diritto romano*, Napoli, 1968⁷, pag. 261. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit. pag. 656 s.; NIEDERMAYER, *Crimen violentiae*, St. Bonfante, II, Milano, 1930, pag. 408 ss.; FLORE, *Di alcuni casi di vis publica*, St. Bonfante, IV, Milano, 1930, pag. 337 ss.; PFAFF, sv. *stuprum*, in RE, IV, Al, col. 423 s.; MOLÉ, sv. *stuprum*, cit. pag. 582.

(42) Per la critica del testa, con letteratura, v. FLORE, *Di alcuni casi di vis publica*, cit. pag. 348.

(43) Tra i passi più significativi v., ad esempio, D.48.8.1.4 (Marc. 14 inst.): *Item divus Hadrianus rescripsit eum, qui stuprum sibi vel suis per virn inferrentem occidit, dimittendum*. D.48.5.40(39) pr. (Pap. 15 resp.): *Vim passam mulierem, sententia praesidis provinciae continebatur; in Zegem Iuliam de adulterii non cornmisisse respondi, licet iniuriam suarn, protegendae pudicitiae causa confestim marito renuntiari prohibuit*. Va infine ricordata la costituzione riportata in C.9.9.20: *Foedissimam earum nequitiam, quae pudorem suum alienis libidinibus prosternunt, non etiam earum, quae per virn stupro comprehensae sunt, inreprehensam voluntatem leges ulciscuntur: quando etiam in-violatae exstimationis esse nec nuptiis earum aliis interdicti merito placuit*.

di relazione clandestina con donna nubile o vedova e quindi, come insegna il passo di Papiniano, riportato in Coll. 4.11.1, di un illecito che non poteva essere scoperto se non torturando gli schiavi.

Ogni qualvolta invece lo *stuprum* si fosse presentato come violenza (che era facile provare, in primo luogo da parte della donna stessa), cadeva la necessità e l'utilità di ricorrere alle testimonianze dei servi in *caput domini*.

In conclusione, in D.48.18.17.1 Papiniano potrebbe aver escluso la possibilità di *torquere* il servo *adversus dominum* perché proprio a quest'ultima ipotesi di stupro si riferiva, e non allo stupro-adulterio.

SOMMARIO

In età preclassica, in caso di incesto, era consentita la *quaestio* del servo in caput domini; in età classica no. Questo potrebbe dipendere dal fatto che, per l'età classica, ci si riferisce al caso dell'*incestum* per *matrimonium illicitum contractum*, la repressione del quale, per la sua notorietà, non comportava l'estremo ricorso alla testimonianza degli schiavi contro i padroni. Lo stesso criterio della notorietà consente, forse di intendere lo *stuprum* menzionato in D.48.18.7 (Pap. 16 resp.) come appartenente alla *vis* e non all'*adulterium*. Testi principali: CIC. MIL. 59; VAL. MAX. 6.8.1; D.48.18.4 (*Ulp.* 3 disput.); Coll. 4.11.1; D.48.18.17 (Pap. 16 resp.).

SUMMARY

In the pre-classical age the slave's *quaestio* in caput domini was admitted for cases of incest; not so in the classical age. This could depend on the fact that in the classical age the case of *incestum* per *matrimonium illicitum contractum* applies. It was not necessary to have recourse to the testimony of a slave against his master for the repression of this publicly committed crime. The same criterion of public knowledge perhaps allows us to see the *stuprum* mentioned in D.48.18.17 (Pap. 16 resp.) as falling under *vis* and not *adulterium*. Principal texts: CIC. MIL. 59; VAL. MAX. 6.8.1; D.48.18.4 (*Ulp.* 3 disput.); Coll. 4.11.1; D.48.18.17 (Pap. 16 resp.).

ALESSANDRO BERNARDI

« Principi di diritto » e diritto penale europeo

INDICE

Sezione I: *Considerazioni introduttive*

- 1) Il mito dell'unificazione del diritto penale e le esigenze di armonizzazione dei sistemi penali statuali.
- 2) L'aspirazione all'unificazione penale europea e il più immediato traguardo dell'armonizzazione penale su scala continentale.

Sezione II: *Le funzioni e il contenuto dei « principi di diritto » nella prospettiva dell'armonizzazione penale*

- 3) I caratteri e le funzioni dei principi di diritto rilevanti ai fini del ravvicinamento degli ordinamenti penali statuali.
- 4) Gli aspetti « contenutistici » dei principi di diritto e la loro incidenza sulla armonizzazione dei sistemi penali statuali.
- 5) Il processo di positivizzazione dei principi di diritto penale nel diritto interno e nel diritto internazionale.

Sezione III: *I « principi di diritto interno » e l'armonizzazione degli ordinamenti penali europei*

- 6) Le analogie riscontrabili nelle Costituzioni europee e le loro cause.
- 7) L'incerta influenza dei principi di diritto costituzionale sul processo di ravvicinamento dei sistemi penali.
- 8) I principi di diritto interno e l'armonizzazione penale: l'incidenza e i condizionamenti dell'attività interpretativa.

Sezione IV: *I principi di diritto ricavabili dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il ravvicinamento dei sistemi punitivi statuali*

- 9) La particolare « attitudine armonizzatrice » dei principi previsti dalla Convenzione di Roma e l'auspicato, progressivo superamento della tradizione conservatrice degli Stati firmatari.
- 10) Il ruolo svolto dai principi della Convenzione di Roma nel ravvicinamento dei sistemi « preventivi » e « punitivi » statuali.
- 11) Il ruolo svolto dai principi della Convenzione di Roma nel ravvicinamento dei sistemi *stricto sensu* penali.

Sezione V: *Il diritto comunitario e i principi comunitari nell'armonizzazione dei sistemi punitivi statuali*

- 12) L'incidenza del diritto comunitario sull'armonizzazione e sul coordinamento degli ordinamenti penali.
- 13) I principi comunitari in materia di diritti fondamentali e i potenziali riflessi del criterio del *maximum standard* sull'armonizzazione dei sistemi penali.
- 14) L'influenza concretamente esercitata dai principi di diritto comunitario sull'armonizzazione dei sistemi punitivi statuali.
- 15) Considerazioni conclusive.

Sezione I: **CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE**

1. Il mito dell'unificazione del diritto penale e le esigenze di armonizzazione dei sistemi penali europei.

Nella lotta alla criminalità, la predisposizione di soluzioni comuni sul piano internazionale consente indubbiamente di tutelare più efficacemente la società contro il delitto⁽¹⁾. In questa prospettiva, può forse essere vagheggiata una scienza penale a carattere universale e persino, quale « precipitato normativo ultimo » di questa, una legislazione penale mondiale ed uniforme⁽²⁾.

Fuori dall'utopia, è noto da un lato che la criminalità organizzata tende sempre più ad assumere una dimensione transnazionale⁽³⁾; dall'altro lato che la protezione offerta dalle norme penali ha ad oggetto, in misura crescente, beni comunitari e di rilevanza sovranazionale⁽⁴⁾. Si spiega così come sia sempre più viva l'esigenza — in

(1) NUVOLONE, *Il diritto comparato quale mezzo di ricerca nell'ambito della politica criminale*, in *Indice pen.*, 1980, p. 5 ss. Cfr. altresì, per tutti, GLASER, *Droit international pénal conventionnel*, Bruxelles, 1970, p. 198.

(2) Per una disamina dei *pro* e dei *contro* connessi all'unificazione del diritto penale, CIESLAK, *Les perspectives d'unification du droit pénal. Signification, possibilités et difficultés*, in *Le nuove frontiere del diritto e il problema della unificazione*, Milano, 1979, p. 154.

(3) Cfr., da ultimo, DELMAS-MARTY, *Rapport général introductif au XI^e congrès international de défense sociale* (Buenos Aires, 27 ottobre-1 novembre 1986), in *Rev. sc. crim.*, 1987, p. 511. Cfr. altresì *Structures et méthodes de la coopération répressive internationale et régionale. Projet de résolution*, in *Rev. int. dr. pén.*, 1984, p. 55.

(4) Con specifico riferimento al diritto penale economico, cfr. già PEDRAZZI, *Il ravvicinamento delle legislazioni penali nell'ambito della comunità economica europea*, in *Indice pen.*, 1967, pp. 343-344.

particolare in relazione a specifiche categorie di illeciti — di un vero e propria sistema penale di raggio più ampio di quello statale, in grado di superare i limiti attualmente posti, in particolare, dal principio di territorialità ⁽⁵⁾.

Tuttavia, all'evidenza, non esistono né mai sono esistiti i presupposti in base ai quali poter prospettare — se non per grandi linee e per un futuro assai lontano — un progetto di codificazione planetaria ⁽⁶⁾. Ciò sembra dovuto essenzialmente al fatto che — a prescindere dagli ardui problemi di natura politica connessi all'unificazione — il diritto penale è notoriamente portato ad essere specchio della complessiva realtà delle singole aree geografiche più che strumento di modificazione di questa realtà. Anche a causa della sua modesta portata «promozionale», dunque, le abissali differenze socio-politiche ancora oggi esistenti fra i Paesi del globo risultano insuperabili osta-

(5) Principio la cui inadeguatezza «si avverte in tutti i casi di attività le quali superino un ambito strettamente nazionale»: GRASSO, Verso un diritto penale comunitario: i progetti di trattato concernenti l'adozione di una regolamentazione comune in materia di repressione delle infrazioni alla normativa comunitaria ed in materia di responsabilità e di tutela penale dei funzionari e degli altri agenti delle comunità, in Riv. it. dir. proc. pen., 1982, p. 642; PEDRAZZI, *Multinationale Unternehmen und nationale Strafgewalt*, in *Multinationale Unternehmen und Strafrecht* (a cura di K. Tiedemann), 1980, p. 83 ss. Più in generale, sull'estrema difficoltà di realizzare un qualsivoglia controllo giuridico sui gruppi multi o transnazionali, cfr. DELMAS-MARTY e TIEDEMANN, *La criminalité, le droit pénal et les multinationales*, in *Juris classer Périodique*, 1979, I, 12900; BLACK, *The behaviour of law*, 1976, p. 93 ss.; CRESSEY, *Self regulation in the control of white collar crime*, in *La criminalité d'affaires*, in Rev. int. dr. pén., 1982, p. 73. Da ultimo, cfr. LASCOURNES, *Sociétés transnationales et dépassement des structures de regulation étatique*, in *Les affaires ou l'art de l'ombre*, Paris, 1986, p. 1300 ss.; DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, Paris, 1986, p. 206 ss.

(6) Cfr. CIESLAK, *Les perspectives d'unification du droit pénal*, cit., p. 154. Va tuttavia ricordato che nel periodo tra le due guerre mondiali l'Associazione internazionale di diritto penale (la quale aveva come compito statutario «lo sviluppo teorico e pratico del diritto penale internazionale al fine di raggiungere una concezione universale») tenne una serie di congressi e conferenze tesi alla preparazione e alla realizzazione dell'unificazione del diritto penale. Al primo congresso, svoltosi a Bruxelles nel 1926, seguirono così le conferenze di Varsavia nel 1927, di Roma nel 1928 (nella quale fu votata la creazione del Bureau international pour l'unification du droit pénal), di Bruxelles nel 1930, di Parigi nel 1931, di Madrid nel 1933, di Copenaghen nel 1935, di Madrid nel 1937, del Cairo nel 1939 e di Bruxelles nel 1947. Le risoluzioni approvate nell'ambito di tali convegni influenzarono, in particolare, il codice penale polacco del 1932 e il codice penale rumeno del 1936. Sul punto, ampiamente, SOLNAR, *L'unification internationale du droit pénal et la science du droit comparé*, in *Recueil E. Lambert*, 1973 (ma 1938), vol. II, p. 720 ss. Sottolinea peraltro «lo scarso contatto con la realtà di tali tentativi di unificazione» JESCHECK, *Lo stato attuale del diritto penale europeo*, in *Prospettive per un diritto penale europeo*, Padova, 1968, p. 323.

coli all'unificazione. Di fatto, concreti tentativi di realizzare un sistema penale unitario (o anche solo un modello di sistema penale unitario) non si sono avuti che in ambiti geograficamente limitati e, almeno relativamente, omogenei⁽⁷⁾.

Questi tentativi di addivenire ad una unificazione su base regionale (sia attraverso la previsione di un'apposita convenzione di tipo tradizionale, sia attraverso la promulgazione di una legge o codice « modello », sia infine attraverso la volontaria adozione nei singoli Stati di ordinamenti in tutto e per tutto analoghi) sembrano però presentare, in particolare, due aspetti negativi. Il primo, avvertito da quanti auspicano un'unificazione a tendenza universale, è che un processo volto ad attuare una serie di unificazioni parziali (estese cioè a più Stati, ma comunque territorialmente limitate) potrebbe non rappresentare affatto un primo passo verso un sistema a base mondiale, ma potrebbe al contrario tradursi in un ostacolo ad ogni ulteriore allargamento⁽⁸⁾. Il secondo, più rilevante aspetto negativo insito nell'unificazione regionale è che essa si tradurrebbe nell'adozione di un unico « modello penale » inadatto alle peculiarità scientifiche, ideologiche, politiche, economiche, religiose, ecc., esistenti il più delle volte anche in Paesi limitrofi e contraddistinti da una certa omogeneità.

Sia come sia, a tutt'oggi le « codificazioni regionali » non sembrano certo votate ad una immediata e sicura realizzazione. E ciò appare ascrivibile anche al loro elevato grado di « rigidità », che ne ostacola l'adozione in aree non contraddistinte da una lunga tradizione di accordi e da un notevole livello di affinità⁽⁹⁾. Di fatto — e

i

(7) Cfr., per tutti, il celeberrimo modello statunitense di codice penale dell'American Law Institute o il progetto di codice penale tipo per l'America latina pubblicato nel 1971 nell'ambito del movimento « d'integrazione latino-americana ». Cfr., per tutti, GRISOLIA, *El Codigo penai tipo para Latinoamerica*, 1974.

(8) Cfr. CIESLAK, *Les perspectives d'unification du droit pénal*, cit., p. 161, per il quale la creazione di « blocchi giuridici », facilitando altri processi d'integrazione (politici, economici, ecc.), potrebbe favorire la formazione di blocchi contrapposti, che risulterebbero di ostacolo all'unificazione universale. Sul punto, problematicamente, ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé*, Neuchâtel, 1971, p. 80 ss.

(9) Si pensi, ad esempio, all'Unione nordica (Eormata da Danimarca, Finlandia, Islanda, Norvegia e Svezia), nel cui ambito è stato istituito sin dal 1960 un « Comitato nordico di diritto penale » permanente, composto da un rappresentante per ciascuno dei cinque Stati, la cui funzione è di preparare la cooperazione legislativa in materia penale e di studiare i problemi generali di politica criminale. Esistono altresì un organo di cooperazione internordica in materia di criminologia e una commissione internordica di cooperazione in materia di statistiche penali. Nell'ambito di questa cooperazione, già la convenzione conclusa a Helsinki il 23 marzo 1962 prevedeva il reciproco impegno a promulgare

nonostante sia riconosciuto l'indubbio interesse scientifico di tali tentativi ⁽¹⁰⁾ — è diffusa l'opinione che nell'attuale momento storico si debba rinunciare ad una completa unificazione e prendere in considerazione invece programmi improntati ad una maggiore flessibilità per quanto concerne il *grado di intensità dell'unificazione*. In questa prospettiva, alla predisposizione di progetti unitari appare preferibile una strategia di progressivo, penetrante ravvicinamento delle legislazioni nazionali. Strategia perseguita da un lato attraverso la creazione di norme a carattere internazionale incidenti direttamente sui singoli ordinamenti giuridici, o comunque tali da imporre al legislatore nazionale di modificare le parti dell'ordinamento statuale in contrasto con la normativa internazionale; dall'altro lato attraverso l'utilizzazione di variegati strumenti atti ad orientare le politiche criminali dei singoli Paesi, armonizzandole sia per quanto concerne le linee di difesa contro i fenomeni criminali, in specie transnazionali, sia per quanto concerne il rispetto degli interessi fondamentali ⁽¹¹⁾.

Nell'ambito di questa armonizzazione «dei modi di reazione con-

disposizioni uniformi per quanto concerne il diritto e la procedura penale. Sulla evoluzione storica della Cooperazione internordica in materia penale cfr., ampiamente, ROMANDER, *Les tentatives d'harmonisation et d'unification du droit pénal et de la procédure pénale dans les États nordiques*, in *Droit pénal européen*, cit., p. 557 ss. Cfr. altresì, su un piano più generale, *Le droit pénal des pays scandinaves*, pubblicato dall'Istituto di diritto comparato di Parigi, nel 1969; *Les orientations actuelles de la politique criminelle dans les pays nordiques*, in *Archives de politique criminelle*, n. 4, 1980, p. 223, con articoli di INGSTRUP (p. 225), LEHTIMAJA (p. 241), RÖSTAD, (p. 269), NELSON (p. 271); *Les grandes orientations de la politique criminelle actuelle (pays nordiques)*, in *Archives de politique criminelle*, n. 6, 1983, con articoli di RÖSTAD (p. 209) e ANTILA (p. 217). Nella prospettiva d'unificazione si pensi altresì (nonostante le sensibili differenze culturali e linguistiche esistenti al suo interno) al Benelux. Sulla collaborazione in materia penale e sui tentativi di ravvicinamento del diritto penale dei Paesi del Benelux, cfr., per tutti, DE SCHUTTER, *Samenwerking in Strafzaken en poningen tot harmonisatie van het Strafrecht in de Beneluxlanden*, in *Droit pénal européen*, cit., p. 579 ss., con ampia bibliografia; CONSTANT, *L'unification du droit pénal dans les pays du Benelux*, in *Prospettive per un diritto penale europeo*, cit., p. 137 ss.

⁽¹⁰⁾ Cfr. ANCEL, *Les nouvelles frontières du droit et le problème de l'unification dans le domaine de la législation et de la politique criminelle*, in *Le nuove frontiere del diritto e il problema dell'unificazione*, cit., p. 8.

⁽¹¹⁾ Distinguono fra un'influenza diretta ed un'influenza indiretta sull'ordinamento interno da parte della produzione giuridica degli organi sovranazionali, BOSCARRELLI, *Réflexions sur l'influence du droit communautaire sur le droit pénal des États-membres*, in *Droit communautaire et droit pénal*, 1981, p. 85 (con riferimento al diritto comunitario); PALAZZO, *L'influenza dell'attività del Consiglio d'Europa sul diritto penale italiano*, in *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, 1982, p. 681 (con riferimento alla produzione giuridica del Consiglio d'Europa).

tro il fenomeno sociocriminologico della delinquenza »⁽¹²⁾, è inutile dire che, quanto meno in una prima fase⁽¹³⁾, il limite costituito dal grado di intensità dell'unificazione può venire a combinarsi con il succitato limi e di tipo geografico-regionale. E in proposito è anzi stato affermato che, 'data l'attuale esistenza nell'ambito mondiale di sistemi giuridici per moltissimi aspetti divergenti (si pensi soprattutto ai sistemi *romano-germanico*, di *common law* e socialista), parrebbe al momento presentare effettive possibilità d'attuazione solo un programma di armonizzazione circoscritto agli ordinamenti penali appartenenti a ciascuno degli attuali grandi sistemi esistenti.

2. L'aspirazione all'unificazione penale europea ed il più immediato traguardo dell'armonizzazione penale su scala continentale.

Una analisi del problema concernente l'unificazione penale dell'Europa occidentale sembra fornire una conferma a quanto sinora detto. Come noto, benché sino ad oggi non si siano avuti tentativi di tipo « radicale » in tal senso (quali ad esempio la redazione di un codice « modello »), in questa materia si è da tempo concretamente ipotizzata l'adozione di un unico ordinamento, che sul piano culturale affonderebbe le sue radici addirittura nel diritto penale comune dell'alto medioevo⁽¹⁴⁾, sul piano politico sarebbe reso possibile dalla sostanziale omogeneità dei Paesi del vecchio continente, e sul piano economico risulterebbe giustificato da quella convergenza di interessi che costituisce il più efficace presupposto dell'unificazione e di cui sono espressione le organizzazioni europee sorte nel secondo dopoguerra.

Ma se indubbiamente anche in materia penale è ormai da più parti auspicata l'unità legislativa dell'Europa⁽¹⁵⁾, è verosimile pensare che una sua effettiva realizzazione potrebbe presentare, quanto meno nell'attuale contesto, i due aspetti negativi sopra ricordati.

In primo luogo infatti tale unità legislativa, anziché porsi come premessa di un'unificazione penale di portata mondiale, potrebbe in-

⁽¹²⁾ ANCEL, *Les nouvelles frontières du droit et le problème de l'unification*, cit., p. 8.

⁽¹³⁾ Cfr. KOERING-JOULIN, *Commentaire de la question IV*, in *Rev. int. dr. pén.*, 1984, p. 23; VOGLER, *General Report*, ivi, p. 33 ss.

⁽¹⁴⁾ Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1988, p. 909; BETTIOL, *Sull'unificazione del diritto penale europeo*, in *Prospettive per un diritto penale europeo*, cit., pp. 8-9. Sul punto, diffusamente, PAGLIARO, *Diritto penale e cultura europea*, ivi, p. 147 ss.

⁽¹⁵⁾ Sul tema cfr. AA.VV., *Prospettive per un diritto penale europeo*, cit.; AA.VV., *Droit pénal européen*, Bruxelles, 1970.

serirsi in (o costituire l'espressione di) uno schema di blocchi giuridico-politici contrapposti, con conseguente allontanamento di ogni prospettiva di ulteriori, più ampie unificazioni.

In secondo luogo, e soprattutto, una codificaione penale di rango continentale — o comunque ogni altra forma di completa unificazione penale —, lungi dal poter uniformare la realtà sottostante al suo ambito di tutela, mal si concilierebbe con quelle differenze che permangono anche fra gli Stati dell'Europa occidentale e delle quali sono in certa misura espressione le peculiarità riscontrabili all'interno degli ordinamenti penali vigenti nei singoli Paesi (16). Infatti è vero che, anche a seguito dei cospicui studi comparatistici in materia penale realizzati in Europa soprattutto a partire dal XIX secolo (17), sono venuti affermandosi, in specie in taluni Paesi mitteleuropei, sistemi penali sotto molti aspetti simili (18); è però altresì vero che, in una prospettiva di unificazione, le rispettive indiscusse affinità d'ordine generale cedono il campo a specifiche differenze determinate da cause sovente complesse e profonde, e come tali difficilmente superabili (19).

In estrema sintesi — anche circoscrivendo l'indagine ai soli Paesi di *civil law* (20) e prescindendo dagli ardui problemi connessi alla

(16) Cfr., per tutti, BETTIOL, *Il diritto penale della nuova Europa*, in Scritti giuridici, 1966, pp. 854-855.

(17) Cfr. ANCEL, *Les nouvelles frontières du droit*, cit., p. 6. Va ricordato che a partire dal 1846 furono organizzati convegni internazionali (in materia penale e penitenziaria, e che nel 1874 è stata fondata la *Commission internationale pénale et pénitentiaire*, avente ad oggetto l'indagine comparatistica e la cooperazione fra gli Stati.

(18) Cfr. ancora SOLNAR, *L'unification internationale du droit pénal*, cit., p. 720. Del resto, solo apparentemente le codificazioni del XIX secolo costituiscono un momento di frammentazione di una precedente realtà normativa sostanzialmente unitaria (sul punto cfr., per tutti, MARTORANO, *Diritto comparato e unificazione del diritto*, in *Le nuove frontiere del diritto* e 2 problema dell'unificazione, Milano, 1979, vol. II, p. 725). Esse infatti mantengono una struttura sistematica indubbiamente riconducibile alla comune derivazione romanistica; struttura che dunque rivela come l'opera comparatistica che ha accompagnato il periodo storico delle codificazioni si inserisca nell'alveo di una tradizione che affonda le sue radici nel diritto comune. Sull'apporto del diritto comparato al movimento internazionale di riforma penale, cfr., in particolare, JESCHECK, *Linee direttive del movimento internazionale di riforma penale*, in *Indice penale*, 1979, p. 181; ID., *Il significato del diritto comparato per la riforma penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 803.

(19) Cfr. SCREVEN, *Collaboration en matière pénale et tentatives d'harmonisation du droit pénal dans certains groupes d'États*, in *Droit pénal européen*, cit., pp. 611-612.

(20) Infatti, a causa della disomogeneità esistente fra i Paesi di *common law* e di *civil law* finanche per quanto concerne le fonti giuridiche, il discorso di una loro unificazione penalistica non può essere realisticamente intavolato. Cfr.

diversa estensione riconosciuta in ciascuno dei sistemi di diritto scritto al principio di legalità, in particolare per quanto concerne i maggiori o minori margini attribuiti al potere discrezionale del giudice — ardui ostacoli alla creazione di un diritto penale di portata continentale si annidano nelle peculiarità proprie alla parte generale ed alla parte speciale dei sistemi penali statuali.

Per quanto concerne la parte generale, è noto che molti dei suoi istituti vengono significativamente condizionati, in part colare, dalle correnti di pensiero scientifico predominanti nei singoli sistemi, presentando così differenze anche rimarchevoli nel caso in cui risulti prevalente, ed es., la corrente neoclassica o la corrente neopositivista⁽²¹⁾. Per quanto poi concerne la parte speciale, nei Paesi appartenenti alle aree giuridiche romanistica, centro-europea e nord-europea sussistono indubbiamente diversità sul piano socio-politico, che vengono a riflettersi sulle stesse categorie dei beni giuridici, sulla loro gerarchia e sulle modalità della tutela, dando luogo a discipline talora sensibilmente differenti, specie per taluni tipi di reato. Ed anzi il condizionamento esercitato da queste diversità appare tale da far ritenere addirittura più ardua l'unificazione della parte speciale rispetto a quella della parte generale⁽²²⁾.

Lungo il cammino verso una completa identità del diritto penale

NUVOLONE, *Problematica dell'unificazione del diritto penale dei Paesi europei*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, 1969, p. 1518.

(21) Per una disamina delle peculiarità degli istituti di parte generale nei singoli sistemi penali statuali e nei diversi orientamenti scientifici, cfr. SOLNAR, *Difficoltà e prospettive nell'unificazione del diritto penale in Europa*, in *Prospettive per un diritto penale europeo*, cit., p. 177; NUVOLONE, *Problematica dell'unificazione del diritto penale*, cit., p. 1519 ss., che sottolinea la tradizionale prevalenza in Germania della corrente neoclassica, la precipua influenza neopositivistica nei Paesi di lingua francese, il primato nei Paesi scandinavi della corrente empiristica, contraddistinta dalla convivenza di istituti improntati a concezioni filosofico-scientifiche anche antitetiche. Va tuttavia ricordato che, anche e soprattutto oggi, nei singoli Stati gli orientamenti scientifici prevalenti possono talora evolversi e mutare in modo anche repentino. Significativa in questo senso appare la doppia alternanza di gruppi di leggi di impronta marcatamente « neodefensionista » ovvero « neoclassica » avutasi in Francia, rispettivamente, negli anni '72-'78, '78-'81, '81-'85, '86-?, che ha portato a riforme talora disancorate dalle più generali linee evolutive del movimento internazionale di riforma penale.

(22) In questo senso SOLNAR, *Difficoltà e prospettive nell'unificazione del diritto penale in Europa*, cit., p. 186; NUVOLONE, *Problematica dell'unificazione del diritto penale*, cit., p. 1522. Non sembra peraltro priva di fondamento anche una interpretazione di segno opposto: per essa l'unificazione della parte speciale risulterebbe più agevole, soprattutto in quanto esiste una ormai consolidata tradizione di convenzioni fra Stati aventi ad oggetto particolari specie di delitti. Cfr. NUVOLONE, *Relazioni di sintesi*, in *Prospettive per un diritto penale europeo*, cit., p. 523.

dell'Europa occidentale — peraltro per certi aspetti auspicabile — si ergono dunque molteplici ostacoli⁽²³⁾. Cosicché anche in questa regione geografica l'avvento di un'unica codificazione penale può essere vista, a tutto concedere, come un obiettivo a lunga scadenza⁽²⁴⁾. Del resto, e realisticamente, l'ordinamento giuridico della Comunità economica europea non assorbe né si propone di assorbire gli ordinamenti penali degli Stati membri. E neppure l'attività del Consiglio d'Europa (che ha come finalità, ex art. 1 Statuto, « di realizzare un'unione più stretta fra gli Stati membri ») risulta diretta all'immediato superamento in campo penale della molteplicità dei sistemi, anche se larga parte della produzione giuridica di tale ente sottende, quale meta ultima, l'unificazione legislativa⁽²⁵⁾.

In definitiva, da tempo ormai può dirsi acquisita la consapevolezza:

a) che è sempre più necessario un ravvicinamento dei sistemi penali europei, il quale postula una strategia comune nell'ambito della lotta alla criminalità⁽²⁶⁾;

b) che tale ravvicinamento non può però tradursi in tempi brevi in un vero e proprio codice penale comune, anche e soprattutto a causa delle differenze socio-culturali tuttora esistenti fra gli Stati;

c) che per tale motivo (e a prescindere da ogni ragione d'ordine squisitamente politico) neppure sembra opportuna la promulgazione di una normativa penale comunitaria, ovvero l'introduzione di norme rigidamente uniformi negli ordinamenti nazionali, ancorché dirette a disciplinare solo circoscritti settori critici.

Al momento attuale, migliore strategia possibile sembra essere dunque quella di una semplice armonizzazione progressiva delle legislazioni statuali.

Il ravvicinamento dei sistemi penali europei nell'ambito di una comune strategia di lotta contro il crimine costituisce dunque un tema di estremo interesse. E sebbene l'armonizzazione dei sistemi possa essere vista come una meta più modesta rispetto ad ogni ipotesi di unificazione, sembra opportuno precisare subito che la sua

⁽²³⁾ Cfr., per tutti, GLASER, *Le principe de la suprématie du droit international et l'unification du droit pénal européen*, in *Prospettive per un diritto penale europeo*, cit., p. 389; più dettagliatamente CIESLAK, *Les perspectives d'unification du droit pénal*, cit., p. 162 ss.

⁽²⁴⁾ Cfr., in particolare, PEDRAZZI, *Il ravvicinamento delle legislazioni penali*, cit., p. 342; PALAZZO, *L'influenza*, cit., p. 683; PAGLIARO, *Diritto penale e cultura europea*, cit., p. 149.

⁽²⁵⁾ Cfr. PALAZZO, *L'influenza*, cit., pp. 634, 654, 682.

⁽²⁶⁾ Cfr. già SCREVEVS, *Collaboration en matière pénale*, cit., p. 599 e bibliografia ivi citata. Cfr. altresì la bibliografia citata da PEDRAZZI, *Il ravvicinamento delle legislazioni penali*, cit., p. 335, nota 12.

attuazione comporta comunque il superamento di tutta una serie di problemi formidabili. Del resto la stessa *riserva di sovranità nazionale* è stata da taluni invocata per escludere l'utilizzazione — in sede penale — di taluni degli strumenti di diritto internazionale appositamente concepiti ai fini del ravvicinamento ⁽²⁷⁾.

Infine il traguardo costituito dall'armonico coordinamento dei sistemi penali europei sembra quello, per così dire, maggiormente « neutrale » sul piano scientifico, in quanto dotato di una maggiore polivalenza. Esso infatti può essere auspicato e perseguito in una triplice prospettiva:

a) nella prospettiva ultima di una futura unificazione su scala mondiale del sistema penale (accogliendo la tesi che considera le « armonizzazioni » su base regionale come un primo passo in questa direzione);

b) nella prospettiva ultima di un'unificazione penale su scala solamente europea (accogliendo la tesi per la quale la creazione di sistemi su base regionale non deve necessariamente preludere ad un sistema penale a carattere universale) ⁽²⁸⁾;

c) nella prospettiva ultima di un « semplice » ravvicinamento — su scala europea e/o mondiale — dei sistemi penali nazionali (accogliendo la tesi che, nel rifiuto di una unificazione assoluta, auspica all'interno dei singoli sistemi non tanto l'accoglimento di soluzioni legislative formalmente identiche, quanto l'uniformità sia dei metodi d'approccio ai problemi penalistici sia dei *principi generali* ⁽²⁹⁾). Ed è proprio questa terza prospettiva la più dibattuta attualmente e la più ricca di suggestioni.

⁽²⁷⁾ In particolare, la riserva di sovranità nazionale è stata richiamata per negare l'applicabilità, in materia penale, delle direttive d'armonizzazione previste dall'art. 100 del Trattato CEE. Sul punto cfr., in particolare, BIANCARELLI, *Les principes généraux du droit communautaire applicables en matière pénale*, in *Rev. sc. crim.*, 1987, p. 131. Sul problema del ricorso alle direttive comunitarie ai fini dell'armonizzazione dei sistemi penali statuali, cfr. *infra*, § 12.

⁽²⁸⁾ Cfr. nota 8.

⁽²⁹⁾ Cfr. ANCEL, *Les nouvelles frontières du droit*, cit., p. 8.

Sezione II: LE FUNZIONI E IL « CONTENUTO » DEI PRINCIPI DI DIRITTO NELLA PROSPETTIVA DELL'ARMONIZZAZIONE PENALE

3. I caratteri e le funzioni dei « principi di diritto » rilevanti ai fini del ravvicinamento degli ordinamenti penali statuali.

Nella prospettiva di un ravvicinamento dei sistemi penali nazionali atto nel contempo a salvaguardare, nei limiti del possibile, la reciproca autonomia delle singole legislazioni e le loro peculiarità, un ruolo sempre più fondamentale vengono attualmente assumendo i « principi di diritto ». Non è certo questa la sede per tentare di fornire una loro definizione: del resto si tratterebbe di un'impresa probabilmente impossibile. Come è noto infatti, sotto questa espressione vengono racchiusi fenomeni tra loro assai diversi⁽³⁰⁾, accomunati solo da una persistente ambiguità di fondo⁽³¹⁾, che emerge con evidenza già dall'esame della terminologia utilizzata per definirli⁽³²⁾. Occorre peraltro chiarire che, nel corso di questo lavoro, il termine « principi di diritto » sarà usato come concetto di genere, ed inteso quindi in senso estensivo, cosicché esso potrà coincidere di volta in volta (salvo eventuali ulteriori specificazioni) con le molteplici categorie di « principi generali » messe in luce dalla dottrina.

Una sola cosa importa al momento sottolineare: mentre, sul piano dottrinale, l'opera di ricostruzione concettuale e di catalogazione

(30) Cfr. GAJA, voce Principi generali del diritto (diritto internazionale), in Enc. dir., vol. XXXV, 1986, p. 533 e 536. Sottolinea ad un tempo la varietà delle categorie di « principi di diritto » esistenti e la diversità dei possibili criteri di classificazione, BOBBIO, voce Principi generali di diritto, in Novis. Dig. It., vol. XIII, 1970, p. 893 ss.

(31) Cfr., da ultimo, BARTOLE, voce Principi generali del diritto (diritto costituzionale), in Enc. dir., vol. XXXV, 1986, p. 496.

(32) Sull'uso promiscuo dei termini « principio », « norma generale », « regola », ecc., cfr. BOBBIO, Principi generali di diritto, cit., p. 889 e nota 6. Peraltro, in una prospettiva comparatistica, anche fra i termini « principi giuridici », « valori », « diritti » sussistono confini imprecisi. Cfr., a titolo di esempio, la Costituzione spagnola del 1978, che da un lato sembra operare una formale differenziazione fra tali termini, dall'altro lato però non offre un agevole criterio pratico per distinguerli. Sul punto cfr. CARROZZA, *Alcuni problemi della giustizia costituzionale in Spagna*, in L'influenza dei valori costituzionali, cit., pp. 1097-1101.

dei principi di diritto è indubbiamente ancora agli inizi⁽³³⁾, si assiste attualmente ad una crescente utilizzazione dei « principi » sul piano sia legislativo sia interpretativo, in specie — come vedremo — da parte delle organizzazioni sovrastatali europee. E si può anzi dire che il riconoscimento — sul piano interno ed esterno — della funzione giurisprudenziale di precisazione e concretizzazione dei principi di diritto, se da un lato ha consentito al giudice di accentuare (o comunque rendere più evidente) la sua opera « creatrice » ed il suo ruolo nell'evoluzione del sistema giuridico⁽³⁴⁾, dall'altro lato ha messo e continua a mettere a disposizione della dottrina un materiale giurisprudenziale quanto mai ricco e stimolante in attesa di adeguata sistematizzazione.

principi di diritto, se da un lato ha consentito al giudice di adde il suo ruolo nell'evoluzione del sistema giuridico⁽³⁴⁾, dall'altro lato

Rinviando dunque ad un momento successivo ogni indagine su talune determinate categorie di « principi generali », sembra opportuno per il momento concentrare il fuoco dell'attenzione sulle ragioni dell'importanza dei principi di diritto (sempre intesi in senso latissimo) nel processo di ravvicinamento-armonizzazione dei sistemi penali europei. Tali ragioni appaiono riconducibili, a nostro avviso, ad un duplice ordine di fattori fra loro strettamente connessi: il prestigio di cui i « principi di diritto » godono e, soprattutto, la *rilevanza delle funzioni loro riconosciute*.

a) Per quanto concerne il prestigio dei principi di diritto, esso parrebbe innanzitutto riconducibile alla loro fonte, ritenuta da gran parte della dottrina, in specie internazionalistica, lo stesso diritto naturale; con la conseguenza che tali principi avrebbero una portata non solo politica, ma anche etica, fino ad identificarsi con l'equità⁽³⁵⁾, con la giustizia⁽³⁶⁾ o comunque con il « valore » della « ragione »

(33) Cfr., da ultimo, GUASTINI, *Sui principi di diritto*, in *Soggetto e principi generali del diritto*, a cura di Basciu, Milano, 1987, p. 67. L'A. individua sei distinti concetti di « principio », a ciascuno dei quali può ricondursi una intera classe di norme.

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

(35) MAGGIORE, L'equità e il suo valore *nel diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, III, 1923, p. 256 ss.

(36) Cfr. BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 11ª ed., 1982, p. 114. Cfr. altresì in particolare, DEL VECCHIO, *La giustizia*, Roma, 1951, nonché, problematicamente, OPOCHER, voce *Giustizia (filosofia)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, 1970, p. 557 ss. e, in particolare, p. 580.

(³⁷). È evidente poi che il loro prestigio permane immutato anche qualora — accogliendo una tesi cara ai costituzionalisti (³⁸) ed agli internazionalisti (³⁹) — si ritenga che i principi di diritto non trovino la loro fonte né nel diritto naturale né in quello positivo, essendo essi stessi norme originarie ed autonome del sistema.

Indipendentemente poi da ogni concezione giusnaturalistica o giurpositivistica dei principi di diritto, e premesso che ne è quasi unanimemente accettata la dimensione normativa (almeno per quanto concerne la maggior parte delle categorie di principi), il prestigio di questi sembra ascrivibile alla loro natura di « norme fondamentali » o di « norme base » dell'ordinamento giuridico (⁴⁰); o comunque, secondo tesi solo parzialmente differenti, alla loro natura di « principi-guida » o di « regole essenziali » (⁴¹).

b) Ma la posizione di centralità che i principi di diritto sono venuti assumendo nell'ambito del succitato processo di armonizzazione sembra essenzialmente ascrivibile, come detto, alla *rilevanza* delle loro funzioni. In particolare, nella prospettiva del ravvicinamento, assai utile appare la funzione sistematica dei principi di diritto, che si identifica nella loro capacità di riassumere (rectius: di sussumere direttamente) (⁴²) il contenuto dell'altre norme; di ricondurre cioè le norme particolari nell'ambito di un concetto più generale, evidenziando così i tratti salienti e fondamentali dei singoli sistemi. In tal modo i principi facilitano una proficua opera di comparazione fra i vari sistemi (che altrimenti si tradurrebbe in un lavoro infinitamente minuzioso di giustapposizione di singoli istituti), consentendo l'individuazione di quella più generale categoria di principi di diritto costituita dagli elementi comuni ad una pluralità di ordinamenti (⁴³). Tale funzione, beninteso, viene assolta solo da principi (o da categorie di principi) che siano estratti da norme particolari e dunque, per così dire, ad esse successivi, quanto meno sotto il profilo del procedimento induttivo di enucleazione.

Ancora più preziosa risulta però la funzione direttiva o *program-*

(³⁷) Cfr. PIZZORUSSO, *Le fonti del diritto*, Bologna, 1977, pp. 28-29 e bibliografia ivi citata alla nota 11.

(³⁸) Per tutti cfr. SANTI-ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 1947, p. 66.

(³⁹) Per tutti, QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Palermo, 1963, p. 89 ss.

(⁴⁰) CRISAFULLI, *A proposito dei principi generali del diritto e di una loro enunciazione legislativa*, in *Jus*, I, 1940, p. 208.

(⁴¹) Cfr. già PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, vol. I, Firenze, 1903, p. 81; RIPERT, *Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux*, in *Recueil des Cours. Académie de droit international*, XLIV, vol. II, 1933, p. 575.

(⁴²) Cfr. BOBBIO, *Principi generali di diritto*, cit., p. 895.

(⁴³) Cfr. GAJA, *Principi generali del diritto*, cit., pp. 533-534.

matica, in base alla quale i principi sono deputati ad orientare l'opera del legislatore (e dell'interprete) ⁽⁴⁴⁾, cui è peraltro consentito attuare i principi stessi in diverso grado e/o attraverso soluzioni legali differenti ⁽⁴⁵⁾. Tale funzione, che è propria dei principi di diritto in quanto *norme* indirette (postulanti cioè altre norme deputate ad attuarle) ⁽⁴⁶⁾ e indefinite (comportanti cioè una serie indefinita di applicazioni), bene mette in luce la loro elasticità e dinamicità. Caratteristiche queste che appaiono preziose nell'ambito di un processo volto alla progressiva armonizzazione di sistemi penali statuali tuttora gelosi della loro « individualità ». Ovviamente, tale funzione presuppone principi che — a differenza di quelli utilizzati in funzione sistematica — siano preesistenti alle norme particolari dirette ad attuarli. Il che peraltro, quanto meno sotto il profilo concettuale, costituisce la regola ⁽⁴⁷⁾.

Per vero, la contestuale esistenza delle funzioni *sistematica* e *direttiva*, evidenziando una sorta di « doppia anima » dei principi, potrebbe concorrere a metterne in luce l'ambiguità di fondo; o addirittura ad alimentare il sospetto che « il modello dell'utilizzazione dei principi sia null'altro che uno schema vuoto » ⁽⁴⁸⁾ « che serve a coprire di volta in volta disparate operazioni » ⁽⁴⁹⁾. Queste perplessità sembrano tuttavia, almeno in parte, superabili qualora si consideri che, come già ricordato, i principi di diritto non costituiscono una categoria unitaria, ma un *genus* comprensivo di numerose species. La funzione sistematica sarebbe quindi assolta da principi estratti da norme particolari, mentre la funzione direttiva da principi ricavati al di là e al di fuori delle singole norme del sistema positi-

⁽⁴⁴⁾ Cfr. BOBBIO, *Principi generali di diritto*, cit., p. 896; BARTOLE, *Principi generali del diritto*, cit., pp. 517-531. Cfr. altresì BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971, p. 185 ss. L'A., pur negando ai « principi » il carattere di norme, riconosce loro una funzione direttiva (per l'interprete) e programmatica (per il legislatore).

⁽⁴⁵⁾ Cfr. da ultimo BARTOLE, *Principi generali del diritto*, cit., p. 496. Cfr. altresì, PEDRAZZI, *L'influenza della produzione giuridica della CEE sul diritto penale italiano*, in *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, cit., p. 627.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. CESARINI SFORZA, *I principi generali*, in *Bollettino dell'Istituto di Filosofia del diritto*, I, 1940, p. 177; CRISAFULLI, *Sull'efficacia normativa delle disposizioni di principio nella Costituzione*, in *Scritti in memoria di Cosattini*, Trieste, 1948, p. 31. Ciò ovviamente non esclude, in una diversa prospettiva, il ricorso ai principi generali proprio per supplire all'assenza di norme particolari. Sul punto cfr., *amplius*, CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1941, pp. 237-238.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., p. 312; CRISAFULLI, *Per la determinazione*, cit., p. 239.

⁽⁴⁸⁾ BARTOLE, *Principi generali del diritto*, cit., p. 497.

⁽⁴⁹⁾ TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 385. Cfr. altresì GAJA, *Principi generali del diritto*, cit., p. 534.

vo, o comunque preesistenti ad esse⁽⁵⁰⁾. Infine, il contrasto fra le funzioni sistematica e direttiva sembra quanto meno attenuarsi qualora si consideri che anche i principi enucleati induttivamente da norme particolari possono, sia pure in un secondo momento, essere utilizzati in funzione direttivo-programmatica al pari dei principi di natura extrasistematica. Essi infatti, una volta appunto che l'interprete li abbia estratti dal frammentario ed oscuro coacervo delle singole norme, appaiono potenzialmente idonei ad orientare il legislatore, a nulla rilevando — sotto questo profilo — la loro origine intrasistematica⁽⁵¹⁾.

4. Gli aspetti « contenutistici » dei principi di diritto e la loro incidenza sull'armonizzazione degli ordinamenti penali statuali.

L'importanza funzionale (in specie direttivo-programmatica) dei principi di diritto nel quadro di ravvicinamento dei sistemi penali non risiede però soltanto nella loro attitudine a perseguire una mera armonizzazione priva di connotati « valutativi ». Infatti, accanto ad una dimensione meramente « tecnico-strumentale », idonea appunto a facilitare il processo di armonizzazione legislativa, i principi sono caratterizzati altresì da una peculiare dimensione « contenutistica », atta ad indirizzare tale processo verso particolari « valori ». Più precisamente:

a) In forza della propria *dimensione* per così dire « tecnico-strumentale » i principi di diritto risultano improntati — come in precedenza già accennato — ad una logica « elastica » di graduazione, la quale sottende la possibilità di norme di attuazione (o comunque subordinate) aventi un diverso grado di conformità al « principio » ad esse sovraordinato. È appunto questa « elasticità » — propria anche degli *standards* e delle *direttive*⁽⁵²⁾ — che, nell'ambito della fun-

(50) Cfr. BOBBIO, *Principi generali di diritto*, cit., p. 895.

(51) Sottolinea implicitamente il rapporto dialettico intercorrente tra funzione sistematica e funzione direttiva CRISAFULLI, *Per la determinazione*, cit., p. 160, nota 28. Osserva l'A.: « In due modi possono, infatti, le norme particolari derivare da un principio generale: perché rappresentano vere e proprie specificazioni ed esplicazioni particolari di esso... ovvero, più largamente, perché lo presuppongono, pur senza svolgerne immediatamente il precetto: sicché... la presenza di quelle date norme particolari rimanda l'interprete ai principi che esse presuppongono ».

(52) Cfr. DELMAS-MARTY, *Des principes directeurs de politique criminelle pour l'Europe*, rapport introductif, in *Rev. sc. crim.*, 1987, p. 28 ss. L'A., rifacendosi agli studi di kambert e della Scuola di Lione e a quelli più recenti di St. Rials, sottolinea la differenza esistente fra due diversi « modi di espressione del diritto »: le regole di diritto e le direttive (*e standards*). Le prime (connesse all'esistenza di una legge scritta), si presentano in « forma di sillogismo: regola

zione direttiva (e salvo le riserve formulate *infra*, al par. 5) consente l'armonico coordinamento di norme d'attuazione⁽⁵³⁾ pur fra loro distinte;

b) in forza poi della loro dimensione « contenutistica », i principi di diritto, lungi dal consentire alle norme derivate di essere « forma per qualsiasi esperienza »⁽⁵⁴⁾, tendono ad improntarle ai « valori » del proprio tempo. Non importa stabilire qui se sia il solo connotato della « generalità » dei principi di diritto a favorire una sorta di loro diretta osmosi con quelle formule generiche in cui si traduce l'ordine etico⁽⁵⁵⁾, ovvero se — in una prospettiva diversa ma complementare — anche l'ampio spazio lasciato dai principi all'attività interpretativa contribuisca significativamente al loro sviluppo in chiave teleologica ed assiologica, in virtù essenzialmente di quei processi di eterointegrazione normativa, incentrati su giudizi di valore, ben noti alla dottrina⁽⁵⁶⁾. Resta il fatto che, anche prescindendo da una concezione strettamente giusnaturalistica, i principi di diritto, in ragione della loro stessa struttura, sembrano presentare un contenuto che tende storicamente ad imporsi quale modello positivo. In questo senso la funzione direttiva dei principi nella prospettiva del ravvicinamento appare rilevante, in quanto non si limita a facilitare l'armonizzazione ma, incanalandola appunto entro contenuti di « valore », tende ad introdurre, in tale processo di armonizzazione, il problema dell'intrinseca qualità *del* diritto. Del resto, i principi di diritto si sono particolarmente imposti all'attenzione della scienza giuridica proprio nei periodi contraddistinti da una più acuta sensibilità verso le questioni connesse agli aspetti « contenutistici » della legge.

In proposito — e facendo riferimento solo ai tempi recenti — significativo appare l'interesse tributato ai principi all'epoca del « ritorno giusnaturalista » successivo alla caduta del regime nazista e

di diritto/dichiarazione di fatto/dispositivo o sentenza ». Per contro le direttive e gli *standards* (tipici dell'esperienza giuridica anglosassone), sfuggono ad una logica binaria ed introducono una logica « sfumata », fondata anziché sul binomio appartenenza/non appartenenza, sul grado di appartenenza. In tal modo è consentito « dire che una certa procedura è più o meno conforme alla direttiva invocata, la decisione finale supponendo che sia stabilita una soglia al di là della quale la procedura in questione sarà giudicata non conforme ».

⁽⁵³⁾ Cfr. in particolare, ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé*, cit., p. 84 ss.; DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, cit., p. 297.

⁽⁵⁴⁾ PARESCHE, Presentazione a WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale*, Milano, 1965, p. XVI.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 3ª ed., Padova, 1951, p. 90.

⁽⁵⁶⁾ Cfr., in particolare, CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954. Cfr. altresì, da ultimo, MELCHIOR, *Notions « vagues » ou « indéterminées » et « Zones » dans la Convention européenne des Droits de l'Homme*, in *Protecting Human Rights: The European Dimension*. Studies in honour of G. J. Wiarda, Koln, 1988, p. 413 ss.

fascista; ritorno nell'ambito del quale, come noto, si affermava, contro la « vigenza illimitata del diritto positivo », la supremazia di un diritto naturale ai cui principi la norma positiva deve conformarsi, pena il suo declassamento da *diritto* in *ingiustizia*. Pur essendo essenzialmente coinciso con il periodo dell'immediato dopoguerra, tale ritorno del diritto naturale — quanto meno nella configurazione storicistica che è venuto assumendo ⁽⁵⁷⁾ — può dirsi ancora (e perennemente) attuale (*).

Ma significativo appare altresì l'interesse tributato ai principi nell'attuale momento storico, nell'ambito dell'accresciuta consapevolezza delle Intrinseche esigenze di *razionalità* della legislazione ⁽⁵⁹⁾; consapevolezza che sembra favorire una ulteriore rinascita del diritto naturale, inteso però questa volta non quale *fondamento assiologico* del diritto positivo, atto a rendere quest'ultimo *retto* e *giusto*, ma quale *modello logico* di *riferimento*, atto quindi a canalizzare la volontà legislativa entro schemi razionali.

Alla luce di quanto sin qui detto, può meglio comprendersi nei suoi vari aspetti il ruolo « direttivo » assolto dai principi di diritto nella prospettiva dell'avvicinamento dei sistemi penali. Essi appaiono strumento prestigioso ed insostituibile di una armonica coordinazione finalizzata al perseguimento di valori fondamentali evolvendosi nella storia quali la giustizia e la razionalità.

Tuttavia, pur inducendo a pensare ad un diritto positivo in qualche modo « limitato », per quanto concerne i suoi possibili contenuti,

(57) Cfr., tra gli altri, WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale*, cit.; KAUFFMANN, *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, Tübingen, 1957; FASSÒ, *La legge della ragione*, Bologna, 1964; PERTICONE, voce *Diritto naturale (teoria moderna)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. IV, p. 954.

(58) Sul tema dell'« eterno ritorno del diritto naturale » cfr. già LANDSBERG, *Zur ewigen Wiederkehr des Naturrechts*, in *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 1925, p. 348 ss.; ROMMEN, *Le droit naturel (Die ewige Wiederkehr des Naturrechts)*, Paris, 1945 (ma 1936). Sulla « rinascita » del diritto naturale nel secondo dopoguerra cfr. la puntuale bibliografia riportata da MORELLI, in *Il diritto naturale nelle Costituzioni moderne*, Milano, 1974, p. 18, nota 1 e 2.

(59) Da un punto di vista generale, tali esigenze di razionalità sembrano il prodotto dell'acquisita coscienza dell'attuale situazione di marasma legislativo derivante, in specie, dalla *inflazione legislativa* e dalla *cattiva tecnica di formulazione delle leggi*. In campo penale, poi, l'attuale sensibilità alle esigenze di razionalità normativa sembra costituire anche una forma di reazione agli irrazionalismi emotivi della legislazione d'emergenza. Infine, con specifico riferimento alla problematica dell'avvicinamento dei sistemi penali, questa sensibilità sembra riconducibile anche e soprattutto alla accresciuta convinzione che la legislazione penale deve inserirsi in una strategia unitaria di lotta contro il crimine meditata e razionalmente fondata. Sottolinea lo stretto collegamento esistente fra il tema dei principi generali e la problematica della metodologia della scienza giuridica BARTOLE, *Principi generali del diritto*, cit., p. 523.

da parametri riecheggianti ascendenze giusnaturalistiche, i principi non vengono a porsi necessariamente in contrasto con una concezione positivista del diritto. Si può infatti dire che essi presentano, a seconda della prospettiva d'osservazione, due diverse fisionomie peraltro fra loro complementari.

a) Nella prospettiva giusnaturalista i principi di diritto, adombrando una dimensione metagiuridica sovraordinata al diritto positivo, si presentano come argine al « relativismo » di quest'ultimo, impedendo così che il *jus conditum* venga ad identificarsi nella forza e dunque, potenzialmente, nell'ingiustizia e nell'irrazionalismo della volontà legislativa. Presupponendo l'esistenza di norme positive destinate a darvi attuazione in diverso modo e misura, i principi di diritto finiscono dunque per riproporre, in versione aggiornata, quel « diritto naturale a contenuto variabile »⁽⁶⁰⁾ che, nel pensiero di una dottrina particolarmente in auge all'inizio del secolo⁽⁶¹⁾, doveva costituire il nucleo comune al diritto dell'umanità civile, atto a consentire, all'interno di « linee di fondo » a carattere universale, il mantenimento dell'individualità dei singoli sistemi statuali.

b) Viceversa, nella prospettiva positivista, i principi di diritto, in forza della loro individuazione da parte del legislatore o dell'interprete, costituiscono la massima espressione del tentativo di positivizzare, sia nel diritto legislativo sia nel diritto vivente di elaborazione giurisprudenziale, elementi di valore (intesi nella loro dimensione storicistica) in quanto elementi intrinseci ed immanenti del sistema giuridico. O — in un'ottica appena differente — la massima espressione del tentativo di ricondurre efficacia giuridica a elementi meta-giuridici, ma solo in quanto recepiti in norme di diritto positivo, ancorché appunto espresse in forma di principi direttivi.

⁽⁶⁰⁾ L'espressione risulta usata da STAMMLER, in *Wirtschaft und Recht*, Leipzig, 1906, p. 185. Utilizzato originariamente in riferimento alle teorie relativistiche di G. Radbruch e M. E. Mayer, dirette a fornire una determinazione assiologica di contenuto al diritto, pur negando al contempo il valore assoluto di questo contenuto, il termine « diritto naturale a contenuto variabile » sembra altresì prestarsi a rivestire un significato definitorio meno rigido, e ad indicare pertanto un diritto naturale inteso « come una specie di cornice giuridica, che contiene solo alcuni profili generali, lasciando tutto il resto! al diritto positivo ». WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale*, cit., p. 338.

⁽⁶¹⁾ Cfr. CATHEIN, *Naturrecht und positives Recht*, 1909, p. 279; MAUSBACH, *Die Katholische Morallehre*, II ed., 1902, p. 168 ss.; SALEILLES, in *Revue trimestrelle de droit civil*, 1902, p. 112. Cfr. altresì, successivamente, BOUCAUD, *Les perspectives historiques et philosophiques du droit comparé*, in *Mélanges Lambert*, I, cit., p. 301 ss. e, in particolare, p. 308; ROMMEN, *Le droit naturel*, cit., p. 290. Cfr. ancora, nel periodo di « rinascita giusnaturalista » successivo alla seconda guerra mondiale, SCHOLLGEN, *Konkrete Ethik*, in *Wort und Wahrheit*, XIV, 1959, p. 91; HENNING, *Der Masstab des Rechts im Rechtsdenken der Gegenwart*, 1961.

Superando le opposte formulazioni di tipo giusnaturalista o anti-giusnaturalista, i principi di diritto nell'attuale contesto storico riaffermano la centralità della questione afferente al contenuto del diritto, e reintroducono in seno al positivismo l'eterna questione relativa al limite fra ciò che può e ciò che non può essere diritto⁽⁶²⁾, la questione cioè concernente la qualità della legge.

5. Il processo di positivizzazione dei principi di diritto penale nel diritto interno e nel diritto internazionale.

Si è sin qui visto come ai principi di diritto sia connaturata una funzione di ravvicinamento degli ordinamenti penali attuata nel segno di valori storicamente connotati. In questa prospettiva, il radicamento dei principi nel sistema giuridico può essere visto come il punto d'incontro fra diritto naturale e diritto positivo. I principi divengono cioè espressione, contestualmente, sia di un diritto naturale ormai calato nella storia (trasformatosi cioè via via da concezione antistorica e aprioristica di norme assolute ed eterne a teoria del diritto « a contenuto variabile », ed infine a insieme di principi fondamentali non astratti ma storicamente determinati)⁽⁶³⁾, sia di un diritto positivo privato dei suoi connotati più spiccatamente scientifico-antigiusnaturalistici⁽⁶⁴⁾, e concepito quindi quale mezzo per l'attuazione dei « valori » del proprio tempo.

Non è certo il caso di affrontare in questa sede la complessa tematica — nella quale confluiscono molte delle ardue questioni relative alla cosiddetta « positivizzazione del diritto naturale » — concernente il processo attraverso il quale i principi vengono progressivamente recepiti nei sistemi giuridici. Quello che invece importa sottolineare subito è che i principi di diritto, ancorché apparentemente equivalenti nella loro formulazione sintetica o addirittura formalmente identici, tendono ad assumere una autonomia e, per così dire, una « vita » propria in ciascuno degli insiemi normativi in cui sono accolti e sviluppati. Ciò risulta evidente qualora si rifletta ancora una volta sul fatto che i principi sono norme indefinite ed indirette, la cui concreta incidenza sul sistema positivo risulta pertanto condizionata, in linea di massi-

⁽⁶²⁾ Cfr., da ultimo, EWALD, *L'État providence*, 1986, p. 39 ss. e 508 ss.

⁽⁶³⁾ Cfr. PERTICONE, *Diritto naturale*, cit., pp. 954-955.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. CATTANEO, voce Positivismo giuridico, in *Noviss. Dig. It.*, XIII, 1980, p. 322. L'A. inette in luce l'estrema varietà di significati del termine « positivismo giuridico », al quale sono riconducibili, in particolare, sia « una concezione legalistica del diritto di origine giusnaturalistica », sia « una dottrina scientifica del diritto di origine nettamente antigiusnaturalistica ».

ma, sia ai « sottoprincipi » da essi ricavati da parte dell'interprete, sia infine alle norme subordinate di attuazione ad essi riconducibili. L'effettivo impatto dei principi nei singoli sistemi non viene quindi a dipendere tanto dalla terminologia utilizzata per esprimerli ⁽⁶⁵⁾ (che per i suoi limiti intrinseci risulta non pienamente chiarificatrice, e che tra l'altro manca nei principi a forma inespressa, afferrabili cioè solo attraverso l'opera dell'interprete), quanto piuttosto dall'opera di concretizzazione e specificazione attuata nei diversi sistemi dal legislatore e dall'interprete. Opera dalla quale emerge l'obiettivo contenuto « sostanziale » riconosciuto a ciascun principio nei singoli ordinamenti, ovvero — ill una prospettiva dinamica — dalla quale si evince l'evoluzione del principio stesso e della cultura giuridica che in ciascun sistema lo modella.

Il rischio inevitabilmente sotteso a tutto questo è che — a causa della « discrezionalità » insita nel processo di trasposizione dei principi in norme positive ⁽⁶⁶⁾ — uno stesso principio richiamato in (o ricavato da) due diversi sistemi finisca col dare luogo a « sviluppi normativi » diversi; e ciò sia nel caso (fisiologico) in cui l'opera di attuazione legislativa ed interpretativa tenda a conferire all'interno dei due sistemi in questione — per i motivi politici, sociali, culturali più diversi — distinte soglie di conformità al principio stesso, sia nel caso (patologico) in cui tale opera — sempre per i motivi più diversi — dia in concreto luogo nei due sistemi a processi deduttivi erronei o comunque disomogenei fra loro, destinati quindi ad approdare alla eterogeneità, se non addirittura alla estraneità e alla inconciliabilità dei relativi sottoprincipi estratti dall'interprete e delle rispettive norme d'attuazione ⁽⁶⁷⁾.

Ora, l'influenza esercitata dalle diverse componenti di ciascun sistema sul contenuto stesso dei principi di diritto, o meglio sul loro

⁽⁶⁵⁾ Nell'ambito del problema dell'interpretazione dei principi espressi, sottolinea l'inutilità di una mera esegesi del dato letterale GREGORI, Il problema del metodo nell'interpretazione dei diritti dell'uomo illustrato con casi di diritto e procedura penale, in Studi in memoria di G. Delitala, Milano, 1984, p. 520 ss.

⁽⁶⁶⁾ Sul punto cfr., per tutti, TARELLO, L'interpretazione, cit., in specie p. 382 ss. Cfr. altresì, da ultimo, SORRENTINO, Interpretazione e applicazione dei principi generali del diritto, in Soggetto e principi generali del diritto, cit., p. 89 ss.

⁽⁶⁷⁾ Ovviamente, l'eventualità di una « diversificazione in concreto » dei processi deduttivi, e più in generale l'eventualità di una loro « falsificabilità », risulta tanto più facile quanto più sia elevato il livello di astrattezza e genericità del principio stesso (ovvero quanto più sia elevato il suo grado di indeterminazione). La dottrina ha a più riprese sottolineato il rischio di possibili alterazioni e manipolazioni dei processi deduttivi messi in opera in sede di trasposizione del principio nelle norme di attuazione. Cfr., ad esempio, CRISAFULLI, Per la determinazione, cit., p. 159. Sul punto si fa rinvio al par. 7, ed in particolare alla nota 108.

processo storico di definizione, concretizzazione ed evoluzione⁽⁶⁸⁾, non è sfuggita alla stessa dottrina penale-comparatistica; la quale, nell'ambito delle molteplici classificazioni e suddivisioni ipotizzabili in relazione ai principi di diritto⁽⁶⁹⁾ (ed in particolare in relazione ai principi di diritto influenti in materia penale), tende appunto a distinguerli innanzitutto in base ai sistemi normativi in cui essi risultano di volta in volta recepiti e sviluppati⁽⁷⁰⁾.

Questa specifica distinzione viene qui mantenuta. Pertanto nel presente lavoro, nell'ambito del tentativo di vagliare l'eventuale apporto dei principi di diritto al processo di ravvicinamento e armonizzazione degli ordinamenti penali nazionali, i principi stessi saranno distinti a seconda degli insiemi normativi in cui vengono a radicarsi: ed in proposito può essere utile operare una preliminare e fondamentale differenziazione a seconda che i principi siano accolti nel diritto interno ovvero nel diritto internazionale. In relazione ai principi di diritto *interno*, ne farebbero parte in particolare i principi recepiti a livello sia di Costituzione (c.d. principi costituzionali) sia di legge ordinaria (c.d. principi generali del diritto)⁽⁷¹⁾. Pur essendo stati presi in esame sotto vari profili⁽⁷²⁾, i rapporti tra principi costituzionali e principi generali, già di per sé complessi, divengono estremamente intricati in una prospettiva comparatistica, date le rilevanti differenze sul punto riscontrabili nei singoli sistemi europei.

Qui basterà ricordare tre cose. La prima riguarda l'irrilevanza di una distinzione fondata sul requisito della «generalità»; tutti i principi infatti (sia «costituzionali» sia «generali»), in quanto norme

(68) Il ruolo centrale svolto dall'interprete nel processo di «materializzazione» dei principi di diritto viene messo in particolare risalto da quella dottrina che riconosce in essi lo strumento privilegiato attraverso il quale si afferma la funzione giurisprudenziale di trasfusione del sistema giuridico. Cfr. per tutti ESSER, *Grundsatz und Norm*, cit., p. 52 ss.

(69) Cfr. BOBBIO, *Principi generali di diritto*, cit., p. 893 ss.

(70) Una siffatta distinzione è stata recentemente riproposta nell'ambito del convegno su *Des principes directeurs de politique criminelle pour l'Europe*, svoltosi a Parigi il 22-23 maggio 1986 in occasione della ricorrenza del cinquantenario della *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*. Gli atti del convegno, e quelli della tavola rotonda che ad esso ha fatto seguito, in merito alle *Lignes directrices pour une harmonisation européenne en matière pénale*, sono stati pubblicati dalla stessa *Revue de science criminelle* (1987, fasc. 1).

(71) Cfr., da ultimo, CAPELLI, *I principi generali come fonte di diritto*, in *Dir. comunitario e degli scambi internazionali*, 1986, p. 542. L'A. sottolinea la necessità teorica di operare una netta distinzione fra principi costituzionali (da lui qualificati «principi fondamentali di applicazione diretta») e principi generali di diritto.

(72) Cfr., in particolare, CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, p. 27 ss. e 51 ss.

indefinite ed *indirette*, presentano — anche se in misura maggiore o minore — il requisito della generalità ⁽⁷³⁾.

La seconda concerne la scarsa significatività dell'eventuale natura espressa o inespressa ⁽⁷⁴⁾ propria alle due categorie in esame. dato che, fra l'altro, ciò sembra incidere solo marginalmente sulle possibili utilizzazioni dei principi stessi ⁽⁷⁵⁾.

La terza attiene alla problematicità di una differenziazione incentrata sul loro diverso grado gerarchico. Invero questa distinzione sembrerebbe la più significativa, posto che i principi generali — o quanto meno una parte di essi — risulterebbero privi di « copertura costituzionale » ⁽⁷⁶⁾. Senonché un'indagine comparatistica rivela l'assoluta mancanza di un consolidamento a carattere generalizzato delle reciproche posizioni, nella gerarchia delle norme, fra principi generali e

⁽⁷³⁾ Cfr. BETTI, Interpretazione della legge, cit., p. 312; BOBBIO, Principi generali di diritto, cit., p. 894. Cfr. altresì CRISAFULLI, Sull'efficacia normativa, cit., p. 32.

⁽⁷⁴⁾ Per una critica alla tesi restrittiva, « la quale riduce i principi generali a quelli impliciti e desumibili astrattamente dalle norme particolari espresse », cfr. già CRISAFULLI, Per la determinazione, cit., p. 41 ss. e, in specie, p. 156. Cfr. altresì, da ultimo, CAPELLI, I principi generali, cit., p. 543, il quale ricomprende all'interno della categoria « principi generali di diritto » sia i « principi generali codificati » sia i « principi generali non scritti ». Per contro, in un periodo assai precedente alla promulgazione della Costituzione, una significativa parte della dottrina faceva rientrare nel concetto di « principi generali » solo i principi inespressi (o tacitamente posti) (cfr., fra gli altri, COVIELLO, Manuale di diritto civile italiano, parte generale, Milano, 1929, p. 38; STOLFI, Diritto civile, I, Torino, 1919, p. 614, nota 1). Una riaffermazione dell'inammissibilità di principi generali formulati si è avuta da parte di quanti, negli anni immediatamente precedenti la promulgazione del codice civile, si sono opposti all'idea di codificare i principi generali (richiamati allora dall'art. 3 delle disposizioni preliminari al codice civile). Cfr. SANTORO PASSARELLI, *Riflessioni sulla formulazione legislativa dei principi generali di diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1940, p. 270 ss.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. CRISAFULLI, Per la determinazione, cit., p. 40 ss. È però vero da un lato che, se non sotto il profilo qualitativo, una differenza sussisterebbe almeno sotto il profilo quantitativo, dato che « la delegazione consentita dai principi inespressi è più ampia di quella accordata da quelli espressi » (BARTOLE, voce Principi generali del diritto, cit., p. 498). Dall'altro lato è vero che — pur nella consapevolezza dell'intima connessione esistente fra le due funzioni — i primi (principi inespressi) appaiono tendenzialmente proiettati in funzione sistematica mentre i secondi (principi espressi) in funzione direttiva.

⁽⁷⁶⁾ Posto infatti che in Italia « la formulazione nella Carta costituzionale di principi generali già per l'innanzi presenti ed operanti nell'ordinamento giuridico (c.d. principi confermativi) viene a conferire ai principi stessi carattere formalmente costituzionale » (CRISAFULLI, *Sull'efficacia normativa*, cit., p. 36), solo i principi generali non previsti esplicitamente o implicitamente dalla Costituzione sarebbero gerarchicamente equiparati alla legge ordinaria, e dunque derogabili dalle norme particolari contrastanti con essi. Sul punto, CRISAFULLI, Per la determinazione, cit., p. 244 ss.

principi costituzionali⁽⁷⁷⁾, con il risultato che, a seconda del sistema giuridico di volta in volta preso in esame, gli uni potranno risultare o meno subordinati agli altri, con evidenti immediati riflessi su ogni eventuale giudizio di prevalenza, soccombenza o bilanciamento⁽⁷⁸⁾.

Piuttosto che impegnarsi in operazioni di frazionamento e differenziazione dei principi di diritto interno, si è ritenuto preferibile ai circoscritti fini di questo studio ricomprenderli in una più ampia categoria concettuale (quella appunto dei « principi di diritto interno »), ottenuta elevando a elemento primario e caratterizzante il fatto che in essi le comuni funzioni sistematica e normogenetica risultano tendenzialmente circoscritte all'ambito territoriale dei singoli Stati. Ciò non toglie che, nella prospettiva del ravvicinamento dei sistemi penali, i principi generali possano presentare rispetto ai principi costituzionali talune peculiarità (cfr. *infra*, par. 8).

In relazione invece ai principi cosiddetti di diritto internazionale, occorre subito precisare che l'economia del presente lavoro porta a prescindere dalla disamina dei « principi generali riconosciuti dalle nazioni civili » di cui all'art. 38 § 3 dello Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale e all'art. 38 § 1C dello Statuto della Corte internazionale di giustizia.

Nella prospettiva dell'avvicinamento dei sistemi penali europei, di

(77) Il quadro dei rapporti esistenti fra principi generali e principi costituzionali si presenta, per così dire, ancora più variegato e fluido alla luce del fatto che la posizione gerarchica dei primi rispetto ai secondi, risulta in taluni casi, modificabile in sede giurisprudenziale. Significativa appare in questo senso l'evoluzione in Francia dei « principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della Repubblica », elevati a « nuova categoria costituzionale » da una sentenza del Consiglio costituzionale del 16 luglio 1971 (cfr. RIVERO, *Les « principes fondamentaux » reconnus par les lois de la République » une nouvelle catégorie constitutionnelle?*, in *Recueil Dalloz*, 1972, *Chronique*, p. 265 ss.; LUCHAIRE, *Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1981, p. 285 ss.); sentenza che, fra tutte, rende palese la funzione di creazione del diritto assolta dal Consiglio costituzionale (cfr. RIVERO, *Rapport de synthèse, La protection des droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles en Europe*, *ivi*, p. 662). In una prospettiva non molto dissimile — atta ad evidenziare ancor più chiaramente l'attitudine della giurisprudenza a trasformare i principi generali in norme positive, financo di rango costituzionale — si collocano talune attribuzioni del Tribunale federale svizzero. Esso ha infatti la possibilità di elevare alla dignità costituzionale principi assolutamente non previsti dalla Costituzione svizzera (c.d. principi costituzionali non scritti). Viene così in luce la funzione non meramente interpretativa, ma creatrice del Tribunale federale, diretta a « integrare » e « perfezionare » la Costituzione. Cfr. OHLINGER, *Objet et portée de la protection des droits fondamentaux*, *ivi*, p. 543 ss.

(78) Nell'ambito di tale giudizio fra principi appartenenti alle due summenzionate categorie risulterà quindi determinante la reciproca, peculiare posizione nella gerarchia delle fonti, a prescindere dal carattere espresso o inespresso degli uni o degli altri.

estremo interesse risulterebbe invece un'indagine sui principi di diritto emergenti nell'ambito della produzione giuridica in materia penale del Consiglio di Europa. Tuttavia, stante la grande abbondanza di materiale, si tratterebbe di un'impresa molto impegnativa, in cui comunque la dottrina non risulta essersi ancora cimentata. Di fatto, si è appena iniziato ad approfondire il ruolo svolto nel processo di armonizzazione penale dai principi sanciti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e dai protocolli addizionali. Solo a tali principi pertanto, fra quelli previsti o ricavabili all'interno del materiale normativo elaborato dal Consiglio d'Europa ⁽⁷⁹⁾, si farà riferimento in questa sede; principi la cui flessibilità e dinamicità viene esaltata dall'attività della Corte europea dei diritti dell'uomo la quale — come vedremo meglio successivamente — stabilisce la compatibilità o meno della normativa vigente nei singoli Stati ai principi della Convenzione, svolgendo quindi una potente funzione, ad un tempo, di « concietizzazione » dei principi e di armonizzazione dei sistemi penali degli Stati membri.

Ma esiste un'altra categoria di principi di diritto atti ad incidere in misura significativa sul processo di avvicinamento dei sistemi penali europei (o quanto meno su una cospicua parte di essi). Si tratta di quelli che potrebbero essere definiti i « principi di diritto comunitario » elaborati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee nell'ambito del processo di costruzione d'un sistema efficace di protezione dei cosiddetti « diritti fondamentali ». Come noto, essi vengono ricavati da tre insiemi normativi. In primo luogo dai Trattati comunitari (i quali, in assenza di un esplicito ed esauriente catalogo di diritti fondamentali ⁽⁸⁰⁾, contengono solo — in relazione a tali diritti — disposizioni frammentarie ed eterogenee, riconducibili ad un insieme necessariamente circoscritto di principi) ⁽⁸¹⁾; in secondo luogo da talune convenzioni, ed in specie dalla Con-

⁽⁷⁹⁾ In particolare, numerosi principi in materia di « diritti dell'uomo » sono rinvenibili, tra le altre, nelle convenzioni relative all'estradizione, all'assistenza giudiziaria, al risarcimento delle vittime di reati di violenza, alla prevenzione e repressione del genocidio, alle sostanze stupefacenti, ecc. E principi di rilievo penale sono espressi o sottesi alla ulteriore produzione giuridica elaborata dal Consiglio d'Europa, comprendente in particolare quelle risoluzioni e raccomandazioni che — anche se prive di forza vincolante — possono incidere sulla fisionomia dei sistemi penali e più in generale sulle scelte di politica criminale dei Paesi europei. Sul punto cfr. AMADIO, L'attività del Consiglio d'Europa e il processo penale italiano, in L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano, a cura di M. Cappelletti e A. Pizzorusso, Milano, 1982, p. 567 ss.

⁽⁸⁰⁾ Cfr. in proposito le osservazioni di PESCATORE, *Les droits de l'homme et l'intégration européenne*, in *Cahiers de Droit Européen*, 1968, p. 629 ss.

⁽⁸¹⁾ Quali il principio di legalità, di uguaglianza, di libertà. Cfr. già l'originale studio di VON DER GROEBEN, *Über das Problem der Grundrechte in der euro-*

venzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (i cui principi assurgono, attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia, a fonti di diritto comunitario: « se non fonti primarie, direttamente generatrici di diritto »⁽⁸²⁾, almeno fonti di conoscenza, indicatrici del diritto »)⁽⁸³⁾; in terzo luogo dalle Costituzioni degli Stati membri, in relazione ai quali principi, peraltro, la Corte non mira a rinvenire un minimo denominatore comune né a stabilire una « media » rispetto al livello di tutela espresso riguardo ai singoli principi in ciascun sistema costituzionale, « ma a determinare l'ordine giuridico nazionale che garantisce il più alto grado di protezione (allo stesso principio), sotto riserva della sua compatibilità con gli obiettivi comunitari »⁽⁸⁴⁾.

Nell'ambito di questo studio, pertanto, l'attitudine dei principi di diritto ad armonizzare fra loro i sistemi penali degli Stati europei, e l'effettiva incidenza dei principi in tale processo di ravvicinamento saranno valutate facendo riferimento ai tre succitati insiemi di principi: i principi di diritto interno (costituzionali e generali); i principi sanciti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo; i principi di diritto comunitario⁽⁸⁵⁾.

paischen Gemeinschaft, in Festschrift *Hallstein*, 1966, p. 226 ss. Sul punto cfr., *amplius*, il par. 12 e nota 333.

⁽⁸²⁾ Dato che la Comunità europea non ha aderito alla Convenzione di Roma del 1950. Sottolinea peraltro come, anche in assenza di una formale adesione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, quest'ultima risulti già a tutti gli effetti « in vigore per le Comunità e nelle Comunità », PESCATORE, *La Cour de justice de Communautés européennes et la Convention européenne des Droits de l'Homme*, in *Studies in honour of G.H. Wiarda*, cit., p. 451 ss., e bibliografia ivi riportata. Per una sintetica panoramica delle ragioni che inducono ad escludere anche per un futuro prossimo l'adesione della Comunità europea alla Convenzione, cfr. per tutti DAUSES, *La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire*, in *Rev. tr. dr. europ.*, 1984, p. 418 ss.; MARCOUX, *Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la communauté économique européenne*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1983, p. 728 ss. Cfr. altresì AA.VV., *L'adhésion des Communautés à la Convention européenne des droits de l'homme - Annexes - Mémoire de la Commission, Deuxième partie, Objections à l'adhésion de la Communauté*, Bruxelles, 1981, p. 144 ss.

⁽⁸³⁾ DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, cit., p. 327. Cfr. altresì PERNICE, *Grundrechtsgehalte im europäischen Gemeinschaftsrecht*, 1979, p. 135.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. DELMAS-MARTY, *Rapport introductif*, cit., p. 31.

⁽⁸⁵⁾ In questa sede l'espressione « principi di diritto comunitario » è dunque utilizzata in senso ampio, in quanto viene a ricomprendere, oltre alle disposizioni di principio contenute nei Trattati (Atto unico incluso), anche tutti gli ulteriori principi ricavati dalla Corte di Giustizia in materia di « diritti fondamentali ». Per una accezione più ristretta dell'espressione in questione, cfr. MONACO, *I limiti dell'ordinamento comunitario*, in *Foro padano*, IV, c. 13, per il quale i principi generali del diritto comunitario « in quanto propri di un ordinamento parziale, non contemplano i diritti fondamentali ». In quest'ultima accezione cfr. anche RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, Padova, 1984, p. 473,

Sezione III: I « PRINCIPE DI DIRITTO INTERNO » E L'ARMONIZZAZIONE DEGLI ORDINAMENTI PENALI EUROPEI

6. Le analogie riscontrabili nelle Costituzioni europee e le loro cause.

Il ruolo svolto dai principi di diritto interno, in specie costituzionali, nell'ambito dell'armonizzazione dei sistemi penali europei, appare problematico e controverso; così come del resto, da un punto di vista più generale, problematica risulta la stessa funzione di ravvicinamento degli ordinamenti giuridici europei svolta dalle Costituzioni degli Stati del vecchio continente. Occorre comunque innanzitutto precisare che tale funzione sembrerebbe assolta dalle Carte fondamentali in due diverse prospettive.

In primo luogo, il ravvicinamento sarebbe ottenuto in forza dell'inserimento all'interno delle Costituzioni di norme esplicitamente finalizzate a conformare l'ordinamento statale al diritto internazionale. Si tratta di un fenomeno ben noto, che è risultato vieppiù generalizzato a partire dal primo dopoguerra⁽⁸⁶⁾.

Data anche la parziale estraneità, rispetto al tema trattato, di questo specifico aspetto della funzione di ravvicinamento assolta dalle Costituzioni, non è certo il caso di approfondire e sottoporre a critica le argomentazioni di quella dottrina⁽⁸⁷⁾ — facente capo in particolare alla scuola austriaca — che già all'inizio del secolo vedeva in siffatte norme costituzionali una espressione positiva della concezione cosiddetta ■ monista » del diritto, affermando il primato del diritto internazionale⁽⁸⁸⁾; concezione quindi in base alla quale « i

il quale riconduce all'interno dei principi di diritto comunitario solo le norme di principio dei trattati comunitari.

⁽⁸⁶⁾ In particolare, a tal fine erano dirette talune disposizioni delle Costituzioni promulgate in questo periodo in Germania (art. 4), Austria (art. 9), Estonia (art. 4) e Spagna (art. 7). Analoghe disposizioni erano tuttavia rinvenibili già in talune Costituzioni prebelliche, quali le Costituzioni statunitense (art. 6), argentina (art. 31) e svizzera (art. 113). Sul punto, ampiamente, MORELLI (Gaetano), *L'adattamento del diritto interno al diritto internazionale in alcune recenti Costituzioni*, Modena, 1933, p. 3 ss.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. VERDROSS, *Staatliches Recht und Völkerrecht. Die Stellung der neuen deutschen und österreichischen Verfassung zum Völkerrecht*, in *Schweizer Juristenzeitung*, XVII, p. 246 ss.

⁽⁸⁸⁾ Tale concezione risultava peraltro tradizionalmente avversata dalla prevalente dottrina italiana — ed anche tedesca —, tesa ad affermare il primato del diritto interno ovvero la separatezza e la distinzione fra i due ordinamenti.

singoli ordinamenti statuali non sarebbero che delle derivazioni traenti dal superiore ordinamento internazionale la propria efficacia »⁽⁸⁹⁾. Resta il fatto che attraverso tali norme le Costituzioni indubbiamente « attestano... la crescente importanza del diritto internazionale, come fattore storico, modellatore entro certi limiti, financo degli istituti fondamentali degli Stati »⁽⁹⁰⁾, e divengono dunque strumenti di ravvicinamento.

Più direttamente concernente l'oggetto del presente lavoro (ma, se possibile, ancor più problematico) appare l'eventuale impulso al processo di ravvicinamento fra i sistemi giuridici interni offerto dalle Costituzioni occidentali, in quanto leggi fondamentali contenenti tutte principi direttivi tendenzialmente simili. In proposito può dirsi che effettivamente le Carte costituzionali europee non si limitano a risultare esse stesse espressione di principi generalissimi comuni, quali quello della libertà e quello dell'autocontrollo, ma racchiudono un elevato numero di disposizioni di principio assai omogenee da uno Stato all'altro, « esprimenti definizioni, proposizioni generali, indirizzi programmatici, orientamenti e criteri di massima; esprimenti cioè... i principi generali dell'ordinamento giuridico e dell'ordinamento costituzionale in primo luogo »⁽⁹¹⁾. E poiché molti di tali principi riproposti nelle diverse Costituzioni nazionali concernono la materia penale o sono comunque influenti sul sistema penale, appare giustificata l'attenzione riservata ad essi da parte di quanti risultano interessati alla questione relativa all'armonizzazione dei sistemi penali europei.

Tuttavia, se appare pacifica l'esistenza di sensibili affinità fra i principi accolti nelle Costituzioni, non pienamente pacifiche risultano le *cause* di tali affinità; e soprattutto, come si vedrà nel prossimo paragrafo, controversi risultano gli *effetti* da queste ultime in concreto prodotti nel processo di ravvicinamento dei sistemi.

Per quanto concerne dunque le *cause* delle affinità riscontrabili fra i principi propri delle Costituzioni europee, esse — secondo una concezione giusnaturalista — potrebbero essere riconducibili ai contenuti di diritto *lato sensu* « naturale » propri delle Carte fondamentali. In questa prospettiva, è stato messo in evidenza come proprio nelle Costituzioni sarebbero raccolti e additati quei « principi e valori, insieme ideali e storici, in cui si risolve il concetto concreto di diritto di natura »⁽⁹²⁾. Del resto, è noto l'apporto del giusnaturalismo alla

⁽⁸⁹⁾ MORELLI (Gaetano), *L'adattamento*, cit., p. 8 (peraltro contraria a questa tesi).

⁽⁹⁰⁾ MORELLI (Gaetano), *L'adattamento*, cit., p. 23.

⁽⁹¹⁾ CRISAFULLI, *Sull'efficacia* normativa, cit., p. 21.

⁽⁹²⁾ PERTICONE, voce *Diritto naturale*, cit., p. 956.

formazione del costituzionalismo, e il contributo offerto da tale dottrina all'acquisizione della consapevolezza circa l'opportunità di « esteriorizzare con un atto formale... quelli che sono i principi fondamentali regolanti lo svolgimento della vita associata, imponendone il rispetto ai poteri che sono da essi costituiti » ⁽⁹³⁾.

In un'ottica più storico-positivista (peraltro non necessariamente contrastante, come si è visto, coi più recenti filoni giusnaturalistici, ovvero complementare ad essi) le analogie di principio rinvenibili tra le Costituzioni occidentali risulterebbero ascrivibili a ragioni storico-politiche e comparatistiche. A questo riguardo, da un lato la dottrina ha posto in piena luce l'esistenza di ben distinti « cicli » di Costituzioni scaturenti da un comune clima socio-politico ⁽⁹⁴⁾; dall'altro lato è risaputo come l'attività comparatistica, ancorché esistente in ogni branca del diritto, sia risultata in ogni epoca particolarmente intensa per quanto concerne le Carte costituzionali, con fenomeni di imitazione a catena più o meno evidenti ⁽⁹⁵⁾.

Comunque sia (e sempre limitando l'indagine alle attuali Costituzioni dell'Europa occidentale) la lettura di queste Carte fondamentali rivela inconfutabilmente l'esistenza all'interno di esse di principi, sotto un profilo strettamente *formale*, simili o addirittura eguali. Sovente è poi possibile ricavare da talune specifiche disposizioni contenute nelle singole Costituzioni, principi costituzionali impliciti contraddistinti da un elevato livello di affinità.

(93) GHISALBERTI, voce *Costituzione* (premessa storica), in *Enc. dir.*, vol. XI, 1962, p. 136. Sottolinea l'avvenuto recupero del diritto naturale da parte delle Costituzioni, MORELLI (Gerardo), *Il diritto naturale*, cit., *passim*.

(94) Sul punto, per tutti, BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Milano, 1980, p. 501 ss. L'A. rileva come l'evoluzione costituzionale, tutti però ispirati al cosiddetto costituzionalismo classico. Il secondo (1918) contraddistinto dal susseguirsi di ben cinque successivi « cicli » di Costituzione, tutti però ispirati al cosiddetto costituzionalismo classico. Il secondo (dal 1919 ad oggi) caratterizzato da cinque ulteriori cicli, tra loro intersecati, durante i quali sono state promulgate Costituzioni assai dissimili a seconda che fossero espressione di Stati di democrazia classica, oppure autoritari, oppure ancora socialisti. Ovviamente, nel presente lavoro, si fa sempre riferimento alle sole Costituzioni degli Stati di democrazia classica.

(95) Così, ad esempio, e spaziando dalle prime Costituzioni moderne sino ai tempi nostri, la Costituzione federale nord-americana ha improntato di sé le Costituzioni presidenziali delle repubbliche sorte dall'indipendenza dei possedimenti spagnoli dell'America latina (cfr. BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione*, cit., p. 512 ss.); la Costituzione di Weimar ha costituito il modello dal quale hanno tratto ispirazione molte Costituzioni europee del tempo (cfr. CRISAFULLI, *Sull'efficacia normativa*, cit., p. 23); la Costituzione spagnola del 1978 ha largamente attinto alla Costituzione italiana del 1946-47, alla Costituzione tedesca del 1949 e alla Costituzione francese del 1958 (cfr. *Costituzioni straniere contemporanee*, a cura di Biscaretti di Ruffia, vol. I, 1980, p. 230).

L'esistenza di numerosi principi (espliciti ed impliciti) comuni, riemergenti cioè nelle Costituzioni in modo tendenzialmente omogeneo, viene riconfermata da un'analisi circoscritta al solo ambito penale. Ad esempio, un principio formalmente simile in molte Costituzioni, ancorché in esse esplicitamente previsto, per così dire, a diversi stadi e sotto diverse angolature, è il principio di difesa: il quale oscilla da un generico diritto alla contestazione (art. 17 Cost. spagnola) e/o al contraddittorio, al diritto di autodifesa attraverso la parola (artt. 20 Cost. greca e 103 Cost. tedesca) o attraverso il silenzio (art. 17 Cost. spagnola), sino al principio di avere l'assistenza di un difensore (ancora art. 17 Cost. spagnola) e al principio dell'ineffettibilità di tale diritto (art. 32 Cost. portoghese) ⁽⁹⁶⁾. E addirittura, talmente simili da un punto di vista formale da risultare talora pressoché identici nei diversi testi, appaiono il principio di legalità (senza pretese di completezza, artt. 7 Cost. belga, 7 e 8 Dichiarazione del 1789 — avente valore costituzionale — e 66 Cost. francese; 7 Cost. greca, 25 Cost. italiana, 12 Cost. lussemburghese, 175 Cost. olandese, 29 Cost. portoghese, 9 e 25 Cost. spagnola, 1 cap. VIII Cost. svedese, 103 Cost. tedesca); il principio del giudice naturale (artt. 83 Cost. austriaca, 8 Cost. belga, 8 Cost. greca, 25 Cost. italiana, 13 Cost. lussemburghese, 170 Cost. olandese, 32 Cost. portoghese, 24 Cost. spagnola, 58 Cost. svizzera, 101 Cost. tedesca); il principio della motivazione (artt. 97 Cost. belga, 111 Cost. italiana, 89 Cost. lussemburghese, 175 Cost. olandese); e, ancora, il principio del *ne bis in idem* sostanziale, della inviolabilità della libertà personale, del domicilio e della corrispondenza, della presunzione d'innocenza, ecc. Per di più, dai testi costituzionali possono essere tratti numerosi *principi penali impliciti a carattere omogeneo*. Ad esempio, il principio di umanità delle pene, laddove non esplicitamente previsto, viene (o può venire) ricavato da disposizioni espressamente vietanti il ricorso a particolari tipi di sanzioni; e da

(96) Nell'Europa occidentale non mancano tuttavia Costituzioni nelle quali il principio di difesa non risulta previsto né esplicitamente né implicitamente. Nei relativi ordinamenti il principio in questione assume di norma il carattere di « principio generale », cui è però talora riconosciuto ugualmente rango costituzionale. Ad es., nell'ordinamento penale belga il rispetto dei diritti della difesa C un « principio generale », implicito ricavabile da una serie di disposizioni della legislazione penale (cfr. SCREVEVS, *Principes constitutionnelles et principes généraux applicables en droit pénal belge*, in *Rev. sc. crim.*, 1987, p. 40). Quanto al sistema francese, in esso il principio di difesa rientra nei « principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della Repubblica », aventi valore costituzionale (cfr. supra, nota 77), e come tale è richiamato dalla giurisprudenza del Consiglio costituzionale. Sul punto si veda l'articolo, peraltro datato, di LEAUTÈ, *Les principes généraux relatifs aux droits de la défense*, in *Rev. sc. crim.*, 1959, p. 47 ss., nonché il più recente studio di PHILIP, *La constitutionnalisation du droit pénal français*, in *Rev. sc. crim.*, 1985, p. 718.

tali disposizioni viene talora ricavato anche il principio di rieducatività - risocializzazione della pena ⁽⁹⁷⁾.

7. L'incerta influenza dei principi costituzionali sul processo di ravvicinamento dei sistemi penali.

Per quanto specificamente concerne gli *effetti* prodotti dallo (almeno apparente) elevato grado di affinità ed omogeneità esistente fra molti dei principi di diritto in materia penale recepiti nelle Costituzioni, si potrebbe pensare che l'accresciuta attività di adeguamento dei sistemi penali nazionali ai principi costituzionali (attività di adeguamento indubbiamente intensificatasi in modo sensibile in questi anni in tutti i Paesi europei, in particolare in quelli provvisti di un apposito organo di controllo sulle leggi) debba avere comportato un avvicinamento dei sistemi stessi. Qualora ciò fosse provato, si potrebbe essere autorizzati a ritenere che ad un'ulteriore, più vigorosa verifica della conformità delle normative statuali a tali principi debba conseguire un ancor più penetrante ed armonico ravvicinamento futuro; a ritenere, cioè, che i « principi di diritto interno » possano costituirsi e uno strumento privilegiato di ravvicinamento dei sistemi.

Taluni riscontri positivi sembrerebbero invero confermare quest'ipotesi. Per quanto concerne, ad esempio, il principio di legalità, non sembra negabile che l'attività interpretativa — in particolare laddove operata dal giudice delle leggi — abbia determinato in relazione ad esso sviluppi omogenei, con significativi riflessi sul piano dell'ar-

r

⁽⁹⁷⁾ Ad esempio, la Costituzione belga si limita a prevedere il divieto della confisca dei beni e della morte civile (artt. 12 e 13), e la Costituzione svedese il divieto della pena di morte (art. 1 cap. VIII). Anche la Costituzione portoghese prevede espressamente il solo divieto della pena di morte (art. 25), delle pene crudeli (art. 26), delle pene perpetue, indefinite o illimitate (art. 30): e appunto da tali norme viene ricavato un più generale principio (per taluni di umanità, per altri di risocializzazione delle pene). Cfr., da ultimo, FIGUEIREDO DIAS, *Principes généraux de la politique criminelle* portugaise, in *Rev. sc. crim.*, 1987, p. 91. In alcune Costituzioni, poi, accanto al principio di umanità della pena e/o al principio di rieducatività viene posta una sorta di principio-corollario (o tutta una serie di principi-corollario) relativo al divieto di taluni specifici tipi di pene. Si vedano, ad es., la Costituzione italiana (art. 27 terzo e quarto comma) e la Costituzione greca, la quale accanto al principio di rieducatività e di umanità (art. 7) vieta esplicitamente i lavori forzati (art. 22), la confisca totale dei beni (art. 7), la tortura e le pressioni psicologiche (art. 7). Riguardo alla Germania, il principio di rieducatività-risocializzazione viene ricavato anche qui da talune norme costituzionali: concernenti però, nel caso di specie, non il divieto di particolari tipi di pena, ma il principio della dignità umana (art. 1) e dello Stato di diritto (art. 20).

monizzazione degli ordinamenti. Così tale principio, secondo un'autorevole dottrina « non formulato in modo sufficientemente preciso »⁽⁹⁸⁾ nella Costituzione spagnola⁽⁹⁹⁾, è stato adeguatamente sviluppato dall'attività del tribunale costituzionale nei sottoprincipi di retroattività (nei suoi vari aspetti) e determinatezza⁽¹⁰⁰⁾, esplicitamente previsti in altre Costituzioni⁽¹⁰¹⁾; e ad analoghi sviluppi ha dato luogo l'attività del Consiglio costituzionale francese⁽¹⁰²⁾ e del Tribunale costituzionale federale tedesco, il quale ha adeguatamente interpretato l'art. 103 comma secondo (nullum crimen sine lege) nel senso della irretroattività e della determinatezza⁽¹⁰³⁾.

In definitiva, sembrerebbe (quanto meno ad una prima analisi) che in tutti questi Paesi il principio costituzionale di legalità, specie attraverso l'attività interpretativa delle relative Corti, abbia giocato un ruolo tutt'altro che secondario nell'armonizzazione dei sistemi penali. E la stessa funzione di ravvicinamento sembrerebbe essere stata assolta, sia pure in modo talora discontinuo e frammentario, da altri principi esplicitamente od implicitamente recepiti nelle Carte co-

⁽⁹⁸⁾ BARBERO SANTOS, *Les principes constitutionnels généraux de droit pénal et de procédure pénale en Espagne*, in *Rev. sc. crim.*, 1987, p. 47.

⁽⁹⁹⁾ Ai sensi dell'art. 9 comma terzo della Costituzione spagnola, « La Costituzione garantisce il principio di legalità D.; mentre, ex art. 25, comma primo, « nessuno può essere condannato o punito per azioni od omissioni che al tempo in cui sono state compiute non costituivano reato o infrazione amministrativa secondo la legislazione vigente D. ». In merito ai contenuti del principio di legalità nel sistema costituzionale spagnolo cfr., in una prospettiva comparatistica, PALAZZO, *Valori costituzionali*, cit., p. 52 ss., con riferimenti bibliografici.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. ARUS, *Las normas penales en la Constitución Española 1978*, in *Revista general de legislación y jurisprudencia*, LXXIX, 1979, p. 33; BOIX REIG, *El principio de legalidad en la Constitución*, in *Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal, Semana de Derecho Penal in memoria del professor Julian Pereda*, S.J., p. 56 ss. Cfr. altresì, da ultimo, DE BECHILLON, *Les bases constitutionnelles du droit pénal espagnol*, in *Rev. sc. crim.*, 1986, p. 12 ss.

⁽¹⁰¹⁾ Cfr., ad es., l'art. 7 della Costituzione greca. Afferma vigorosamente il principio di irretroattività nei suoi diversi corollari l'art. 29 Cost. portoghese.

⁽¹⁰²⁾ Sul punto, cfr. LE CALVEZ, *Les principes constitutionnels en droit pénal*, in *Jurisclasser Périodique*, 1985, I, 3198 e, da ultimo, MAYER, *Principes constitutionnels et principes généraux applicables en droit pénal français*, in *Rev. sc. crim.*, 1987, p. 53 ss. Cfr. altresì FAVOREAU e PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 1984, p. 717 ss.

⁽¹⁰³⁾ Vero è che la Corte di Karlsruhe non ha mai dichiarato l'incostituzionalità di nessuna delle norme, sottoposte al suo ormai più che trentennale giudizio, per vizio di determinatezza; tuttavia, in più di un'occasione, con sentenza interpretativa di rigetto, ha imposto l'esegesi restrittiva delle norme in questione. Sul punto cfr., TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969, p. 174 ss.; più recentemente, ID., *L'influence des principes constitutionnels et de la jurisprudence constitutionnelle sur le droit pénal allemand*, in *Rev. sc. crim.*, 1987, p. 107.

stituzionali (a titolo esemplificativo, il principio di difesa, del ne *bis in idem*, di rieducatività) ⁽¹⁰⁴⁾.

Tuttavia sarebbe con ogni probabilità errato ritenere, alla luce degli esempi sopracitati, che un più puntuale ricorso del legislatore e dell'interprete ai principi costituzionali debba determinare, per ciò solo, un armonico ravvicinamento dei sistemi penali. Va infatti innanzitutto posto in rilievo che le diverse Costituzioni, pur notevolmente a affini » sotto il profilo dei principi in esse contenuti, non presentano certo un sistema di principi precettivi rigidamente unitario (sul tipo di quello elaborato da una parte della dottrina giusnaturalista del XVIII secolo, e contraddistinto da un livello di organicità e determinatezza ⁽¹⁰⁵⁾ tale da consentirne, in via ipotetica, una utilizzazione realmente efficace nella prospettiva del ravvicinamento) ⁽¹⁰⁶⁾. Infatti un'indagine comparatistica relativa ai principi recepiti in talune Costituzioni europee rivela talora una loro evidente disomogeneità rispetto ai principi posti in altre Costituzioni o comunque accolti in sistemi penali limitrofi. Altre volte poi i principi sono recepiti nelle diverse Carte costituzionali a livelli diversi di genericità (o astrattezza che dir si voglia) ⁽¹⁰⁷⁾, cosicché certe disposizioni di principio

r

⁽¹⁰⁴⁾ Ad esempio, il ricorso al principio di rieducatività-risocializzazione della pena ha dato luogo in Italia e in Germania a comuni sviluppi sul piano normativo in relazione alla disciplina della pena perpetua; pena in entrambi i Paesi sottratta all'incostituzionalità solo attraverso l'introduzione di una disposizione di legge che consente la sospensibilità della pena dopo un certo numero di anni di reclusione. Sull'incidenza del principio di rieducatività sui sistemi penali italiano, tedesco e spagnolo, cfr. PALAZZO, Valori costituzionali, cit., p. 567 ss., e bibliografia ivi riportata.

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr., per tutti, COTTA, voce *Giusnaturalismo*, cit., p. 523.

⁽¹⁰⁶⁾ Cosicché, in una prospettiva giusnaturalistica, si potrebbe dire che il cosiddetto processo di positivizzazione del diritto di natura, pur riflettendosi nella formalizzazione di principi affini nei singoli ordinamenti, non si è tradotto nella compiuta trasposizione all'interno delle Costituzioni di quell'insieme di principi dettagliatamente precettivi elaborato dalla succitata dottrina del XVIII secolo; mentre, in una prospettiva positivista, si potrebbe affermare che, i principi di diritto, così come recepiti nelle singole Costituzioni, testimoniano non solo delle esperienze socio-politiche comuni ai Paesi dell'Europa occidentale e della feconda attività comparatistica avutasi attorno alle Carte fondamentali, ma anche delle peculiarità della storia e della cultura di ciascuno Stato.

⁽¹⁰⁷⁾ In linea di massima, si può dire che il livello di generalità proprio dei principi in materia penale può risultare assai diverso da una Costituzione all'altra. Si passa così dai principi generalissimi contenuti, ad es., nella stessa Costituzione italiana, ai principi dettagliatissimi e di notevole specificità propri delle Costituzioni portoghese e greca. Principi « generali » e principi « dettagliati » convivono poi in quei sistemi nazionali aventi numerose leggi di rango costituzionale in materia di diritti dell'uomo. Esempio tipico in questo senso è il sistema austriaco, che presenta un ricco panorama di testi fondamentali di valore costituzionale relativi ai diritti dell'uomo e del cittadino. Sul punto, *amplius*, ERMACORA, La constitution autrichienne, in *Corpus constitutionnel*, Lei-

sancite in una Carta appaiono quali sottoprincipi rispetto alle norme-principio proprie di un'altra Carta fondamentale. Ancorché in quest'ultimo caso sia possibile risalire induttivamente a principi comuni, i principi così ricavati appaiono spesso talmente generici e indeterminati da far dubitare circa una loro effettiva ed efficace funzione di indirizzo (¹⁰⁸).

Anche a prescindere dai principi diversi da una Costituzione all'altra, va peraltro sottolineato che la tendenziale inattitudine all'avvicinamento dei sistemi penali nazionali sembra propria non solo dei sopracitati principi generali comuni a più ordinamenti in quanto ricavati implicitamente da « principi intermedi » (o sottoprincipi) accolti nelle singole Costituzioni nazionali a differenti livelli di generalità. La stessa inidoneità ad assolvere alla funzione di progressivo ravvicinamento si riscontra infatti anche in taluni dei principi esplicitamente formulati, nelle singole Carte costituzionali, in modo assai simile se non addirittura uguale; in principi costituzionali cioè, sotto un profilo formale-comparatistico, in tutto e per tutto analoghi, per esempio, al principio di legalità: epperò incapaci — a differenza di quest'ultimo — di svolgere una significativa azione di armonizzazione.

In effetti, un'indagine anche sommaria sull'influenza dei principi costituzionali nell'evoluzione dei singoli sistemi mostra chiaramente come spesso a principi — impliciti od espliciti — apparentemente (od esteriormente) analoghi facciano riscontro nei diversi ordinamenti soluzioni contrastanti o comunque assai difformi. Per esempio, dal principio di umanità delle pene vengono talora fatte discendere sul piano normativo (o addirittura già sullo stesso piano costituzionale) conseguenze differenti se non antitetiche da Stato a Stato; come nel

den, 1970, t. I, fasc. 2^o, p. 431 ss. e, soprattutto, p. 439 ss., con ampi riferimenti bibliografici; ID., L'évolution constitutionnelle de l'Autriche depuis 1970, in *Corpus constitutionnel*, suppl. n. 1, Leiden, 1976, p. 413, con completa rassegna delle nuove leggi costituzionali; ID., *Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux*, in *La protection des droits fondamentaux*, cit., p. 417 ss.; OHLINGER, *Objet et portée*, cit., p. 543 ss., con ulteriore bibliografia).

(¹⁰⁸) In una più ampia prospettiva, la difficoltà di ricavare dai generalissimi e fondamentali principi (a cui si riduce la nozione di diritto di natura suggerita da larga parte del moderno giusnaturalismo) principi intermedi e regole di diritto via via più determinate, è ben nota a quanti si sono dedicati al problema della deduzione degli imperativi dai principi fondamentali, il quale, secondo taluni, è destinato a rimanere irrisolto di fronte all'eccessiva astrattezza e genericità di questi stessi principi. Astrattezza e genericità che apparirebbero quindi votate a riflettersi su tutti gli ordini gerarchici della costruzione normativa, smascherando così « l'empirismo delle posizioni concrete » (di cui sarebbero espressione i cosiddetti principi intermedi — o sottoprincipi che dir si voglia — e le ulteriori norme di attuazione) « e l'inconsistenza della logica astratta e delle sue deduzioni apparenti ». Sul punto, *amplius* e problematicamente, PERTICONE, voce *Diritto naturale*, cit., p. 955.

caso della pena di morte, ritenuta di volta in volta compatibile o incompatibile col principio in questione⁽¹⁰⁹⁾, ovvero come nel caso di certe sanzioni traducendosi in una sorta di « morte civile », accolte in taluni sistemi⁽¹¹⁰⁾ che pur riconoscono il principio di umanità e bandite in altri in nome appunto dello stesso principio⁽¹¹¹⁾.

Anche il principio di personalità della responsabilità penale (invero, almeno apparentemente, un po' meno indeterminato del generico principio di umanità della pena), ancorché recepito nella massima parte dei sistemi in quanto espressamente previsto nelle Costituzioni o comunque ricavato dalla giurisprudenza costituzionale, assume nei vari ordinamenti connotati diversi, che di fatto sembrano intaccare i suoi possibili effetti di armonizzazione. Così, ad esempio, in Germania il processo di soggettivizzazione di tale principio attuato dalla Corte di Karlsruhe si è ormai spinto, anche in riferimento alle sanzioni amministrative, sino al costante riconoscimento del brocardo « nulla poena sine culpa »⁽¹¹²⁾; ed un analogo processo, seppure più tardivo e meno deciso, sembra essere stato ormai irreversibilmente innescato in Italia dalla Corte costituzionale⁽¹¹³⁾. Per contro in Francia il principio

⁽¹⁰⁹⁾ Mentre, ad esempio, la Costituzione tedesca (art. 102), svedese (art. 1, cap. VIII) e portoghese (art. 25) — per ragioni prevalentemente ritenute dalla dottrina, per l'appunto, « umanitarie » — vietano sempre e comunque la pena di morte, in talune Costituzioni tale pena convive, più o meno eccezionalmente, col principio di umanità. Così, nelle Costituzioni italiana (art. 27) e spagnola (art. 15), la pena capitale è ammessa nei soli casi previsti dalle leggi militari di guerra, mentre la Costituzione greca — sempre nella stessa norma vietante « ogni attentato alla dignità umana » (art. 7) — si limita a precisare che la pena in questione « non è mai inflitta per delitti politici ad eccezione dei delitti complessi ». Sulla problematica coesistenza all'interno della Costituzione spagnola del principio di umanità della pena e — sia pure eccezionalmente e limitatamente alla giurisdizione militare — della pena di morte, BARBERO SANTOS, *La pena de muerte en la constitucion*, in *Sistema*, Madrid, 1981, p. 31 ss; *Id.*, *La pena de muerte, el ocase de un mito*, Buenos Ayres, 1985, p. 187 ss.

⁽¹¹⁰⁾ Si pensi, ad esempio, alle pene della *dégradation civique* e della *confiscation générale* le quali, benché assai criticate dalla dottrina, sopravvivono ancora all'interno del sistema penale francese.

⁽¹¹¹⁾ Cfr., ad esempio, l'art. 7 comma terzo della Costituzione greca, ai sensi del quale « la confisca generale dei beni è proibita », e gli artt. 12 e 13 della Costituzione belga, che sanciscono il divieto della confisca dei beni e della morte civile.

⁽¹¹²⁾ Cfr. *BVerfGE* 6, p. 439 ss.; *BVerfGE* 20, p. 323 ss.; *BVerfGE* 45, p. 187 ss.; in dottrina, cfr. da ultimo, TIEDEMANN, *L'influence des principes constitutionnels et de la jurisprudence constitutionnelle sur le droit pénal allemand*, cit., p. 108; JESCHECK, *Principes de nouveau droit pénal allemand en comparaison avec les dispositions générales du projet de loi portant réforme du code pénal français*, in *Rev. sc. crim.*, 1987, p. 96.

⁽¹¹³⁾ Cfr. Corte cost., sentenza 24 marzo 1988, n. 364 (in *Foro it.*, 1988, I, c. 1385, con nota di FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: « prima lettura » della sentenza n° 364/88*; in *Riv. it. dir. proc. pen.*,

di personalità, pur affermato con apparente vigore dal Consiglio costituzionale già dal 1976⁽¹¹⁴⁾, sembra stabilizzato su contenuti davvero minimi⁽¹¹⁵⁾, cosicché è a tutt'oggi consentita non solo la punibilità sulla base del semplice rapporto di causalità per intere categorie di reati⁽¹¹⁶⁾, ma addirittura anche la previsione di norme concernenti sostanzialmente ipotesi di responsabilità per fatto altrui⁽¹¹⁷⁾.

Dagli esempi fatti, sembra quindi di poter concludere che taluni principi costituzionali (a causa del loro stesso contenuto?) appaiono dotati di una omogeneità intrinseca, risultando così strumenti di effettivo ravvicinamento; mentre altri principi costituzionali — indipendentemente dalla loro eventuale identità di espressione formale riscontrabile nei singoli sistemi — presentano, una volta sottoposti al vaglio

1988, p. 686, con nota di PULITANO, Una sentenza storica che restaura il principio di *colpevolezza*. Cfr. altresì CASAROLI, Erreur sur la *loi pénale* et principe de culpabilité après l'arrêt n. 364/1988 de la Cour constitutionnelle italienne, in *Rev. sc. crim.*, 1988, in corso di pubblicazione, nella quale viene testualmente affermato che « il fatto imputabile, perché sia legittimamente punibile, deve necessariamente includere almeno la colpa dell'agente in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica ». Sulle precedenti interpretazioni date al principio di personalità da parte del giudice delle leggi italiano, cfr. FLORA, La « responsabilità penale personale » nelle sentenze della Corte costituzionale, in *Temi*, 1974, p. 264 ss.; Per un sintetico quadro riassuntivo dei contenuti attribuiti a tale principio nel sistema italiano cfr., per tutti, MANTOVANI, Diritto penale, cit., p. 279 ss., con riferimenti bibliografici (p. 287 nota 7); VASSALLI, Le droit italien: principes généraux applicables à la matière pénale, in *Rev. sc. crim.*, 1987, p. 75.

⁽¹¹⁴⁾ *Conseil constitutionnel*, 2 dicembre 1976, in *Journal officiel*, 7 dicembre 1976, p. 7052.

⁽¹¹⁵⁾ Cfr. *Conseil constitutionnel*, 30 luglio 1982, in *Gazette du Palais*, 1982, 2, *législ.* 475.

⁽¹¹⁶⁾ In Francia infatti, in materia contravvenzionale, vige il principio (invero oggi sottoposto a critica da una parte della dottrina) della responsabilità per fatto proprio incolpevole, con il solo limite della forza maggiore. Sul punto, per tutti, MERLE e VITU, *Traité de droit criminel*, I, Paris, 1984, p. 695 ss., con riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

⁽¹¹⁷⁾ Si veda, ad esempio, la l. 8 giugno 1970, n. 70-840, detta *loi anti-casseurs*, la quale prevede ipotesi striscianti di responsabilità per fatto altrui (le cosiddette *infractions collectives*). Sul punto cfr. DUPEYRON, *L'infraction collective*, in *Rev. sc. crim.*, 1973, p. 357 ss.; BOUZAT, La *loi 8 juin 1970* tendant à réprimer certaines formes nouvelles de délinquance (dite *loi « anti-casseurs »*), in *En hommage à Jean Constant*, Liège, 1971, p. 51 ss. Cfr. altresì FLORA, Libertà di riunione e delitti di massa, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 471 ss., con brevi annotazioni di diritto costituzionale comparato (p. 482 ss.). Si vedano altresì talune timide iniziative della giurisprudenza francese dirette e perseguire penalmente, in taluni casi, le persone giuridiche; nonché i progetti di riforma del codice penale francese (*avant-projet* 1976, 1978, 1983, 1986) che si evolvono verso un'ammissione generalizzata della responsabilità penale delle persone giuridiche, la quale peraltro è ritenuta da taluni in contrasto col principio di personalità. Sul punto, ampiamente, MERLE e VITU, *Traité de droit criminel*, cit., p. 754 ss., con riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

interpretativo, un contenuto « sostanziale » diverso da un ordinamento all'altro, risultando così pressoché ininfluenti sotto il profilo dell'arnionizzazione.

Ovvero, se si preferisce analizzare il fenomeno in una prospettiva più accentuatamente dinamica, sembra di poter concludere che il processo di trasposizione dei principi costituzionali sul piano del diritto legislativo e del diritto « vivente », se in certi casi (cioè rispetto a certi principi) si traduce o comunque tende a tradursi in sviluppi legislativi e interpretativi omogenei, in altri casi (cioè rispetto ad altri principi) può dare luogo a sviluppi anche assai diversi, e dunque alla disomogeneità delle norme d'attuazione e della giurisprudenza facente corpo con esco nei singoli sistemi nazionali. Cosicché risulterebbe talora smentita dalla realtà dei fatti l'astratta attitudine dei principi a tradursi in norme d'attuazione aventi sempre un sufficiente livello di reciproca compatibilità, ancorché sovente contraddistinte da un grado variabile di conformità al principio cui si riconducono; mentre risulterebbe per contro confermato il pericolo — a suo tempo segnalato — che in concreto si verificchino, in relazione ad uno stesso principio, possibili sviluppi disorganici o addirittura contrastanti nei diversi sistemi nazionali.

Su un piano radicalmente diverso, un particolare limite alla « generalizzata » influenza dei principi costituzionali nel processo di ravvicinamento dei sistemi, è da ricondurre al fatto che non tutti i Paesi dell'Europa occidentale possiedono un apposito strumento di controllo ⁽¹¹⁸⁾, sicché l'eventuale azione di armonizzazione ai principi resterebbe in questo caso essenzialmente affidata agli organi legislativi (notoriamente più sensibili alle contingenze della politica criminale che non alle questioni di principio) ovvero alla magistratura ordinaria ⁽¹¹⁹⁾ (anch'essa talora dotata di scarsa sensibilità costituzionale).

8. I « principi di diritto interno » e l'armonizzazione penale: l'incidenza ed i condizionamenti dell'attività interpretativa.

Sempre nell'ambito dei « principi di diritto interno », ancora più problematica (ma sempre e comunque assai marginale) sembrerebbe poi l'incidenza dei principi generali in materia penale non costituzionalizzati sul ravvicinamento dei sistemi penali. Ogni risposta — affer-

⁽¹¹⁸⁾ Così, ad esempio, né l'ordinamento svizzero né quello belga possiedono un apposito giudice delle leggi.

⁽¹¹⁹⁾ In Grecia e Svezia, ad esempio, il controllo di costituzionalità delle leggi è esercitabile da tutti gli organi giudiziari (c.d. controllo costituzionale « diffuso »).

mativa o negativa — in merito sembra comunque dipendere, innanzitutto, dalla natura intrasistemica o extrasistemica riconosciuta a tali principi ⁽¹²⁰⁾. Infatti, qualora si attribuisca ai principi generali origine intrasistemica, cosicché il giudice possa dedurli solamente attraverso un processo di generalizzazione delle norme legislative espressamente previste nei singoli sistemi, la loro eventuale (e comunque non vincolante) successiva incidenza direttiva o interpretativa dovrebbe risultare tendenzialmente indifferente nella prospettiva dell'avvicinamento, poiché tali principi non farebbero altro che rispecchiare i connotati dei diversi ordinamenti statuali. In questa prospettiva quindi i principi generali potrebbero solamente assolvere, ai fini che qui interessano, ad una propedeutica funzione sistematica di comparazione fra le legislazioni interne.

Viceversa, qualora i principi generali siano visti come lo strumento attraverso il quale si afferma una vera e propria funzione « creatrice » di trasformazione ed evoluzione del sistema da parte del giudice — e coerentemente a ciò si affermi la loro origine extrasistemica ed assiologica — la loro dimensione latamente giusnaturalistica (ancorché storicamente condizionata) potrebbe consentire, quantomeno sul piano teorico, un qualche effetto di ravvicinamento, conformemente al postulato di un diritto di natura atto ad armonizzare fra loro i sistemi positivi. Tale effetto di ravvicinamento appare comunque in concreto ostacolato già dall'assenza di un apposito singolo organo (quale, per i principi costituzionali, la Corte costituzionale) atto a garantire, all'interno di ciascuno Stato, un armonico e coerente sviluppo dei principi generali, nonché dalla carenza di « imperatività » di questi ultimi, in quanto di rango subordinato rispetto alle norme costituzionali ⁽¹²¹⁾.

In definitiva, si ha ragione di ritenere che l'ipotetica funzione di avvicinamento dei sistemi penali da parte dei principi generali *penali* di *diritto* interno, ancorché forse astrattamente ammissibile, risulti in pratica, con ogni probabilità, insignificante. Per contro, sulla base

(120) Cfr. peralt o BOBBIO, voce Principi generali di diritto, cit., p. 895-896, il quale (per usare le sue stesse parole) « mette in crisi l'annosa disputa sulla natura extrasistemica o intrasistemica dei principi, mostrando che vi sono principi dentro e principi fuori dal sistema ».

(121) Cfr. CAPELLI, I principi generali, cit., p. 543 ss. L'A., con riferimento ai principi generali di diritto codificati, rileva da un lato che « nessuno di essi è in grado di imporsi obbligatoriamente al nostro legislatore », dall'altro che molti di essi non sono neppure « in grado di imporsi obbligatoriamente all'autorità giudiziaria » (p. 544). Ancora più modesta sarebbe poi, sempre secondo l'A., « l'efficacia dispiegata dai principi generali non scritti », dato che tale efficacia « dipende, sostanzialmente, dall'orientamento del giudice che ad essi intende far ricorso »; con il risultato che « la decisione finale dipenderà in larga misura dalla valutazione discrezionale del giudice » (p. 545).

di quanto sopra visto, un giudizio conclusivo sulla funzione di avvicinamento assolta dai principi costituzionali in materia penale risulta più complessa e problematica. Invero tale funzione, pur trovando talora conferme sul piano concreto, risulterebbe compromessa sia dalla non completa corrispondenza dei principi di volta in volta recepiti nelle singole Costituzioni; sia ancor più dalla « indeterminatezza » di molti dei principi comuni, tale da lasciare un amplissimo margine di « discrezionalità »⁽¹²²⁾ al legislatore e all'interprete nei processi deduttivi di sviluppo dei principi in sottoprincipi più specifici, di trasposizione dei sottoprincipi in norme, di verifica della legittimità di queste ultime. Cosicché, se in certi casi, pur in presenza di una simile ctesissima « discrezionalità » (*rectius*, proprio attraverso di essa) viene esaltata dalla attività interpretativa la « dimensione essenzialmente unitaria » di taluni principi nei diversi sistemi (e dunque la portata « armonizzatrice » dei principi in questione), talvolta per contro i medesimi spazi di « discrezionalità » offerti all'interprete mettono in piena luce l'affettiva « diversità sostanziale », nei singoli ordinamenti, di certi fondamentali principi e della cultura giuridica che in essi si esprime (e dunque l'inattitudine di questi principi a svolgere un ruolo di ravvicinamento).

La consapevolezza dell'« eccesso di discrezionalità » insito nel processo di « implementazione » dei principi costituzionali comuni agli Stati dell'Europa occidentale (e del corrispondente ampio spettro delle soluzioni prospettabili dai relativi organi statuali) potrebbe addirittura indurre ad una visione ancora più scettica circa l'effettiva funzione di ravvicinamento di tale principi, sino a negarla in toto. Si potrebbe cioè ritenere che i principi di diritto interno non abbiano nessuna reale capacità di plasmare armonicamente i sistemi nazionali; risultando al contrario l'interprete (e, attraverso di lui, la cultura giuridica prodotta in un certo momento storico all'interno dei singoli ordinamenti) a plasmare il contenuto reale di principi contraddistinti da un oggettività fluida — ancorché spesso cristallizzata in formule analoghe nelle singole Costituzioni — e dunque dotata di vastissime potenzialità.

Secondo questa concezione, l'eventuale omogeneità del « precipitato » legislativo e giurisprudenziale dei principi comuni ai singoli Stati non sarebbe rapportabile ad una ipotetica, apodittica univocità nei diversi sistemi dell'effetto direttivo-programmatico proprio dei prin-

⁽¹²²⁾ Si fa qui riferimento ad una nozione « laica », se non addirittura impropria di discrezionalità. Per una critica all'esistenza di un rapporto biunivoco fra discrezionalità e indeterminatezza, cfr. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, 1965, p. 40 ss.; DELOGU, *Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1976, p. 370 ss.

cipi in quanto tali; al contrario, l'armonia delle soluzioni positive discendenti dai principi comuni costituirebbe null'altro che il riflesso, la prova tangibile di un ravvicinamento dei sistemi riconducibile alle più diverse cause d'ordine politico-sociale. In sintesi, non sarebbero i principi costituzionali in quanto tali a ravvicinare i sistemi, ma semmai sarebbe il ravvicinamento dei sistemi, o meglio della cultura giuridica dei diversi Paesi, a consentirne e l'armonico sviluppo di taluni principi, orientando la « discrezionalità » degli interpreti statuali in direzioni tendenzialmente parallele.

In questo quadro, nel quale viene posto l'accento sia sull'elevato tasso di « discrezionalità » insito nei processi deduttivi (e induttivo-deduttivi) connessi alla trasposizione dei principi nei diversi sistemi penali nazionali sia sulla molteplicità ed eterogeneità degli organi « interni » a ciò deputati, l'unica residua funzione *direttamente* armonizzante dei principi di diritto interno sarebbe forse quella (peraltro di difficilissima valutazione) connessa alla loro tendenziale dimensione « contenutistica »⁽¹²³⁾, e dunque alla loro intrinseca attitudine a richiamare il legislatore e l'interprete agli imprescindibili contenuti di *valore* della norma positiva, e in generale al sopraricordato problema della *qualità* della legge. Per vero, i principi in questione svolgerebbero anche una ulteriore funzione armonizzatrice, sotto certi aspetti anche più significativa: ma — è bene sottolinearlo — in via meramente *indiretta* ed *eventuale*. In effetti, nelle ipotesi di un qualsivoglia ravvicinamento interstatuale di matrice socio-politica, i principi di diritto interno sembrerebbero costituire, alla luce delle osservazioni precedenti, il veicolo privilegiato attraverso il quale le « forme di avvicinamento » sviluppatesi in altri campi penetrano nel mondo giuridico e segnatamente nei sistemi penali. Ma qui il discorso si allarga ed esorbita dallo specifico oggetto della trattazione, sino a toccare il più generale tema dei rapporti tra cultura-storia e diritto.

(123) Cfr. par. 4, lett. b).

**Sezione IV: I PRINCIPI DI DIRITTO RICAVABILI
DALLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO
E IL RAVVICINAMENTO DEI SISTEMI PUNITIVI STATUALI**

9. La particolare «attitudine armonizzatrice» dei principi previsti dalla Convenzione di Roma e l'auspicato, progressivo superamento della tradizione conservatrice degli Stati firmatari.

Un tentativo d'indagine sulla influenza dei «principi di diritto europeo» nell'armonizzazione dei sistemi penali statuali comporta innanzitutto una scelta di metodo.

Infatti, data anche l'incorporazione dei principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo all'interno dei principi di diritto comunitario⁽¹²⁴⁾, si potrebbe essere tentati di svolgere una ricerca a carattere, per così dire, unitario, nella quale i principi «convenzionali» e quelli «comunitari» fossero presi in esame assieme, senza operare rigide distinzioni a seconda dei sistemi, e di riflesso degli organi, nei quali essi trovano di volta in volta tutela.

Tuttavia uno studio siffatto presenterebbe il pericolo di inopportune commistioni, in quanto al rapporto di affinità e financo di identità esistente fra i principi della Convenzione e i principi comunitari si contrappongono, in particolare, sia le diverse finalità della Convenzione e del Trattato di Roma sia la diversa incidenza delle rispettive giurisdizioni sull'ordinamento interno^(124bis). Senza contare poi l'onnipresente rischio che taluni principi, ancorché formalmente simili o addirittura uguali, assumano in concreto un differente contenuto nei due sistemi.

Appare perciò più opportuna un'indagine scissa in due distinti momenti, a seconda della organizzazione internazionale all'interno della quale i principi in questione siano utilizzati; a seconda, quindi, delle giurisdizioni di volta in volta deputate alla loro salvaguardia e implementazione. In questa sede — coerentemente del resto al pro-

⁽¹²⁴⁾ Cfr., *supra*, par. 5, e, soprattutto, *infra*, par. 13.

^(124 bis) Per una specifica analisi comparatistica della diversa incidenza negli Stati firmatari delle sentenze della Corte di Lussemburgo rispetto a quelle della Corte di Strasburgo, cfr. BARTSCH, in AA.Vv., *Les effets des décisions de la Cour de justice des Communautés européennes dans les États membres*, Kortrijk, 1983.

gramma di lavo o fissato al par. 5 — si terranno pertanto distinti i principi *lato sensu* penalistici della Convenzione dai principi di diritto comunitario incidenti sulla sfera penale.

Nell'ambito quindi di una ricerca tesa, in primo luogo, a valutare l'influenza (potenziale *ed* attuale) dei principi della *Convenzione* europea sul ravvicinamento dei sistemi penali, è opportuno preliminarmente sottolineare la presenza, in tale testo normativo, di un gran numero di disposizioni di principio riguardanti, direttamente o indirettamente, il diritto penale sostanziale e processuale⁽¹²⁵⁾. Ed è opportuno sottolineare altresì che l'incidenza di tali disposizioni sull'ordinamento statuale non può essere condizionata più di tanto dal rango di volta in volta riconosciuto alla normativa convenzionale nella gerarchia delle fonti⁽¹²⁶⁾. Infatti, nonostante la volontà di degradare il contenuto della Convenzione al livello di legge ordinaria (volontà propria però solo di alcuni Paesi⁽¹²⁷⁾, fra cui l'Italia)⁽¹²⁸⁾, appa-

(125) Contenuta penalistico presenta infatti la massima parte dei principi sanciti dagli artt. 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 14, 17, 18 Conv. Per una distinzione fra i principi della Convenzione aventi un'incidenza diretta ovvero indiretta sul sistema penale cfr., per tutti, MANTOVANI, Sugli effetti della Convenzione europea nell'ordinamento penale italiano, in Temi, 1968, pp. 463-64.

(126) Cfr., per tutti, ROBERTSON, The Relationship between the European Convention on Human Rights and Internal Law in General, in Droit pénal européen, cit., p. 3 ss.; VELU, Les dispositions de la Convention européenne des Droits de l'Homme autres que les articles 5 et 6, et le droit pénal des Etats contractants, ivi, p. 153.

(127) Ad esempio, del Liechtenstein. In Germania il rango di legge ordinaria della Convenzione è sancito dalla stessa legge di autorizzazione.

(128) Cfr. Corte cost. 16-22 dicembre 1980 n. 188, in Giur. cost., 1980, I, p. 1612 ss., la quale con riferimento alla Convenzione europea, ha esplicitamente affermato che «le norme pattizie, rese esecutive nell'ordinamento interno della Repubblica, hanno valore di legge ordinaria». Nello stesso senso, Coste cost., 29 gennaio-10 febbraio 1981, n. 17, in Giur. cost., 1981, I, p. 87 ss.; Corte cost., 14 gennaio-1° febbraio 1982, n. 15, in Giur. cost., 1982, I, p. 85 ss., con nota redazionale contenente ulteriori riferimenti giurisprudenziali (p. 95). Cfr. altresì, per tutte, Cass. civ., sez. I, 16 novembre 1967, nn. 2757 (in Foro it., 1968, I, c. 702 ss.), 2761 (in Foro it., Rep., 1968, c. 1619 n. 5), 2762 (in Giur. it., 1968, I, 1, c. 304 con nota di TELCHINI); Cass. pen., 23 marzo 1977 (in Giust. pen., 1978, II, c. 349); Cass., 30 ottobre 1982 (in Cass. pen., 1984, p. 1463, n. 990); Cass., 26 gennaio 1983 (ivi, p. 1463, n. 991). Per una sintetica esposizione delle contrastanti tendenze della giurisprudenza di merito, cfr. CIANCI, Gli operatori del diritto e i diritti dell'uomo, in Giust. pen., 1982, III, c. 311. Per una puntuale rassegna della giurisprudenza italiana sulla Convenzione, cfr. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'applicazione giurisprudenziale, Milano, 1981, parte II, p. 207 ss. In dottrina riconoscono alla Convenzione carattere ordinario, fra gli altri, AMODIO, La tutela della libertà personale dell'imputato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in Riv. it. dir. proc. pen., 1967, p. 851 ss.; PECORELLA, Brevi rilievi in tema di «presunzione di non colpevolezza», 1967, p. 13 (estratto); BATTAGLINI, Convenzione europea, misure d'emergenza e control-

re chiaro, in una prospettiva comparatistica⁽¹²⁹⁾, che i principi convenzionali non possono non incidere sull'attività legislativa⁽¹³⁰⁾ e interpretativa statuale⁽¹³¹⁾.

lo del giudichi, in *Giur. cost.*, 1982, I, p. 404 ss., con ulteriori ampi riferimenti bibliografici. Una autorevolissima dottrina sembra peraltro riconoscere, in particolare in virtù del richiamo ai diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost., rango costituzionale alla Convenzione: cfr., in particolare, BRICOLA, Prospettive e limiti della tutela *penale* della riservatezza, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 1099; MANTOVANI, Sugli effetti, cit., p. 471 ss., con riferimenti bibliografici; CARBONI, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Costituzione italiana: cenni comparativi, in *La Convenzione europea*, cit., p. 137. Favorevole ad una sostanziale costituzionalizzazione della Convenzione dei diritti dell'uomo (ma essenzialmente in virtù di una elastica applicazione dell'art. 11 Cost.) è MORI, Convenzione *europea* dei diritti dell'uomo, Patto delle N.U. e Costituzione italiana, in *Riv. dir. int.*, 1983, p. 306 ss. Anche CHIAVARIO (La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Milano, 1969), pur riconoscendo alle norme « sostanziali » della Convenzione il rango di legge ordinaria (p. 36 ss. e, soprattutto, p. 51) sembra non escludere la costituzionalizzazione ex art. 2 Cost. dei principi individuati dalla Convenzione stessa.

⁽¹²⁹⁾ Per un'ampia, ancorché datata, panoramica relativa alle soluzioni date al problema dell'efficacia delle norme convenzionali nei diversi ordinamenti statuali, CHIAVARIO, *La Convenzione*, cit., p. 24 ss., con ricca bibliografia. Per un sintetico quadro riassuntivo in materia, cfr., da ultimo, BECHLIVANOU e JACQ, *Document de Travail* n. 1, in *Politique criminelle et droits de l'homme: Les mesures de restriction et de derogation « nécessaires dans une société démocratique »*, dattiloscritto a cura dell'École des Hautes Etudes en sciences sociales e dell'Institut de droit comparé de l'Université de Paris 11, in corse, di pubblicazione. Attualmente, la massima parte dei Paesi firmatari riconosce alla Convenzione valore superiore alla legge ordinaria. In particolare l'Olanda attribuisce alla Convenzione un rango addirittura supracostituzionale, mentre l'Austria, il Portogallo e (ai fini processuali) la Svizzera le assegnano dignità costituzionale. Infine Francia, Lussemburgo, Spagna, Turchia, Belgio, Grecia e Cipro pongono la Convenzione ad un livello supra-legislativo. Non mancano tuttavia, in molti di questi Paesi, opinioni divergenti circa il rango assunto dalla Convenzione europea nella gerarchia delle fonti. In Francia, ad es., la Convenzione risulterebbe, secondo una parte della dottrina, di livello costituzionale.

⁽¹³⁰⁾ Sul punto, fondamentalmente, MANTOVANI, Sugli effetti, cit., pp. 473-474. L'A. afferma che « Invero, qualunque sia il significato che alle disposizioni della Convenzione si voglia attribuire, si riconosca ad esse un carattere precettivo o anche soltanto programmatico, le si elevi al rango di norme costituzionali o le si degradi al livello delle leggi ordinarie, uno Stato che dimostri di credere nel primordiale principio *pacta sunt servanda*, sia esso sanzionato o meno, dia vita o meno la relativa inosservanza a responsabilità costituzionali, non potrà non adeguare la propria legislazione ai principi e allo spirito della Carta europea ». Si vedano anche, in materia, le osservazioni di CARBONI, *Convenzione europea*, cit., p. 137; NOCERINO GRISOTTI, Valore ed efficacia della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano, in *La Convenzione europea*, cit., p. 123 ss. e, soprattutto, p. 132.

⁽¹³¹⁾ Cfr. PAJARDI, Osservazioni generali sulla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, con considerazioni finali relative alla sua applicazione da parte della giurisprudenza italiana in materia penale, in *La Convenzione europea*, cit., p. 184;

Stabilito quindi che i principi della Convenzione (in ossequio del resto all'idea europeistica dalla quale essa muove) tendono « naturalmente » ad imporsi all'interno dei sistemi statuali in una prospettiva di superamento delle gelosie nazionalistiche ⁽¹³²⁾, resta da chiarire in quale misura tali principi possano influire sul processo di armonico ravvicinamento degli ordinamenti penali.

In proposito sembra indiscutibile — quanto meno su un piano meramente astratto — che i principi convenzionali presentino una particolare « attitudine » ad un significativo ravvicinamento attuato nel segno dei diritti dell'uomo, in quanto:

1) ciascuno di tali principi è contraddistinto da una elevata omogeneità sostanziale, in quanto si tratta, come sottolineato nel preambolo della Convenzione, di principi la cui tutela nei diversi sistemi troverebbe le sue radici « nel patrimonio comune di ideali e di tradizioni politiche, di rispetta della libertà e di preminenza del diritto » proprio degli Stati europei. Detta « omogeneità » — destinata, secondo la volontà espressa dalla Convenzione, ad imporsi al di sopra di ogni contrapposta ed eventuale tendenza « centrifuga » statale — risulta a sua volta sorretta da una rigorosa *unitarietà* formale (in quanto, ovviamente, ogni principio assume un'unica veste normativa esteriore: quella recepita nel testo della Convenzione) ⁽¹³³⁾;

2) pur riflettendo in larga misura principi già generalmente riconosciuti a livello costituzionale (o, subordinatamente, a livello legislativo) ⁽¹³⁴⁾, tali disposizioni di principio contenute nella Convenzione sembrano in taluni casi collocarsi su posizioni di tutela più avanzate

STRIANI, *Diritti dell'uomo: finalmente riconosciuti?*, in Cass. pen. Mass. ann., 1984, p. 1458. Sul principio della c.d. « presunzione di conformità », secondo cui « fra due o più possibili interpretazioni di una norma interna 'si deve preferire quella che permette l'adempimento dei doveri internazionali dello Stato' », cfr., per tutti, SPERDUTI, *Il primato del diritto internazionale nel sistema del diritto interno*, in Riv. dir. intern., 1978, p. 227 ss.

⁽¹³²⁾ MANTOVANI, *Sugli effetti*, cit., p. 474. Sottolinea i vincoli di solidarietà comunitaria posti dalla Convenzione, SPERDUTI, voce *Diritti umani*, in Enc. Dir., vol. XVI, 1964, p. 815.

⁽¹³³⁾ Per uno spunto in merito, cfr. MONACO, *La fase attuale della protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, in Scritti in onore di E. Tosato, vol. II, Milano, 1982, p. 980 ss.

⁽¹³⁴⁾ Cfr., in particolare, CONSO, *I diritti dell'uomo e il processo penale*, in Riv. dir. proc., 1968, p. 317; CONFORTI, *Lezioni di diritto internazionale*, 1982, p. 139; MANTOVANI, *Sugli effetti*, cit., p. 467; SPERDUTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il suo sistema di garanzie*, in Riv. dir. intern., 1963, p. 174; MONACO, *Primi lineamenti di diritto pubblico europeo*, Milano, 1962, p. 87; PASINI, *I diritti dell'uomo*, Napoli, 1979, p. 197. In una più ampia prospettiva, evidenzia l'incidenza del metodo comparatistico (e in particolare del diritto costituzionale comparato) nelle scelte del legislatore internazionale, GREGORI, *Il problema del metodo*, cit., p. 517 ss.

rispetto a quelle offerte dai principi in materia penale previsti in molte delle attuali Costituzioni ⁽¹³⁵⁾; inoltre, a causa della loro particolare tecnica di formulazione, i principi convenzionali risultano spesso più dettagliati rispetto ai principi costituzionali ⁽¹³⁶⁾, e dunque — quanto meno in linea teorica — più vincolanti per il legislatore e l'interprete. Del resto, l'esattezza di questo assunto appare riconfermata (al di là delle dichiarazioni ufficiali nelle quali viene di norma sottolineata la conformità dei singoli ordinamenti alle disposizioni della Convenzione) ⁽¹³⁷⁾ proprio dagli ostacoli frapposti da molti dei Paesi membri del Consiglio d'Europa all'accettazione sia della giurisdizione della Corte sia, soprattutto, del diritto al ricorso individuale ⁽¹³⁸⁾;

3) la loro protezione si articola attraverso un sistema di controllo incidente non solo sulla *normativa* dei Paesi firmatari, ma anche (*rectius*: in primo luogo) sugli *effettivi comportamenti* tenuti dai pubblici poteri all'interno dei singoli sistemi, indipendentemente dalla conformità o meno dei comportamenti in questione al diritto interno ⁽¹³⁹⁾. In tal modo, mentre viene sanzionato ogni sotterraneo e scol-

⁽¹³⁵⁾ Sul punto cfr., con riferimento ai principi sanciti dalla Costituzione italiana, MANTOVANI, Sugli effetti, cit., p. 467; GIARDA, *Diritti dell'uomo* e processo penale italiano: un bilancio e prospettive operative, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 914 ss. In una più generale prospettiva, sottolinea la scarsità di riferimenti ai diritti del cittadino in talune Costituzioni MONACO, La fase attuale, cit., p. 980 ss.

⁽¹³⁶⁾ In materia di diritti dell'uomo, sottolinea la maggiore analiticità dei principi della Convenzione rispetto a quelli della Costituzione italiana, CARBONI, Convenzione europea, cit., p. 133 ss. Rileva come la Convenzione accolga il metodo della «specificazione» dei diritti — e dunque dei principi — piuttosto che il metodo della mera «enunciazione» di questi (metodo quest'ultimo fatto proprio, in genere, dalle Costituzioni), CHIAVARIO, La Convenzione, cit., p. 9. Sul punto cfr. altresì SPERDUTI, Prefazione al testo *ufficiale* della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti *dell'uomo*, Strasburgo, 1962, p. 10 ss.; GREGORI, Il problema del metodo, cit., p. 508 ss.; nonché da ultimo PITTARO, L'ordinamento italiano e la Convenzione europea dei diritti *dell'uomo*, in *Giur. it.*, 1987, IV, c. 394.

⁽¹³⁷⁾ Si vedano, ad esempio, le affermazioni del nostro Governo il quale, richiesto ex art. 57 Conv. «sul modo in cui il proprio diritto interno assicura la effettiva applicazione di tutte le disposizioni della presente Convenzione», ha replicato (in data 24 marzo 1965) che «l'ordinamento giuridico italiano, sia nelle sue disposizioni costituzionali sia nella sua legislazione ordinaria, realizza tutti i principi e le regole contenute nella Convenzione dei Diritti dell'Uomo». Sul punto, criticamente, CONSO, Giustizia penale e diritti *dell'uomo*, in *Indice pen.*, 1969, p. 5 ss.

⁽¹³⁸⁾ Cfr. PAJARDI, Osservazioni generali, cit., p. 202; ZANGHÌ, La protezione internazionale dei diritti *dell'uomo*, Roma, 1979, p. 126.

⁽¹³⁹⁾ Cfr. CARBONI, Convenzione europea, cit., p. 137-138; GREGORI, Il ricorso individuale *alla* Convenzione europea dei diritti *dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, p. 1209; PALAZZO, L'influenza, cit., p. 682; SPERDUTI, La Convenzione europea dei diritti *dell'uomo* e il suo sistema di garanzie, in *Riv. dir. intern.*, 1963, p. 163; ID., Osservazioni sul sistema europeo di protezione dei diritti dell'uomo, in *Studi in onore di G. Chiarelli*, IV, Milano, 1974, p. 4165.

lamento» fra «sistema ufficiale» e «sistema reale», viene contestualmente favorito — attraverso la tutela dei diritti dell'uomo — un armonico ravvicinamento in concreto dei sistemi statuali, incidente sia sugli ordinamenti giuridici in senso stretto, sia più in generale sul costume giudiziario e sulla stessa cultura giuridica di tutti gli operatori del diritto;

4) infine, soprattutto, l'attitudine all'armonizzazione dei sistemi da parte dei principi convenzionali è da ricondurre al fatto che la suscitata, intrinseca omogeneità sostanziale di questi ultimi trova un ulteriore riscontro nel momento dinamico del loro sviluppo, dato che questo viene attuato attraverso un meccanismo giurisdizionale articolantesi su organi di tutela sovranazionali, impregnati di una comune cultura giuridica e politica a dimensione europea. Da ciò deriva, come è intuitivo, una giurisprudenza armonicamente coerente; e tuttavia capace di adattarsi in modo flessibile alle peculiari esigenze di ciascun Paese, anche in virtù del *marge d'appréciation* lasciato ai singoli Stati per quanto concerne l'adeguamento dell'ordinamento interno a taluni dei più significativi principi convenzionali⁽¹⁴⁰⁾. Si può quindi dire, in altre parole, che grazie alla comune cultura europeistica degli organi giurisdizionali deputati alla tutela dei principi della Convenzione, l'«originaria» uniformità (formale e) sostanziale di questi ultimi non viene, in linea di massima, compromessa o incrinata in sede d'interpretazione evolutiva⁽¹⁴¹⁾. Risultano così tendenzialmente evitati, sul piano pratico-applicativo, quei fenomeni di «frammentazione» se non

(140) In merito all'ambito di «discrezionalità» lasciato dalla Convenzione al legislatore ed al giudice nazionale, cfr. da ultimo, PALAZZO e BERNARDI, La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la politica criminale italiana: *intersezioni* e lontananze, in Riv. int. dir. uomo, 1988, fasc. 3, §§ 5 e 6 e bibliografia ivi citata.

(141) La peculiare dimensione funzionalmente «evolutiva» dei principi convenzionali emerge già dalla lettura del preambolo della Convenzione, il quale (come affermato nella sentenza sul caso Golder contro Gran Bretagna, in Publications de la Cour européenne des Droits de l'Homme — d'ora in poi abbreviato in Publ. C.E.D.H. —, Série A n. 18, p. 16, § 14) è parte integrante della Convenzione e risulta fondamentale per determinarne l'oggetto e lo scopo. E lo scopo della Convenzione, ai sensi del Preambolo, è appunto quello di conseguire non solo la salvaguardia, ma lo sviluppo dei diritti dell'uomo: conformemente del resto a quanto affermato nel Preambolo dello Statuto del Consiglio d'Europa, laddove si evidenzia la volontà di far trionfare progressivamente un ideale incentrato «sui principi di libertà individuale, di libertà politica e di preminenza del diritto». Sul punto, *amplius*, cfr. GANSHOF VAN DER MEERSCH, Réflexions, cit., p. 266. In una diversa, più ampia prospettiva, la dimensione intrinsecamente evolutiva delle norme convenzionali appare connessa alla loro stessa strutturazione in forma di «principi», dato che questi ultimi consentono amplissime possibilità interpretative (se non addirittura creative) utilizzabili per l'appunto in chiave eminentemente evolutivo-propulsiva. Per quanto concerne in generale il tema dell'interpretazione evolutiva della Convenzione, cfr., *infra*, nota 156.

addirittura di « manipolazione » e « degenerazione » dei principi ⁽¹⁴²⁾, viceversa 'facilmente verificantisi in presenza di una molteplicità di organi di controllo eterogenei per natura e cultura.

In definitiva, il sistema di protezione dell'individuo varato dalla Convenzione, valutando la conformità degli ordinamenti statuali ai principi convenzionali sulla base di un metro di giudizio « europeo » omogeneo ancorché flessibile, permette il mantenimento della tradizione e dell'identità giuridica nazionale pur all'interno di sistemi uniti da un comune linguaggio in tema di valori e di diritti fondamentali ⁽¹⁴³⁾.

Tuttavia è innegabile come, a fronte dell'astratta attitudine dei principi convenzionali all'armonizzazione, il ravvicinamento dei sistemi nel segno dei diritti dell'uomo risulti in concreto frenato, in taluni Stati, dalla concezione autarchica del potere legislativo e del potere esecutivo ⁽¹⁴⁴⁾.

⁽¹⁴²⁾ Tuttavia, è bene sottolinearlo, solo in via *tendenziale* il meccanismo giurisdizionale di tutela previsto dalla Convenzione europea risulta idoneo ad uno sviluppo unitario dei principi convenzionali, funzionale all'armonizzazione dei sistemi. La dottrina ha infatti a più riprese sottolineato come in taluni casi gli organi di Strasburgo abbiano interpretato i principi convenzionali che conferiscono un *marge d'appréciation* ai singoli Stati (art. 8-11 Conv. e art. 2 Prot. n. 4) in modo tale da svuotarli di contenuto, compromettendone così l'attitudine armonizzatrice. Sul punto cfr., *amplius*, e per tutti, ELENS, La notion de *démocratie dans le cadre des limitations aux droits de l'homme*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, 1982, p. 179 ss., con ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

⁽¹⁴³⁾ Cfr. MASSIAS, *L'influence des droits de l'homme sur la politique criminelle en Europe*, in *Arch. pol. crim.*, n. 9, 1987, p. 56.

⁽¹⁴⁴⁾ Per quanto specificamente concerne il nostro Paese, tale concezione — sottesa alla succitata risposta inviata dallo Stato italiano al Consiglio d'Europa (cfr. nota 137) — è stata ribadita nel corso degli anni da quanti hanno sostenuto la piena conformità della vigente legislazione ai principi convenzionali. In proposito si vedano, ad es., le affermazioni del relatore per il disegno di legge delega per la riforma del codice di procedura penale (on. Valiante), secondo il quale « le regole fondamentali fissate da convenzioni internazionali o sono recepite dalla nostra Costituzione o sono diventate parte integrante della nostra legislazione », in Camera dei Deputati, Delega al Governo per la riforma del codice di procedura penale, Lavori della IV Commissione permanente giustizia, Roma, s.d. (ma 1966), p. 364. Per una critica a tali affermazioni, cfr. CONSO, I diritti dell'uomo, cit., p. 307 ss. Cfr. altresì — in posizione radicalmente antitetica a quella « ufficiale » del Governo — ANDRIOLI, La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il processo giusto, in *Temi romana*, 1964, p. 457 ss.; ID., *Apunti di procedura penale*, Napoli, 1965, p. 29 ss.; CARULLI, Il diritto di difesa dell'imputato, Napoli, 1967, p. 206 ss.; AMODIO, La tutela della libertà personale dell'imputato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 842 ss., e soprattutto pp. 860, 883, 885. Tali autori concordemente sottolineavano, nella seconda metà degli anni '60, il disconoscimento della Convenzione europea da parte del nostro legislatore. In materia cfr. ancora, più recentemente e per tutti, GIARDA, *Diritti dell'uomo*, cit., p. 912 e 920.

Questa tendenza autarchica risulta poi, in non pochi Paesi, ribadita se non accentuata dalla tradizione conservatrice del potere giudiziario, il quale sembra anch'esso il più delle volte muovere dalla ferma convinzione della perfetta coincidenza del sistema giuridico — e del sistema penale in particolare — coi principi della Convenzione ⁽¹⁴⁵⁾; sicché «ogni domanda fondata sulla base di questa viene quasi sempre respinta nel merito con il riconoscimento della validità ed applicabilità della legislazione nazionale anteriore» ⁽¹⁴⁶⁾. Se, in effetti, un'indagine delle ordinanze e sentenze depositate negli uffici giudiziari del nostro Paese ha consentito (e tutt'oggi consentirebbe) di affermare che «lo spirito del diritto europeo non penetra nell'ordinamento italiano» ⁽¹⁴⁷⁾, non può certo dirsi che la riluttanza della giurisprudenza agli stimoli offerti dalla Convenzione sia un fenomeno esclusivamente italiano. Anche a prescindere dalla prassi, instaurata da taluni Stati firmatari, di derogare alle disposizioni della Convenzione attraverso un uso reiterato dell'art. 15 Conv. ⁽¹⁴⁸⁾, numerosi

⁽¹⁴⁵⁾ Con riferimento all'Italia, cfr., per tutte, Cass. pen., 6 febbraio 1962, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, p. 304, ove si afferma che «le norme del nostro diritto processuale penale sono conformi ai principi dettati dalla Convenzione europea». Con ogni probabilità le «tendenze immobiliste» della giurisprudenza (già a suo tempo denunciate, per quanto concerne il nostro Paese, dalla migliore dottrina: cfr., per tutti, ANDRIOLI, *La Convenzione europea*, cit., p. 452 ss.; MANTOVANI, *Sugli effetti*, cit., p. 473) sono riconducibili in larga misura ai dubbi da sempre esistenti — non solo, ma soprattutto in Italia — in merito sia al rango delle disposizioni internazionali nella gerarchia delle fonti sia alla loro natura precettiva o programmatica. Cfr. sul punto, in particolare, STRIANI, *Diritti dell'uomo*, cit., p. 1457 ss., con riferimenti dottrinali e giurisprudenziali; PITTARO, *Un passo indietro* (ed anche due...) in tema di diritti dell'uomo, in Cass. pen., 1985, p. 2057; ID., *L'ordinamento italiano*, cit., c. 392, con ulteriori riferimenti. Cfr. altresì, GREGORI, *La tutela*, cit., p. 216 ss. Tuttavia anche in sistemi, come quello francese, cuntradistinti dal generalizzata riconoscimento da parte della magistratura del carattere *self-executing* delle disposizioni della Convenzione (sul punto, KOERING-JOULIN, *Dix ans d'application de la Convention européenne des droits de l'homme devant les juridictions judiciaires françaises*, in *Rev. sc. crim.*, 1984, p. 845, con richiami giurisprudenziali. Cfr. altresì LE CALVEZ, *Les principes*, cit., 3198) si registrano talora tendenze d'impronta autarchica. Cfr. ad es., per quanto concerne il rifiuto di una parte della giurisprudenza transalpina a riconoscere in taluni casi l'applicabilità dell'art. 6 Conv., MASIAS, *L'influence*, cit., p. 31.

⁽¹⁴⁶⁾ TAVORMINA, Sulla compatibilità dell'ordinamento italiano con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, alla luce di alcune applicazioni giurisprudenziali, in *La Convenzione europea*, cit., p. 154.

⁽¹⁴⁷⁾ GREGORI, *La tutela europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 1979, p. 217.

⁽¹⁴⁸⁾ Ai sensi del quale «in caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte Contraente può prendere delle misure in deroga alle obbligazioni previste nella presente Convenzione nella stretta misura in cui la situazione lo esiga e a condizione che tali misure non siano in contraddizione con le altre obbligazioni derivanti dal diritto internazionale». Come noto, questa norma è stata largamente utilizzata da Gran Bre-

sono infatti i Paesi nei quali l'effettiva applicazione dei principi convenzionali trova resistenze di vario tipo presso la magistratura ⁽¹⁴⁹⁾.

Ma se è vero che il ricorso « interno » ai sensi dell'art. 13 della Convenzione ⁽¹⁵⁰⁾ ha sinora sortito — non solo in Italia — effetti in-

tagna, Turchia, Irlanda e Grecia. Sul punto, *amplius* e criticamente, ZANGHÌ, La protezione, cit., p. 114 ss. Cfr. altresì, anche relativamente all'eventualità di un ricorso dell'Italia all'art. 15 con riferimento alla legislazione d'emergenza, PITTARO, Sospensione delle garanzie fondamentali e diritti dell'uomo, in *Annali della facoltà di scienze politiche dell'Università* degli Studi di Trieste, Milano, 1980, p. 496 ss., con riferimenti giurisprudenziali e bibliografici; ID., Legislazione dell'emergenza, sospensione delle garanzie fondamentali e diritti dell'uomo, in Giust. e Cost., 1982, n. 2-3, p. 156; GREGORI, La tutela, cit., p. 148 ss. Da ultimo, ancorché limitatamente ai territori della Nuova Caledonia, è stata la Francia a far ricorso all'art. 15 Conv. In merito a tale norma, cfr., in generale e per tutti, ERGEC, Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles, Bruxelles, 1987; CATALDI, La clausola di deroga della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in Riv. dir. europeo, 1983, p. 3; KITZ, Die Notstandsklausel des Art. 15 der Europäischen Menschenrechtskonvention, Berlin, 1982, p. 94 ss.; MANOS, La clause de dérogation dans la Convention européenne des droits de l'homme (art. 15 de la Convention), Genève, 1974 (tesi dattiloscritta, consultabile presso la biblioteca della Corte dei diritti dell'Uomo a Strasburgo); VELU, Le droit pour les Etats de déroger à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en cas de guerre ou d'autre danger public menaçant la vie de la nation, in Les clauses échappatoires en matière d'instruments internationaux relatives aux droits de l'homme, 4^e Colloque du Département des droits de l'Homme (7 dicembre 1978), Bruxelles, 1982, p. 71 ss.; VAN DIJK, Supervision of the application of Article 15 of the Convention, *ivi*, p. 151 ss.; ELENS, La notion de *démocratie*, cit., p. 203 ss. e bibliografia *ivi* citata; PINHEIRO FARINHA, Art. 15 de la Convention, in Studies in honour of G. J. Wiarda, cit., p. 521 ss.

⁽¹⁴⁹⁾ Cfr., in una generale prospettiva comparatistica, DRZEMCZEWSKI, European Human Rights Convention in Domestic Law. A comparative Study, Oxford, 1983, in specie p. 62. L'A. rileva che «...sfortunatamente, se una Corte o un tribunale può scegliere... fra un testo internazionale e uno nazionale, la formazione professionale e la tendenza naturale dei suoi membri li porta ad adottare il testo nazionale». Cfr. altresì, per quanto concerne specificamente la Svizzera, HOTTELIER, La Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence du tribunal fédéral, Lausanne, 1985, *passim*, e in specie, pp. 199-200. Per quanto concerne la Francia cfr. KOERING-JOULIN, Dix ans d'application, cit., p. 845. Sempre con riferimento alla Francia, cfr., emblematicamente, l'atteggiamento di radicale rifiuto nei confronti della Convenzione europea assunto dal giudice CHAMBRON, Observations sous cour d'appel de Toulouse, 5 janvier 1982, in Jurisclasseur Périodique, 1982, II, 19899, per il quale «la Convenzione contiene solo dichiarazioni generali di principio... Pertanto essa non è direttamente applicabile dai tribunali. Questi ultimi possono fondare le loro decisioni solo sulle norme particolari e dettagliate della loro legislazione interna».

⁽¹⁵⁰⁾ In base al quale «ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone agenti nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali». Va sottolineato che una parte della dottrina italiana considera la norma di cui all'art. 13 Conv, priva di self-executivity. Sembra tuttavia preferibile ritenere la disposizione in que-

soddisfacenti^(150bis), non sembra tuttavia ingiustificata una cauta fiducia in una futura progressiva evoluzione dell'attuale stato di cose, anche in considerazione del fatto che tale strumento di protezione offerto dalla Convenzione non è ancora pienamente entrato nel costume giudiziario, ed è quindi spesso mal adoperato in quanto, come è stato osservato, è solamente «maneggiando le armi che si impara ad usarle»⁽¹⁵¹⁾.

In una più generale prospettiva, occorre poi sottolineare come un ulteriore contributo al miglioramento dell'attuale situazione di scarsa risonanza dei principi convenzionali sull'attività legislativa e giurisprudenziale interna dovrebbe venir offerto sia dall'opera di sensibilizzazione svolta dalla dottrina (che tende a dimostrarsi in tutti i Paesi firmatari sempre più attenta alla tutela europea dei diritti dell'uomo) sia, ancor più, dall'attività decisionale degli organi della Convenzione⁽¹⁵²⁾.

Riguardo a quest'ultima, in particolare, va innanzitutto rilevato che il sensibilissimo incremento quantitativo delle decisioni⁽¹⁵³⁾ ed il loro contestuale innalzamento qualitativo⁽¹⁵⁴⁾ consentono ormai una

stione self-executing, non richiedendo essa la creazione di appositi organi e procedure: non richiedendo cioè una ulteriore attività legislativa d'attuazione. Cfr. MANTOVANI, Sugli effetti, cit., p. 466; AMODIO, La tutela, cit., p. 851 ss.

^(150 bis) Cfr., in una prospettiva comparatistica, FROWEIN e PEUKERT, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 1985, i quali sottolineano come le potenzialità di questa norma permangano non sfruttate, specie nei Paesi che non riconoscono alla Convenzione un effetto diretto. Cfr. altresì, limitatamente all'Italia, PITTARO, *L'ordinamento italiano*, cit., c. 393.

⁽¹⁵¹⁾ TAVORMINA, Sulla compatibilità, cit., p. 176; cfr. altresì PITTARO, *L'ordinamento italiano*, cit., c. 392 ss.

⁽¹⁵²⁾ Con specifico riferimento all'influenza esercitata dalle decisioni degli organi di Strasburgo sui tribunali nazionali, SCHREURER, *The Impact of International Institutions on the Protection of Human Rights in Domestic Courts*, in Israel Yearbook on Human Rights, 1974, p. 60 ss.; ROLIN, *L'autorité des arrêts et des décisions des organes de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, in *Revue des Droits de l'Homme*, 1973, p. 729 ss.

⁽¹⁵³⁾ Le sentenze della Corte sono state solo 20 fra il 1960 e il 1975. Per contro, dal 1976 al 1986 si sono registrate ben 97 sentenze. Tale incremento appare ascrivibile anche, ma non solo, alla progressiva accettazione del diritto al ricorso individuale ex art. 25 Conv. da parte degli Stati firmatari. In merito all'evoluzione del numero delle decisioni della Commissione, cfr. i dati statistici pubblicati in *Bilan de la Convention européenne des Droits de l'Homme, Supplément* 1985, Doc. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1987, p. 128. Per quanto concerne invece i dati relativi alle sentenze della Corte, cfr. da ultimo ENRICH-MAS e SANSOTTA, *Aperçu statistique de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, in *Studies in honour of G. J. Wiarda*, cit., p. 691.

⁽¹⁵⁴⁾ Cfr. PETTITI, *Les principes généraux de droit pénal dans la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Rev. sc. crim.*, 1987, p. 169, il quale sottolinea, in particolare, come ormai la Corte europea rilevi sovente l'esistenza di una violazione attraverso l'analisi combinata di più norme della Convenzione,

sempre più chiara visione dei principi generali in materia penale previsti dalla Convenzione, così come sviluppati dagli organi di Strasburgo ^(154bis). Da ciò deriva (o quanto meno dovrebbe derivare) una maggiore e più acuta consapevolezza, da parte dei singoli Stati, della « dimensione concreta » delle disposizioni di principio contenute nella Convenzione e della necessità di conformarsi ad esse ⁽¹⁵⁵⁾.

Senza per questo porsi necessariamente sul piano dell'utopia, si può quindi ben dire che i principi relativi ai diritti dell'uomo svolgono — in specie attraverso l'opera di interpretazione dinamica ed evolutiva propria della Commissione e della Corte ⁽¹⁵⁶⁾ — una effettiva

laddove la tradizionale presa in esame di ciascuna norma separatamente non consentirebbe l'individuazione della violazione in oggetto.

^(154bis) Cfr. DRZEMCZEWSKI, *European Human Rights*, cit., p. 62. Cfr. altresì, da ultimo, VOYAUME, *Nul n'est censé ignorer la jurisprudence*. Quelques considérations sur la publication des décisions de la Commission et de la Cour européennes des Droits de l'Homme, in *Studies in honour of G.J. Wiarda*, cit., p. 673. La stessa Corte europea ha sottolineato che le sue sentenze servono non solo a decidere i singoli casi ad essa sottoposti, ma anche — più in generale — a chiarire, salvaguardare e sviluppare le norme di principio della Convenzione, e conseguentemente a contribuire al rispetto da parte degli Stati degli impegni da essi assunti nella loro qualità di Parti contraenti. Cfr. caso Irlanda contro Gran Bretagna, sentenza 18 gennaio 1978, in *Publ. C.E.D.H.*, Série A n. 25, § 154.

⁽¹⁵⁵⁾ Vero è che le sentenze « di condanna » non solo non costituiscono titolo esecutivo negli Stati membri (cfr., per tutti, DRZEMCZEWSKI, *European Human Rights*, cit., p. 62. Cfr. altresì, con riferimento all'Italia, PATARDI, *Osservazioni generali*, cit., p. 184; CIANCI, *Gli operatori del diritto*, cit., c. 310), ma sovente non fanno nemmeno presa sulla pubblica opinione, « evitando così l'intervento politico-legislativo sulla fattispecie astratta 'incriminata' quale oggetto del 'caso' trattato » (PITTARO, *Un passo indietro*, cit., c. 2059; *Id.*, *L'ordinamento italiano*, cit., c. 392). Tuttavia è altresì vero, in una diversa prospettiva, che lo Stato il quale non adempia alle decisioni della Corte incorre in una responsabilità sul piano internazionale, cosicché ha pur sempre un diretto e concreto interesse ad assicurare l'esecuzione della sentenza. (Sul carattere « obbligatorio » delle decisioni della Corte, cfr., *amplius*, RESS, *Effets des arrêts* de la Cour européenne des Droits de l'Homme en droit interne et pour les tribunaux nationaux, in *Actes du cinquième colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme*, cit., p. 340 ss. e bibliografia ivi citata). Occorre tenere poi presente che in alcuni Stati l'attenzione dedicata alle decisioni degli organi della Convenzione da parte dei mass-media e della stessa pubblica opinione è assai più viva che nel nostro Paese, con significativi riflessi sull'attività legislativa. Cfr., in una prospettiva comparatistica, SHAW, *Communication écrite sur « L'impact de la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'opinion publique »*, in *Actes du sixième colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme* (Siviglia, 13-16 novembre 1985), Strasbourg, 1988, p. 759 ss.

⁽¹⁵⁶⁾ Sul punto cfr., specificamente, BARSOTTI, *Tendenze evolutive nell'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. intern.*, 1976, p. 268 ss.; SORENSEN, *I diritti iscritti nella Convenzione dei diritti dell'uomo nel 1950 hanno lo stesso significato nel 1975?*, in *Riv. dir. europeo*, 1975, p. 267 ss.

azione di ravvicinamento dei sistemi; e che tale azione, oggi ancora piuttosto modesta, è verosimilmente destinata a divenire sempre più penet ante e significativa ⁽¹⁵⁷⁾.

10. Il ruolo svolto dai principi della Convenzione di Roma nel ravvicinamento dei sistemi « preventivi » e « punitivi » statuali.

Se dunque i principi sanciti dalla Convenzione sembrano destinati ad improntare di sé in misura crescente i sistemi giuridici degli Stati europei, un'indagine condotta sulle decisioni degli organi di Strasburgo può rivelarsi — in una prospettiva *lato sensu* penale — assai utile: permettendo di fare il punto sull'attuale stato di recepimento dei diritti dell'uomo nei sistemi statuali « preventivi » e « punitivi », e al contempo consentendo di individuare le « direttrici » di armonizzazione destinate a futuri sviluppi. In proposito, alla luce della giurisprudenza esistente, sembra possibile distinguere tre differenti piani in relazione ai quali i principi della Convenzione tendono a svolgere la loro opera di ravvicinamento-armonizzazione *lato sensu* penale: il piano concernente i sistemi statuali di prevenzione e di controllo sociale; il piano concernente i sistemi punitivi (in senso ampio); il piano concernente i sistemi penali in senso stretto.

A) Su un primo e generalissimo piano, per così dire meta-penale, l'opera di ravvicinamento-armonizzazione si realizza, in particolare, attraverso una verifica svolta dagli appositi organi giurisdizionali sovranazionali in merito alla conformità dei sistemi « preventivi » statuali ai principi della Convenzione. Attraverso tale verifica si tende a far sì che i Paesi del Consiglio d'Europa utilizzino sole tecniche di controllo sociale consone ad uno Stato democratico, e rifuggano quin-

In una più ampia prospettiva, sottolinea come la tendenza ad una progressiva evoluzione in via interpretativa sia connaturata ai diritti dell'uomo, PASINI, I diritti, cit., p. 198.

⁽¹⁵⁷⁾ Il riconoscimento del ruolo primario degli organi di Strasburgo nel processo di « concretizzazione » e « pubblicizzazione » delle disposizioni di principio della Convenzione non comporta tuttavia l'auspicio di una ulteriore, inarrestabile proliferazione di decisioni, specie se relative a ricorsi concernenti episodi non contraddistinti da una effettiva gravità. E ciò a causa dei rischi di « assuefazione » connessi ad una eventuale inflazione di sentenze di condanna. Sottolinea i pericoli di una « svalutazione » della Convenzione derivante dalla sua eventuale iperutilizzazione in caso di microviolazioni, VIER, Les risques de « dévalorisation » de la convention européenne des droits de l'homme, in *Convention européenne des droits de l'homme et droit communautaire*, Paris, 1988, p. 59 ss.

di, in linea di massima, dall'uso di mezzi di prevenzione tipici degli Stati autoritari o totalitari⁽¹⁵⁸⁾. Di ciò fanno fede le decisioni su taluni ricorsi concernenti malati mentali, stranieri, nonché sospettati di appartenere a gruppi mafiosi o terroristici; decisioni dalle quali emerge la costante preoccupazione che lo strumentario sanzionatorio proprio dei singoli Stati sia circoscritto ai soli autori di specifici fatti illeciti, e non sia quindi applicato nei confronti della semplice devianza o addirittura della « diversità » in quanto tale.

a) Con riferimento ai malati mentali, la cui detenzione è consentita ex art. 5, § 1 lett. e) Conv. indipendentemente dalla commissione o dalla prevenzione di specifici fatti illeciti⁽¹⁵⁹⁾, la Corte — dopo aver precisato che il concetto di malattia psichica si evolve assieme alla psichiatria e allo stesso contesto sociale⁽¹⁶⁰⁾ — ha comunque imposto una interpretazione restrittiva del termine « alienato »⁽¹⁶¹⁾: cosicché, alla luce dei principi di libertà e di proporzione⁽¹⁶²⁾, la detenzione sarà lecita solo qualora, sulla base di una perizia medica obiettiva, il

⁽¹⁵⁸⁾ Cfr. MASSIAS, *L'influence*, cit., p. 39. L'A. sottolinea che il controllo operato dagli organi giurisdizionali della Convenzione sulle scelte di politica criminale (intesa in senso ampio) effettuate nei singoli Stati « non opera come un freno assoluto, ma permette 'in una certa misura' (riferimento al principio di proporzionalità) un adattamento del modello liberale, necessario al mantenimento di quest'ultimo di fronte a particolari situazioni o comportamenti ». Sui possibili processi di snaturamento del modello politico-criminale di tipo liberale, cfr. DELMAS-MARTY, *Permanence ou dérive du modèle libéral de politique criminelle*, in *Arch. pol. crim.*, n. 6, 1983, p. 13 ss. e, soprattutto, p. 30 ss.

⁽¹⁵⁹⁾ Sul punto, *amplius*, MASSIAS, *L'influence*, cit., p. 40 ss. Per una completa disamina del problema relativo alla tutela offerta dalla Convenzione e dai suoi organi ai malati mentali, cfr., in particolare, la recente monografia di DOURAKI, *La Convention européenne des droits de l'homme et le droit à la liberté de certains malades et marginaux*, Paris, 1986, con ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

⁽¹⁶⁰⁾ Cfr. caso Winterwerp contro Olanda, decisione 24 ottobre 1979, in *Publ. G.E.D.H.*, Série A n. 33, § 37. Sul caso Winterwerp cfr. MUCHLINSKI, *Mental health patients' rights and the European Human Rights Convention*, in *Human Rights Review* (d'ora in avanti abbreviato in H.R.R.), 1980, p. 93 ss. Cfr. altresì BERGER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, 1984, p. 112 ss., con riferimenti bibliografici.

⁽¹⁶¹⁾ In particolare — sempre secondo la sentenza della Corte relativa al caso Winterwerp (§ 37) — in ossequio al principio della libertà di coscienza, di pensiero e di espressione (artt. 9 e 10 Conv), « non si potrebbe considerare che la lett. e) dell'art. 5 § 1 autorizzi la detenzione di un soggetto per il solo fatto che le sue idee o il suo comportamento differiscono da quelli predominanti in una data società ». Sul punto cfr. anche la *Recommandation* R (83) 2, art. 2.

⁽¹⁶²⁾ In merito al generale problema dell'accoglimento del principio di proporzione nella Convenzione, cfr. DE SALVIA, *La notion de proportionnalité dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Dir. comunitario e degli scambi intern.*, 1978, p. 463 ss.

livello della infermità sia tale da giustificare la detenzione, e perman-
ga per tutto il periodo di ricovero ⁽¹⁶³⁾.

Gli organi di Strasburgo hanno inoltre affermato, pena l'illegittimità del provvedimento detentivo, che il soggetto alienato da un lato ha il diritto di proporre ricorso giurisdizionale a intervalli regolari contro le perizie mediche addotte a sostegno della detenzione (art. 5 § 4 Conv.) ⁽¹⁶⁴⁾, dall'altro lato ha il diritto di trascorrere il periodo detentivo in un ospedale, in una clinica o in altro apposito istituto di cura ⁽¹⁶⁵⁾, conformemente al principio del diritto alla salute.

b) Con riferimento agli stranieri, occorre innanzitutto sottolineare che — ai sensi del combinato disposto dagli artt. 1 e 14 Conv. — nei confronti di costoro possono essere previste nei singoli Stati limitazioni ai diritti e libertà affermate dalla Convenzione solo sulla base di quanto stabilito, in via generale, dal § 2 degli artt. 8, 9, 10 e 11 Conv., nonché, con specifico riferimento ai soggetti non residenti, dagli artt. 5 § 1 lett. f) e 16 Conv. Conformemente alla loro vocazione garantista, gli organi di controllo sembrano talora propensi ad offrire un'interpretazione restrittiva delle disposizioni limitative in oggetto. È stato così ritenuto (in virtù del principio del « diritto alla vita privata » ⁽¹⁶⁶⁾ e del principio di proporzione) che, nei casi in cui vengano a spezzare vincoli familiari, le misure di estradizione o espulsione non siano giustificate ex art. 8 § 2 Conv., salvo che non sussista un corrispondente interesse, d'intensità uguale o superiore, alla sicurezza pubblica e alla prevenzione di reati; e in proposito si è subito precisato che tale « corrispondenza » non sussiste se il reato per il quale l'extradizione è stata chiesta sia di lieve entità ⁽¹⁶⁷⁾.

⁽¹⁶³⁾ Tuttavia in altre occasioni gli organi di Strasburgo hanno fornito un'esegesi del termine « alienati » improntata a contenuti assai meno garantistici. Cfr. la decisione sul ricorso n. 7493/76 (in *Decisions and Reports*, 3, p. 43) nella quale la Commissione ha affermato che il concetto giuridico di « alienato » può divergere da quello medico, cosicché sono da ritenersi ricomprese nell'art. 5 lett. e) anche le persone affette da anomalie non assimilabili, da un punto di vista psichiatrico, alle « malattie mentali ». Cfr. sul punto GREGORI, *Il problema del metodo*, cit., p. 530.

⁽¹⁶⁴⁾ Cfr. caso X contro Gran Bretagna, sentenza 5 novembre 1981, in *Publ. C.E.D.H., Série A* n. 46. Cfr. BERGER, *Jurisprudence*, cit., p. 146 ss. Cfr. altresì la *Recommandation R* (83), 2, art. 8.

⁽¹⁶⁵⁾ Cfr. caso Ashingdane contro Gran Bretagna, sentenza 28 maggio 1985, in *Publ. C.E.D.H., Série A* n. 93.

⁽¹⁶⁶⁾ Sul « principio del diritto al rispetto della vita privata » sancito dall'art. 8 Conv. esiste una ricchissima bibliografia, all'interno della quale spiccano, in particolare, due volumi collettivi: *Protection internationale des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*, René Cassin *Amicorum Discipulorumque Liber*, vol. III, Paris, 1971; *Vie privée et droits de l'homme, Actes du Troisième Colloque International sur la Convention européenne des Droits de l'homme* (Bruxelles, 30 settembre-3 ottobre 1970), Bruxelles, 1973.

⁽¹⁶⁷⁾ Cfr. il ricorso n. 6337/73, X contro Repubblica federale tedesca.

Sempre in relazione agli stranieri immigrati, apposite disposizioni a loro favore sono poi previste dagli artt. 2, 3 e 4 del Protocollo n. 4 concernenti la libertà di circolazione. In particolare, l'art. 4 proibisce espressamente « le espulsioni collettive di stranieri », puntualmente definite dagli organi di controllo come « ogni misura dell'autorità competente che costringa gli stranieri in quanto gruppo a lasciare un Paese, salvo nei casi in cui la misura in questione sia presa a seguito e sulla base d'un esame ragionato ed obiettivo della particolare situazione di ciascuno degli stranieri che formano il gruppo »⁽¹⁶⁸⁾.

In tal modo, attraverso la normativa convenzionale ed il relativo controllo giurisdizionale si cercano di limitare al massimo nei confronti degli immigrati quei provvedimenti coercitivi e restrittivi contrastanti con il generalissimo principio di eguaglianza nel godimento dei diritti e delle libertà e con il principio di proporzione; principi questi che, come vedremo in seguito, risultano in via generale affermati con vigore, in ambito comunitario, anche dalla Corte di Giustizia C.E.

c) Con riferimento poi agli *indiziati di appartenere* ad associazioni mafiose, in base al principio di libertà (art. 5 Conv.) e di proporzione, la Corte si è rifiutata di giustificare l'irrogazione nei loro confronti di una misura sostanzialmente detentiva nel caso in cui essa non risultasse supportata dalla commissione di un fatto penalmente

(168) Ricorso n. 7011/75, BECKER contro Danimarca. Sul punto cfr. CARBONI, *Convenzione europea*, cit., p. 149; MASSIAS, *L'influence*, cit., p. 44. Ulteriori vincoli in merito all'espulsione di stranieri sono inoltre previsti dall'art. 1 del Protocollo n. 7 (in *Wv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 1364 ss.). Il § 1 di tale norma dispone infatti che « uno straniero legalmente residente nel territorio d'uno Stato non può essere espulso se non in base ad una decisione presa conformemente alla legge e ha il diritto di: a) far valere le ragioni che militano contro la sua espulsione; b) far esaminare il suo caso; c) farsi rappresentare a questi fini davanti all'autorità competente o ad una o più persone designate da tale autorità ». Tuttavia, ai sensi del § 2, « uno straniero può essere espulso prima d'aver fatto valere i diritti enumerati al paragrafo 1a,b,c di questo articolo quando l'espulsione in questione è necessaria nell'interesse dell'ordine pubblico oppure trova il suo fondamento in ragioni di sicurezza nazionale ». Resta il fatto che il protocollo n. 7 risultava — al luglio 1987 — firmato e ratificato solo da 7 dei 20 Paesi del Consiglio d'Europa (cfr. *Conseil de l'Europe*, *Etat des signatures et des ratifications des conventions et accords conclus au sein du Conseil de l'Europe*, Strasbourg, 1987, p. 19), fra i quali non rientrava l'Italia. In merito all'art. 1 del Protocollo n. 7, cfr. PITTARO, Aperto alla firma il settimo protocollo aggiuntivo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 1360 ss., nonché, amplius, CAMPIGLIO, Espulsione e diritti dell'uomo. A proposito dell'art. 1 del protocollo n. 7 addizionale alla *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. intern.*, 1985, p. 64 ss., con riferimenti bibliografici.

illecito. Ha perciò ritenuto illegittima l'applicazione di una misura di prevenzione qualora tale misura, per le caratteristiche concrete e per i suoi effetti, venga a tradursi in una vera e propria privazione della libertà anziché in una semplice limitazione di quest'ultima⁽¹⁶⁹⁾.

d) Infine, con riferimento ai soggetti *sospettati* di appartenere a *gruppi* terroristici, attraverso la giurisprudenza degli organi della Convenzione è stato ribadito:

d1) che taluni principi di civiltà giuridica non possono essere in nessun caso ed in nessuna misura derogati⁽¹⁷⁰⁾. Così la Corte ha riaffermato che nemmeno in caso di guerra o di altro pericolo per la stessa sopravvivenza dello Stato può farsi ricorso nei confronti di chicchessia alla tortura o a trattamenti inumani⁽¹⁷¹⁾;

d2) che, al di là delle limitazioni espressamente previste dagli artt. 5 e 6 Conv., i principi contenuti in tale norme (concernenti rispettiva-

⁽¹⁶⁹⁾ Si fa qui riferimento al notissimo caso Guzzardi contro Italia, ed alla relativa sentenza 6 novembre 1980 (in *Publ. C.E.D.H.*, Série A n. 39), nella quale la Corte ha affermato che gli indiziati di mafia non sono assimilabili ai vagabondi, e non possono quindi essere detenuti indipendentemente dalla realizzazione di un reato ai sensi dell'art. 5 § 1 lett. e) della Convenzione. Sul punto cfr., *amplius*, DUFFY, *Local remedies and the Convention: the Guzzardi and van Oosterwijck judgments*, in *H.R.R.*, 1981, p. 71 ss.; HOFMANN, *Freiheitsentzug durch Verbannung auf eine Insel - Fall Guzzardi*, in *EuGRZ* 1983, p. 633 ss.; MASSIAS, *L'influence*, cit., p. 48 ss.

⁽¹⁷⁰⁾ I principi della Convenzione a carattere inderogabile sono essenzialmente quelli sanciti agli artt. 3 (divieto di trattamenti inumani), 4, § 1 (divieto della schiavitù e servitù), nonché agli artt. 1, 3 e 4 del Protocollo n. 4. Cfr. GREGORI, La tutela, cit., p. 149; PITTARO, Sospensione, cit., p. 498. A tali principi può per certi aspetti essere accostato anche quello previsto all'art. 7 Conv. (principio di legalità). Tuttavia quest'ultimo, benché non possa essere derogato nei casi previsti dall'art. 15, trova una esplicita deroga nel § 2 dello stesso art. 7. Sul punto cfr., per tutti, PALAZZO, *L'influenza*, cit., p. 638; ELENS, *La notion de démocratie*, cit., p. 167; VEGLERIS, *Les nécessités publiques et la Convention des droits de l'homme*, in *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*, 1982, p. 352, il quale include fra i principi inderogabili anche quello sancito all'art. 3 del Protocollo n. 1.

⁽¹⁷¹⁾ Cfr. la succitata sentenza 18 febbraio 1978 relativa al caso Irlanda contro Gran Bretagna, in merito ai metodi d'interrogatorio condotti su persone sottoposte a fermo o a detenzione fra il 1971 e il 1972 sulla base dei poteri eccezionali attribuiti alle forze di sicurezza inglesi operanti nell'Irlanda del Nord. In materia, *amplius*, e per tutti, AUBERT, *Répression du terrorisme et protection des libertés individuelles: le Royaume-Uni devant la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Rev. int. crim. pol. techn.*, 1978, p. 367 ss.; GARCIA DE ENTERRIA, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Madrid, 1983, p. 430 ss.; SOULIER, *Lutte contre le terrorisme et droits de l'homme*, in *Rev. sc. crim.*, 1987, p. 671 ss. Sul principio di umanità delle pene sancito dall'art. 3 Conv. cfr., in particolare, SUDRE, *La notion de «peines et traitements inhumains ou dégradants» dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme*, in *Rev. gen. internat. publ.*, 1985, p. 825 ss. Per ulteriori riferimenti bibliografici sul punto, cfr. nota 198.

mente l'una il diritto alla libertà e alla sicurezza, l'altra i fondamentali diritti processuali) possono essere compressi solo in presenza di un grave pericolo per la sopravvivenza dello Stato (art. 15 Conv.) e nella misura rigorosamente indispensabile in rapporto al caso concreto ⁽¹⁷²⁾;

d3) che, infine, i principi relativi alle libertà fondamentali riconosciute agli artt. 8 (diritto al rispetto della vita privata), 9 (diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione), 10 (diritto alla libertà d'espressione), 11 (diritto alla libertà di riunione ed associazione), possono sì essere sottoposti alle restrizioni previste dal § 2 degli articoli in questione al fine della tutela dell'ordine democratico ⁽¹⁷³⁾, ma solo nella misura strettamente necessaria a tale scopo ⁽¹⁷⁴⁾.

⁽¹⁷²⁾ Cfr. il caso *Lawless contro Gran Bretagna*, concernente la « detenzione amministrativa » — protrattasi sei mesi — di un soggetto sospettato di appartenere all'I.R.A.; caso conclusosi peraltro con una decisione (1 luglio 1961, in *Publ. C.E.D.H.*, Série A n. 3) che riconosceva la congruità della misura detentiva rispetto alla situazione all'epoca esistente in Irlanda. Sul punto, in particolare, O'HIGGINS, *The Lawless Case*, in *Cambridge Law Journal*, 1962, p. 234 ss.; ANTONOPOULOS, *La jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme*, Leyde, 1967, p. 218 ss.

⁽¹⁷³⁾ A restrizioni in tutto o in parte analoghe possono essere sottoposti anche il principio del rispetto della proprietà di cui all'art. 1 Prot. n. 1 e il principio di libertà di circolazione di cui all'art. 2 Prot. n. 4. Sulla problematica concernente le limitazioni « necessarie in una società democratica » previste, in particolare, agli artt. 8-11 Conv., cfr. ELENS, *La notion de démocratie*, cit., p. 165 ss.; VEGLERIS, *Valeur et signification de la clause « dans une société démocratique » dans la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Revue des Droits de l'Homme*, 1968, vol. I, p. 219 ss.; JACOBS, *Dans quelle mesure les restrictions à l'exercice des libertés ont-elles subi une évolution?*, in *Actes du quatrième Colloque international sur la Convention européenne des Droits de l'Homme*, cit., p. 185 ss.; GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Réflexions sur les restrictions à l'exercice des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour européenne de Strasbourg*, in *Völkerrecht als Rechtsordnung Internationale Gerichtsbarkeit Menschenrechte*, Festschrift für H. Mosler, Berlin, 1983, p. 263 ss.; HAILBRONNER, *Die Einschränkung von Grundrechten in einer demokratischen Gesellschaft*, ivi, p. 359 ss.; HOFFMANN-REMY, *Die Möglichkeiten der Grundrechtseinschränkung nach den Art. 8-11 Abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention*, 1976; PALAZZO e BERNARDI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., § 6.

⁽¹⁷⁴⁾ È quanto emerge, in particolare, dalla sentenza 6 settembre 1978 sul caso *Klass e altri contro Repubblica federale tedesca* (in *Publ. C.E.D.H.*, Série A n. 28 e in *Foro it.*, 1979, IV, c. 1), relativa al problema delle intercettazioni telefoniche. In proposito la Corte ha affermato che, nonostante i progressi tecnici realizzati dallo spionaggio e dalle diverse forme di controllo, e nonostante il recente sviluppo del terrorismo in Europa, « il potere di sorvegliare in segreto i cittadini — caratteristico degli Stati di polizia — non è tollerabile che nella misura strettamente necessaria alla salvaguardia delle istituzioni democratiche ». Ciò in quanto le leggi nazionali autorizzanti le intercettazioni, pur essendo necessarie alla sicurezza nazionale e alla prevenzione dei reati, presentano il « pericolo di scalzare e financo di distruggere la democrazia nel tentativo di difenderla ». Sull'affaire *Klass*, cfr., in particolare, DUFFY, *The case of Klass and others: secret surveillance of communications and the European*

L'esame della giurisprudenza sugli strumenti di prevenzione e controllo previsti e/o messi concretamente in opera dagli Stati firmatari consente in definitiva di affermare che — nonostante l'attenta e talora « indulgente » considerazione riservata alle particolari situazioni esistenti nei diversi Paesi e alle misure necessarie per il mantenimento in essi del sistema democratico⁽¹⁷⁵⁾ — l'opera di controllo degli organi della Convenzione assolve ad una significativa funzione di freno rispetto a quelle ricorrenti tendenze verso una involuzione anti-democratica degli ordinamenti statuali intimamente connessa alla (apparente?) debolezza e vulnerabilità dello Stato di diritto.

B) Su un secondo piano, afferente al diritto punitivo in senso ampio, l'opera di armonizzazione ha ad oggetto i diversi sistemi *sanzionatori statuali* (disciplinare, amministrativo, penale), e si realizza soprattutto attraverso la verifica della conformità di tali sistemi ai principi relativi ai diritti dell'uomo in materia penale, così come evolutivamente e teleologicamente interpretati dagli organi della Convenzione.

In proposito, muovendo dal presupposto dell'autonomia *del* con-

Convention on Human Rights, in H.R.R., 1979, p. 20 ss. Cfr., altresì, sul punto, SOULIER, *Lutte contre le terrorisme*, cit., p. 666 ss. L'A. sottolinea che, inserendo accanto all'aggettivo necessario l'avverbio strettamente (il quale non figura nel testo dell'art. 8 § 2 concernente sia i casi in cui è ammessa l'ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio del diritto alla privacy sia i limiti a tale ingerenza) « la Corte applica in modo coerente il principio di interpretazione restrittiva » (p. 666 nota 4). Sul principio di stretta interpretazione in relazione alle deroghe ai diritti sanciti dagli artt. 8-11 Conv., cfr. specificamente GANSHOFF VAN DER MEERSCH, *Réflexions*, cit., p. 263 ss., con ulteriori riferimenti giurisprudenziali, nonché da ultimo MELCHIOR, *Notions « vagues »*, cit., p. 412 ss. Sempre in materia di limitazioni (alle libertà democratiche) consentite nell'ambito della lotta al terrorismo, cfr. il rapporto della Commissione in data 18 marzo 1981 relativo all'affaire McVeigh, O'Neil e Evans, commentato in chiave critica da SOULIER, op. cit., p. 668.

⁽¹⁷⁵⁾ Sul punto cfr., WARBRICK, *The european Convention on Human Rights and the prevention of terrorism*, in *The International Comparative Law Quarterly*, 1983, p. 82 e, in particolare, pp. 118-119. L'A., dopo aver ricordato che, secondo la Corte e la Commissione « un certo compromesso fra le esigenze di difesa della società democratica e i diritti individuali è insito nel sistema della Convenzione », sottolinea i pericoli connessi (sul piano non solo della civiltà giuridica ma della stessa collaborazione internazionale) ad un eccessivo lassismo degli organi di controllo circa la possibilità di deroga, ai diritti e alle libertà fondamentali, consentite agli Stati nell'ambito della lotta contro il terrorismo: « Il tentativo di collaborazione contro il terrorismo fatto attraverso la Convenzione europea per la soppressione del terrorismo è già stato definito un fallimento. Sembra che sia stato impossibile convincere tutti gli Stati che le garanzie della Convenzione sui diritti dell'uomo sono tali da non esporre i sospetti terroristi a pericolo ingiustificato in caso di estradizione. Più è ampia l'interpretazione delle istituzioni in merito al diritto degli Stati di derogare alle garanzie della Convenzione, più questa argomentazione assume consistenza ».

etto di « materia penale » recepito dalla Convenzione all'art. 6⁽¹⁷⁶⁾, la Commissione e la Corte hanno ritenuto legittimo e doveroso assoggettare alle garanzie giurisdizionali previste e specificate da tale articolo tutti gli strumenti sanzionatori statuali contraddistinti da particolari requisiti, indipendentemente dal fatto che essi, nei rispettivi ordinamenti giuridici, rientrino o meno, formalmente, nel sistema del diritto penale⁽¹⁷⁷⁾.

a) Così, *per quanto* concerne le sanzioni disciplinari, è stato riconosciuto applicabile il principio del cosiddetto « diritto ai tribunali »⁽¹⁷⁸⁾, con tutti i suoi sottoprincipi di equità, speditezza e pubblicità⁽¹⁷⁹⁾ del procedimento, nonché di indipendenza e imparzialità dell'organo giudicante⁽¹⁸⁰⁾ e di difesa e presunzione di innocenza

(176) Sul concetto di « materia penale » accolto dalla Convenzione, cfr., da ultimo e fondamentalmente, La « matière pénale » au sens de la Convention européenne des *droits de l'homme*, flou du droit pénal, a cura del Groupe de recherche Droits de l'homme et logiques juridiques diretto da Madame DELMAS-MARTY, in Rev. sc. crim., 1987, p. 819 ss. Cfr. altresì DELMAS-MARTY, Code pénal d'hier, droit pénal d'aujourd'hui, matière pénale de demain, in Recueil Dalloz, 1986, Chronique, p. 27 ss.

(177) Sul punto, cfr. PETTITI, Les sanctions au sens de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, in Arch. pol. crim., n. 7, 1984, p. 145 ss. Cfr. altresì MASSIAS, L'influence, cit., p. 22 ss.

(178) In merito agli effetti prodotti dalla Convenzione europea — ed in particolare dal principio del « diritto ai tribunali » ivi sancito all'art. 6 — sul sistema processuale disciplinare, cfr. da ultimo KIDD, Disciplinary Proceedings and the Right to a Fair Criminal Trial under the European Convention on Human Rights, in International and Comparative Law Quarterly, 1987, p. 856 ss., con ampi riferimenti giurisprudenziali. L'A. sottolinea come, attraverso la dilatata applicazione data dalla Corte europea all'art. 6, le garanzie della Convenzione siano state estese ad un'ampia gamma di procedimenti di tipo disciplinare. Sempre secondo l'A., la « generosità » di questo approccio interpretativo non appare tuttavia scevra di controindicazioni. In particolare, nell'ipotesi in cui la Corte assumesse posizioni troppo avanzate rispetto alle concezioni garantiste proprie degli Stati firmatari, verrebbe a delinearsi il rischio di un possibile « futuro rigetto della giurisdizione degli organi della Convenzione se non della Convenzione stessa » (p. 872). Sul punto cfr., in una più generale prospettiva, HAILBRONNER, Die Einschränkung, cit., p. 361; MOSLER, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte nach Zwanzig Jahren, in Recht als Prozess und Gefüge, Festschrift für H. Huber, 1981, p. 600.

(179) Tuttavia, conformemente a quanto previsto dall'art. 6 § 1 Conv., sono state dalla giurisprudenza consentite restrizioni al principio di pubblicità sulla base del principio di proporzionalità. Così la Corte ha affermato (in relazione ad un procedimento disciplinare contro soggetti detenuti, concernente sanzioni ricomprese nel concetto di « materia penale ») che l'esigenza di pubblicità « imporrebbe alle autorità dello Stato un impegno sproporzionato » qualora rendesse obbligatorio anche in tale specifica ipotesi il pubblico accesso alle procedure disciplinari (caso Campbell e Fell contro Gran Bretagna, sentenza 28 giugno 1984, in Publ. C.E.D.H., Série A n. 80).

(180) La conformità della normativa disciplinare al principio d'imparzialità (ed anche al principio d'indipendenza) è tuttavia riconosciuta dagli organi di

dell'imputato puntualmente indicati dall'art. 6 Conv.; ma ciò solo qualora tali sanzioni « meritino le garanzie inerenti alla procedura penale »⁽¹⁸¹⁾. E per valutare tale « meritevolezza », la giurisprudenza della Corte ha fatto riferimento a tre diversi criteri, ricavati: 1) dalla disciplina (valutata nel suo complesso, intesa cioè come insieme di legislazione, giurisprudenza e dottrina) prevista per le sanzioni in questione nei singoli Stati; 2) dalla intrinseca natura dell'illecito, indipendentemente dalle indicazioni « formali » offerte dall'ordinamento interno; 3) dalla natura e dal grado di severità della sanzione⁽¹⁸²⁾.

b) Ugualmente, per quanto concerne le sanzioni amministrative, la Corte dei diritti dell'uomo ha ritenuto ad esse estensibile la tutela giurisdizionale prevista dall'art. 6 Conv.⁽¹⁸³⁾ nel caso in cui, alla luce sia del sistema giuridico interno sia della natura dell'illecito sia dell'entità e delle modalità d'esecuzione della « pena », dette sanzioni am-

Strasburgo con una notevole larghezza, e si può addirittura dire che talora l'indipendenza e imparzialità dei membri delle giurisdizioni disciplinari è data per presupposta. Cfr. caso Engel e altri contro Olanda in materia di diritto disciplinare militare, sentenza 8 giugno 1976, in Publ. C.E.D.H., Série A, n. 22, e in Foro it., 1977, IV, c. 1; cfr. altresì la sopracitata sentenza in materia di procedura disciplinare penitenziaria relativa al caso Campbell e Fell. Sul punto, specificamente, MASSIAS, L'influence, cit., p. 28. Sul caso Engel cfr., in particolare, VERRI, Una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di disciplina militare, in Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, 1976, n. 6, p. 1 ss. Per ulteriori riferimenti bibliografici, cfr. BEKGER, Jurisprudence, cit., p. 69-70.

⁽¹⁸¹⁾ Cfr. caso Engel e altri, cit. Nello stesso senso, caso Campbell e Fell, cit.; caso Compte, van Leuven e De Meyère contro Belgio, sentenza 23 giugno 1981, in Publ. C.E.D.H., Série A, n. 43. In relazione a quest'ultimo caso cfr., per tutti, FLAUSS, Vers une *évolution* du contentieux disciplinaire devant la *jurisdiction* ordinale, in Gazette du Palais, 19 giugno 1982, Doc., p. 338 ss.; DUBOIS, L'ordre des médecins, la *jurisdiction* disciplinaire et la Convention européenne des droits de l'homme, in Revue de droit sanitaire et social, 1982, p. 65 ss.

⁽¹⁸²⁾ In relazione a tali criteri, ricavati dalla Corte in occasione appunto del caso Engel e ribaditi in occasione del caso Campbell e Fell, cfr. PETTITI, Les sanctions, cit., p. 154 ss.; MASSIAS, L'influence, cit., p. 25 ss.; KIDD, *Disciplinary Proceedings*, cit., p. 587. Cfr. altresì, *mutatis mutandis*, la sentenza 18 giugno 1971 relativa al caso De Wilde, Ooms e Versyp contro Belgio, in Publ. C.E.D.H., Série A n. 12, p. 36 e 42. Merita comunque di essere ricordato che l'*affaire* Engel e altri ha significativamente influenzato il legislatore olandese. Subito dopo il rapporto della Commissione (19 luglio 1974), che rilevava nel caso in esame la violazione dell'art. 5 § 1 e § 4 Conv., è stata infatti promulgata in Olanda una legge (12 settembre 1974) che ha modificato sia la tipologia delle sanzioni disciplinari (in particolare abolendo gli arresti di rigore) sia la loro disciplina.

⁽¹⁸³⁾ Cfr. il caso Oztürk contro Repubblica federale tedesca, sentenza 21 febbraio 1984 (in Publ. C.E.D.H., Série A n. 85), in relazione al quale si fa rinvio, in particolare, a PALIERO, « Materia penale » e *illecito* amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione classica a una svolta radicale, in Riv. it. dir. proc. pen., 1985, p. 894; PETTITI, Les sanctions, cit., p. 166 ss.; MASSIAS, L'influence, cit., p. 33 ss. Cfr. altresì il caso Lutz contro Repubblica federale tedesca, sentenza 25 agosto 1987, in Publ. C.E.D.H., Série A n. 123.

ministrative presentino carattere « penale » ai sensi della Convenzione (184).

E sempre in base ad analoghi criteri, i principi posti a garanzia del rito sono stati ritenuti applicabili anche a talune procedure transattive (185), nelle quali il pagamento di una somma di denaro costituiva il mezzo espressamente previsto per evitare l'azione pubblica ed il relativo procedimento *lato sensu* « penale » (186). La Corte ha infatti affermato che il 'diritto ad un tribunale' riveste troppa importanza in una società democratica perché una persona ne possa perdere il beneficio unicamente accettando un accomodamento paragiudiziario.

In definitiva, dalla giurisprudenza presa in esame sembrano emergere le linee di fondo d'un comune « diritto punitivo » di rango europeo modellato dalla interpretazione teleologica della Corte, conforme cioè alle finalità di tutela proprie dei principi della Convenzione (187). Ed è inutile sottolineare come la disciplina delle sanzioni ab-

(184) In occasione della sentenza relativa al caso Ozturk, la Corte, con riferimento al primo dei criteri in questione, ha sottolineato la contiguità esistente in Germania fra il sistema previsto per gli illeciti penali (Straftaten) e quello previsto per gli illeciti amministrativi (Ordnungswidrigkeiten). Con riferimento poi al secondo criterio, ha affermato che né la modesta gravità dell'illecito (incidente stradale dovuto ad imprudenza) né l'assenza di un vero e proprio disvalore morale del fatto bastano ad escludere l'afferenza del fatto di specie alla « materia penale » nel senso attribuitole dalla Convenzione: infatti, in considerazione appunto della « tenuità » di certi comportamenti illeciti penalmente perseguiti, sarebbe prevista — in una prospettiva coinparatistica — la classificazione tripartita dei reati accolta in taluni Stati. Infine, con riferimento al terzo criterio, ha rilevato che l'ammenda amministrativa (*Geldbusse*), nonostante la sua minore afflittività rispetto all'ammenda penale (*Geldstrafe*), mantiene il carattere, le funzioni e talune delle conseguenze proprie della sanzione penale. Inoltre, nella recente sentenza 25 agosto 1987 relativa al succitato caso Lutz contro Repubblica federale tedesca, la Corte europea dei diritti dell'uomo — dopo aver ripreso i criteri accolti nella sentenza sul caso Ozturk in merito all'applicabilità dell'art. 6 alle sanzioni amministrative — ha precisato che natura dell'illecito e entità della pena costituiscono criteri non cumulativi ma alternativi. Perché l'art. 6 Conv. sia applicabile, la Corte ritiene quindi sufficiente che l'illecito abbia natura penale, oppure che esso preveda una pena la quale, per la sua gravità, assuma un intrinseco carattere « penale ». Cfr. sul punto PETTITI e TEITGEN, *Chronique internationale - Droits de l'homme*, in *Rev. sc. crim.*, 1987, p. 929 ss.

(185) Cfr. caso Deweer contro Belgio, sentenza 27 febbraio 1980, in *Publ. C.E.D.H.*, *Série A* n. 35, nonché in *Foro it.*, 1980, IV, c. 109 ss., problematicamente commentata da PIZZORUSSO (c. 125).

(186) In relazione alle modalità d'esecuzione della transazione oggetto del caso Deweer, è stato dalla Corte osservato che il pagamento della somma transattivamente versata determinava l'iscrizione in un sorta di casellario giudiziale; dava cioè luogo ad un provvedimento tipicamente « penale ».

(187) Cfr. MASSIAS, *L'influence*, cit., p. 37; PETTITI, *Les principes généraux*, cit., p. 176.

bozzata dagli organi giurisdizionali di Strasburgo appaia (almeno in teoria) destinata ad assumere un ruolo vieppiù significativo in relazione ai contenuti garantistici dei sistemi alternativi di protezione elaborati dai singoli Stati nell'ambito dell'attuale tendenza depenalizzatrice propria del movimento internazionale di riforma penale. Al di là e al di sopra degli eterogenei processi di « etichettamento » dei meccanismi e degli strumenti punitivi statuali⁽¹⁸⁸⁾, risulta infatti ormai chiaro che l'elusione delle garanzie previste dalla Convenzione apparirà giustificata solo laddove alla depenalizzazione « formale » corrisponda un reale affievolimento della risposta sanzionatoria e dei suoi effetti⁽¹⁸⁹⁾, se non addirittura una diversa conformazione della struttura dell'illecito.

(188) Sul punto cfr. già, con riferimento all'esperienza italiana, NUVOLONE, Depenalizzazione apparente e *norme penali* sostanziali, in Riv. it. dir. proc. pen., 1968, p. 60 ss.

(189) Emblematiche, sotto questo profilo, appaiono le vicende della « ibrida » legge belga 27 novembre 1891 per la repressione del vagabondaggio e della mendicizia, la quale da un lato sottraeva la materia in oggetto al suo tradizionale ambito penale (cfr. le leggi belghe 13 agosto 1833, 3 aprile 1848 e 6 marzo 1866), dall'altro lato prevedeva per i soggetti in questione particolari misure di internamento coattivo (da eseguirsi, a seconda dei casi, in apposite *maisons de refuge* ovvero in *depôts de mendicité*), irrogate in via amministrativa dal « giudice di pace » senza le garanzie che il sistema penale belga riconduce a tutti gli strumenti privativi della libertà personale. A seguito del succitato caso De Wilde, Ooms e Versyp (concernente appunto l'irrogazione di misure d'internamento per fatti di vagabondaggio) e della relativa sentenza 18 giugno 1971, in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo accertava l'avvenuta violazione dell'art. 5 § 4 Conv. da parte dello Stato belga, è stata prontamente varata la legge 6 agosto 1971: la quale, a parziale modifica della precedente legge del 1891, ha previsto un ricorso giurisdizionale anche per quelle decisioni a carattere amministrativo atte a comprimere la libertà dei mendicanti e dei vagabondi. Sul punto, *amplius*, RIGAUX, *Sur la route du droit pénal européen*, in Rev. de dr. pén. et de crim., 1972-73, p. 650 ss. Con specifico riferimento al caso De Wilde, Ooms e Versyp, cfr. altresì, per tutti, AMODIO, *Il controllo sui provvedimenti restrittivi della libertà personale* in una recente pronuncia della corte europea dei diritti dell'uomo, in indice pen., 1971, p. 522 ss.; MARCUS-HELMONS e DAUBIE, *Observations relatives aux arrêts De Wilde, Ooms et Versyp des 18 juin 1971 et 10 mars 1972*, in Rev. de dr. int. et de dr. comp., 1972, p. 244 ss.; GARCIA DE ENTERRIA, *El sistema europeo*, cit., p. 319 ss.; DOURAKI, *La Convention*, cit., p. 233 ss.

11. Il ruolo svolto dai principi della Convenzione di Roma nel ravvicinamento dei sistemi « *stricto sensu* » penali.

Infine, su un te zo e più circoscritto piano, i principi convenzionali svolgono — in specie attraverso l'interpretazione ad essi data dagli appositi organi giurisdizionali — una funzione di ravvicinamento dei sistemi penali in senso stretto, uniformando nel segno dei diritti dell'uomo gli istituti e le fattispecie in essi previsti. Ed in proposito va ricordato ancora una volta che sebbene il giudizio sulla conformità alle disposizioni della Convenzione abbia ad oggetto essenzialmente i *concreti comportamenti* dei pubblici poteri, anche le *norme vigenti* negli ordinamenti interni vengono necessariamente ad entrare nel fuoco di tale giudizio allorché i comportamenti in questione siano espressione delle leggi dello Stato. Non è quindi necessario riconoscere agli organi di Strasburgo una giurisdizione di « diritto obiettivo », indirizzata cioè direttamente al controllo della legislazione statutale ⁽¹⁹⁰⁾, per affermare che i principi della Carta europea — così come evolutivamente interpretati — possono rendere necessari sul piano interno quegli adeguamenti legislativi atti ad armonizzare i sistemi penali statuali sulla base del minimo comune denominatore di garanzia offerto dalla Convenzione⁽⁹¹⁾.

⁽¹⁹⁰⁾ Una vera è propria giurisdizione sulle norme interne sembrerebbe comunque emergere dall'esame di quelle pronunce della Corte europea che assumono ad oggetto delle censure esaminate le disposizioni legislative e financo costituzionali dei singoli Paesi. Cfr., in particolare, il caso « relativo a certi aspetti del regime linguistico dell'insegnamento in Belgio », sentenza 23 luglio 1968 (Publ. C.E.D.H., Série A n. 5; Foro *it.*, 1969, IV, c. 1); caso Delcourt contro Belgio, sentenza 17 gennaio 1970 (Publ. C.E.D.H., Série A n. 11; Foro *it.*, 1970, IV, c. 89); Caso Sindacato nazionale della polizia belga contro Belgio, sentenza 27 ottobre 1975 (Publ. C.E.D.H., Série A n. 20; Foro *it.*, 1976, IV, c. 41) caso Engel e altri contro Olanda, sentenza 8 giugno 1976, cit.; caso Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen contro Danimarca, sentenza 7 dicembre 1976 (Publ. C.E.D.H., Série A n. 23; Foro *it.*, 1977, IV, c. 161); caso Klass e altri contro Repubblica federale tedesca, sentenza 6 settembre 1978, cit.; caso Deweer contro Belgio, sentenza 17 febbraio 1980, cit.

⁽¹⁹¹⁾ Sull'obbligo per gli Stati membri di modificare o abrogare le norme interne in contrasto con la Convenzione, cfr. LATTANZI, *Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale generale*, Milano, 1983, p. 207 ss., con numerosi riferimenti giurisprudenziali; RESS, *Effets des arrêts*, cit., p. 246 ss.; SCHINDLER, *Die innerstaatlichen Wirkungen der Entscheidungen der europäischen Menschenrechtsorgane*, in *Festschrift M. Guldner*, 1973, p. 277; SCHMID, *Die Wirkungen der Entscheidungen der europäischen Menschenrechtsorgane*, 1974, p. 89; WILDHABER, *Erfahrungen mit der Europäischen Menschenrechtskonvention*, in *Schweizerischer Juristenverein*, 1979, p. 351. L'obbligo per il legislatore di armonizzare l'ordinamento interno alla Convenzione è stato esplicitamente affermato dalla Corte nella sentenza 6 novembre 1980 relativa al caso Sunday Times (in Publ. C.E.D.H., Série A n. 38, p. 10).

Circoscrivendo quindi all'ambito strettamente normativo l'indagine sull'attuale processo di armonizzazione dei sistemi penali statuali alla Carta europea (192), e senza nessuna pretesa di fornire un quadro esauriente di tale processo (193), in questa sede ci si limiterà a prendere esemplificativamente in esame talune affermazioni di principio contenute nella Convenzione ed il ruolo che esse — in particolare in virtù dei connotati assunti nella giurisprudenza della Convenzione e della Corte — hanno avuto (o potrebbero avere avuto) su specifiche riforme penali registratesi in Paesi membri del Consiglio d'Europa.

Prima di fare ciò s'impone tuttavia una breve premessa diretta a sgomberare il campo da possibili obiezioni preliminari in merito all'attitudine della Convenzione ad armonizzare tra loro le legislazioni penali interne.

Come sopra ricordato, sull'onda della concezione autarchica e della tradizione conservatrice propria dei poteri statuali, in Italia (ed anche in altri Paesi) si è a più riprese negata o comunque minimizzata l'esistenza di effettivi momenti di contrasto fra principi convenzionali e legislazione nazionale, particolarmente per quanto concerne la materia strettamente penale. Orbene, l'accoglimento di questa tesi si presta ad avere immediati riflessi sul riconoscimento della concreta idoneità dei principi convenzionali ad armonizzare i sistemi penali interni: ciò in quanto si potrebbe ritenere che l'eventuale piena aderenza di questi ultimi alla Convenzione impedisca di fatto ai principi in essa contenuti di assumere la veste di « parametri » per ogni futuro ravvicinamento penale interstatale. In altre parole, attraverso il riconoscimento della conformità degli ordinamenti interni alla Convenzione

(192) In questa sede sarà dunque tralasciata ogni indagine sull'eventuale ruolo avuto dai principi convenzionali nell'armonizzazione interstatale dei concreti comportamenti dei pubblici poteri.

(193) A tutt'oggi, l'indagine più completa riguardo all'influenza esercitata dalla Convenzione sugli Stati contraenti è ancora, con ogni probabilità, quella svolta da DRZEMCZEWSKI nel già citato European Human Rights Convention in Domestic Law, cui si rinvia. In argomento cfr. altresì RESS, Effets des arrêts, cit., p. 335 ss. Con specifico riferimento all'influenza esercitata dalla Convenzione sul diritto penale sostanziale e processuale degli Stati membri, cfr. da ultimo — ancorché limitatamente alla Germania, all'Italia e alla Svizzera — le relazioni presentate da KÜHL, RIZ e TRECHSEL in occasione della Tagung für Rechtsvergleichung in Innsbruck vom 16 bis 19 September 1987, Arbeitssitzung der Fachgruppe für Strafrechtsvergleichung, in ZStW, 1988, p. 597 ss. Va comunque segnalato che nel corso del 1988 sono state tenute con cadenza mensile, presso il Centro di diritto comparato di Parigi, una serie di relazioni in merito all'influenza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sui singoli sistemi penali dell'Europa occidentale. Tali relazioni sono raccolte nel volume Raisonner la raison d'Etat, Travaux du séminaire Politique criminelle et droits de l'homme (diretto da Madame Delmas-Marty), la cui pubblicazione è prevista per la prima metà del 1989.

si potrebbe giungere a svuotare di significato l'astratta (e a suo tempo sottolineata) attitudine dei principi convenzionali all'armonizzazione penale. È opportuno sottolineare subito l'incompletezza — o meglio l'inesattezza *tout court* — del ragionamento appena descritto, il quale, seppure non compiutamente formulato, sembra sotteso a certe affermazioni dei poteri statuali e di una parte, sia pure minoritaria, della dottrina. Infatti tale ragionamento non sembra tenere nel dovuto conto la natura dinamicamente evolutiva dei principi di diritto, che conferisce anche ai principi universalmente accolti una potenziale funzione di armonizzazione, attuabile appunto attraverso un costante e progressivo sviluppo dei principi stessi, ovvero, se si preferisce, attraverso una riforma dei sistemi improntata ad un viepiù elevato livello di conformità ai principi in oggetto.

In realtà, però, per riconoscere l'effettiva predisposizione dei principi della Convenzione ad un'armonizzazione penale interstatuale, non occorre certo confidare, per così dire, nelle loro « potenzialità future », dato che un esame condotto con occhio obiettivo non può non confermare l'esistenza di talune sensibili difformità già tra le legislazioni criminali interne ed i principi convenzionali così come attualmente « interpretati ». Infatti, laddove posizioni preconcrete o preoccupazioni conservatrici non abbiano fatto velo all'indagine, gli studi diretti a valutare la conformità dei sistemi penali statuali ai principi della Convenzione europea hanno rilevato, in Italia come in molti altri Paesi, l'esistenza di un certo scarto fra ordinamento penale e Convenzione, ce non addirittura di un rapporto di vera e propria antilogia fra talune norme interne e diritti dell'uomo⁽¹⁹⁴⁾.

Appurato quindi che gli ordinamenti penali europei — a causa vuoi della loro originaria impronta autoritario-repressiva, vuoi di talune più o meno recenti trasformazioni intervenute in particolari momenti di crisi⁽¹⁹⁵⁾ — presentano non di rado specifici profili di con-

(194) In particolare, la dottrina italiana ha frequentemente sottolineato e stigmatizzato i momenti di sfasatura esistenti fra Convenzione europea e sistema penale. Cfr., da ultimo, PALAZZO-BERNARDI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., § 4, e bibliografia ivi citata; PITTARO, *L'ordinamento italiano*, cit., c. 392 ss. Numerosissimi sono anche i contributi della dottrina straniera in materia, Per tutti, cfr. il già citato *Raisonner à la raison d'Etat*. Cfr. altresì con specifico riferimento al sistema francese, Aa. Vv., *Droits de l'homme en France. Dix ans d'applications de la Convention européenne des droits de l'homme devant les juridictions juridiques françaises*, Strasbourg, 1985.

(195) Si fa riferimento a quelle « legislazioni dell'emergenza » che hanno costellato il panorama normativo europeo dell'ultimo trentennio, e le cui disposizioni — benché talora a contenuto palesemente liberticida — hanno sovente trovato una accoglienza benevola nell'opinione pubblica e negli stessi organi del controllo costituzionale. In particolare, a prescindere dal sistema totalitario introdotto in Grecia dopo il colpo di Stato dell'aprile 1967 (che come è noto determinò l'uscita del Paese dall'Organizzazione europea), meritano di essere

trasto con i principi della Convenzione, ogni possibile e preliminare obiezione sulla concreta possibilità per questi ultimi di assolvere un'opera di reciproca armonizzazione dei sistemi statuali sembra ine-

ricordate, oltre alla notissima legislazione dell'emergenza italiana della seconda metà degli anni '70: a) la cospicua normativa emergenziale spagnola, ed in particolare il *D.Ley* 10/26 agosto 1975 «Prevencidn del terrorismo», oggetto di aspre critiche per le deroghe apportate ai diritti fondamentali in materia di libertà, di inviolabilità della corrispondenza e del domicilio, ecc. (cfr., per tutti, BARBERO SANTOS, *El decreto-ley de Prevencidn del terrorismo*, in *Cambio* 16, n. 219, 16-22 febbraio 1976, p. 17) — nonché la ley 82/28 dicembre 1978 e la ley organica 8/26 dicembre 1984 «*Contra la actuacidn de bandas armadas y elementos terroristas*» di contenuto analogo. Sembra inoltre prossima, nel permanere dell'attività terroristica dell'ETA, la promulgazione in Spagna di ulteriori nuove leggi a contenuto spiccatamente repressivo. (Sul fenomeno terroristico in Spagna e sui suoi riflessi normativi, cfr. da ultimo DE LA CUESTA, *Traitement juridique du terrorisme en Espagne*, in *Rev. sc. crim.*, 1987, p. 589, con completi riferimenti bibliografici; b) la disciplina speciale antiterrorismo varata a più riprese in Irlanda del Sud (cfr. in specie l'*Offences Against the State Act* del 1939, modificato in senso vieppiù repressivo nel 1940 e nel 1972), in Irlanda del Nord (cfr. l'*Emergency Provisions Act* del 1973 e i *Prevention of Terrorism — Temporary Provisions — Acts* del 1974, 1976 e 1984) e, anteriormente all'indipendenza dalla Gran Bretagna, a Cipro: disciplina tesa a ristabilire la pace e l'ordine pubblico, in particolare attraverso una abnorme dilatazione dei poteri di polizia e una corrispondente compressione dei diritti dell'uomo (sul punto, BLOCH, *La législation d'exception en Irlande*, in *Rev. sc. crim.*, 1987, p. 629 ss.; c) le leggi *liberticide* introdotte in Turchia dal nuovo regime politico a partire dall'inizio degli anni '60 e successivamente più volte riproposte, in particolare a seguito della proclamazione dello stato d'emergenza avutosi alla fine del 1978; d) la legislazione tedesca degli anni '70 in materia di terrorismo e di criminalità anarchica, concretizzatasi in particolare nelle leggi 29 luglio 1976 «*Antiterrorgesetz*», 30 settembre 1977 «*Kontaktsperrengesetz*», 14 aprile 1978, 19 dicembre 1986 «*Gesetz zur Bekämpfung des Terrorismus*», improntate a salvaguardare la sicurezza dello Stato — sia pure a parziale detrimento del *Rechtsstaat* — in specie attraverso l'estensione delle ipotesi di carcerazione preventiva e attraverso la compressione del diritto di difesa (cfr., *amplius* e per tutti, MOONS, *Approche politique et juridique du terrorisme et de la criminalité anarchisante en République fédérale allemande*, in *Rev. de dr. pén. et de crim.*, 1978, p. 503 ss., con ricca bibliografia; ID., *Une nouvelle loi antiterroriste en R.F.A.: la loi de revision de la procédure pénale de 14 avril 1978*, in *Recueil Dalloz*, 1979, p. 25. Sottolinea il pericolo che le misure di controllo del terrorismo vengano a «smantellare» le garanzie dello stato di diritto, DAHS, *Das «Anti-Terror-Gesetz» — eine Niederlage des Rechtsstaat*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1976, p. 2145 ss. Per una ancor più violenta denuncia dei contenuti illiberali della legislazione antiterrorismo tedesca, cfr. BAKKER-SCHUT, *Lex Baader-Meinhof*, in *Adv. Bl.*, 1975, p. 67. Cfr. altresì, per un'aggiornata panoramica sulla normativa in materia, JUNG, *Le droit pénal allemande face au terrorisme. Un bref bilan de législation*, in *Rev. sc. crim.*, 1987, p. 657 ss.); e) infine la recentissima «*législation de l'urgence*» francese, in risposta al terrorismo in specie medio-orientale, di cui sono espressione in particolare, le leggi 9 settembre 1986, n. 86/1019 e n. 86/1020 (in *Indice pen.*, 1987, p. 92 segg.), dirette a sottomettere i reati a scopo di terrorismo ad uno specifica regime giuridico, non privo di

vitabilmente destinata a venire meno. E del resto, nella prospettiva dell'avvicinamento, le potenzialità emerse in sede d'indagine teorica hanno trovato sul piano concreto puntuali conferme. Infatti, sebbene i risultati fino ad oggi conseguiti dalla Carta dei diritti dell'uomo non siano stati totalmente soddisfacenti, le disposizioni di principio in essa contenute hanno però indubbiamente determinato o comunque propiziato riforme penali di estremo interesse ⁽¹⁹⁶⁾. In particolare, pur riconoscendo l'impossibilità (quantomeno in questa sede) di valutare il complessivo impatto della Convenzione e della non giurisprudenza sulle linee d'evoluzione normativa degli Stati firmatari, si può senz'altro affermare che in alcuni casi l'impulso riformista dei principi invocati davanti agli organi giurisdizionali sovranazionali è risultato eclatante. In altre occasioni, poi, i principi della Convenzione (in specie — ma non necessariamente — grazie all'attività istruttoria e decisionale di Strasburgo) sembrano avere se non determinato, quantomeno agevolato l'affermarsi di significative innovazioni all'interno dei singoli sistemi penali statuali, contribuendo all'instaurazione di un clima politico-culturale favorevole alla promulgazione di riforme a contenuto garantista.

a) Per quanto concerne taluni fra i più evidenti e indiscutibili episodi in cui i principi convenzionali, così come interpretati dagli ap-

ambiguità per quanto concerne il rispetto dei diritti fondamentali (cfr. OTTENHOF, *Le droit français à l'épreuve du terrorisme*, in *Rev. sc. crim.*, 1987, p. 607 ss.; KOERING-JOULIN, *Terrorisme et application de la Zi dans le temps en France*, in *Rev. sc. crim.*, 1987, p. 621 ss.; PRADEL, *Les infractions de terrorisme, un nouvel exemple de Z'éclatement du droit pénal*, in *Recueil Dalloz*, 1987, *Chron.*, p. 39, n. 1). In definitiva — e a prescindere dalle eventuali peculiarità che la legislazione antiterrorismo presenta in ciascuno Stato — sembra in linea di massima di poter estendere al complesso della normativa emergenziale la critica specificamente mossa alle leggi penali italiane della seconda metà degli anni '70 da AMODIO (*L'attività del Consiglio d'Europa*, cit., p. 565 ss.) per il quale in questa materia « Nessuna remora d'ordine europeo è scattata nei confronti di scelte legislative mortificatrici dei diritti dell'uomo sanciti dalla Convenzione di Roma » (p. 573).

⁽¹⁹⁶⁾ Sottolinea, attraverso sintetici ma significativi esempi, l'influenza esercitata sino alla metà degli anni '70 dalla Convenzione sull'assetto legislativo interna di taluni Stati, SPERDUTI, *Nel trentesimo anniversario della Dichiarazione Universale*, in *Comunicazioni e studi*, vol. XV, 1978, p. 38. Cfr. altresì PELLOUX, *Les mecanismes de protection prévus par la Convention européenne des droits de l'homme à la lumière du droit comparé*, in *Etudes offertes à J. Lambert*, Paris, 1975, p. 681. Oltre ai più volte citati lavori di DRZEMCZEWSKI e RESS, per un più dettagliato (ancorché datato) quadro dell'influenza avuta dalla Convenzione sui sistemi europei, cfr. *Les droits de l'homme en droit interne et en droit international*, *Actes de deuxième colloque sur la Convention tenu à Vienne en 1965*, Bruxelles, 1968, nonché la cospicua raccolta di studi dal titolo *Human Rights: the European Convention and its National Application*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1970, p. 233 ss.

positi organi giurisdizionali, hanno avuto un peso determinante su specifiche riforme della legislazioni: penale interna, merita di essere ricordato il ruolo svolto dal *principio del* divieto di *pene o trattamenti* inumani o degradanti (art. 3 Conv.) sulle modifiche apportate alla normativa penale della Gran Bretagna e dell'isola di Man a seguito rispettivamente del succitato caso Irlanda contro Gran Bretagna e del caso Tyrer ⁽¹⁹⁷⁾.

Nel primo caso infatti (che come si ricorderà concerneva particolari metodi di interrogatorio di cittadini irlandesi da parte dell'autorità inglese, configuranti secondo il governo irlandese vere e proprie torture o comunque trattamenti inumani) ⁽¹⁹⁸⁾, il Governo del Regno Unito, « avendo riflettuto con estrema attenzione e con particolare riguardo *all'art. 3 Conv.* », si impegnò solennemente nel corso del procedimento (udienza 8 febbraio 1977 davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo) sia a non reintrodurre i metodi di interrogatorio sotto inchiesta ⁽¹⁹⁹⁾ sia a modificare e a rinforzare la procedura per

(197) Cfr. caso Tyrer contro Gran Bretagna (Isola di Man), sentenza 25 aprile 1978 (in *Publ. C.E.D.H.*, Série A n. 26). Sul caso in questione, per tutti, cfr. PELLOUX, *L'affaire irlandaise et l'affaire Tyrer devant la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Annuaire français de droit international*, 1978, p. 400 ss.; ZELICK, *Corporal punishment in the Isle of Man*, in *The international and Comparative Law Quarterly*, 1978, p. 665 ss.

(198) Su tali metodi di interrogatorio, articolantisi sulle cd. « cinque tecniche » (« Stress position », incappucciamento, rumore, privazione del sonno, minimo nutrimento liquido e solido), cfr. ampius, sentenza 18 gennaio 1978, cit., p. 41 ss. Sulla distinzione, operata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, fra il concetto di « tortura » e quello di « trattamenti inumani o degradanti » cfr., in particolare, SUDRE, *La notion*, cit., p. 825 ss.; MERTENS, *L'affaire Irlande contre Royaume-Uni devant la Commission européenne des droits de l'homme*, in *Mélanges Dehousse*, vol. I, p. 209 ss. Cfr. altresì, in posizione fortemente critica rispetto all'interpretazione restrittiva del termine « tortura » offerta dalla Corte, MARTIN, *A propos de l'article 3 de la Convention européenne des Droits de l'Homme: l'arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme dans l'affaire Irlande c. Royaume-Uni*, in *Revue générale de droit international public*, 1979, p. 104 ss. In una più ampia prospettiva, sulle diverse applicazioni del principio sancito dall'art. 3 Conv. da parte della Commissione e della Corte, DUFFY, *Article 3 of the European Convention on Human Rights*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 1983, p. 316 ss.; DOSWALD-BECK, *What does the prohibition of « Torture or inhuman or degrading treatment or punishment mean »? The interpretation of the European Commission and the Court of Human Rights*, in *Netherlands International Law Review*, 1978, p. 42; ERGEC, *Les droits de l'homme*, cit., p. 248 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici.

(199) Cfr. sentenza 18 gennaio 1978, cit., p. 61. Cfr. altresì la dichiarazione del Primo Ministro inglese fatta davanti al Parlamento successivamente al ricorso del Governo sud-irlandese (16 dicembre 1971) e contestualmente alla pubblicazione del rapporto Parker del 2 marzo 1972 (ivi, p. 42 ss.); dichiarazione nel corso della quale era stata annunciata la soppressione di tali metodi di interrogatorio.

l'esame delle denunce per subiti maltrattamenti presentate dai soggetti fermati o arrestati ⁽²⁰⁰⁾.

Se nel caso in esame i mutamenti determinatisi a seguito del procedimento davanti agli organi di Strasburgo hanno avuto ad oggetto prevalentemente (ma non esclusivamente) il *concreto comportamento* della pubblica autorità, e sono stati realizzati non solo attraverso riforme propriamente « normative » ma anche attraverso raccomandazioni, istruzioni e direttive non costituenti vere e proprie fonti « legali » ⁽²⁰¹⁾, una modifica più marcatamente legislativa è da attribuirsi al caso Tyrer. In esso il ricorrente lamentava il fatto che il tribunale dei minorenni dell'isola di Man ⁽²⁰²⁾, riconoscendolo colpevole dei reati di percosse e di lesioni, lo aveva condannato ad una pena (tre colpi di verga) ⁽²⁰³⁾ in contrasto col principio sancito all'art. 3 Conv. Orbene, nelle more (e a causa del) procedimento — conclusosi con il riconoscimento del carattere « degradante » della pena inflitta al ricorrente — fu prontamente presentato davanti al Parlamento isolano un progetto di legge, tendente alla soppressione delle pene corporali. E poiché altrettanto prontamente il *first Deemster* dell'isola ha preso le opportune misure affinché la *High Court*, i *Bailiffs* e i *Magistrats* (cioè in pratica tutti coloro che, in virtù della legislazione in vigore, potevano comminare sanzioni penali) si astenessero dall'irrogare le pene corporali ⁽²⁰⁴⁾, tali pene possono dirsi da allora cancellate dal costume giudiziario europeo ⁽²⁰⁵⁾.

Del pari, una funzione incontestabilmente riformista è stata svolta dal *principio del diritto al rispetto della vita privata* (art. 8 Conv.),

⁽²⁰⁰⁾ Cfr. sentenza 18 gennaio 1978, cit., p. 62.

⁽²⁰¹⁾ Cfr., *amplius*, sentenza 18 gennaio 1978, cit., p. 41, 5457 e 62.

⁽²⁰²⁾ L'isola di Man non è territorio della Gran Bretagna ma è un possedimento della Corona dotato di un autonomo potere legislativo, esecutivo e giudiziario. Il Governo britannico ne assicura la relazioni internazionali, consentendo così, attraverso apposite dichiarazioni notificate, l'estensione dell'applicazione della Convenzione all'isola (cfr. art. 63 § 1 e § 4 Conv.).

⁽²⁰³⁾ Per particolari delitti la legislazione dell'isola di Man consentiva infatti, nei confronti di soggetti di sesso maschile di età compresa fra i dieci e i ventun anni, sanzioni penali « corporali ». Tali sanzioni, pur appartenendo in un certo senso alla tradizionale anglosassone, sono state abolite nel 1948 in Inghilterra, Galles e Scozia, e nel 1968 nell'Irlanda del Nord.

⁽²⁰⁴⁾ Cfr. sul punto, arnpuius, Commission européenne des droits de l'homme, Bilan de la Convention européenne des droits de l'homme, Doc. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1985, p. 87 ss.

⁽²⁰⁵⁾ Cfr. tuttavia il caso Campbell e Cosans contro Gran Bretagna (sentenza 25 febbraio 1982, in *Publ. C.E.D.H.*, Série A n. 48), che testimonia la sopravvivenza, in *talune* regioni, di « sanzioni scolastiche » corporali. Cfr. altresì, in materia, i ricorsi individuali n. 9119/80, 9471180 e 9114/80 contro la Gran Bretagna, in *Commission européenne des droits de l'homme*, Bilan de la Convention, Suppl. 1984, cit., p. 137 e Suppl. 1985, cit., p. 126 ss.

in particolare riguardo alla legge penale nord-irlandese sulle relazioni omosessuali⁽²⁰⁶⁾. In effetti, se ancora nel corso del caso Dudgeon⁽²⁰⁷⁾ i progetti di decriminalizzazione in materia continuavano ad incontrare insuperabili resistenze⁽²⁰⁸⁾, è diffusa l'opinione che proprio la decisione della Corte su tale caso⁽²⁰⁹⁾ sia stato l'elemento atteso dal Governo per riaprire la questione⁽²¹⁰⁾. Di fatto, a poco più di un anno di distanza dalla sentenza di condanna, un'ordinanza del 9 dicembre 1982 ha depenalizzato nell'Irlanda del Nord gli atti omosessuali commessi in privato da soggetti consenzienti e maggiorenni, allineando così la legislazione di questo Paese a quella del Regno Unito⁽²¹¹⁾ e dell'Europa tutta⁽²¹²⁾.

E ancora, in occasione dell'affare De Becker⁽²¹³⁾, determinante è

⁽²⁰⁶⁾ Tale legge, risalente al 1861 e successivamente modificata nel 1885, sanzionava penalmente, rispetto ai soli soggetti di sesso maschile, le relazioni e gli atti omosessuali, sia pure compiuti di comune accordo e in privato.

⁽²⁰⁷⁾ Caso Dudgeon contro Irlanda del Nord, sentenza 22 ottobre 1981 (Publ. C.E.D.H., Série A n. 45). Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, *El sistema europeo*, cit., p. 592 ss.; COHEN JONATHAN, *Cour européenne des droits de l'homme - chronique de jurisprudence 1980-1981*, in *Cahiers de droit européen*, 1982, p. 221 ss.

⁽²⁰⁸⁾ Cfr., *amplius*, sentenza 22 ottobre 1981, cit., p. 11 ss.

⁽²⁰⁹⁾ Nella succitata sentenza 22 ottobre 1981, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha infatti affermato che la stessa esistenza di una siffatta normativa attenta al rispetto della vita privata, la quale ricomprende la sfera sessuale (P. 18).

⁽²¹⁰⁾ Il 2 luglio 1979 il ministro per l'Irlanda del Nord, nell'annunciare al Parlamento che il Governo non aveva intenzione di portare a termine il progetto di depenalizzazione, affermava: « Benché non si possa stabilire con certezza l'opinione della maggioranza della popolazione della provincia, è chiaro che una forte corrente (inglobante un largo ventaglio di opinioni tanto religiose che politiche) si oppone alla progettata riforma. Il Governo... per il momento non intende dunque attivarsi ulteriormente... ma sarebbe pronto a riconsiderare il problema se in avvenire emergessero elementi pertinenti » (Sentenza 22 ottobre 1981, cit., p. 14).

⁽²¹¹⁾ Va peraltro sottolineato che, sul modello della legislazione inglese relativa ai delitti sessuali (*Sexual Offences Act* del 1956, così come modificata, in senso più permissivo, da una legge del 1967), l'ordinanza di depenalizzazione in oggetto ha fatto eccezione per gli atti omosessuali nei quali siano coinvolti non solo soggetti infermi di mente, ma anche militari e soggetti appartenenti alla marina mercantile. Cfr. sentenza 22 ottobre 1981, cit., p. 9-10. Cfr. altresì BERGER, *Jurisprudence*, cit., p. 145 nota 3.

⁽²¹²⁾ Tuttavia, nell'ambito del panorama normativo europeo (quanto meno all'epoca della sentenza sul caso Dudgeon), la «regola» della liceità penale delle private relazioni omosessuali fra adulti consenzienti non era priva di eccezioni. Cfr. *Opinion* dissidente de M. le juge Zekia, in sentenza 22 ottobre 1981, cit., p. 29, nella quale veniva ricordato come il codice penale cipriota punisca con pena detentiva «le relazioni sessuali contro natura» (artt. 171 e 173).

⁽²¹³⁾ Caso De Becker contro Belgio, sentenza 27 marzo 1962 (Publ. C.E.D.H., Série A n. 3). Cfr. per tutti, GREGORI, *La tutela europea*, cit., p. 62 ss.; PELLOUX,

stato il ruolo avuto dal principio del diritto *alla* libertà di espressione (art. 10 Conv.) — così come concretizzato attraverso l'attività interpretativa della Commissione europea dei diritti dell'uomo — in relazione alla riforma dell'art. 123 *sexies* del codice penale belga⁽²¹⁴⁾, il quale prevedeva forme particolarmente penetranti di interdizione professionale, atte tra l'altro a precludere in via perpetua al condannato la possibilità di partecipare sia alla redazione di qualsivoglia organo d'informazione sia all'organizzazione di ogni tipo di manifestazione (culturale, sportiva, ecc.)⁽²¹⁵⁾.

b) Ma anche in molti casi in cui il rapporto fra principi e riforme è stato meno chiaro e irrefutabile, sembra di poter dire che le disposizioni di principio della Convenzione e l'attività degli organi di Strasburgo hanno pur sempre svolto un ruolo non insignificante sulle linee evolutive della legislazione penale dei Paesi firmatari: e ciò sia concorrendo in varia misura alla pronta modificazione della legge interna, sia determinando, come è stato puntualmente sottolineato⁽²¹⁶⁾, la formazione di indirizzi politico-culturali capaci di dare i loro frutti nel lungo periodo. Così — benché sia difficile valutarne l'esatta incidenza nei singoli Paesi — indubbiamente significativo in una prospettiva comparatistica è stato il ruolo avuto dal già ricordato principio del diritto alla libertà d'espressione⁽²¹⁷⁾ sulla promulgazione di quelle leggi che, pur condizionando le imprese di radiotelediffusione ad autorizzazione⁽²¹⁸⁾, un po' in tutta Europa hanno abolito (o attenuato) il monopolio radiotelevisivo⁽²¹⁹⁾, e di conseguenza abrogato o co-

L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire De Becker, in *Annuaire français de droit international*, 1962, p. 330 ss.

⁽²¹⁴⁾ L'impulso dato dalla Commissione all'attività di riforma dell'art. 123 *sexies* del codice penale belga è stato espressamente riconosciuto dal Governo belga (cfr. sentenza 27 marzo 1962, cit., p. 18; cfr. altresì *Publ. C.E.D.H.*, Série B n. 2, *Compte rendu sténographique de l'audience publique tenue par la Chambre de la Cour*, p. 219 ss.).

⁽²¹⁵⁾ Per l'originaria formulazione dell'art. 123 *sexies* introdotto dall'*arrêt*-loi 6 maggio 1944, cfr. sentenza 27 marzo 1962, cit., p. 8. La norma in questione, già oggetto di una prima riforma nel 1952, è stata radicalmente modificata dalla l. 30 giugno 1961. Cfr., *amplius*, ivi, p. 14 ss.

⁽²¹⁶⁾ Cfr. AMADIO, L'attività del Consiglio d'Europa, cit., p. 569.

⁽²¹⁷⁾ Principio che, ex art. 10 § 1 Conv., « include la libertà... di comunicare informazioni o idee senza ingerenza alcuna da parte delle autorità pubbliche e senza considerazione di frontiera ». Cfr., con particolare riferimento al settore radiotelevisivo, BULLINGER, Freedom of expression and information: an essential element of democracy, in *Human Rights Law Journal*, 1985, p. 339.

⁽²¹⁸⁾ Conformemente, del resto, alla seconda parte dell'art. 10 § 1 Conv., in base alla quale « il presente articolo non impedisce che gli Stati sottopongano ad un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, di cinema o di televisione ».

⁽²¹⁹⁾ Cfr. BULLINGER, *Freedom*, cit., p. 364 ss. Per una articolata panoramica sia della normativa in materia esistente nei diversi Stati europei sia della

munque modificato le fattispecie penali previste in caso di trasgressione⁽²²⁰⁾.

Per quanto poi concerne più specificamente il nostro Paese, nonostante la lamentata « scarsa incisività » dei diritti dell'uomo e della relativa giurisprudenza sull'ordinamento penale italiano⁽²²¹⁾, non appare improprio ritenere che anche il *principio della ragionevolezza della carcerazione preventiva* (art. 5 § 3)⁽²²²⁾, nonché ancor più il *principio del diritto ad un processo equo entro un termine ragionevole* (art. 6 § 1)⁽²²³⁾ abbiano in qualche misura influito sulla riduzio-

interpretazione data all'art. 10 Conv. dalla giurisprudenza di Strasburgo, cfr. *Televisione senza frontiere. Libro bianco sull'istituzione del mercato comune delle trasmissioni radiotelevisive, specialmente via satellite e via cavo*, in *Dir. inform.*, 1985, in particolare pp. 320 ss., 342 ss., 768 ss., con ricchissima bibliografia. In una più ampia prospettiva, cfr. altresì PINTO, *La liberté d'information et d'opinion en droit international*, Paris, 1984, con puntuali riferimenti alla Convenzione europea ed al problema della « internazionalizzazione » delle trasmissioni televisive.

⁽²²⁰⁾ Ad esempio, per quanto concerne l'Italia, cfr. la l. 14 aprile 1975, n. 103, artt. 36 e 45, che apportano modifiche alla preesistente disciplina penale in materia (in *Gazz. Uff.* 17 aprile 1975 n. 102, p. 2546 e 2548); per quanto concerne la Francia, cfr. la l. 82-652 del 29 luglio 1982 nonché, in dottrina, KOERING-JOULIN, *Dix ans d'application*, cit., p. 848.

⁽²²¹⁾ Cfr., per tutti, PITTARO, *Un passo indietro*, cit., p. 2057 ss.

⁽²²²⁾ Così come interpretato dalla consolidata giurisprudenza della Corte, improntata ad uno spiccato garantismo. Cfr. già, per tutti, i casi Wemhoff contro Repubblica federale tedesca, sentenza 27 giugno 1968 (Publ. C.E.D.H., Série A n. 7, p. 21-22, I. 4 e 5); Neumeister contro Austria, sentenza 27 giugno 1968 (Publ. C.E.D.H., Série A n. 8, p. 37 § 4); Stögmüller contro Austria, sentenza 10 novembre 1969 (Publ. C.E.D.H., Série A n. 9, p. 40 § 5); Ringeisen contro Austria, sentenza 16 luglio 1971 (Publ. C.E.D.H., Série A n. 13). Cfr. altresì più recentemente, i casi Eckle contro Repubblica federale tedesca, sentenza 15 luglio 1982 (Publ. C.E.D.H., Série A n. 51, p. 35 § 80); Foti e altri contro Italia, sentenza 10 dicembre 1982 (Publ. C.E.D.H., Série A n. 56, p. 19 § 56); Baggetta e Milasi contro Italia, sentenze 25 giugno 1987 (Publ. C.E.D.H., Série A n. 119, p. 32 § 21 e p. 46 § 15). In dottrina, sui criteri accolti dagli organi di Strasburgo per accertare la ragionevolezza o meno della durata di un processo penale, cfr. DE SALVIA, *Privazione della libertà e garanzie del processo penale nella giurisprudenza della Commissione e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, seconda parte, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 109.

⁽²²³⁾ Come è noto, in relazione al principio sancito dall'art. 6 § 1 Conv., l'Italia è già stata condannata a più riprese dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Cfr., per quanto specificamente concerne la durata di provvedimenti penali, il caso Foti e altri, sentenza 10 dicembre 1982 (Publ. C.E.D.H., Série A n. 56; Cass. pen. Mass. ann., 1983, p. 512) e il caso Corigliano, sentenza 10 dicembre 1982 (Publ. C.E.D.H., Série A n. 57; Cass. pen. Mass. ann., 1983, p. 526). Cfr. altresì, da ultimo, i casi Raggetta e Milasi e le relative sentenze, entrambe in data 25 giugno 1987 (Publ. C.E.D.H., Série A n. 119, p. 23 ss. e p. 40 ss.). In altre occasioni, poi, il Governo italiano ha evitato la sentenza di condanna della Corte riconoscendo — nell'ambito della regolamentazione amichevole della controversia prevista all'art. 28 Conv. — l'avvenuta violazione della Con-

ne dei tempi di carcerazione preventiva⁽²²⁴⁾, e più in generale sulla rinnovata tensione delle forze politiche verso la riforma del sistema processuale⁽²²⁵⁾; riforma che, come è noto, accoglie sia il principio dell'adeguatezza al caso concreto delle misure di coercizione nei confronti dell'indiziato o dell'imputato sia il criterio di massima semplificazione dello svolgimento del processo al fine di una sua maggiore rapidità⁽²²⁶⁾.

Ugualmente, non v'è ragione di escludere che il *principio* del diritto alla *assistenza* giudiziaria (art. 6 § 3 lett. c) Conv.) — in specie in virtù delle sentenze di condanna dell'Italia nel notissimo caso Artico⁽²²⁷⁾ e nel più recente caso Goddi⁽²²⁸⁾ — abbia giocato un qual-

venzione per l'eccessiva durata del procedimento penale e della relativa carcerazione, e versando al ricorrente un equo indennizzo. Cfr. il caso Vallon contro Italia, ricorso n. 9621/81, in *Bilan de la Convention européenne des droits de l'homme*, cit., Supplement 1984 (p. 101), e Supplement 1985 (p. 40). Sempre nell'ambito di una regolamentazione amichevole, il Governo italiano ha riconosciuto la violazione dell'art. 6 § 1 Conv. anche nei casi Sacca e Russo contro l'Italia (ricorsi n. 8467/79 e 8498/79). Cfr., *amplius*, *Bilan de la Convention européenne des droits de l'homme*, Supplement 1985, cit., p. 35.

⁽²²⁴⁾ Cfr. art. 3 l. 28 luglio 1984 n. 398.

⁽²²⁵⁾ Cfr., ad esempio, GREMENTIERI, Ragionevole durata del processo ed eccezioni poco ragionevoli, in Riv. dir. intern., 1983, p. 426. Invero, già nell'art. 2 della legge delega al Governo per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale (l. 3 aprile 1974, n. 108) veniva sottolineata la necessità di adeguare l'ordinamento «alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale». Un esplicito e specifico riferimento all'esigenza di armonizzare la futura normativa processuale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo era contenuto poi nella relazione che accompagnava la presentazione del disegno di legge alla Camera dei Deputati. Cfr. Atti parlamentari, Camera dei *Deputati*, Relazione della IV Commissione permanente (Giustizia) n. 864-A, seduta del 5 ottobre 1972, p. 3. Sull'influenza culturale esercitata in Italia dalla Convenzione sull'elaborazione d'un nuovo sistema penale processuale, cfr. AMODIO, L'attività del Consiglio d'Europa, cit., p. 567 ss. e, soprattutto, p. 578 ss.; PISANI, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e riforma del processo penale, in Foro it., 1966, V, c. 33 ss.

⁽²²⁶⁾ Cfr. CASINI, Relazione alla Camera dei deputati, 29 gennaio 1987, in Le leggi, 1987, fasc. 7, p. 785 e 794.

⁽²²⁷⁾ Caso Artico contro Italia, sentenza 13 maggio 1980 (Publ. C.E.D.H., Série A n. 37), in Foro it., 1980, IV c. 141 ss. con nota di PIZZORUSSO (c. 150). Sul caso in questione cfr. altresì, in particolare, PALMIERI, La sentenza della Corte dei diritti dell'uomo sul caso Artico, in Riv. dir. europeo, 1980, p. 345 ss.; GIARDA, *Diritti dell'uomo*, cit., p. 916 ss.; GARCIA DE ENTERRIA, *El sistema europeo*, cit., p. 539 ss.

⁽²²⁸⁾ Caso Goddi contro Italia, sentenza 9 aprile 1984 (Publ. C.E.D.H., Série A n. 76) nella quale, in particolare, viene sottolineato come nel nostro Paese l'assistenza del difensore d'ufficio possa talora risultare (come nel caso di specie) non effettiva (ivi, p. 11 ss.). Del resto, la stessa Corte ha affermato in una precedente occasione che — ferma restando la facoltà degli Stati di scegliere la forma più opportuna di *Legal Aid* — l'art. 6 Conv. «mira a garantire diritti che non siano astratti o illusori, ma diritti che siano reali ed effettivi...

che ruolo sulla redazione dei progetti in materia presentati negli ultimi anni; progetti volti per l'appunto a modificare sensibilmente il sistema di tutela previsto nei confronti dei non abbienti dalla normativa attualmente vigente in Italia ⁽²²⁹⁾, armonizzandolo a quella « concezione sociale del gratuito patrocinio » propria delle più evolute legislazioni occidentali, e rendendolo quindi effettivamente conforme al livello garantistico imposto, su scala europea, dalla Convenzione ⁽²³⁰⁾.

Per quanta concerne infine il principio del diritto ad una riparazione (art. 5 § 5) « in caso di arresto o di detenzione in violazione ad una delle disposizioni di questo articolo », è verosimile che anche la consapevolezza delle carenze in materia dell'attuale disciplina interna in rapporto agli impegni assunti in sede convenzionale ⁽²³¹⁾ (ca-

Questo in particolare per il 'diritto ai tribunali', in considerazione della posizione di preminenza che deve essere riconosciuta in una società democratica al diritto ad un giusto processo ». (Caso Airey contro Irlanda, sentenza 9 ottobre 1979, *Publ. C.E.D.H.*, Série A n. 32; *Foro it.*, 1980, IV, c. 1). Con specifico riferimento al caso Goddi, stigmatizza con decisione il vuoto formalismo e l'assoluta assenza di effettività che talora connotano il diritto alla assistenza giudiziaria nella prassi processuale italiana, TRECHSEL, *Relazione*, in *Il caso Italia*, Padova, 1985, p. 17 ss.

⁽²²⁹⁾ In materia di assistenza giudiziaria ai non abbienti cfr., per tutti, DENTI, *Patrocinio dei non abbienti e accesso alla giustizia: problemi e prospettive di riforma*, in *Foro it.*, 1980, V, c. 126; AIROLDI, *L'assistenza legale ai non abbienti*. La vicenda, il dibattito e le indicazioni di un'esperienza, in *Questione giustizia*, 1985, p. 485 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici. Cfr., altresì, GIARDA, *Diritti dell'uomo*, cit., p. 927, per il quale, attualmente, la difesa d'ufficio e il patrocinio dei non abbienti costituiscono « uno dei più umilianti aspetti delle disfunzioni giudiziarie », e pertanto necessitano di un'urgente riforma.

⁽²³⁰⁾ Sul punto, *amplius*, SIENA, *Gratuito patrocinio*. Gli ultimi progetti di legge, in *Avvocati*, 1987, n. 4, p. 26 ss.

⁽²³¹⁾ Carenze che appaiono invero macroscopiche, quantomeno qualora si accolga la tesi dell'inapplicabilità diretta nell'ordinamento interno della disposizione convenzionale in questione. In questo senso, per tutti, AMODIO, *La tutela*, cit., p. 855 e 884; ANDRIOLI, *La convenzione europea*, cit., p. 458 ss.; PISANI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e riforma del processo penale*, cit., c. 35 ss.; cfr. altresì, da ultimo, CANNONE, *Il diritto alla riparazione previsto dagli accordi internazionali sui diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. intern.*, 1986, p. 41 ss. Per contro, riconoscono l'applicabilità diretta della norma in esame, fra gli altri, CHIAVARIO, *La Convenzione europea*, cit., p. 178 ss.; CARULLI, *Il diritto di difesa dell'imputato*, Napoli, 1967, p. 206; ID., *La difesa dell'imputato*, Napoli, 1981, p. 173 ss. e, soprattutto, p. 185 ss.; TAVORMINA, *Sulla compatibilità*, cit., p. 155. L'attuazione dell'art. 5 § 5 Conv. attraverso l'art. 28 Cost. è stata sostenuta dal Governo italiano nella risposta (29 settembre 1970) all'inchiesta del Consiglio d'Europa relativamente alle modalità d'attuazione della norma in oggetto da parte degli Stati contraenti. Tale risposta è stata tuttavia ritenuta insoddisfacente dal relatore Piket nel suo rapporto all'Assemblea parlamentare. Cfr., *Conseil de l'Europe, Assemblée Parla-*

renze emerse in tutta la loro evidenza nel corso del caso Naldi)⁽²³²⁾ abbia giocato un qualche ruolo nella presentazione del disegno di legge sulla riparazione per ingiusta detenzione⁽²³³⁾. Come noto, le linee essenziali di questo disegno, pur presentando — secondo una parte della dottrina — talune manchevolezze⁽²³⁴⁾, sono state riproposte negli artt. 314 e 315 del progetto di codice di procedura penale del 1988.

In una prospettiva parzialmente diversa, e sempre per rimanere nel nostro Paese, le disposizioni di principio della Carta europea sui diritti dell'uomo sembrerebbero aver condizionato la riforma di talune disposizioni a carattere amministrativo. Ad esempio, anche alla luce dei principi invocati in occasione del caso Guzzardi⁽²³⁵⁾ — ed in particolare del *principio del diritto alla libertà* di cui all'art. 5 § 1 Conv. — si spiegherebbe come il Ministro degli Interni italiano si sia deciso a depennare nell'agosto 1977 l'Isola dell'Asinara dalla lista delle località in relazione alle quali può essere disposta la misura del soggiorno obbligatorio prevista dalle ll. 27 dicembre 1956 n. 1423 e 31 maggio 1965 n. 575⁽²³⁶⁾. Si è in tal modo posto termine alla possi-

mentaire, Rapport sur la mise en application de l'article 57 de la Convention européenne des droits de l'homme, 1 luglio 1975, doc. n. 3618. In giurisprudenza, la tesi della diretta applicabilità dell'art. 5 § 5 Conv. nell'ordinamento italiano è stata implicitamente accolta dal tribunale civile di Roma (sentenza 15 maggio 1973, in Foro it., 1973, I, c. 2933), il quale tuttavia nel caso di specie escluse che la carcerazione preventiva sofferta dall'attore fosse avvenuta in contrasto con l'art. 5 par. 1 lett. c) della Convenzione. Sul punto, cfr., criticamente, CHIAVARIO, La Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed il suo contributo al *rinnovamento* del processo penale italiano, in Riv. dir. intern., 1974, p. 454 ss.; TAVORMINA, Sulla *compatibilità*, cit., p. 156.

(232) Caso Naldi contro Italia, ricorso n. 9920/82, presentato alla Commissione europea dei diritti dell'uomo nell'aprile 1982. Il caso in questione si è concluso con una regolamentazione amichevole ex art. 28 Conv., con la quale il Governo italiano si è impegnato a versare al ricorrente un equo indennizzo per ingiusta detenzione. Cfr. Bilan de la Convention européenne des droits de l'Homme, cit., Suppl. 1984 (p. 74) e Suppl. 1985 (p. 34).

(233) Si fa riferimento al disegno di legge presentata il 21 ottobre 1983 alla Camera dei Deputati. Tale disegno si poneva, peraltro, in una prospettiva sostanzialmente identica a quella accolta — in materia di riparazione per ingiusta detenzione — dal progetto preliminare di codice di procedura penale del 1978 (artt. 300 e 301), del quale voleva costituire una parziale anticipazione.

(234) Cfr. CANNONE, Il diritto alla riparazione, cit., pp. 56-57, il quale sottolinea in particolare l'insufficienza del disegno di legge in oggetto rispetto agli obblighi posti dall'art. 5 § 5 Conv.

(235) Sul caso Guzzardi e sulla relativa bibliografia cfr. la nota 169.

(236) Cfr. sentenza 6 novembre 1980, cit., pp. 16-17, 35 e 42. In particolare, come sottolineata a p. 35 della sentenza, « due telegrammi del ministro al capo della Polizia di Milano datati 15 e 23 agosto 1977... provverebbero che il ricorso n. 7367/76 (quello appunto indirizzato alla Commissione dal Guzzardi) non era estraneo alla decisione di cancellare l'Asinara dalla lista della località di soggiorno obbligatorio ».

bilità (offerta « in via di fatto » dalla particolare situazione geografico-amministrativa dell'isola) di comminare a soggetti sottoposti a semplici misure di prevenzione vere e proprie forme di privazione della libertà, sostanzialmente contrastanti con le ipotesi di detenzione consentite, nell'ambito dei Paesi aderenti, dall'art. 5 Conv.

Infine sembra opportuno sottolineare come — a prescindere da ogni riforma legislativa — una ulteriore e complementare funzione di armonizzazione dei sistemi penali statuali sia assolta dalla Convenzione e dall'attività decisionale degli organi di Strasburgo, orientando nei singoli Paesi l'interpretazione giurisprudenziale in un'ottica di sensibilizzazione dei diritti dell'uomo. In taluni Paesi, come ad esempio il Belgio, l'adeguamento in via interpretativa ai principi convenzionali è risultato particolarmente evidente, supplendo così, almeno in parte, all'inerzia del legislatore⁽²³⁷⁾.

Come già detto — e specialmente quando non vi sia stato uno specifico contenzioso davanti agli organi convenzionali di controllo o addirittura una sentenza di condanna — è probabilmente illusorio pretendere di poter apprezzare adeguatamente l'incidenza avuta dalle disposizioni di principio in materia di diritti dell'uomo sulle molteplici riforme a sfondo garantista registratesi in Europa negli ultimi decenni⁽²³⁸⁾ e sulla corrispondente evoluzione giurisprudenziale. Tuttavia, in una prospettiva comparatistica, la consapevolezza delle crescenti esigenze di integrazione europea (unitamente alle altre cause ricordate al par. 9 in fine) dovrebbe verosimilmente contribuire a far sì che, anche nei Paesi contraddistinti da una più rigorosa concezione

(237) Cfr. LAMBERT, *La Convention européenne des Droits de l'Homme dans la Jurisprudence belge*, Bruxelles, 1987. Nell'opera, dedicata in gran parte all'ordinamento penale (sia sostanziale sia, soprattutto, processuale), viene sottolineato l'influsso esercitata dai principi convenzionali sulla giurisprudenza, in particolare per quanto concerne: l'attività istruttoria; la « ragionevole durata » della custodia cautelare; il diritto ad essere posto in libertà durante la fase istruttoria; il diritto al risarcimento; la lingua utilizzata nel processo; il diritto di difesa nelle sue diverse articolazioni; l'imparzialità dell'organo giudicante; la pubblicità del dibattimento e della sentenza; la ragionevole durata del procedimento; il diritto al ricorso in merito alla legalità della detenzione; l'interrogatorio dei testimoni.

(238) Così ad es. — come sottolineato dalla stessa dottrina transalpina — non è data sapere con esattezza il ruolo avuto dai principi sanciti dagli artt. 5 e 6 Conv. sulla promulgazione della legge francese del 9 luglio 1984, avente ad oggetto nuove e più pregnanti forme di tutela nei confronti dei soggetti in stato di custodia cautelare; ovvero ancora il ruolo avuto dal principio della libertà di pensiero (che ex art. 9 § 1 Conv. include la « libertà di cambiare convinzione ») sulla riforma francese dell'obiezione di coscienza (l. 8 luglio 1983), la quale consente ormai di rivendicare il proprio stato di obiettore non solo prima della chiamata alle armi (come era stabilito in precedenza), ma anche « in ogni momento ».

autarchica del diritto, il legislatore e l'interprete possano progressivamente recepire gli aspetti di contrasto della normativa interna coi principi convenzionali, improntando a questi ultimi il diritto — scritto e vivente — dei rispettivi Stati. In tal senso, emblematiche e per certi versi addirittura anticipatrici sembrano le attuali aperture europeiste dei legislatori cantonali di un Paese pur tradizionalmente conservatore e geloso delle sue autonomie qual è la Svizzera. È infatti interessante constatare che gli organi legislativi « regionali » di questo Stato, pur continuando a dimostrarsi refrattari in linea di massima ad ogni unificazione del sistema penale processuale su scala confederale, si piegano invece di buon grado ad eliminare le peculiarità normative cantonali, quando i superiori principi della Convenzione lo richiedono: di ciò sono prova le molteplici ancorché circoscritte riforme penali elvetiche aventi il loro referente implicito nella Carta europea dei diritti dell'uomo⁽²³⁹⁾.

Se l'esperienza storica sembra dunque ribadire l'attitudine dei principi della Convenzione all'armonizzazione dei sistemi penali, ulteriori prospettive di ravvicinamento sono connesse a quella tendenza evolutiva, ormai saldamente acquisita quanto meno sul piano astratto⁽²⁴⁰⁾, per la quale i principi convenzionali costituiscono uno strumento di tutela rispetto alle aggressioni ai diritti umani realizzate non solo dai pubblici poteri, ma anche da ogni altro soggetto. Infatti la ritenuta applicabilità della Carta europea a qualsivoglia comportamento *individuale* lesivo dei diritti dell'uomo viene ad incidere sull'interpretazione già dell'art. 1 Conv., secondo cui gli Stati riconoscono — e dunque assicurano — alle persone soggette alla loro giurisdizione i diritti e libertà definiti nella stessa Convenzione. Come è stato autorevolmente affermato, « il risultato interpretativo raggiunto può riassumersi in questi termini: i diritti e le libertà della persona umana, oltre ad essere rispettati dallo Stato attraverso i propri apparati, debbono dallo Stato, nella misura in cui i diritti stessi siano suscettibili di lesioni per comportamenti di individui, essere protetti contro tali lesioni attraverso adeguate misure preventive e repressive. Ne consegue che uno Stato può essere chiamato a rispondere sul piano internazionale della mancata osservanza di questo dovere se all'in-

⁽²³⁹⁾ Cfr. FASSBIND, *Les incidences de la Convention européenne des droits des l'homme sur les lois suisses de procédure pénale*, Neuchâtel, 1984; JACOT-GUILLARMOUD, *La primauté du droit international face à quelques principes directeurs de l'Etat fédéral suisse*, in *Rivista di diritto svizzero*, 1985, p. 425 ss., con riferimenti bibliografici.

⁽²⁴⁰⁾ Cfr. SPERDUTI, *Recenti sviluppi nella giurisprudenza della Commissione e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. intern.*, 1986, p. 814.

servanza stessa si riconnettono comportamenti individuali lesivi di altrui diritti e libertà »⁽²⁴¹⁾.

Nell'ambito delle applicazioni giurisprudenziali (fino ad oggi per la verità poco numerose) di siffatta interpretazione evolutiva, particolarmente problematica appare una recente sentenza di condanna emessa dalla Corte europea con riferimento al principio del diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 Conv.): attraverso l'esi-gesi di tale principio si viene infatti a configurare un vero e proprio obbligo per lo Stato di perseguire penalmente determinati comportamenti in quanto — si direbbe — « intrinsecamente delittuosi ». Data la rilevanza della questione, si impone un sintetico esame di tale decisione e del relativo caso.

Si fa dunque riferimento ad un ricorso individuale avente ad oggetto un episodio di « violenze sessuali » nei confronti di una handicappata mentale di poco più di 16 anni⁽²⁴²⁾; episodio il quale, a causa di una lacuna del sistema processuale olandese in materia di querela, non poteva essere perseguito ai sensi dell'art. 248 ter del codice penale (« corruzione di minorenni »), nonostante che proprio un fatto di corruzione fosse quello in concreto verificatosi⁽²⁴³⁾.

Dal momento che nel caso di specie nessun'altra disposizione penale risultava applicabile, i genitori della vittima sottolineavano nel ricorso l'incompletezza della legislazione criminale olandese e lamentavano la violazione da parte dello Stato del principio sancito all'art. 8 Conv., in quanto l'impossibilità di proporre querela precludeva ogni azione penale nei confronti del colpevole. La Corte, preso atto del fatto che:

a) il principio del diritto al rispetto della vita privata non presuppone solo il dovere dei pubblici poteri di astenersi da ingerenze arbitrarie, ma comporta anche per lo Stato « obblighi positivi per l'effettivo rispetto della vita privata »⁽²⁴⁴⁾;

b) la tutela civile offerta dall'ordinamento olandese in relazione

⁽²⁴¹⁾ SPERDUTI, Recenti sviluppi, cit., pp. 815-16. Cfr. altresì KOERING-JOULIN, *Des implications répressives du droit au respect de la vie privée de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Rev. sc. crim.*, 1986, p. 722 ss. e bibliografia ivi citata.

⁽²⁴²⁾ Caso X e Y contro Olanda, sentenza 26 marzo 1985 (*Publ. C.E.D.H.*, Série A n. 91; *Riv. dir. intern.*, 1987, p. 147).

⁽²⁴³⁾ Infatti nel sistema olandese il reato previsto dall'art. 248 ter c.p. è perseguibile a querela, la quale può essere presentata dal rappresentante legale della vittima solo se questa abbia meno di 16 anni, oppure se si trovi posta sotto curatela (art. 64 § 1 c.p.). E poiché quest'ultimo istituto è consentito solo nei confronti di soggetti che abbiano compiuto il 21° anno di età (art. 378 libro I c.c.), ne deriva, paradossalmente, l'impossibilità di proporre querela nell'ipotesi in cui la vittima sia un handicappato tra i 16 e i 21 anni.

⁽²⁴⁴⁾ Sentenza 26 marzo 1985, cit., p. 11.

all'episodio di specie (artt. 1401 e 1407 c.c.) risulta « insufficiente »⁽²⁴⁵⁾ in simili casi, sia perché l'assenza di un procedimento penale rende difficile l'acquisizione degli elementi di prova richiesti in sede civile⁽²⁴⁶⁾ sia perché « il diritto civile è carente dell'effetto dissuasivo proprio del diritto penale »⁽²⁴⁷⁾;

c) « Solo una legislazione penale può assicurare una prevenzione efficace » laddove siano in gioco « valori fondamentali e aspetti essenziali della vita privata », tanto più che « tali questioni sono di norma regolate dalla legge penale »⁽²⁴⁸⁾;

ha ritenuto configurata, in relazione al caso in oggetto, una violazione dell'art. 8 Conv. per non avere il legislatore olandese — con riferimento a situazioni analoghe a quella in esame — assicurato un adeguato presidio penale al principio del diritto al rispetto della vita privata. E questo nonostante che « la scelta delle misure atte a garantire il rispetto dell'art. 8 nei rapporti interindividuali rientri in linea di massima nel *marge d'appréciation* degli Stati contraenti »⁽²⁴⁹⁾.

Il progressivo arricchimento della varietà delle questioni oggetto di ricorso ed il contestuale ampliamento, da parte degli organi giurisdizionali, dell'orizzonte d'indagine (fenomeni questi già segnalati dalla più sensibile dottrina)⁽²⁵⁰⁾ trovano dunque una puntuale conferma nella sentenza in esame. Ed indubbiamente, stimolante e ricca di suggestioni risulta la prospettiva — aperta dalla Corte — di vincolare gli Stati ad una tutela di tipo penale contro i comportamenti lesivi dei valori fondamentali e dei beni essenziali della persona in relazione alle disposizioni di principio della Convenzione. Entrano così in gioco (ancorché questa volta ad uso e consumo di organi giurisdizionali) criteri di valutazione politico-criminale che, per il richiamo al rango primario degli interessi tutelati ed alla indispensabilità della funzione preventiva della pena, rieccheggiano i criteri orientativi di scelta della sanzione penale in luogo della sanzione amministrativa suggeriti dalla circolare italiana della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 1983⁽²⁵¹⁾.

(246) Gli elementi di prova richiesti dall'art. 1401 del codice civile olandese sono: l'atto illecito, la colpevolezza, il danno e il nesso di causalità fra l'atto e il danno. Per di più, come è stato puntualmente sottolineato (cfr. sentenza 26 marzo 1985, cit., p. 12), il procedimento di risarcimento in sede civile si presenta più lungo e complesso e comporta inconvenienti d'ordine psicologico per la vittima, obbligandola ad un ruolo processuale attivo.

(247) Sentenza 26 marzo 1985, cit., p. 12.

(248) Sentenza 26 marzo 1985, cit., p. 13.

(249) Sentenza 26 marzo 1985, cit., p. 12. Cfr. altresì *Avis de la Commission européenne des droits de l'homme*, in *Publ. C.E.D.H., Série A* n. 91, p. 21.

(250) PETTITI, *Les principes généraux*, cit., p. 169.

(251) Circolare Presidenza del Consiglio dei Ministri, 19 dicembre 1983 — « Criteri orientativi per la scelta fra sanzioni penali e sanzioni amministrative »,

Senonché, come già lo strumento dei «criteri orientativi»⁽²⁵²⁾ pone taluni delicati problemi ad un tempo istituzionali e costituzionali, connessi alla sua attitudine ad «erodere» le attribuzioni parlamentari⁽²⁵³⁾, così — *mutatis mutandis* — la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in particolare per la sua stessa obbligatorietà⁽²⁵⁴⁾, dilata a dismisura tali problemi, sancendo la possibilità di predisporre, attraverso lo strumento convenzionale, vincoli assai penetranti alle attribuzioni più profonde proprie dell'attività statuale di creazione legislativa.

In una prospettiva solo parzialmente diversa, un'armonizzazione dei sistemi penali in virtù dei principi convenzionali, imposta dagli organi di Strasburgo attraverso la coattiva integrazione degli ambiti della tutela penale statale, si traduce in una ulteriore espressione di quella prevalenza del potere giudiziario sul potere politico-legislativo inscindibilmente connessa ad ogni obbligo giurisprudenziale di incriminazione⁽²⁵⁵⁾. In proposito, è noto come le questioni di illegittimità

in Gazz. uff., Suppl. ord. n. 22 del 23 gennaio 1984. In materia, cfr. per tutti DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1984, p. 594; 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; PALAZZO, *I criteri di riparto fra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, in Indice pen., 1986, p. 35 ss.; LATTANZI, *Sanzioni penali e sanzioni amministrative: criteri di scelta e canoni modali in una circolare della presidenza del consiglio*, in Foro it., 1985, V, c. 251; BERNARDI, *Expériences italiennes récentes en matière de science et de technique de la législation pénale*, in Arch. pol. crim., n° 9, 1987, p. 171,

⁽²⁵²⁾ Tale strumento è stato in particolare utilizzato, sempre in sede penale, anche dalla circolare Presidenza del Consiglio dei Ministri, 5 febbraio 1986 — «Criteri orientativi per la scelta tra delitti e contravvenzioni e per la formulazione delle fattispecie penali», in Gazz. uff., n. 64 del 18 marzo 1986. In materia, cfr., per tutti, PALAZZO, *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie penale in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in Cass. pen., 1987, p. 230, n. 172; PADOVANI, *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in Cass. pen., 1987, p. 670, n. 493.

⁽²⁵³⁾ Infatti, dato anche il carattere «contenutistico» di taluni «criteri orientativi» suggeriti dalle Circolari, si può essere indotti a ritenere che il programma di razionalizzazione legislativa in tal modo varato dal Governo possa contribuire al (o costituire un aspetto del) processo di progressiva concentrazione del potere legislativo nelle mani del potere esecutivo.

⁽²⁵⁴⁾ Cfr. art. 53 Conv., in base al quale «Le Alte Parti Contraenti s'impegnano a conformarsi alle decisioni della Corte nelle controversie nelle quali sono parti». Per contro il carattere dell'obbligatorietà, proprio delle sentenze della Corte, manca ovviamente alle succitate circolari ministeriali ed ai relativi «criteri orientativi».

⁽²⁵⁵⁾ Cfr. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1983, p. 512.

costituzionale in *malam partem* ⁽²⁵⁶⁾ siano state innanzitutto ricondotte « all'accresciuta e più consapevole dimensione politica dell'attività giudiziaria » ⁽²⁵⁷⁾, nella prospettiva, eminentemente socio-politica, della progressiva affermazione dello Stato sociale di diritto. Per contro, l'opera di supplenza politica innescata dalla Corte dei diritti dell'uomo sembra prestarsi a considerazioni d'ordine « tecnico » prima ancora che « politico »: concernenti in particolare l'inevitabile tendenza ad una progressiva estensione di forme atipiche di « discrezionalità giudiziale » manifestantesi, a discapito degli ambiti di discrezionalità legislativa, laddove l'attività interpretativa abbia ad oggetto disposizioni di principio. In altre parole, ed in sintesi, con la sentenza in esame risulterebbe confermata l'intrinseca attitudine di una tecnica normativa che faccia largo uso di « principi di diritto » a trasformare il giudice — ogni giudice — in fonte autonoma di diritto ⁽²⁵⁸⁾.

I problemi posti dalla sentenza in esame non sembrano certo superabili attraverso la semplice constatazione della eccezionalità dell'episodio di « omissione legislativa » sottoposto al controllo degli organi della Convenzione europea, e conseguentemente dell'eccezionalità del vincolo imposto al legislatore statale; ciò in quanto, a tacere d'altro, l'interpretazione evolutiva sulle violazioni individuali dei diritti dell'uomo (di cui è espressione la sentenza in oggetto), sembra al contrario prestarsi ad una applicazione vieppiù dilatata ⁽²⁵⁹⁾.

Similmente, le questioni aperte dalla nuova linea interpretativa della Corte non possono essere eluse nemmeno attraverso la constatazione della carenza di esecutività delle sue sentenze ⁽²⁶⁰⁾; esecutività

⁽²⁵⁶⁾ Sul problema degli obblighi costituzionali di penalizzazione, cfr. per tutti BRICOLA, Legalità e crisi. L'art. 25 *comma 2°* e 3° della Costituzione rivisitato *alla fine* degli anni '70, in La Questione criminale, 1980, p. 203; ID., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in Funzioni e limiti del diritto penale, a cura di M. De Acutis e G. Palombarini, Padova, 1984, p. 7 ss.; PETRONE, Aspetti costituzionali della depenalizzazione, in Cass. pen. Mass. ann., 1979, p. 1045; PULITANÒ, Obblighi costituzionali, cit., p. 484 ss. Cfr. altresì, in una prospettiva comparatistica e con cospicui riferimenti bibliografici, PALAZZO, Valori costituzionali, cit., p. 600 ss.

⁽²⁵⁷⁾ PULITANÒ, Obblighi costituzionali, cit., p. 513.

⁽²⁵⁸⁾ Cfr. Par. 3, e in specie nota 34.

⁽²⁵⁹⁾ Cfr. SPERDUTI, Recenti sviluppi, cit., p. 814.

⁽²⁶⁰⁾ Infatti, pur nella loro obbligatorietà, le sentenze della Corte dei diritti dell'uomo (così come le decisioni prese dal Comitato dei Ministri ai sensi dell'art. 32 § 4 Conv.) non costituiscono titolo esecutivo né per quanto concerne le eventuali modifiche da apportare alla legislazione degli Stati membri né per quanto concerne l'« equa soddisfazione » accordata alla parte lesa ex art. 50 Conv. Cfr. sul punto, in particolare, SCALABRINO, La tutela dei diritti dell'uomo nella sua evoluzione storico-giuridica, in La Convenzione europea, cit., p. 73 ss.; STARACE, La jurisdiction obligatoire de la Cour européenne des droits de l'homme, in Atti del Convegno di Bari, 1974, p. 225 ss.; PAIARDI, Osservazioni generali, cit., p. 184.

che risulta invece riconosciuta alle decisioni della Corte di Giustizia C.E., in virtù innanzitutto della loro minore incidenza sui più intimi contenuti della sovranità statale⁽²⁶¹⁾. Infatti le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo hanno pur sempre — ex art. 53 Conv. — forza obbligatoria ed espongono lo Stato a responsabilità internazionale, con la possibilità in caso di grave inadempienza di incorrere nella sospensione e financo nell'espulsione dall'Organizzazione⁽²⁶²⁾. Senza contare che, come è noto, è allo studio la progressiva estensione alla Convenzione degli « strumenti di pressione » attualmente riconosciuti al sistema comunitario; in particolare, è autorevolmente auspicata l'introduzione di un ricorso pregiudiziale per l'interpretazione delle norme controverse⁽²⁶³⁾.

In definitiva, se da un lato permangono i problemi suscitati dalla previsione di « obblighi di incriminazione » di matrice convenzionale (problemi ai cui sviluppi o alle cui soluzioni questa sede è inadeguata), resta il fatto che — in particolare a causa sia dell'estensione degli « ambiti d'ingerenza » della giurisprudenza di Strasburgo sulle legislazioni penali nazionali sia delle future prospettive di maggiore vincolabilità del sistema di tutela messo in opera dalla Convenzione — non sembra improprio prevedere una progressiva, crescente incidenza dei principi sanciti dalla Convenzione sul processo di armonizzazione dei sistemi penali europei.

⁽²⁶¹⁾ Cfr., *amplius*, SCALABRINO, La tutela dei diritti dell'uomo, cit., p. 75.

⁽²⁶²⁾ Cfr. CALOGEROPOULOS STRATIS, *L'efficacité des mécanismes juridictionnels de protection dans le cadre européen*, in *Rev. dr. homme*, 1974, p. 613; SCALABRINO, La tutela dei diritti dell'uomo, cit., p. 74 nota 169.

⁽²⁶³⁾ Cfr., per tutti, GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Aspects de la mise en oeuvre d'une sauvegarde collective des droits de l'homme: la convention européenne*, in *Mélanges Dehousse*, vol. I, p. 193 ss. Cfr. altresì, da ultimo, FORLATI PICCHIO, *A quando il rinvio pregiudiziale per l'interpretazione di norme internazionali sui diritti dell'uomo?*, in *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, a cura di L. Carlassare, Padova, 1988, p. 259 ss. La previsione in sede convenzionale di tale ricorso è stata caldeggiata, in particolare, nel corso della Conferenza di Vienna del Consiglio d'Europa del 1985 e nel corso del Congresso di Neuchâtel dello stesso anno.

Sezione V: IL DIRITTO COMUNITARIO E I PRINCIPI COMUNITARI NELL'ARMONIZZAZIONE DEI SISTEMI PUNITIVI STATUALI

12. L'incidenza del diritto comunitario sull'armonizzazione e sul coordinamento degli ordinamenti penali.

L'indagine sul ruolo dei « principi di diritto comunitario » nel ravvicinamento dei sistemi penali viene necessariamente ad inserirsi nella più ampia problematica relativa alla polimorfa incidenza del diritto comunitario sugli ordinamenti penali statuali. Sembra quindi opportuno tentare preliminarmente un'analisi, per quanto schematica e sommaria, di questo più generale fenomeno.

È noto che l'armonizzazione dei sistemi penali, limitatamente al settore economico, è stata a più riprese ritenuta, in numerosi documenti internazionali e specialmente comunitari, condizione indispensabile per il perseguimento delle finalità proprie dei Trattati⁽²⁶⁴⁾. Tuttavia, è noto altresì che i rapporti fra *diritto comunitario* e *diritto penale* statale sono stati per lungo tempo mal compresi⁽²⁶⁵⁾ o comunque sottovalutati, in misura maggiore o minore, in tutti i Paesi della Comunità⁽²⁶⁶⁾.

⁽²⁶⁴⁾ Cfr., in particolare, la relazione di HULSMAN nei resoconti della *Deuxième conférence des ministres européens de la Justice* (Roma, 5 ottobre 1962), *Conseil de l'Europe*, Strasbourg, 1963, p. 36; la risoluzione del Parlamento europeo sull'armonizzazione delle legislazioni (17 giugno 1965), in *Gazz. uff. Com. eur.*, 1965, p. 2035, n. 7; le risposte date dalla Commissione delle Comunità europee all'interrogazione dell'on. Bukhower (4 gennaio 1967), in *Gazz. uff. Com. eur.*, 1967, p. 115; la Relazione sulla correlazione fra il diritto comunitario ed il diritto penale, presentata da DE KEERSMAEKER a nome della Commissione giuridica (Parlamento Europeo, Documenti di seduta 1976-1977, doc. 531/76, 2 febbraio 1977, in *Riv. dir. europeo*, 1977, p. 195 ss.) e bibliografia ivi citata. Per ulteriori riferimenti ai numerosissimi documenti comunitari in materia, cfr., tra gli altri, BIANCONI, *Legislazione penale e diritto comunitario*, in *Giust. pen.*, 1975, 1, c. 239 ss.; PEDRAZZI, *Il ravvicinamento*, cit. p. 335 nota 12; SGUBBI, voce *Diritto penale comunitario*, in *Noviss. dig. it., Appendice*, vol. II, 1981, p. 1229, nota 85.

⁽²⁶⁵⁾ Cfr. FORNASIER, *Le pouvoir répressif des Communautés européennes et la protection de leurs intérêts financiers*, in *Revue du Marché commun*, 1982, p. 398 ss.

⁽²⁶⁶⁾ Sul punto, *amplius*, BIANCARELLI, *Les principes généraux du droit communautaire applicables en matière pénale*, in *Rev. sc. crim.*, 1987, p. 131. Secondo l'A., le ragioni che stanno alla base della tesi che attribuisce al diritto comunitario scarsa incidenza sul diritto penale sarebbero innanzitutto: la natura

Non è dato sapere quanto, sulla generale arretratezza del « diritto penale comunitario »⁽²⁶⁷⁾, abbiano inciso — volta a volta — l'ambiguità di talune disposizioni, specie a contenuto sanzionatorio, dei trattati⁽²⁶⁸⁾; i retaggi culturali del principio di territorialità⁽²⁶⁹⁾; le differenze a livello di parte generale esistenti in materia penale fra gli Stati⁽²⁷⁰⁾; i tradizionali ritardi e le incertezze che contraddistinguono il diritto penale dell'economia⁽²⁷¹⁾; la peculiare tipologia dei soggetti protagonisti della legislazione comunitaria⁽²⁷²⁾; le carenze dei Trattati, per quanto concerne l'iter formativo della legislazione comunitaria⁽²⁷³⁾; la diversità delle scelte operate nei singoli Paesi in tema di politica sanzionatoria generale⁽²⁷⁴⁾; i persistenti dubbi e contrasti circa l'efficacia delle norme comunitarie nel diritto penale

semplicemente economica dell'ambito di competenza delle Comunità; l'esigenza di « legalità » tradizionalmente propria della materia penale e la contestuale assenza di « democraticità » nel processo di elaborazione delle norme comunitarie; il principio della « riserva di sovranità nazionale », che secondo taluni giustificerebbe l'esclusione del diritto penale dal campo d'applicazione dei Trattati, ed in specie dell'art. 100 Trattato CEE sulle direttive d'armonizzazione. Cfr. altresì BIANCARELLI-MAIDANI, *L'incidence du droit communautaire sur le droit pénal des Etats membres*, in *Rev. sc. crim.*, 1984, p. 225 ss.

⁽²⁶⁷⁾ Tra gli altri, utilizzano l'espressione « diritto penale comunitario » BIANCARELLI-MAIDANI, *L'incidence du droit communautaire*, cit., p. 253; SGUBBI, voce *Diritto penale comunitario*, cit.; e — peraltro con manifesta perplessità — VAN BINSBERGEN, *Le droit pénal des Communautés européennes*, in *Droit pénal européen*, cit., p. 203. Per una critica dell'uso di tale espressione, ritenuta intrinsecamente inappropriata, cfr., RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, cit., p. 11 nota 17.

⁽²⁶⁸⁾ In particolare, è stato a più riprese sottolineato come risulti tendenzialmente ambiguo il contenuto sanzionatorio degli artt. 40 § 3, 49, 51, 75 § 3, 100, 127, 172 Trattato CEE, nonché degli artt. 47 coinna 3°, 54 comma 6°, 58 § 4, 59 § 7, 64, 65 § 5, 66 § 5 e § 6, 68 § 6 Trattato CEEA.

⁽²⁶⁹⁾ Cfr. DE KEERSMAEKER, *Relazione sulla correlazione*, cit., p. 196 n. 6.

⁽²⁷⁰⁾ Cfr. PEDRAZZI, *Il ravvicinamento*, cit., p. 337 ss.; ID., *Il diritto penale delle società nella prospettiva comunitaria*, in *Riv. soc.*, 1973, p. 1047 ss.

⁽²⁷¹⁾ Si vedano, in proposito, le puntuali osservazioni di SGUBBI, *Diritto penale comunitario*, cit., p. 1223 ss.

⁽²⁷²⁾ Infatti nell'ordinamento economico comunitario una posizione di assoluta priorità è assunta, come noto, dalle persone giuridiche: con tutti i conseguenti problemi connessi alla diversa disciplina sanzionatoria cui esse sono assoggettate nei diversi sistemi statuali. Per una panoramica delle soluzioni accolte nei Paesi della CEE in tema di responsabilità penale delle persone giuridiche, cfr. BRICOLA, *Il costo del principio «societas delinquere non potest» nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Il diritto penale delle società commerciali*, Milano, 1971, p. 41 ss.; DELMAS-MARTY, *Droit pénal des affaires*, Paris, 1973, p. 446 ss.

⁽²⁷³⁾ Sul punto cfr., per tutti, FORNASIER, *Le pouvoir répressif*, cit., p. 399 e p. 412.

⁽²⁷⁴⁾ PEDRAZZI, *L'influenza*, cit., p. 618 ss.

interno⁽²⁷⁵⁾, a loro volta riconducibili alle diffuse incertezze circa la preminenza del diritto comunitario rispetto agli ordinamenti giuridici nazionali⁽²⁷⁶⁾.

Resta il fatto che, nonostante la più che ventennale attenzione prestata all'argomento, solo da poco tempo si sta prendendo piena coscienza, sull'onda di una sempre più cospicua e varia giurisprudenza, dei molteplici profili in relazione ai quali la complessa ed articolata regolamentazione a base comunitaria delle attività economiche incide sui sistemi penali (e più in generale punitivi) statuali⁽²⁷⁷⁾. Corrispondentemente, solo da pochi anni la crescente consapevolezza della necessità di risolvere, almeno in parte, gli inconvenienti posti dalle profonde differenze di disciplina sanzionatoria nei diversi Stati si è effettivamente tradotta nella creazione di (sinora invero pochi) atti comunitari destinati a vincolare le scelte punitive dei legislatori statuali, in una prospettiva di concreto ravvicinamento dei sistemi.

Ribadito che non si ha certo la pretesa di approfondire in questa sede i complessi problemi che affliggono il diritto penale comunitario, appare opportuna una preliminare differenziazione. Ai meri fini di un sintetico esame dell'influenza armonizzatrice del diritto comunitario sul diritto punitivo degli Stati 'della CEE, si rivela infatti metodologicamente corretto distinguere a seconda che tale influenza risulti ascrivibile alle norme comunitarie a contenuto *latu sensu* sanzionatorio, ovvero ai riflessi della normativa comunitaria a contenuto non sanzionatorio sui sistemi punitivi (ed in specie penali) statuali⁽²⁷⁸⁾; riflessi che risultano particolarmente evidenti in

(275) In argomento cfr., diffusamente, RIZ, Diritto penale e diritto comunitario, cit., p. 27 ss.

(276) Il principio di « preminenza » del diritto comunitario (in relazione al quale cfr. *infra*, in particolare nota 351) è stato, invero, a lungo contestato in molti Paesi fra i quali — oltre all'Italia — il Belgio (fino al 1971), la Danimarca, la Gran Bretagna e l'Irlanda. Cfr., *amplius*, KOVAR, Rapporti fra 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.

(277) Gli studi relativi ai riflessi del diritto comunitario sul sistema sanzionatorio statale sono numerosissimi. Nell'impossibilità di ricordare in questa sede nemmeno i più significativi contributi in materia, si rinvia alla bibliografia riportata da RIZ in Diritto penale e diritto comunitario, cit., p. XI-XLVIII.

(278) All'interno « delle norme dell'ordinamento comunitario che stabiliscono sanzioni penali o che, comunque, sortiscono effetti penalmente rilevanti », una distinzione fra sanzioni comunitarie ed effetti penali « interni » delle disposizioni comunitarie è effettuata da SGUBBI, voce Diritto penale comunitario, cit., p. 1225 ss., sulla base della partizione operata da LOMBOIS, Droit pénal international, Paris, 1979, p. 178 ss.

relazione al momento limitativo o esclusivo della punibilità.

A) Muovendo dunque alla ricerca delle norme comunitarie a contenuto (*lato sensu*) sanzionatorio atte al ravvicinamento dei sistemi punitivi statuali, occorre innanzitutto prendere in esame le disposizioni previste al primo comma degli artt. 5 Tr. CEE, 86 Tr. CEEA e 192 Tr. Euratom: ai sensi delle quali gli Stati membri sono tenuti ad adottare tutte le misure, a carattere generale o particolare, idonee ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai Trattati o risultanti dagli atti delle istituzioni comunitarie.

Orbene, una prima lettura di queste norme sembrerebbe confermarne la scarsa significatività sotto il profilo dell'armonizzazione. Ciò in quanto esse parrebbero lasciare agli Stati la libera scelta dei provvedimenti e degli strumenti punitivi — anche penali — necessari a prevenire e reprimere le violazioni delle disposizioni comunitarie. Tuttavia, una più attenta indagine, condotta anche sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia CE, rivela che le disposizioni in questione possono in taluni casi favorire ovvero determinare un qualche ravvicinamento interstatale sul piano sanzionatorio, laddove il conseguimento dei risultati da esse previsti risulti perseguibile sotto attraverso strumenti punitivi tendenzialmente omogenei⁽²⁷⁹⁾. Su questo punto si tornerà più ampiamente nel corso del par. 14. Al momento basterà comunque sottolineare come le norme in oggetto, pur consentendo l'attenuazione di talune delle più vistose disparità di trattamento, non comportino affatto l'eliminazione di ogni rischio di profonde differenze da uno Stato all'altro sotto il profilo sanzionatorio⁽²⁸⁰⁾, sino alla falsificazione delle condizioni di concorrenza ed alla violazione del principio di eguaglianza e di non discriminazione⁽²⁸¹⁾. Rischio che appare di fatto ancor più reale in considerazione delle tradizionali divergenze esistenti nei diversi Stati della

⁽²⁷⁹⁾ Cfr., *mutatis mutandis*, le osservazioni di PEDRAZZI, *Il ravvicinamento*, cit., p. 332 ss., e di ZWIEGERT, *Rechtsvereinheitlichung*, in *Wörterbuch des Völkerrechts*, vol. III, Berlin, 1962, p. 77.

⁽²⁸⁰⁾ Cfr. PEDRAZZI, *Il ravvicinamento*, cit., p. 334 ss.; SGUBBI, voce *Diritto penale comunitario*, cit., p. 1228; GRASSO, *Diritto penale dell'economia, normativa comunitaria e coordinamento delle disposizioni sanzionatorie nazionali*, in *Riv. dir. intern. priv. e proc.*, 1987, p. 251 ss.; ID., *Verso un diritto penale comunitario*, cit., p. 640.

⁽²⁸¹⁾ Sul punto cfr., in particolare, BRICOLA, *Alcune osservazioni in materia di tutela penale degli interessi delle Comunità europee*, in *Prospettive per un diritto penale europeo*, cit., p. 215; GRASSO, *La tutela penale degli interessi delle Comunità europee*, Catania, 1984, p. 133 ss.; BIANCONI, *Legislazione penale*, cit., c. 237 ss.; RIGAUX, *Mercuriale prononcée au cours de l'audience solennelle de rentrée de la Cour d'Appel de Liège le 1^{er} septembre 1972*, in *Journal des Tribunaux*, 27-1-1973, n. 4813; BIANCARELLI-MAIDANI, *L'incidence*, cit., p. 260 ss.

Comunità, per quanto concerne le scelte politico-criminali ed i modelli sanzionatori in materia economica⁽²⁸²⁾.

Una funzione di armonizzazione per certi versi ancor più marginale, viene poi assolta da quelle norme comunitarie — a contenuto più determinato delle precedenti — che risultano dirette a sanzionare talune violazioni alla disciplina comunitaria attraverso uno specifico rinvio alle disposizioni penali statuali poste a tutela degli interessi nazionali corrispondenti agli interessi comunitari violati⁽²⁸³⁾. Ciò in quanto tali norme comunitarie, se da un lato ottengono, attraverso una tecnica c.d. di « assimilazione »⁽²⁸⁴⁾, di canalizzare la risposta sanzionatoria alle violazioni in questione verso norme statuali penali (o comunque punitive) determinate per campo di materia⁽²⁸⁵⁾, dall'altro lato lasciano impregiudicate le peculiarità delle singole nor-

⁽²⁸²⁾ Cfr. PEDRAZZI, Il diritto delle società, cit., p. 1047 ss.; VAN BINSBERGEN, *Le droit pénal*, cit., p. 222.

⁽²⁸³⁾ Cfr. l'art. 194 del trattato Euratom, in base al quale talune particolari categorie di soggetti a conoscenza di notizie segrete a causa delle funzioni ricoperte all'interno della Comunità sono tenute ad osservare il segreto, e in caso di violazione sono assoggettate, in ciascuno Stato, alle disposizioni « interne » previste in materia di attentato alla sicurezza dello Stato ovvero di rivelazione di segreto professionale; cfr., altresì, gli artt. 27 Protocollo sullo Statuto della Corte di Giustizia CE, 28 Protocollo sullo Statuto della Corte di Giustizia CECA, e 28 Protocollo sullo Statuto della Corte di Giustizia Euratom, in base ai quali qualsiasi violazione dei giuramenti dei testimoni, dei periti e degli esperti dinanzi a questi organi comunitari è assoggettata nei singoli Stati alla disciplina sanzionatoria in essi prevista in caso di analoga violazione davanti ad un tribunale nazionale. Ulteriori disposizioni improntate ad una simile tecnica normativa sono contenute in alcuni regolamenti comunitari (art. 5 Regolamento del Consiglio delle Comunità europee n. 28/62, in *Gazz. uff. Com. eur.*, 28 maggio 1962; art. 5 Regolamento del Consiglio delle Comunità europee, n. 188/64 del 12 dicembre 1964, in *Gazz. uff. Com. eur.*, 24 dicembre 1964). Cfr., in materia, PEDRAZZI, La tutela penale del segreto nel trattato Euratom, in *Il diritto dell'energia nucleare*, Milano, 1961, p. 413 ss.; BRICOLA, Alcune osservazioni, cit., p. 191 ss.; GRASSO, Verso un diritto penale comunitario, cit., p. 635 ss. e bibliografia citata a p. 636 nota 30; ID., *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 235, con ulteriore bibliografia riportata alla nota 34; SGUBBI, *Diritto penale comunitario*, cit., p. 1226 ss., con riferimenti dottrinari e giurisprudenziali.

⁽²⁸⁴⁾ Cfr. GRASSO, Verso un diritto penale comunitario, cit., p. 635; OLMI, La sanction des infractions au droit communautaire, in *Droit communautaire et droit pénal*, Milano, 1981, p. 172.

⁽²⁸⁵⁾ Siffatta tecnica normativa determina quindi l'estensione dei contorni, cioè dell'ambito applicativo, delle norme statuali a contenuto sanzionatorio relativa al campo di materia previsto. Cfr., per tutti, PEDRAZZI, *Droit communautaire et droit pénal des Etats membres*, in *Droit Communautaire et droit pénal*, cit., p. 51; ID., *L'influenza*, cit., p. 615; GRASSO, Verso un diritto penale comunitario, cit., p. 637; BOSCARRELLI, *Réflexions sur l'influence du droit communautaire sur le droit pénal des états membres*, in *Droit communautaire et droit pénal*, cit., p. 88.

me statuali richiamate⁽²⁸⁶⁾. Lasciano cioè impregiudicate le differenze esistenti nei vari Stati della Comunità, in relazione alla disciplina punitiva prevista in ordine al campo di materia richiamato⁽²⁸⁷⁾.

Se dunque tutte le disposizioni comunitarie *lato sensu* sanzionatorie sinora prese in esame, pur incidendo in qualche misura sul sistema punitivo dei singoli Stati, non determinano un ~+avvicinamento esaustivo, una funzione non tanto di armonizzazione quanto addirittura di unificazione punitiva è assolta da quelle norme comunitarie a carattere imperativo corredate di «sanzioni comunitarie», in quanto previste dalla normativa comunitaria e irrogate da organi della Comunità⁽²⁸⁸⁾.

Come noto, tale unificazione punitiva non concerne l'ambito strettamente criminale, data la natura amministrativa e comunque non penale delle disposizioni in questione⁽²⁸⁹⁾. Questo fatto non incrina

⁽²⁸⁶⁾ Cfr. tuttavia le osservazioni di BRICOLA (Alcune osservazioni, cit., *passim*, e, soprattutto, p. 199 nota 25 bis e p. 209) e di SGUBBI (Dir. penale comunitario, cit., p. 1226 ss.) i quali, sotto un diverso profilo, sottolineano come le norme comunitarie in questione modifichino in parte la struttura e l'oggettività giuridica delle norme «interne» richiamate, sino a determinare il sorgere di vere e proprie nuove fattispecie.

⁽²⁸⁷⁾ Del pari, non assolve ad una significativa funzione di ravvicinamento l'art. 214 del Trattato CEE, in base al quale «I membri delle istituzioni della Comunità, i membri dei Comitati, e parimenti i funzionari e agenti della Comunità, sono tenuti, anche dopo la cessazione dalle loro funzioni, a non divulgare le informazioni che per loro natura siano protette dal segreto professionale e in particolare quelle relative alle imprese e riguardanti i loro rapporti commerciali ovvero gli elementi dei loro costi». Infatti, come è stato puntualmente osservato, tale disposizione (fondata peraltro su modalità operative distinte rispetta a quelle proprie del succitato art. 194 Trattato Euratom e dei summenzionati artt. 27 e 28 dei Protocolli dello Statuto delle Corti) «non modifica la norma penale nazionale implicitamente richiamata» (PEDRAZZI, L'influenza, cit., p. 615), lasciando impregiudicate le originarie differenziazioni esistenti nei diversi Stati fra le norme penali in materia.

⁽²⁸⁸⁾ Ci si riferisce innanzitutto alle numerose disposizioni del Trattato CECA che prevedono la possibilità per la Commissione di comminare ammende: cfr. gli artt. 47 comma 3°, 54 comma 6°, 58 § 4, 59 § 7, 64, 65 § 5, 66 § 5 e § 6, 68 § 6. Ci si riferisce altresì a talune disposizioni contenute nei regolamenti adottati dal Consiglio CEE n. 11/60, n. 17/62 e n. 1017/68, nelle quali si concretizza il potere — sancito dall'art. 87 § 2 lett. a) e, implicitamente, dall'art. 79 § 3 del Trattato CEE di comminare, in regolamenti e direttive, ammende e penalità di mora a garanzia dell'osservanza dei divieti previsti agli artt. 85 § 1 e 86 Trattato CEE. Infine, anche l'art. 83 del Trattato Euratom prevede la possibilità di irrogare sanzioni (ancorché d'impronta spiccatamente civilistica) in caso di violazione degli obblighi imposti al capo-settimo di tale Trattato.

⁽²⁸⁹⁾ Per quanto concerne i regolamenti ricordati alla nota precedente, la natura non penale delle sanzioni in essi previste è affermata esplicitamente. E analoga natura è riconosciuta dalla prevalente dottrina anche alle sanzioni previste dalle norme del Trattato CECA, che peraltro non contengono nessuna

tuttavia la rilevanza del fenomeno., anche in considerazione della indiscutibile affinità sostanziale che le sanzioni previste presentano rispetto al tradizionale modello punitivo di tipo penale⁽²⁹⁰⁾.

indicazione in proposito. Cfr. BOSCARELLI, *Réflexions sur l'influence*, cit., p. 91; ID., Le interrogazioni al *parlamento* europeo nel quadro dei riflessi penalistici del diritto comunitario, in Riv. it. dir. proc. pen., 1977, p. 1495 ss.; MACI, Brevi note sul rapporto fra il diritto comunitario CEE e il diritto penale italiano, in *Mon. Trib.*, 1975, II, p. 37 ss.; BRICOLA, Alcune osservazioni, cit., p. 27; PEDRAZZI, L'influenza, cit., p. 612; ID., Il diritto penale *delle* società, cit., p. 1046; ID., Il ravvicinamento, cit., p. 325; RIZ, Diritto penale e diritto comunitario, cit., p. 6 ss.; VAN BINSBERGEN, Le droit pénal, cit., p. 203 ss.; TIEDEMANN, *Der Allgemeine Teil des europäischen supranationalen Strafrechts*, in *Festschrift für H.H. Jescheck*, Berlin, 1985, p. 1414 ss.; WINKLER, Die Rechtsnatur der Geldbusse in Wettbewerbsrecht der Europäischen Gemeinschaften, Tübingen, 1971, p. 80 ss.; OLM, La sanction, cit., p. 170; GRASSO, Diritto penale dell'economia, cit., p. 237 ss.; ID., Verso un diritto penale comunitario, cit., p. 632 ss.; OEHLER, *Internationales Strafrecht*, 1983, p. 563 ss.; BRUNS, Der strafrechtliche Schutz der europäischen *Marktordnungen für die Landwirtschaft*, Berlin, 1980, p. 87 ss. Il carattere amministrativo di tali sanzioni è ribadito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia CEE. Cfr. SAGGIO, *Orientamenti della Corte di Giustizia delle Comunità europee in materia di illeciti economici*, in Il diritto penale europeo dell'economia. Incontro di studio e documentazione per magistrati (Siracusa, 7/14 febbraio 1982), Roma, 1984, p. 97 ss.; SGUBBI, Diritto penale comunitario, cit., p. 1225, con ulteriori riferimenti bibliografici.

⁽²⁹⁰⁾ Non manca invero chi, valorizzando queste affinità, ha affermato la natura penale delle sanzioni in esame. Cfr., in particolare, DELLA TERZA, *Rilevanza in materia penale dell'ordinamento comunitario*, 1974, p. 46; FORIERS, La réglementation de la concurrence, in *Droit des Communautés européennes*, sotto la direzione di Ganshof van der Meersch, Bruxelles, 1969, n. 1496, p. 562. Infine, secondo una tesi, per così dire, intermedia, tali sanzioni sarebbero « formalmente » amministrative, ma « sostanzialmente » penali, risultando modellate su principi tipicamente penalistici, Cfr. LOMBOIS, *Droit pénal international*, 1979, p. 181 ss. Cfr. altresì LEVASSEUR, Les sanctions dans le traité constitutif du Marché Commun, in *Les problèmes juridiques et économiques du Marché Commun*, Colloque des Facultés de Droit (Lille, 1959), Paris, 1960, p. 111; LEGROS, *La pénétration du droit européen dans la justice répressive belge*, in *L'amélioration de la justice répressive par le droit européen*, Bruxelles-Louvain, 1970, p. 39 ss.; RIGAUX, Sur la route du droit européen, in *Rev. de dr. pén. et de crim.*, 1972-1973, p. 654; SCHROTH, *Economic Offences in EEC Law with special reference to English and German Law*, Kehl, 1983, p. 159; DE KEERSMAEKER, Relazione sulla correlazione, cit., p. 199 ss. Per una puntuale confutazione della natura ontologicamente penale di tali sanzioni, si rinvia alle puntuali osservazioni di GRASSO, Diritto penale dell'economia, cit., p. 238 ss.

In una prospettiva parzialmente diversa, pur negandosi l'attuale esistenza di un sistema penale comunitario, si è contestualmente individuato il fondamento normativo, atto a consentire l'eventuale introduzione di un siffatto sistema penale, nell'art. 172 Trattato CEE: in base al quale « i regolamenti stabiliti in virtù delle disposizioni del presente Trattato possono attribuire alla Corte di Giustizia una competenza giurisdizionale anche di merito per quanto riguarda le sanzioni previste nei regolamenti stessi ». In questo senso BOSCARELLI, *Réflexions sur l'influence*, cit., p. 91. Cfr. altresì FORNASIER, Le pouvoir répressif

A prescindere comunque dalle norme comunitarie or ora ricordate (che come detto non armonizzano, ma prevedono invece, per particolari settori, una disciplina sanzionatoria comunitaria), disposizioni comunitarie funzionali ad una assai penetrante armonizzazione dei sistemi punitivi statuali sembrano risultare solo quelle che in diverso modo e misure, e sempre limitatamente alla materia dei Trattati, comprimono la discrezionalità statale in ordine alle scelte sanzionatorie interne. Contenute in specifici atti degli organi comunitari, tali disposizioni — sia per supplire all'inerzia statale nel predisporre adeguati strumenti punitivi a presidio degli interessi istituzionali e finanziari della Comunità ⁽²⁹¹⁾ sia per ovviare ai ben noti inconvenienti posti in materia dalla disomogeneità delle discipline sanzionatorie nazionali ⁽²⁹²⁾ — determinano, volta a volta, i comportamenti da reprimere, la natura, anche penale, degli illeciti in questione, la tipologia e addirittura l'entità della pena da irrogarsi ⁽²⁹³⁾.

La liceità della tecnica normativa di cui sono espressione le disposizioni comunitarie in oggetto appare invero fuori discussione anche nell'ipotesi che la compressione della discrezionalità statale, in merito alla disciplina sanzionatoria « interna » posta a tutela della normativa comunitaria, avesse ad oggetto la materia strettamente penale. Ciò in quanto, ai sensi dell'art. 100 Trattato CEE (recentemente modificato dall'art. 18 dell'Atto unico europeo), è prevista l'emanazione di direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri ⁽²⁹⁴⁾

des Communautés européennes et la protection de leurs intérêts financiers, cit., p. 403 ss., nonché, problematicamente, DE KEERSMAEKER, Relazione sulla *correlazione*, cit., p. 202. Si vedano tuttavia, rispetto alla tesi qui prospettata, le obiezioni di OLMÍ, La sanction des *infractions*, cit., p. 170; SGUBBI, Diritto penale comunitario, cit., p. 1228-1229. Ma, soprattutto, per una ampia ed articolata confutazione di tale tesi, cfr. GRASSO, Diritto penale *dell'economia*, cit., p. 244 ss.

⁽²⁹¹⁾ Cfr. BIANCONI, Legislazione penale, cit., c. 238; BRUNS, Der *strafrechtliche Schutz*, cit., p. 37 ss.; PEDRAZZI, L'influenza, cit., p. 628.

⁽²⁹²⁾ Cfr. BIANCONI, Legislazione penale, cit., c. 237; BIGAY, *Droit communautaire et droit pénal*, in Rev. *trim. dr. eur.*, 1972, p. 733; SGUBBI, Diritto penale comunitario, p. 1228; DE KEERSMAEKER, Relazione sulla *correlazione*, cit., p. 204; GRASSO, Diritto penale *dell'economia*, cit., p. 252; PEDRAZZI, Il ravvicinamento, cit., p. 334 ss.; RIGAUX, *Sur la route*, cit., p. 254 ss.

⁽²⁹³⁾ Cfr., *amplius*, PEDRAZZI, Il ravvicinamento, cit., p. 340 ss.

⁽²⁹⁴⁾ Il testo originale dell'art. 100 comma primo Tr. CEE recitava: « Il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione, stabilisce direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune ». Attualmente, con l'art. 18 dell'Atto unico europeo (cfr. nota 335), è stato introdotto nel Trattato CEE l'art. 100 A, il quale al § 1 stabilisce « In deroga all'articolo 100 e salvo che il presente trattato non disponga diversamente, si applicano le disposizioni se-

(²⁹⁵); e poiché, come noto, le direttive vengono recepite nei singoli ordinamenti attraverso un atto normativo « interno », il principio della riserva di legge risulta rispettato anche qualora esse contengano disposizioni penali (²⁹⁶).

Non solo: in forza del virtuale, generalizzato riconoscimento delle legittimità delle direttive dettagliate (²⁹⁷), risulterebbe consentita, grazie ad esse, una ingerenza sempre più massiccia — e appunto « dettagliata » — nella disciplina sanzionatoria statale, senza per questo dover ricorrere a **regolamenti** comunitari (²⁹⁸) (i quali, essendo inve-

guenti per la realizzazione degli obiettivi dell'articolo 8 A. Il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata su proposta della Commissione, in cooperazione con il Parlamento europeo e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adotta le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno ».

(²⁹⁵) Sottolineano il ruolo legittimante assunto dall'art. 100 Trattato CEE rispetto alle direttive in materia penale, PEDRAZZI, Il ravvicinamento, cit., p. 328 ss.; JOHANNES, Le droit pénal et son harmonisation dans les Communautés européennes, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1971, p. 350; FORNASIER, Le pouvoir répressif, cit., p. 406 ss.; MEGRET, LOUIS, VIGNES, WAELBROECK, WAEGENBAUR, Le droit de la Communauté économique européenne, vol. V, Bruxelles, 1973, p. 156; SGUBBI, Diritto penale comunitario, cit., p. 1229; GRASSO, Diritto penale dell'economia, cit., p. 257 ss.; ID., Verso un diritto penale comunitario, cit., p. 654. Cfr. altresì, DE KEERSMAEKER, Relazione sulla correlazione, cit., p. 196 punto 10, ove si « invita la Commissione a prendere in considerazione il ricorso all'art. 100 del Trattato CEE al fine di armonizzare le disposizioni già esistenti delle legislazioni nazionali che contemplano sanzioni nei casi di infrazione alle leggi comunitarie ». Un ulteriore fondamento normativo di tali direttive sarebbe costituito dall'art. 101 Trattato CEE, in base al quale sono ammesse direttive di armonizzazione « qualora la Commissione constati che una disparità esistente nelle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative degli Stati membri falsa le condizioni di concorrenza sul mercato comune e provoca, per tale motivo, una distorsione che deve essere eliminata ».

(²⁹⁶) SuI punto, amplius, GRASSO, Diritto penale dell'economia, cit., p. 258 ss.; FORNASIER, Le pouvoir répressif, cit., p. 413. Talune perplessità permangono peraltro, se non sotto il profilo della riserva di legge, sotto il profilo della riserva di sovranità (il cui ambito; come noto, risulta incerto e mutevole, dipendendo strettamente dallo sviluppo dei rapporti internazionali. In proposito cfr., da ultimo, CARRILLO SALCEDO, Souveraineté des Etats et droits de l'homme en droit international contemporain, in *Studies in honour of G.J. Wiarda*, cit., p. 91 ss.). Per una critica alla creazione di vincoli alla politica sanzionatoria statale, cfr. le tesi riportate da HOLCH, Der Deutsche Bundesrat zur Rechtsetzung der EWG, in *Europarecht*, 1967, p. 226 ss.

(²⁹⁷) Cfr., per tutti, CAPELLI, Le direttive comunitarie, Milano, 1983, p. 145 ss.; CONFORTI, Lezioni di diritto internazionale, cit., p. 130 ss.

(²⁹⁸) Contra, JOHANNES, Das Strafrecht im Bereich der Europäischen Gemeinschaften, in *Europarecht*, 1968, p. 108, per il quale, alla luce dell'art. 189 comma 3° Trattato CEE, una penetrante e dettagliata armonizzazione della disciplina sanzionatoria sarebbe consentita solamente attraverso lo strumento regolamentare. Cfr. tuttavia, in senso antitetico a Johannes, le puntualizzazioni

ce direttamente applicabili nei sistemi giuridici dei singoli Stati, non appaiono conformi al principio della legalità penale⁽²⁹⁹⁾.

Se dunque, attraverso lo strumento della direttiva dettagliata (o del regolamento, purché limitatamente alla disciplina punitiva non penale), appaia e astrattamente possibile dettare agli Stati membri non solo i comportamenti da vietare, ma financo la natura, la tipologia ed i limiti edittali delle pene da comminarsi, sino all'imposizione di modelli sanzionatori parzialmente uniformi⁽³⁰⁰⁾, occorre tuttavia sottolineare come a tutt'oggi siano reperibili solo pochi esempi di atti normativi siffatti. In particolare, il regolamento CEE n. 2262/84 del Consiglio del 17 luglio 1984 in materia di « misure speciali nel settore dell'olio d'oliva » impone agli Stati membri produttori di prevedere, in relazione a talune infrazioni, sanzioni pecuniarie con funzione dissuasiva proporzionali al fatto⁽³⁰¹⁾; mentre la raccomandazione CECA n. 1835/81 dispone che le violazioni agli obblighi ivi previsti relativamente alla pubblicazione dei prezzi e alle condizioni di vendita dell'acciaio siano punite con « ammende » di cui viene specificato il limite edittale massimo⁽³⁰²⁾.

di PEDRAZZI, *Il ravvicinamento*, cit., p. 332 ss.; ID., *Il diritto penale delle società*, cit., p. 1047; CAPELLI, *Le direttive comunitarie*, cit., p. 153.

(299) Proprio in considerazione della necessità di un intervento del legislatore statale ai fini del recepimento nell'ordinamento giuridico statale di norme a contenuto stricto sensu penale, è stato osservato che « anche se contenute in un regolamento, le disposizioni comunitarie, volte all'armonizzazione o al coordinamento delle previsioni sanzionatorie nazionali, hanno una sostanziale natura di direttiva, giacché esse non sono direttamente ed immediatamente applicabili nei sistemi giuridici degli Stati membri, ma si limitano ad obbligare questi ultimi all'emanazione degli atti normativi necessari per la loro traduzione nell'ordinamento interno ». GRASSO, *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 258-259.

(300) Una parte della dottrina ha sottolineato come in quest'ultimo caso il termine « armonizzazione » o « ravvicinamento » si riveli non pienamente adeguato (cfr. GRASSO, *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 555), risultando preferibile il ricorso al termine « coordinamento » (CAPELLI, *Le direttive comunitarie*, cit., p. 88 ss.). Tuttavia, il fatto che i termini « armonizzazione », « ravvicinamento » e « coordinamento » abbiano ciascuno una autonoma valenza concettuale è ancor oggi tutt'altro che pacifico. Sul punto vedi già VALENTI-PAOLINI, *Problemi terminologici in materia di ravvicinamento delle legislazioni nel trattato istitutivo della CEE*, in *Riv. dir. europeo*, 1962, p. 279.

(301) Cfr. GRASSO, *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 253.

(302) Cfr. GRASSO, *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 253.

negozianti di acciaio che contravvengono alle disposizioni degli articoli da 2 a 14 sono passibili di ammende che possono andare fino al doppio del valore delle vendite irregolari. In caso di recidiva, il massimo di cui sopra viene raddoppiato. 2. I negozianti di acciaio che violano le disposizioni dell'art. 15 possono essere condannati a pagare un'ammenda il cui importo massimo sarà dell'1% del fatturato annuo e una penalità di mora il cui importo massimo sarà pari al 5% del fatturato giornaliero medio per giorno di ritardo ».

La sporadicità degli attuali atti comunitari diretti all'armonizzazione e al coordinamento delle scelte punitive statuali, così come la natura non penale delle relative norme, non sembra comunque affatto escludere un loro futuro più dilatato impiego, esteso anche al settore strettamente criminale⁽³⁰³⁾. Al contrario, in quest'ultimo caso, risulterebbe portato a compimento un percorso evolutivo da tempo auspicato, e per di più già imboccato da taluni progetti di atti comunitari presentati nel corso dell'ultimo ventennio⁽³⁰⁴⁾.

B) Per quanto riguarda il ruolo assunto — in virtù del fondamentale principio della preminenza dell'ordine giuridico comunitario⁽³⁰⁵⁾ — dalla *normativa comunitaria a contenuto non sanzionatorio* nell'armonizzazione dei sistemi punitivi statuali, occorre subito precisare che molteplici sono i riflessi della prima sui secondi. Data l'esistenza di specifici studi in materia⁽³⁰⁶⁾, e dato anche il carattere meramente

(303) Sul punto, amplius, GRASSO, Diritto penale dell'economia, cit., p. 259.

(304) Cfr. la proposta di una prima direttiva in materia di società presentata in data 19 febbraio 1964 dalla Commissione CEE al Consiglio (in Riv. soc., 1964, p. 733), nella quale all'art. 7 si imponeva di sanzionare con « misure repressive » taluni inadempimenti pubblicitari. L'aggettivo repressive — rimasto inalterato sia nel progetto definitivo della prima direttiva sia nel testo modificato del Parlamento europeo — è stato però sostituito nel testo finale (art. 6 della direttiva 151, in Riv. soc., 1968, p. 687) con l'aggettivo adeguate, di contenuto ben più « neutrale ». Più specificamente orientati al ravvicinamento delle discipline penali nazionali sono risultati: l'*avant-projet* della seconda direttiva in materia di società (in Riv. soc., 1965, p. 1215), nel quale si affermava la necessità che gli Stati tutelassero con sanzioni penali la regolamentazione privatistica di cui agli artt. 13, 16, 20, 39, 61. I riferimenti alle sanzioni penali sono tuttavia spariti nel testo successivo (Proposta di seconda direttiva, in Riv. soc., 1970, p. 845); l'art. 282 della proposta di regolamento del Consiglio relativa ad una società per azioni europea (in Riv. soc., 1970, p. 1261), che imponeva agli Stati membri di introdurre le sanzioni penali necessarie per la repressione di taluni atti indicati in un apposito allegato (sul punto, amplius, PEDRAZZI, Il diritto penale delle società, cit., p. 1049 ss.); l'art. 3 della proposta di direttiva relativa all'armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri per la lotta contro la migrazione clandestina e l'occupazione illegale, che richiede addirittura la previsione di una pena detentiva per le più gravi violazioni (sul punto, amplius, GRASSO, Diritto penale dell'economia, cit., p. 253, nota 109).

(305) Sul principio della « preminenza » (detta altresì « prevalenza » o « primato ») del diritto comunitario, cfr. per tutti, DEHOUSSE, La primauté du droit communautaire sur le droit des Etats membres in Rev. trim. dr. eur., 1965, p. 212 segg. DE WITTE, Retour à « Costa ». La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international, in Rev. trim. dr. eur., 1984, p. 425; KOVAR, Rapporti fra diritto comunitario e diritti nazionali, cit., p. 116 ss. e bibliografia ivi riportata; LAURIA, Manuale di diritto delle Comunità europee, Torino, 1988, p. 215 ss.; MONACO, Rapporti tra diritto comunitario e diritto interno, cit., p. 253 ss., con ricchissima bibliografia; BIANCARELLI-MAIDANI, L'incidence du droit communautaire, cit., p. 228 ss.; RIZ, Diritto penale e diritto comunitario, cit., p. 104 ss., con numerosi richiami dottrinali e giurisprudenziali.

(306) Cfr., per tutti, BIGAY, Droit communautaire et droit pénal, cit., p. 733;

propedeutico di questo tema rispetto a quello dell'influenza dei « principi di diritto comunitario » sul ravvicinamento dei sistemi punitivo/penali, ci si limiterà in questa sede ad abbozzare un quadro quanto mai sommario, circoscritto alla sintetica esposizione, dei più evidenti fenomeni di interazione fra normativa comunitaria e normativa stricto sensu penale.

Innanzitutto, va ricordato come il giudice interno sia tenuto a « leggere » la norma penale conformemente alla regola comunitaria ⁽³⁰⁷⁾; e ciò sia per comporre un eventuale possibile contrasto fra di esse, sia anche per predisporre un'adeguata tutela nei confronti di

ID., *L'application des règlements communautaires en droit pénal français*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1971, p. 58; BOScarelli, *Réflexions*, cit., p. 85 ss.; DECOCQ, *Le conflit entre la règle communautaire et la règle pénale interne*, in *Droit communautaire*, cit., p. 3; HARTLEY, *L'impact du droit communautaire sur le proces pénal*, ivi, p. 39; DELLA TERZA, *Rilevanza in materia penale dell'ordinamento comunitario*, cit., p. 54; PEDRAZZI, *Droit communautaire*, cit., p. 49 ss.; ID., *L'influenza*, cit., p. 609; RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, cit., *passim*; Rosso, *Compito (e competenze) del giudice penale in tema di applicazione delle norme comunitarie*, in *Giust. pen.*, 1976, I, c. 225; UBERTAZZI, *L'impact du droit communautaire dans le procès pénal interne*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1976, p. 196.

⁽³⁰⁷⁾ Sul piano erineneutico infatti, come puntualmente affermato dalla stessa Corte costituzionale italiana, vige la presunzione di conformità della legge interna alla normativa comunitaria, con la conseguenza che « fra le possibili interpretazioni del testo normativo prodotto dagli organi nazionali va prescelta quella conforme alle prescrizioni della Comunità, e per ciò stesso al disposto costituzionale » (cioè all'art. 11 Cost., che garantisce l'osservanza dei Trattati comunitari e del diritto da essi derivato): Corte cost., sentenza 8 giugno 1984 n. 170, pubblicata fra l'altro in *Giur. cost.*, 1984, I, p. 3098 ss. con nota di GEMMA, *Un'opportuna composizione di un dissidio* (p. 1222); *Foro it.*, 1984, I, c. 2062 ss. con nota di TIZZANO, *La Corte costituzionale e il diritto comunitario: vent'anni dopo...*; *Dir. comunitario e degli scambi intern.*, 1984, p. 193 ss. con nota di CAPELLI, *Una sentenza decisiva sui rapporti tra norme Cee e leggi nazionali* (p. 204), e nota di DONNARUMMA, *Sul controllo di compatibilità fra diritto interno e diritto comunitario* (p. 206); *Riv. dir. intern. priv. e proc.*, 1984, p. 297 ss., con nota di SPERDUTI, *Una sentenza innovativa della Corte costituzionale sul diritto comunitario* (p. 263 ss.); *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 1521 ss., con nota di BERRI, *Composizione del contrasto tra Corte costituzionale e Corte di giustizia delle Comunità europee*; *Giust. civ.*, 1984, p. 2353, con nota di SOTGIU, *L'applicabilità « diretta » del diritto comunitario* (p. 2359); *Dir. e Prat. trib.*, 1984, II, p. 1073 ss. con nota di MARESCA, *Prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno*; *Giur. agr. it.*, 1985, p. 208 con nota di VANNUCCI, *La garanzia dell'integrale osservanza del diritto comunitario « direttamente applicabile » in una concezione dualistica dei rapporti fra ordinamenti* (p. 211). Cfr. altresì, nello stesso senso, Corte cost., sentenze n. 176 e 177 del 1981, in *Giur. cost.*, 1981, p. 1543 e 1564. In dottrina, per uno specifico riferimento all'incidenza sul piano interpretativo delle disposizioni comunitarie, cfr. DEAN, *Aspetti penalistici della legislazione agricola comunitaria*, in *Ann. dir. comp.*, 1973, p. 188; SGUBBI, *Diritto penale comunitario*, cit., p. 1230.

taluni interessi comunitari⁽³⁰⁸⁾. Ora è chiaro che, quali che siano gli elementi normativi delle fattispecie penali interne di volta in volta coinvolti in sede ermeneutica⁽³⁰⁹⁾ e le specifiche finalità perseguite nel singolo caso dall'interprete, il risultato ultimo di tale processo sarà una tendenziale armonizzazione delle normative penali statuali, ancorché frammentaria e settoriale⁽³¹⁰⁾.

Una più penetrante incidenza della disciplina comunitaria sulla disciplina penale interna si avrà poi sia nell'ipotesi in cui la prima venga ad integrare indirettamente la seconda, sia nell'ipotesi in cui fra di esse si delinei una situazione di interferenza-confliggenza diretta ed inequivoca, destinata a permanere al di là di ogni tentativo di interpretare la normativa penale in modo conforme alla disciplina comunitaria.

Con riferimento all'incidenza in via *d'integrazione* «indiretta», essa è prevalentemente dovuta al fatto che spesso il diritto comunitario modifica in varia misura la disciplina statale extrapenale tutelata — attraverso tecniche d'integrazione normativa di diverso tipo — da apposite disposizioni penali⁽³¹¹⁾. Così, laddove la normativa

(308) Cfr. PEDRAZZI, *Droit communautaire*, cit., p. 52. Così, per esempio, alla luce di specifiche disposizioni regolamentari comunitarie, la Corte di cassazione italiana ha assimilato il diritto di prelievo comunitario al dazio d'importazione ai fini della configurazione del reato di contrabbando Cfr. Cass., 13 ottobre 1969, in *Foro it.*, 1970, II, c. 57 ss.

(309) Cfr., *amplius*, SGUBBI, *Diritto penale comunitario*, cit., p. 1230; DEAN, *Aspetti penalistici*, cit., p. 188.

(310) Cfr., sia pure in una più generale prospettiva, RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, cit., p. 14. L'A. sottolinea come le norme comunitarie abbiano una «incidenza settoriale» sul diritto penale interno, «incidendo, su quelle categorie di reato della parte speciale che riguardano beni giuridici disciplinati dall'ordinamento comunitario e su quelle norme della parte generale che per loro natura sono destinate a subire l'influenza del diritto comunitario (come quelle inerenti alla libertà, all'uguaglianza, al riconoscimento della liceità del fatto, ecc.)». In senso parzialmente difforme, PEDRAZZI, (*L'influenza*, cit.) da un lato sottolinea l'influsso a livello di sola «parte speciale» della produzione giuridica comunitaria (p. 611), dall'altro lato segnala che ormai «L'influenza comunitaria tende ... a valicare i confini del diritto penale economico, per espandersi ad altri settori degli ordinamenti penali nazionali» (p. 629).

(311) Sul punto, cfr. GRASSO, *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 227 ss., con riferimenti dottrinali e giurisprudenziali; DECOCO, *Le conflit*, cit., p. 3 ss.; PEDRAZZI, *L'influenza*, cit., p. 621 ss.; ID., *Droit communautaire*, cit., p. 54 ss.

(312) Nel caso in cui cioè, in ossequio al carattere assoluto del principio di legalità, «il legislatore abbia espresso le scelte fondamentali in ordine alla tipicizzazione del comportamento punibile», lasciando alla disciplina extrapenale (interna oppure comunitaria) compiti di mera specificazione «in chiave tecnica»: GRASSO, *Diritto penale dell'economia*, cit., p. 229. Resta il fatto che, attraverso il meccanismo della norma penale in bianco, le disposizioni comunitarie possono ampliare, anche significativamente, l'ambito d'applicazione di talune fattispecie penali interne. Cfr., per tutti, l'intervento di SOYER, in *Droit communautaire et droit pénal*, cit., p. 288.

extrapenale risulti sostituita da quella sovranazionale, ne risulterà alterata la fisionomia del precetto penale. I dubbi circa la conformità al principio di legalità di un siffatto processo di trasformazione del sistema sanzionatorio sembrano destinati a svanire (anche nei Paesi che, come l'Italia, interpretano tale principio in senso stretto), nel caso in cui la disciplina extrapenale e le relative modificazioni « comunitarie » si limitino a puntualizzare « contorni » di norme incriminatrici previamente ben caratterizzate dal legislatore penale⁽³¹²⁾, o comunque laddove le suddette modificazioni risultino in bonam *partem*, così da tradursi « in una limitazione dell'area di applicazione della fattispecie penalmente sanzionata »⁽³¹³⁾. In particolare, nell'ambito dell'ormai cospicua attività giurisprudenziale comunitaria, sono stati accertati numerosi interventi del legislatore comunitario di quest'ultimo tipo, con conseguente compressione dell'ambito di operatività di non poche norme penali⁽³¹⁴⁾.

Con riferimento invece all'*incidenza* in via di *interferenza-confliggenza* diretta, va subito precisato come si possano verificare fenomeni di incompatibilità parziale fra norma comunitaria e norma penale interna, risolvendosi anch'essi, sempre in virtù della preminenza del diritto comunitario, in una paralisi « settoriale » della fattispecie incriminatrice in oggetto⁽³¹⁵⁾.

Orbene, tanto nei succitati casi di integrazione indiretta quanto nelle ipotesi di interferenza-confliggenza diretta, la capacità della normativa comunitaria di circoscrivere l'applicazione di talune disposizioni penali si traduce nell'attitudine ad armonizzare, il più delle volte per così dire « in negativo », la disciplina punitiva di determinati settori, in particolare rendendo uniformemente lecito quanto in precedenza era oggetto, nei singoli Stati, di una variegata, poliforme e talora contraddittoria precettistica penale.

Questo fenomeno di « armonizzazione in negativo » appare poi ancor più evidente nei casi in cui la normativa comunitaria sopravvenuta risulti totalmente incompatibile — vuoi in via d'integrazione indiretta⁽³¹⁶⁾, vuoi in via di diretta confliggenza — con talune nor-

(313) GRASSO, Diritto penale dell'economia, cit., p. 229.

(314) Cfr., in particolare, PEDRAZZI, *L'influenza*, cit., p. 621 ss.

(315) Cfr., per tutti, RIZ, Diritto penale e diritto comunitario, cit., p. 206 ss. Cfr. altresì PEDRAZZI, *Droit communautaire*, cit., p. 57 ss.; ID., *L'influenza*, cit., p. 622 ss.; DECOCO, *Le confiit*, cit., p. 19 ss.

(316) Cfr. GRASSO, Diritto penale dell'economia, cit., p. 228. L'A. sottolinea che « l'eventuale diretta caducazione della precedente regolamentazione extrapenale da parte della normativa comunitaria renderà di regola inapplicabili le disposizioni incriminatrici. Ad eguali conclusioni deve pervenirsi nei casi in cui la preesistente disciplina nazionale risulti incompatibile con la regolamentazione

me penali interne, con conseguente cessazione d'ogni residuo ambito di applicazione di queste ultime.

Appurati quindi gli effetti di armonizzazione penale sottesi alle diverse forme di incidenza della disciplina comunitaria sulla normativa statale, restano da affrontare sinteticamente due distinte questioni. La prima concerne il meccanismo legale attraverso il quale le norme penali nazionali confliggenti con la disciplina comunitaria « cedono il campo » a quest'ultima all'interno del sistema giuridico statale; la seconda concerne il problema — eminentemente « contenutistico » — relativo all'individuazione dell'eventuale stato di confliggenza fra norma comunitaria e norma penale.

a) Con riferimento alla prima questione, va sottolineata l'iniziale ritrosia di molti Stati ad adeguarsi al principio della diretta applicabilità della normativa comunitaria ⁽³¹⁷⁾.

Tuttavia l'analisi sia delle ragioni del lento e sofferto processo di adattamento di taluni ordinamenti nazionali (tra i quali l'italiano) rispetto all'ordinamento comunitario sia delle diverse procedure giuridiche via via messe in opera nel corso di tale processo assume rilevanza solo sotto un mero profilo « interno »: risultando pacifica, da un punto di vista comunitario, l'immediata inapplicabilità di qualsivoglia disposizione nazionale contrastante con le norme comunitarie, precedenti o successive, aventi efficacia diretta ⁽³¹⁸⁾.

Per quanto concerne il nostro Paese, il suddetto processo di adattamento e le relative procedure giuridiche sono stati oggetto di lunghe ed approfondite indagini da parte della dottrina, anche penale ⁽³¹⁹⁾.

della materia operata dalla fonte comunitaria; anche in questa ipotesi risulteranno inapplicabili le relative fattispecie penali». Per una elencazione di taluni esempi in materia ricavati dalla giurisprudenza italiana e francese, cfr. *ivi*, p. 228 nota 5.

⁽³¹⁷⁾ In merito a tale principio cfr., in particolare, LUZZATTO, *La diretta applicabilità nel diritto comunitario*, Milano, 1980, *passim*; KOVAR, *Rapporti fra diritto comunitario e diritti nazionali*, cit., p. 136 ss.; PADOIN, *Comunità europee*, Roma, 1987, p. 70 ss.; DASHWOOD, *The principle of direct effect in European Community Law*, in *Journal of Common Market Studies*, 1978, p. 220 ss.; TIMMERMANS, *Directives: their effect within the national legal systems*, in *Common Market Law Review*, 1979, p. 533 ss.; WINTER, *Direct applicability and direct effect, two distinct and different conceptions in Community Law*, *ivi*, 1972, p. 425 ss.

⁽³¹⁸⁾ Le quali, come noto, non sono solo i regolamenti, ma anche, in particolare, le norme non programmatiche dei trattati e certi tipi di direttiva (direttive particolareggiate; direttive « negative »; direttive che tolgono un impedimento all'attuazione del Trattato). Cfr. CAPELLI, *Le direttive comunitarie*, cit.

⁽³¹⁹⁾ Cfr. in particolare, RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, cit., p. 123 ss., con numerosissimi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali; cfr. altresì *Il primato del diritto comunitario e i giudici italiani*, a cura del Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, Milano, 1978; SORRENTINO, *Corte costituzionale e Corte di Giustizia delle Comunità europee*, Milano, 1970.

Qui basterà ricordare da un lato che la Corte costituzionale e la Corte di Cassazione, nell'ambito di un percorso evolutivo iniziato ormai da un quarto di secolo, hanno decretato a partire dalla metà degli anni '70 e per circa un decennio l'applicazione diretta dei soli *regolamenti* contrastanti con le *norme interne anteriori* ⁽³²⁰⁾, risultando l'applicazione di quelli contrastanti con *norme interne posteriori* subordinata alla dichiarazione di incostituzionalità *ex art. 11 Cost.* di queste ultime. Dall'altro lato che la Corte di Giustizia CE ha a più riprese respinto una tale impostazione, sottolineando l'obbligo di ogni giudice nazionale di *disapplicare* qualsiasi norma interna (e dunque anche quelle « penali » e « successive ») se incompatibile con la disciplina comunitaria ⁽³²¹⁾. E ciò in quanto « le norme di diritto comunitario devono esplicare la pienezza dei loro effetti, in maniera uniforme in tutti gli Stati membri, a partire dalla loro entrata in vigore e per tutta la durata della loro validità » ⁽³²²⁾.

Tuttavia il dissidio sembra ormai avviato ad una progressiva soluzione, in specie da quanto la Corte costituzionale, modificando il proprio precedente indirizzo, ha affermato nella sentenza n. 170 del 1984 ⁽³²³⁾ che in caso di contrasto fra statuizioni contenute in un

⁽³²⁰⁾ Cfr. Corte cost., sentenza 30 ottobre 1975, n. 232, pubblicata, tra l'altro, in *Giur. cost.*, 1975, p. 2211 con note di LOUIS (*Sur le thème: recours constitutionnel et primauté du droit constitutionnel*, p. 3227) e di SORRENTINO (Brevi note sulle leggi contrastanti con norme comunitarie: incostituzionalità *e/o* disapplicazione?, p. 3239); in *Foro it.*, 1975, I, c. 2661, con nota di MONACO (*Norma comunitaria e norma di legge successiva*, c. 2622); in *Giust. civ.*, 1975, III, p. 319, con note di STELLA RICHTER (*Sull'incidenza della legge interna posteriore al trattato di Roma*, p. 320) e di BERRI (*Il preteso potere del giudice di disapplicare leggi interne illegittime, perché riprodottrici di regolamenti comunitari*, ivi, 1976, IV, p. 3). Cfr. altresì Corte cost., sentenza 28 luglio 1976 n. 205, in *Giur. cost.*, 1976, p. 1292 ss.

⁽³²¹⁾ Cfr. causa 106/77, Amministrazione delle Finanze dello Stato contro SpA Simmenthal (domanda di pronunzia pregiudiziale proposta dal Pretore di Susa), sentenza 9 marzo 1978, in *Raccolta della giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee* (d'ora in poi abbreviata in *Raccolta*), 1978, p. 629. In tale sentenza la Corte di Giustizia CE ha desunto — quali corollari del principio della preminenza del diritto comunitario — l'invalidità di nuovi atti legislativi interni incompatibili con norme comunitarie e l'immediata disapplicabilità delle norme interne contrastanti con diritto comunitario « senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale ».

⁽³²²⁾ Sentenza 9 marzo 1978, cit., p. 643.

⁽³²³⁾ In relazione alla sentenza n. 170 del 1984, cfr. nota 342 e gli autori ivi citati. Cfr. altresì, in particolare, BARAV, *Cour constitutionnelle italienne et droit communautaire: le fantôme de Simmenthal*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, II, p. 321 ss. e in *Rev. trim. dr. eur.*, 1985, p. 313 ss.; LOUIS, *Droit communautaire et loi postérieure: un revirement de la Cour Constitutionnelle italienne. Observations sous Cour Const., arrêt n. 170 du 8 juin 1984*, in *Cahiers de droit européen* 1986, p. 185 ss.; LA PERGOLA, DEL DUCA, *Community law, international law and*

regolamento comunitario e norme interne successive, il giudice è tenuto a disapplicare le norme interne successive, anche penali, le quali (al pari di quelle « precedenti ») non risultano abrogate o caducate nel senso proprio del termine, ma solo « paralizzate » dal regolamento comunitario per tutta la durata della sua vigenza.

Se, con tale sentenza, la Corte costituzionale ha escluso la necessità di un giudizio di costituzionalità sulla norma interna solo laddove essa contrasti con un regolamento comunitario (imponendosi quindi ancora il sindacato di costituzionalità, per esempio, nei confronti di una norma interna contrastante con una direttiva avente efficacia diretta) ⁽³²⁴⁾, tale distinzione sembrerebbe essere stata cancellata dalla sentenza n. 113 del 1985 ⁽³²⁵⁾. In questa sentenza, infatti, si afferma che « la norma comunitaria entra, e permane in vigore, nel nostro territorio senza che i suoi effetti siano intaccati dalla legge ordinaria dello Stato; e ciò tutte le volte che essa soddisfa il requisito dell'immediata applicabilità. Questo principio vale non soltanto per la disciplina prodotta dagli organi della CEE mediante regolamento, ma anche per le statuizioni risultanti dalle sentenze interpretative della Corte di Giustizia ». Orbene, se si ritiene che con tale affermazione la Corte costituzionale abbia voluto attribuire efficacia assoluta generale (cioè *ultra partes*) alle sentenze interpretative ⁽³²⁶⁾, deve altresì dedursi che la Corte costituzionale abbia riconosciuto immediatamente applicabili le norme ritenute tali dalla Corte di Giustizia ⁽³²⁷⁾, e dunque non solo quelle contenute nei regolamenti comunitari, ma anche le norme dei

the italian constitution, in American Journal of international law, 1985, p. 598 ss.; MIGLIAZZA, *L'efficacia diretta delle norme comunitarie*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 15 ss.; PIZZORUSSO, *L'attività della Corte costituzionale nella sessione 1984-85*, in *Foro it.*, 1985, V, c. 385 ss.; NAPOLETANO, *Diritto comunitario e diritto italiano nella sentenza n. 170/84 della Corte costituzionale*, in *Comunicazioni e studi*, XVII-XVIII, Milano, 1985, p. 353 ss.

⁽³²⁴⁾ Cfr. RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, cit., p. 143.

⁽³²⁵⁾ Corte cost., sentenza 23 aprile 1985 n. 113, pubblicata tra l'altro in *Giur. cost.*, 1985, I, p. 694; *Foro it.*, 1985, I, c. 1600, con nota redazionale; *Riv. dir. intern.*, 1985, p. 388; *Riv. dir. intern. priv. e proc.*, 1985, p. 813 ss. In dottrina cfr., con specifico riferimento a tale sentenza, BELLOCCI, *Sul nuovo orientamento della Corte costituzionale in tema di rapporti fra ordinamento comunitario ed ordinamento interno*, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, c. 30 ss.; DANIELE, *Ancora sui rapporti fra diritto comunitario e diritto interno incompatibile secondo l'ordinamento costituzionale italiano*, in *Dir. comunitario e degli scambi intern.*, 1985, p. 463 ss.

⁽³²⁶⁾ Cfr. BELLOCCI, *Sul nuovo orientamento*, cit., c. 80. Su questo tema cfr. altresì UBERTAZZI, *La Corte di Giustizia delle Comunità Europee e il dovere di conformarsi alle sue decisioni ex art. 177*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, p. 481; CATALANO-SCARPA, *Principi di diritto comunitario*, Milano, 1984, p. 229 ss.

⁽³²⁷⁾ Cfr. SGARBANTI, *Corte Costituzionale e Corte di Giustizia: un dissidio sanato?*, in *Riv. dir. agrario*, 1987, p. 312.

Trattati considerate dall'organo giurisdizionale comunitario non meramente programmatiche e quelle previste nelle direttive particolarizzate⁽³²⁸⁾.

In definitiva quindi, pur muovendo la Corte costituzionale e la Corte di Giustizia CE da premesse differenti (in quanto per la prima l'ordinamento comunitario e l'ordinamento interno risultano autonomi e distinti, seppure coordinati, mentre per la seconda essi si integrano in un unico sistema), le posizioni assunte dai due organi giurisdizionali, in relazione al problema delle conseguenze connesse al contrasto fra norme, sono divenute assai prossime. In particolare, l'intervento della Corte costituzionale per la soluzione dei conflitti fra disciplina comunitaria e disciplina nazionale è da considerarsi ormai ristretto ad ipotesi limite, come specificato nella sentenza n. 170 del 1984⁽³²⁹⁾.

b) Con riferimento al problema dell'individuazione in concreto dell'eventuale stato di confliggenza fra norma comunitaria e norma penale (o comunque degli effetti prodotti dalla prima sul « contenuto » della seconda), occorre innanzitutto segnalare come frequentemente il loro coordinamento appaia tutt'altro che semplice. Una disamina dettagliata delle specifiche ragioni di ciò sarebbe qui fuori luogo: basterà comunque ricordare che tali ragioni appaiono da un lato « culturali » (si allude in particolare all'imperfetta conoscenza che spesso ha l'interprete delle norme comunitarie e della loro *ratio*, con conseguente difficoltà, ad esempio, in sede di interpretazione sistematica⁽³³⁰⁾ ovvero teleologica)⁽³³¹⁾, dall'altro lato « tecniche » (riconducibili

⁽³²⁸⁾ Peraltro, secondo taluni, il regime di diretta disapplicazione delle norme interne contrastanti non solo con i regolamenti, ma anche con le disposizioni dei Trattati immediatamente applicabili e con le direttive aventi efficacia diretta ancorché carenti di misure interne d'attuazione, sarebbe adombrato già dalla sentenza n. 170 del 1984. Cfr., per tutti, DANIELE, Indebito comunitario e ordinamento italiano, in *Foro it.*, 1984, IV, c. 303; SGARBANTI, Corte costituzionale, cit., p. 312; TIZZANO, La Corte costituzionale e il diritto comunitario, cit., c. 2068.

⁽³²⁹⁾ Su'l punto cfr. SGARBANTI, Corte costituzionale, cit., p. 302.

⁽³³⁰⁾ Sottolinea l'esigenza di una interpretazione sistematica delle norme comunitarie MONACO, L'interpretazione delle norme comunitarie, in *Manuale di diritto comunitario*, cit., p. 85 ss. Cfr. altresì, in generale e per tutti, KUTSCHER, Alcune tesi sui metodi di interpretazione del diritto comunitario dal punto di vista di un giudice, in *Riv. dir. eur.*, 1976, p. 283 ss. e 1977, p. 3 ss.; LUNARI, Necessità dell'interpretazione della norma comunitaria al fine di accertare l'esistenza del denunciato contrasto di essa con una norma nazionale, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, c. 34 ss.

⁽³³¹⁾ Rileva, nell'imprecisione dei testi normativi comunitari, l'importanza di una interpretazione atta a porre in luce lo « spirito » dei testi, SORENSEN, Punti di contatto tra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed il diritto delle Comunità europee, in *Riv. dir. eur.*, 1978, p. 171. Cfr. altresì, *amplius*, PESCA-

innanzitutto alla obiettiva eterogeneità esistente fra norme comunitarie e norme penali interne).

Fermo restando che ragioni « culturali » e ragioni « tecniche » risultano, ad un tempo, fra loro distinte e connesse, in questa sede interessa focalizzare brevemente l'attenzione sulle seconde, o meglio su uno specifico aspetto delle seconde. Infatti all'interno dei diversi possibili tipi di « eterogeneità » che le norme comunitarie e le norme penali presentano, particolare rilievo acquista ai nostri fini quella peculiare forma di eterogeneità determinata dal diversissimo *livello d'astrazione* riscontrabile laddove alla tassatività ed analiticità tendenzialmente connaturata alla norma penale interna (ovvero anche alla norma extrapenale che la integra) si contrapponga la vaghezza e generalità di talune norme comunitarie. Tale eterogeneità, mentre preclude un'analisi rigorosamente « strutturale » dei rapporti fra le due norme, fa sì che l'incidenza della norma comunitaria sulla norma penale interna si configuri ad un livello meramente interpretativo.

Orbene, rinviando ad un momento successivo l'esame degli ardui problemi posti, specie in relazione al principio di determinatezza, dalla difficile valutazione della reciproca compatibilità (e più in generale dei complessivi effetti dell'impatto) fra disposizioni comunitarie generalissime e norme penali interne necessariamente dettagliate⁽³³²⁾, si vuole qui solamente sottolineare come si assista attualmente ad un fenomeno di crescente incidenza (quantomeno sul piano teorico) delle norme comunitarie a carattere generale sulla normativa penale interna. E ciò è da ricondursi, innanzitutto, all'attuale processo, eminentemente « pretorio », di proliferazione delle disposizioni di principio proprie dell'ordinamento comunitario. Infatti, al modesto catalogo di norme-principio previsto dai Trattati (in particolare, divieto di discriminazioni fondate sulla nazionalità: art. 7 Tr. CEE; divieto di restrizioni quantitative all'importazione nonché di qualsiasi misura di effetto equivalente: art. 30 Tr. CEE; libera circolazione dei lavoratori e degli operatori economici in genere: artt. 48, 52, 59 Tr. CEE; soppressione delle restrizioni ai movimenti di capitali: art. 67 Tr. CEE; parità di trattamento retributivo fra uomini e donne: art. 119 Tr. CEE)⁽³³³⁾ vanno ormai aggiunti — come noto — i principi di

TORE, *Les objectifs de la C.E. comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de justice. Contribution à la doctrine de l'interprétation téléologique des Traités internationaux*, in *Miscellanea Ganshof van der Meersch*, 1972, p. 325; KUTSCHER, *Alcune tesi*, cit., p. 312 ss.

⁽³³²⁾ Tali problemi risultano risolti solo in piccola parte dallo strumento della pronuncia pregiudiziale previsto dall'art. 177 Trattato CEE. Sul punto, cfr. *infra*, par. 15.

⁽³³³⁾ Cfr., *amplius*, RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, cit., p. 473 e bibliografia ivi citata. Un catalogo assai più ampio di disposizioni di principio

diritto non scritto via via elaborati dalla Corte di Giustizia, ed in particolare quelli in materia di diritti fondamentali della persona umana che tale organo ricava, in primo luogo, dalle Costituzioni degli Stati membri e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Invero, ogni dubbio sulla rilevanza dei diritti fondamentali all'interno dell'ordinamento comunitario (e quindi potenzialmente, come vedremo appresso, anche all'interno dei sistemi penali statuali) appare ormai fugato dalla dichiarazione comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione delle Comunità, adottata a Lussemburgo il 5 aprile 1977, in base alla quale la normativa comunitaria abbraccia « oltre alle norme dei Trattati e del diritto comunitario derivato, anche i principi generali del diritto e, in particolare, i diritti fondamentali, principi e diritti su cui si fonda il diritto costituzionale degli Stati membri »⁽³³⁴⁾. Ed ogni ulteriore residuo di

contenute nei trattati e concernenti — secondo l'A. — diritti fondamentali, è redatto da MARCOUX, *Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté économique européenne*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1983, p. 695 ss. Per contro, circonscrive in via esemplificativa ai soli artt. 7, 48 e 119 Tr. CEE le norme comunitarie in materia di diritti fondamentali SORRENTINO, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e in quello italiano*, in *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, cit., p. 40. La ragione prima di queste « fluttuazioni » risiede soprattutto nell'elasticità del concetto comunitario di « diritti fondamentali » (cfr. MARCOUX, *Le concept*, cit., p. 712), ascrivibile a sua volta al recente conio di tale espressione ed all'assenza di ogni definizione in sede normativa. Sulle origini della nozione di « diritti fondamentali » cfr., sinteticamente, RIVERO, *La protection des droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles en Europe - Rapport de synthèse*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1981, p. 659. La giurisprudenza della Corte di Giustizia sembra comunque muoversi nella prospettiva di una progressiva estensione del concetto in questione, sino a renderlo interscambiabile con quello di « diritti dell'uomo ». Cfr. DUBOIS, *Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes: objet et portée de la protection*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1981, p. 601; RIZ, op. cit., p. 456 e bibliografia ivi citata.

(334) In *Gazz. uff. Com. eur.*, n. C 103, 27 aprile 1977, p. 1. In materia cfr., per tutti, HILF, *Die gemeinsame Grundrechtserklärung des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission vom 5 april 1977*, in *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 1977, p. 158 ss. Il rilievo dato ai diritti fondamentali nell'ambito delle Comunità risulta confermato anche da taluni ulteriori documenti comunitari. Cfr., in particolare: La Risoluzione del Parlamento europeo del 4 aprile 1973 « relativa alla salvaguardia dei diritti fondamentali dei cittadini degli Stati membri nel quadro dello sviluppo del diritto comunitario » (in *Gazz. uff. Com. eur.*, n. C 26, 30 aprile 1973, pp. 7-8), nella quale si invita la Commissione a prevenire, nell'elaborazione di regolamenti, direttive e decisioni, eventuali conflitti con il diritto costituzionale nazionale e in particolare ad esaminare in che modo debbano essere garantiti i diritti fondamentali previsti dall'ordinamento costituzionale degli Stati membri, i cui principi rappresentano la base filosofica, politica e giuridica comune agli Stati della *Comunità*; la Risoluzione del Parlamento europeo del 16 novembre 1977 « sull'attribuzione dei diritti speciali ai cittadini della Comunità europea in applicazione della decisione della conferen-

incertezza circa le specifiche «fonti di ispirazione» della Corte per l'individuazione di tali diritti fondaentali sembra venuto definitivamente meno a seguito di quanto affermato nel preambolo dell'Atto unico europeo del 1986⁽³³⁵⁾, in base al quale, nell'ambito della loro attività di promozione della democrazia, le Comunità europee si basano «sui diritti fondamentali sanciti dalle Costituzioni e dalle leggi degli Stati membri, dalla convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dalla Carta sociale europea, in particolare la libertà, l'uguaglianza e la giustizia sociale»⁽³³⁶⁾.

Così, attraverso una sommaria panoramica dei diversi ruoli assun-

za al vertice di Parigi del mese di dicembre 1974 (punto 11 del comunicato finale)» (in Gazz. uff. Com. eur., n. C 299, 12 dicembre 1977, p. 26 ss.), nella quale viene affermata la necessità di estendere la tutela offerta dalle garanzie comunitarie sui diritti fondamentali non soltanto nei confronti degli atti delle istituzioni comunitarie, ma anche nei confronti degli atti emanati dai governi nazionali (come è previsto per i diritti economici), al fine di garantire l'uguaglianza dei cittadini della Comunità in materia di diritti civili e politici; il già citato (cfr. nota 82) memorandum della Commissione delle Comunità europee del 4 aprile 1979 sull'«Adesione delle Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo», nel quale viene appunto auspicata tale adesione come prima tappa verso un consolidamento della tutela dei diritti fondamentali nelle Comunità, destinato a sfociare a lunga scadenza in una autonoma Carta dei diritti fondamentali redatta dalle istituzioni comunitarie; la Risoluzione del Parlamento europeo del 27 aprile 1979 (in Gazz. uff. Com. eur., n. C 127, 21 maggio 1979, p. 69 ss.), che ipotizza l'adesione delle Comunità alla Convenzione europea e la creazione di una commissione di esperti per l'elaborazione di una carta europea dei diritti civili; le risoluzioni del Parlamento europeo del 14 settembre 1983 «Sul contenuto del progetto preliminare di trattato che istituisce l'unione europea» (in Gazz. uff. Com. eur., n. C 277, 17 ottobre 1983, p. 95 ss.) e del febbraio 1984 sullo stesso tema, che sottolineano l'importanza ricoperta dai diritti fondamentali nella futura Unione europea (cfr. in particolare l'art. 4 del progetto preliminare).

⁽³³⁵⁾ L'Atto unico europeo firmato a Lussemburgo il 17 febbraio 1986 e all'Aja il 28 febbraio 1986, è stato ratificato e reso esecutivo in Italia con la l. 23 dicembre 1986 n. 909. Esso è pubblicato in Gazz. uff. Com. eur. n. L 169, 29 giugno 1987, p. 1 ss., ed è entrato in vigore il 1 luglio 1987. Sull'Atto unico europeo, cfr., in particolare, Aa.Vv. *L'Acte Unique Européen*, Bruxelles, 1986. Cfr. altresì, anche per una puntuale ed aggiornata rassegna della ormai ricchissima letteratura in materia, TIZZANO, La Corte di Giustizia e l'Atto unico europeo, in Foro it., 1988, V, c. 69 ss.

⁽³³⁶⁾ Nell'ambito del crescente interesse per i diritti fondamentali, un ulteriore, più deciso passo verso una loro piena tutela era stato suggerito dal progetto di Trattato sull'unione europea approvato dal Parlamento europeo il 14 febbraio 1984, il quale all'art. 43 prevedeva espressamente una specifica competenza della Corte di Giustizia per la protezione di tali diritti nell'ambito comunitario (cfr. CAPOTORTI, HILF, JACOBS, JACQUE, Le Traité d'Unione Européenne, Bruxelles, 1985). L'attribuzione alla Corte di Giustizia di un'analoga competenza era auspicata anche nella proposta inserita al titolo III, § D della relazione redatta dal cosiddetto Comitato Dooge per i problemi istituzionali (per il testo della relazione, cfr. DE RUYT, *L'acte unique Européen*, Bruxelles, 1987, p. 325 ss.).

ti dal diritto comunitario nell'ambito del processo di ravvicinamento penale in atto su scala europea, e dei problemi ad esso connessi, siamo giunti al tema specifico della trattazione: quello concernente i principi comunitari relativi alla protezione dei diritti dell'uomo e la loro influenza sull'armonizzazione dei sistemi penali statuali.

13. I « principi comunitari » in materia di diritti fondamentali e i potenziali riflessi del criterio del maximum standard sull'armonizzazione dei sistemi penali.

Per quanto appena visto, la progressiva affermazione nell'ordinamento comunitario di principi di diritto non scritto, che in via « pretoria » si vengono ad affiancare alle disposizioni di principio espressamente contenute nei Trattati, costituisce un fenomeno non solo ormai ampiamente riconosciuto in via ufficiale, ma anche della massima rilevanza, come testimoniato del resto dalla vivissima attenzione ad esso prestata dalla dottrina.

Alla radice di tale fenomeno vi è innanzitutto l'urgente necessità di colmare le lacune dell'ordinamento comunitario, il quale, pur avendo natura settoriale, presenta per molti aspetti somiglianze e punti di contatto con gli ordinamenti statuali. Da qui una naturale esigenza di « completezza »⁽³³⁷⁾, e la conseguente tendenza a riconoscere alla Corte di Giustizia una funzione creativa, che troverebbe il proprio fondamento normativo negli artt. 164, 173 e 215 del Trattato CEE, i quali sembrano autorizzare il ricorso ai principi generali di diritto⁽³³⁸⁾. Di fatto, la prassi instaurata dalla Corte di Giustizia di

⁽³³⁷⁾ Cfr., per tutti, CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, in *Dir. comunitario e degli scambi intern.*, 1983, pp. 411-412. L'A. osserva: « Ma il connotato della settorialità ad un certo punto non si concilia con i caratteri quasi statuali: e comunque l'inevitabile intreccio fra la logica propria di una normativa specifica e la logica unitaria del diritto comporta la necessità di ricorrere a criteri generali. Le discipline di settore devono insomma essere ricondotte ad una tela di fondo più vasta. In tale situazione alcuni principi operano come fattori di saldatura e di coerenza del sistema; altri danno modo di risolvere problemi che non sono stati affrontati dal legislatore comunitario, ma che la pratica rivela.

Con riferimento alla indicata prossimità del diritto comunitario rispetto al diritto statale, è poi il caso di aggiungere che non vale, per il diritto comunitario, quel tradizionale criterio di interpretazione del diritto internazionale secondo il quale gli obblighi degli Stati vanno intesi in senso restrittivo. Ciò ha permesso di espandere la disciplina comunitaria, vincolando gli Stati membri anche mediante principi che talora traggono spunto da norme scritte, o meglio dalla loro ratio, e ne deducono conseguenze di più ampia portata ».

⁽³³⁸⁾ Cfr., per tutti (con riferimento agli artt. 164 e 173 Tr. CEE) PESCATORE, *Les droits de l'homme et l'intégration européenne*, cit., p. 642; CAPOTORTI, *Il di-*

fare un ampio ricorso nelle sue sentenze a principi di diritto non scritto⁽³³⁹⁾ è stata generalmente accettata in considerazione della duttilità dei principi stessi, e dunque della loro adeguatezza rispetto ad un sistema nuovo ed in costante evoluzione come quello comunitario⁽³⁴⁰⁾.

In particolare, all'interno di tali principi, contraddistinti da una grande eterogeneità di contenuti⁽³⁴¹⁾, una posizione di centralità assumono (sia in assoluto sia per i riflessi attuali e potenziali sulle norme penali statuali) i summenzionati principi relativi alla protezione dei diritti dell'uomo: cioè i principi relativi ai cosiddetti diritti fondamentali previsti in primo luogo nelle Costituzioni e nella

ritto comunitario non scritto, cit., p. 412 ss. Cfr. altresì TOSATO, La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte delle comunità europee, in Studi in onore di G. Sperduti, 1984, p. 732-733: «nel definire quale sia la funzione affidata alla Corte, l'art. 164 del Trattato CEE precisa che essa 'assicura il rispetto nel diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del Trattato'. La Corte non è chiamata dunque a garantire solo il puntuale rispetto del Trattato e delle norme comunitarie derivate. Il compito ad essa attribuito è più ampio; richiede alla Corte di assicurare il rispetto del diritto, e quindi certamente dei principi generali di diritto che abbiano rilievo ai fini della interpretazione e dell'applicazione delle norme scritte del diritto comunitario. E ciò è confermato dall'art. 173 del Trattato CEE, che in tema di controllo di legittimità sugli atti comunitari riconosce la Corte competente a pronunciarsi sui ricorsi basati non solo sulla violazione del Trattato ma anche di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione». Infine, come sottolinea, tra gli altri, MARCOUX (Le concept de droits fondamentaux, cit., p. 708), anche l'art. 215 del Trattato CEE fa riferimento ai «principi generali comuni ai diritti degli Stati membri», contribuendo così ad avallare l'attività «creatrice» della Corte.

(339) In merito a tale ricorso cfr. già CASSONI, I principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri quale fonte sussidiaria del diritto applicato dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee, in Riv. dir. eur., 1959, p. 428; REUTER, Le recours de la Cour de Justice des Communautés européennes à des principes généraux du droit, in *Mélanges H. Rolin*, 1964, p. 263.

(340) Cfr., in particolare, CAPOTORTI, Il diritto comunitario non scritto, cit., pp. 419 e 429; COHEN, JONATHAN, Droits de l'homme et pluralité des systèmes européennes de protection internationale, in Rev. dr. homme, 1972, p. 615; PETERSMANN, The Protection of fundamental Rights in the European Communities, in *European Yearbook*, 1975, p. 179; PHILIP, La Cour de justice des Communautés européennes et la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire, in *Annuaire français de droit international*, 1975, p. 378. Non sono tuttavia mancate anche talune critiche, sia in relazione ai presunti eccessi della Corte di Giustizia nell'ambito della sua attività pretoria, sia, più radicalmente, in relazione alla ritenuta, intrinseca inidoneità d'una tutela dei diritti fondamentali di carattere meramente giurisprudenziale. Cfr. BAHLMANN, Der Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft: Wege der Verwirklichung, in *Europarecht*, 1982, p. 12; HILF, The protection of fundamental rights in the Community, in *European law and the individual*, 1976, p. 154.

(341) Cfr. ancora, diffusamente, CAPOTORTI, Il diritto comunitario non scritto, cit., p. 414 ss.

Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Essi sembrano caratterizzarsi, oltre che per l'intrinseco contenuto, anche per le loro peculiari *finalità* e per il loro specifico *fondamento*.

Per quanto concerne le *finalità*, nell'ambito della più generale funzione di integrazione dell'ordinamento comunitario propria di tutti i principi di diritto non scritto recepiti dalla Corte di Giustizia, è noto come il progressivo riconoscimento dei diritti fondamentali ⁽³⁴²⁾ sia stato concepito espressamente quale sistema di protezione dagli eccessi di potere delle autorità comunitarie ⁽³⁴³⁾, idoneo a consentire l'annullamento, da parte dell'organo giurisdizionale, degli atti comunitari ritenuti in contrasto con tali diritti. In questo modo si sono potute in parte superare quelle prese di posizione a sfondo autarchico (che traevano appunto linfa dalle insufficienti garanzie offerte dalla Comunità ai diritti dell'uomo) volte a riconoscere alle giuri-

⁽³⁴²⁾ I contributi dottrinali sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di diritti fondamentali, e sui problemi posti da tale processo evolutivo, sono talmente numerosi da rendere pressoché impossibile una completa bibliografia. Cfr. comunque, per tutti, PESCATORE, *Les droits de l'homme et l'intégration européenne*, cit., p. 629 ss. (limitatamente alle origini); CAPOTORTI, *Il diritto comunitario dal punto di vista del giudice nazionale*, in *Riv. dir. intern. priv. e proc.*, 1977, p. 514 ss.; TOSATO, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee, in Europa e diritti umani*, Atti del convegno su «Le Comunità europee e i diritti dell'uomo» (Venezia, 9/11 novembre 1979) Torino, 1981, p. 22 ss.; ID., *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 717 ss.; SORRENTINO, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 35 ss.; RINOLDI, *Comunità europee e diritti dell'uomo*, in *Dir. comunitario e degli scambi intern.*, 1980, p. 325 ss.; BALLARINO, *Lineamenti di diritto comunitario*, Padova, 1987, p. 161 ss. e bibliografia ivi citata; COHEN JONATHAN, *Les droits de l'homme dans les Communautés Européennes*, in *Recueil d'études en hommage à C. Eisenmann*, Paris, 1975, p. 399 ss.; ID., *La Cour des Communautés européennes et les droit de l'homme*, in *Rev. Marché Commun*, 1978, p. 75; DAUSES, *La protection des droits fondamentaux*, cit., p. 401 ss.; DRZEMCZEWSKI, *Fundamental right and the European Communities: Recent developments*, in *Human Rights Review*, 1977, p. 69 ss.; HILF, *The protection of fundamental rights in the Community*, cit., p. 145 ss.; MARCOUX, *Le concept de droits fondamentaux*, cit., p. 706 ss.; PHILIPPH, *La Cour de justice des Communautés européennes et la protection des droits fondamentaux*, cit. p. 383 ss.; EDESON e WOOLDRIDGE, *European Community law and fundamental human rights: Some recent decisions of the European Court and national courts*, in *Legal Issues of European Integration*, 1976, n. 1, p. 1 ss.; TEITGEN, *La protection des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, in L'adhésion des Communautés européennes à la Convention européenne des droits de l'homme*, cit., p. 21 ss.; SCHWARZE, *Schultz der Grundrechte in der Europäischen Gemeinschaft, Grundlagen und heutiger Entwicklungsstand*, in *EuGRAZ*, 1986, p. 293 ss.

⁽³⁴³⁾ Cfr. per tutti, CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, cit., p. 419; DAUSES, *La protection des droits fondamentaux*, cit., p. 423; TEITGEN, *La protection des droits fondamentaux*, cit., p. 27; TOSATO, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 739.

sdizioni statuali il potere di sindacare le norme comunitarie, almeno limitatamente ai diritti fondamentali costituzionalmente garantiti ⁽³⁴⁴⁾. In altre parole, ed in una prospettiva più generale, la giurisprudenza sui diritti fondamentali sviluppata dalla Corte di Giustizia è risul-

(344) Esula dai fini del presente studio l'analisi dell'evoluzione delle concezioni dirette ad attribuire ad organi giurisdizionali interni il diritto di vagliare la conformità della normativa comunitaria ai principi fondamentali recepiti a livello costituzionale. Sul punto, si rinvia innanzitutto alla bibliografia citata alla nota 342. Qui si vuole solo ricordare che la Corte costituzionale italiana, nella sentenza 27 dicembre 1973 n. 183 (pubblicata, tra l'altro, in *Giur. cost.*, 1973, p. 2401 ss.; in *Foro padano*, 1974, IV, p. 50 ss.; in *Riv. dir. agrario*, 1974, II, p. 8 ss., in appendice alla nota di COSTATO, *Costituzionalità della legge ordinaria che attribuisce potere normativo agli organi della Comunità economica europea*, p. 3), ha affermato l'assoggettabilità al suo sindacato delle norme comunitarie in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento e ai diritti inalienabili della persona umana (sul punto cfr. MENGOSZI, *Un orientamento radicalmente nuovo in tema di rapporti fra diritto italiano e diritto comunitario?*, in *Riv. dir. intern.*, 1974, p. 716 ss.); e che, a meno di sei mesi di distanza da questa sentenza, in Germania la Corte costituzionale ha dichiarato la propria competenza a verificare la compatibilità delle regole comunitarie con i diritti fondamentali previsti dalle norme costituzionali interne, fintantoché un Parlamento europeo non fornisca alla Comunità un catalogo dei diritti fondamentali analogo a quello del Grundgesetz (Cfr. *Bundesverfassungsgericht*, sentenza 29 maggio 1974, il cui testo in lingua francese è pubblicato in *Dir. comunitario e degli scambi intern.*, 1974, p. 227. Su di essa cfr., per tutti, BORNER, *Droits fondamentaux allemands et droit communautaire*. A propos de la décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 29 mai 1974, in *Mélanges Dehousse*, vol. II, *La construction européenne*, 1979, p. 193 ss. Cfr. altresì, per un collegamento con la giurisprudenza costituzionale italiana, FEUSTEL, *Diritto comunitario e diritto interno nella giurisprudenza costituzionale italiana e tedesca*, in *Riv. dir. eur.*, 1976, p. 187 ss.). Questo orientamento giurisprudenziale — che trovava appunto la sua ratio nella ritenuta necessità di assicurare il controllo di costituzionalità sulla normativa europea (almeno relativamente ai diritti dell'uomo) sino a quando l'ordinamento comunitario non avesse garantito una tutela dei diritti fondamentali equivalente a quella assicurata dalle Costituzioni nazionali — in Italia è stato ribadito dalla già citata sentenza n. 170/1984; mentre in Germania è stato invece rovesciato da una recente sentenza del 1986. In essa la Corte costituzionale tedesca preso atto della sufficiente tutela dei diritti dell'uomo attualmente offerta, a livello comunitario, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, riconosce la piena applicabilità interna del diritto comunitario, rinunciando a sindacarne la legittimità con riferimento ai diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione (cfr. *Bundesverfassungsgericht*, sentenza 22 ottobre 1986, in *Europarecht*, 1987, p. 51 ss. con nota di IPSEN, *Das Bundesverfassungsgericht lost die Grundrechtsproblematik*, p. 1 ss. Il testo della sentenza in lingua francese è pubblicato in *Dir. comunitario e degli scambi intern.*, 1987, p. 459 ss., con note di LORENZ, *Una sentenza decisiva della Corte costituzionale tedesca*. Un passo avanti nell'integrazione europea? (p. 475) e di MENGOSZI, *La tutela dei diritti dell'uomo e il rapporto di coordinamento-integrazione funzionale tra ordinamento comunitario e ordinamenti degli Stati membri nei recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale italiana e tedesca*. Cfr. altresì, tra gli altri, HILF, *Solange 11: Wie lange noch Solange? Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 22 Oktober 1986*, in *Europäische Grund-*

tata funzionale al tentativo di affermare in via definitiva il primato del diritto comunitario sul diritto interno; primato che sarebbe potuto risultare fortemente compromesso già sul piano logico da un'eventuale carenza di protezione a livello comunitario dei diritti dell'uomo riconosciuti ai cittadini degli Stati membri dalle rispettive Costituzioni nazionali⁽³⁴⁵⁾.

Per quanto concerne il *fondamento*, si è a più riprese affermato che la salvaguardia dei diritti fondamentali nell'ambito comunitario non risulterebbe affidata, per così dire, alla sola intermediazione dei principi generali di diritto (artt. 164, 173, 215 Tr. CEE)⁽³⁴⁶⁾, ma tro-

rechte Zeitschrift, 1987, p. 4, nonché da ultimo DARMON, *Juridictions constitutionnelles et droii communautaire*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1988, p. 217 ss., con ulteriori numerosissimi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali); CANNIZZARO, Un nuovo indirizzo della Corte costituzionale tedesca sui rapporti fra ordinamento interno e norme comunitarie derivate, in *Riv. dir. intern.*, 1988, p. 24 ss.).

(345) Nell'ambito dell'accesa discussione dottrinale in merito al recepimento dei diritti fondamentali nelle Comunità, avutasi soprattutto in Germania negli anni '60, la tesi della preminenza della normativa interna (specie se costituzionale) è stata frequentemente giustificata alla luce dell'inadeguatezza dei Trattati rispetto ai diritti dell'uomo. (Cfr. già, fra gli altri, WENGLER, *Verhandlungen der deutschen Staatsrechtslehrer*, 1964, p. 114; WAGNER, *Grundbegriffe des Beschlusrechts der Europäischen Gemeinschaften*, Köln, 1965, p. 255. Cfr. altresì, in giurisprudenza, Verwaltungsgericht Frankfurt am Main, II Kammer, 17 dicembre 1963, in EVERSEN e SPERL, *Répertoire de la jurisprudence relative aux Traités instituant des Communautés européennes*, n. 2013). Come è noto, la mancata previsione nei Trattati di disposizioni di principio in materia di diritti individuali sul tipo di quelle generalmente previste nelle Costituzioni degli Stati dell'Europa occidentale, è essenzialmente ascrivibile alla prevalenza dell'aspetto interstatuale su quello intersoggettivo nell'ambito delle Comunità, e agli obiettivi puramente economici di queste ultime, che avevano originariamente indotto gli estensori dei Trattati a sottovalutare le molteplici connessioni ed interferenze esistenti fra diritto comunitario e diritti fondamentali. Sul punto cfr., per tutti, SORRENTINO, La tutela dei diritti fondamentali, cit., p. 42; PESCATORE, *Les droits de l'homme*, cit., p. 630 ss.; HETSCH, *Emergence des valeurs morales dans la jurisprudence de la C.J.C.E.*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1982, p. 532 e bibliografia ivi citata.

(346) Il richiamo ai principi generali di diritto operato dagli artt. 164, 173 e 215 Tr. CEE sembrerebbe comportare, con specifico riferimento ai principi in materia di diritti dell'uomo, la tutela da parte della Comunità dei diritti fondamentali comuni a tutte le Costituzioni dei Paesi membri o comunque alla massima parte di esse. In questo senso cfr. già, con diverse sfumature, FUSS, *Die europäischen Gemeinschaften und der Rechtsstaatsgedanke*, Luxemburg, 1967, p. 13 ss.; PESCATORE, *Les droits de l'homme*, cit., p. 652; STEIDORFF, *Rechtsschutz und Verfahren im Recht der europäischen Gemeinschaften*, Baden-Baden, 1964, p. 57 ss.; cfr. altresì TOSATO, La tutela dei diritti fondamentali, cit., p. 734, per il quale gli artt. 164 e 173 Tr. CEE, in virtù del richiamo ai principi generali, se da un lato implicherebbero la protezione dei soli diritti fondamentali comuni alla massima parte delle Costituzioni degli Stati membri, dall'altro lato consentirebbero «di sviluppare a livello comunitario la tutela di diritti fondamentali nuovi, non ancora esplicitamente garantiti nei sistemi costituzionali interni».

verebbe un'ulteriore base nella c.d. teoria del « trasferimento »; secondo la quale il limite del rispetto dei diritti fondamentali di matrice costituzionale, vincolando sempre e comunque il legislatore interno, si estenderebbe anche all'esercizio dei poteri normativi da questi conferiti alle Comunità ⁽³⁴⁷⁾. Per la teoria in questione, in altre parole, « nella misura in cui le costituzioni nazionali, nelle loro elencazioni dei diritti fondamentali, impongono restrizioni al potere legislativo, restrizioni analoghe devono essere osservate da parte delle istituzioni comunitarie nell'esercizio dei poteri che sono stati loro attribuiti » ⁽³⁴⁸⁾.

Ora, è facile capire come, rispetto alla teoria che individua nei principi generali il fondamento comunitario dei diritti fondamentali, quella del « trasferimento » tenda ad assumere un rilievo autonomo, determinando un ampliamento del catalogo di tali diritti e, al contempo, un innalzamento del livello di tutela di ciascuno di essi. Infatti l'accoglimento della teoria del trasferimento impone, quanto meno sul piano logico, di considerare illegittimo ogni atto comunitario contrastante non solo con i diritti fondamentali comuni alla maggioranza delle Costituzioni, ma anche con ogni ulteriore diritto fondamentale previsto da poche, o addirittura da una sola Costituzione ⁽³⁴⁹⁾. Inoltre tale teoria comporta altresì che la valutazione della legittimità degli atti comunitari sia fatta sulla base del più alto grado di sviluppo assunto da ciascun diritto fondamentale in uno o più sistemi costituzionali, e non invece sulla base di una « media » ricavabile da una indagine comparatistica.

In sintesi, la teoria del « trasferimento » sembra imporre una tutela comunitaria dei diritti fondamentali costantemente orientata al livello più elevato di protezione riconosciuto a tali diritti dai sistemi costituzionali statuali ⁽³⁵⁰⁾, rendendo così pienamente plausibile l'accoglimento del c.d. criterio del *maximum standard*, criterio che

(347) Cfr., per tutti, SORRENTINO, Corte costituzionale e corte di giustizia delle comunità europee, Milano, 1970, p. 105 ss.; TOSATO, La tutela dei diritti fondamentali, cit., p. 733.

(348) SORENSEN, Punti di contatto, cit., p. 164 ss. Cfr. altresì DAUSES, La *protection des droits fondamentaux*, cit., p. 403, per il quale la necessità d'una corrispondenza fra il sistema giuridico comunitario ed i sistemi giuridici liberal-democratici degli Stati membri in materia di diritti fondamentali « è l'espressione specifica della generale necessità d'una loro omogeneità strutturale, o almeno d'una corrispondenza strutturale nei loro rapporti ».

(349) Cfr. SORENSEN, Punti di contatto, cit., p. 165. Sul punto cfr. altresì causa 7/76, I.R.C.A. (Industria romana carni e affini SpA) contro Amministrazione delle finanze dello Stato (domanda di pronunzia pregiudiziale proposta dall'ufficio di conciliazione di Roma), Conclusioni dell'Avvocato generale Jean-Pierre Warner del 22 giugno 1976, in *Raccolta*, 1976, p. 1236.

(350) Cfr., per tutti, TOSATO, La tutela dei diritti *fondamentali*, cit., p. 735; HETSCH, *Emergence des valeurs morales*, cit., p. 536.

da tempo la Corte di Giustizia si ingegna a ricavare — non senza forzature ed ambiguità — sulla mera base dei principi generali del diritto⁽³⁵¹⁾ ⁽³⁵²⁾. Infine, la teoria del « trasferimento » consente di superare il problema — connaturato alla teoria dei principi generali — concernente la difficile individuazione dei diritti fondamentali che possano dirsi « comuni » ai diversi sistemi statuali⁽³⁵³⁾.

Certamente, la coesistenza della teoria dei « principi generali » e di quella del « trasferimento », consentendo una loro reciproca integrazione, risulta idonea da un lato ad offrire in ambito comunitario il massimo grado di tutela ai diritti fondamentali⁽³⁵⁴⁾, dall'altro lato a risolvere talune complesse questioni di natura comparatistica. Tuttavia, non può certo dirsi che in tal modo tutti i dubbi siano stati

⁽³⁵¹⁾ In effetti, alla luce dei soli principi generali dovrebbe essere difficile, per la Corte, affermare l'illegittimità non solo degli atti comunitari contrari ai diritti fondamentali tradizionalmente comuni alla massima parte delle Costituzioni dei Paesi membri, ma anche degli atti comunitari contrari solo a diritti dell'uomo rinvenibili in pochi (o addirittura in un unico) sistema costituzionale. Sul punto, *amplius*, TOSATO, La tutela dei diritti fondamentali, cit., p. 734; SASSE, La protection des droits fondamentaux dans la communauté européenne, in *Mélanges Dehousse*, vol. II, La construction européenne, cit., p. 259.

⁽³⁵²⁾ È tuttavia da rilevare che, in particolare nella notissima causa 4/73 (J. Nold, Kohlen-und Baustoffgrosshandlung contro Commissione delle Comunità europee, sentenza 14 maggio 1974, in *Raccolta*, 1974, p. 491 ss.) e nella altrettanto nota causa 44/79 (Liselotte Hauer contro Land Rheinland-Pfalz, domanda di pronunzia pregiudiziale proposta dal Verwaltungsgericht di Neustadt, sentenza 13 dicembre 1979, in *Raccolta*, 1979, p. 3727 ss.) la Corte si è richiamata sia alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, sia ai « diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalle Costituzioni di tali Stati » (rispettivamente, p. 507 e 3745). L'analisi di quest'ultima espressione ha indotto una parte della dottrina a ritenere che la Corte non si limiti ad individuare i diritti fondamentali fra i « principi comuni », ma faccia piuttosto riferimento a tutti i principi in materia di diritti dell'uomo previsti nelle Costituzioni degli Stati membri. In altre parole, il criterio del *maximum* standard nascerebbe proprio dalla rinuncia della Corte ad un « criterio comune minimo », richiedendo essa solamente, ai fini del recepimento dei diritti fondamentali, l'assenza in relazione a questi ultimi di una evidente contraddittorietà fra i sistemi costituzionali interni. Cfr. sul punto, *amplius* e con diverse sfumature, HILF, The protection of fundamental rights, cit., p. 149; BELLINI, La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario secondo la sentenza Hauer, in *Riv. dir. intern.*; 1981, p. 320 e bibliografia ivi citata alla nota 15; SCHERMERS, Judicial Protection in the *European Communities*, Deventer, 1979, p. 28 ss.; MARCOUX, Le concept de droits fondamentaux, cit., p. 716; GREMENTIERI, Il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità europee per la protezione dei diritti fondamentali in Europa, in *Dir. comunitario e degli scambi intern.*, 1979, p. 5; BLECKMANN, Zur Entwicklung *europäischer* Grundrechte, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1978, p. 458 ss.

⁽³⁵³⁾ Individuazione resa invero ardua dalle significative differenze talora rinvenibili in materia nei sistemi costituzionali degli Stati membri. Cfr. sul punto BERNHARD, Problemi relativi ad un catalogo di diritti fondamentali per le Comunità europee, in *Bollettino CE*, suppl. 5/76, p. 27.

⁽³⁵⁴⁾ Cfr., *amplius*, TOSATO, La tutela dei diritti fondamentali, cit., p. 734 ss.

chiariti, in quanto permangono taluni problemi di ardua soluzione. In particolare, il criterio del *maximum standard* mal si concilia con i diversi equilibri esistenti, « nei singoli sistemi costituzionali degli Stati membri, fra interessi individuali e collettivi, tra diritti civili e politici e diritti economici e sociali ». In altri termini, « la tutela al massimo grado, nell'ambito comunitario, di un diritto individuale, in ossequio alle esigenze costituzionali di uno Stato membro, può risultare in conflitto con un diritto collettivo garantito all'interno di un altro Stato membro » ⁽³⁵⁵⁾.

E complessa appare anche la questione se il criterio dello *standard* massimo debba essere utilizzato con riferimento ai soli diritti fondamentali previsti nelle Costituzioni interne, ovvero anche con riferimento a quelli previsti nei diversi atti internazionali adottati da tutti gli Stati membri, nella prospettiva di una più dilatata e flessibile ricerca del miglior livello di tutela offerto, di volta in volta, dalle singole fonti ⁽³⁵⁶⁾.

È comunque un fatto che i contrasti in dottrina concernono prevalentemente l'ardua individuazione dei concreti criteri da adottarsi per la determinazione del contenuto ottimale dei diritti fondamentali ⁽³⁵⁷⁾ (anche e soprattutto in relazione agli specifici obiettivi delle Comunità e alle limitazioni consentite in vista del perseguimento di

⁽³⁵⁵⁾ TOSATO, La tutela dei diritti fondamentali, cit., p. 736 nota 33, con riferimenti bibliografici in materia; SORRENTINO, La tutela dei diritti fondamentali, cit., p. 61 ss. Nel tentativo di superare il problema ora esposto è stato suggerito l'accoglimento del criterio del c.d. «standard massimo flessibile», fondato su una comparazione qualitativa tra sistemi, nell'ambito della quale la valutazione della soluzione ottimale in relazione ad ogni singolo diritto fondamentale andrebbe fatta tenendo conto, in particolare, degli obiettivi specifici dei Trattati (cfr., *amplius*, DAUSES, La protection des droits fondamentaux, cit., p. 412 ss. e autori citati alla nota 35 di p. 413). La teoria dello standard massimo flessibile appare anche diretta a riaffermare il principio di unità delle Comunità, compromesso dalla diretta derivazione statutale del criterio dello «standard massimo assoluto». Tuttavia, anche un sistema interpretativo orientato a riconoscere i diritti fondamentali sino ad un livello massimo flessibile si dimostra per certi aspetti insoddisfacente, non costituendo integrale attuazione della teoria del «trasferimento». Sul punto cfr., diffusamente, MARCOUX, Le concept de droits fondamentaux, cit., p. 717 e 722. Cfr. altresì CEREXHE, La protection des droits fondamentaux dans *Zes communautés européennes*, rapporto dattiloscritto presentato al Convegno di Montreal (settembre 1986) dell'*Institut de droit d'expression française*.

⁽³⁵⁶⁾ Per uno spunto sul problema dell'applicabilità del criterio dello *standard* massimo non solo al diritto costituzionale comparato, ma anche al diritto internazionale, cfr. MARCOUX, Le concept de droits fondamentaux, cit., p. 717.

⁽³⁵⁷⁾ Cfr. specificamente DAUSES, La protection des droits fondamentaux, cit., p. 413; KUTSCHER, Méthodes d'interprétation vues par un juge à la Cour, Luxembourg, p. 1 ss. .

tali obiettivi)⁽³⁵⁸⁾, senza che sia posta in dubbio la validità del fondamento teorico su cui poggia il criterio del *maximum standard*.

In definitiva, sembra di poter dire che il livello tendenzialmente massimo di protezione offerto dalla Corte di Giustizia in tema di diritti fondamentali appare pienamente legittimo, e per così dire conaturato al duplice fondamento comunitario dei diritti umani (« principi generali »; « trasferimento »)⁽³⁵⁹⁾. E ciò anche se alla base dell'adozione da parte dell'organo giurisdizionale comunitario di questo livello di tutela sembrano esservi, stante l'incompletezza delle giustificazioni teoriche addotte nelle sentenze, ragioni di ordine prevalentemente pratico, ed in particolare la consapevolezza che, nell'ipotesi di un abbassamento in via pretoria del grado di tutela dei diritti dell'uomo « lo stesso primato del diritto comunitario potrebbe essere contestato alla luce di un diritto nazionale più garantista »⁽³⁶⁰⁾.

Questa lunga premessa sul fondamento dei diritti essenziali dell'uomo nel sistema comunitario e sul conseguente livello di sviluppo-protezione loro assicurato, quantomeno in via tendenziale, dalla Corte di Giustizia, trova la sua ragione sia nell'astratta attitudine dei principi comunitari in materia di diritti fondamentali all'armonizzazione dei sistemi penali statuali sia nella potenziale incidenza assunta, in questa prospettiva di armonizzazione, dall'accoglimento del criterio del *maximum standard*.

a) Per quanto concerne l'astratta attitudine dei principi comunitari all'armonizzazione penale, occorre innanzitutto chiarire che tali principi, benché — come visto — indiscutibilmente assunti allo scopo primario di permettere un controllo giurisdizionale *sul* potere normativo degli organi comunitari (al fine ultimo di favorire, attraverso la protezione dell'individuo, una sorta di « legittimazione » del diritto

⁽³⁵⁸⁾ Sul punto, *amplius*, MARCOUX, *Le concept de droifs fondamentaux*, cit., p. 703 ss., con riferimenti dottrinali e giurisprudenziali; DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, cit., p. 329; MEESEN, *Zur Theorie allgemeiner Rechtsgrundsätze des internationalen Rechts: Der Nachweis allgemeiner Rechtsgrundsätze des Europäischen Gemeinschaftsrechts, in Jahrbuch für Internationales Recht*, vol. 17, 1974, p. 299 ss. Cfr. altresì TOSATO, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 741.

⁽³⁵⁹⁾ In merito alla teoria del *maximum standard* nella tutela giurisdizionale dei diritti dell'uomo, cfr. già ZWIEGERT, *Der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten*, in *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1964, p. 621 ss. Cfr. altresì, per tutti e in generale, COHEN-JONATHAN, *La Cour des Communautés européennes*, cit., p. 85 ss.; DAUSES, *La protection des droits fondamentaux*, cit., p. 411 ss.; HETSCH, *Emergence des valeurs morales*, cit., p. 535 ss.; IHLF, *The protection*, cit., p. 149; MARCOUX, *Le concept de droits fondamentaux*, cit., p. 716 ss.; TOSATO, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 734 ss. e 741.

⁽³⁶⁰⁾ HETSCH, *Emergence des valeurs morales*, cit., p. 536; SIMON, *Ordre public et libertés publiques dans les Communautés européennes: l'arrêt Rutili*, in *Rev. Marché commun*, 1976, p. 221.

comunitario, con conseguente riconoscimento della sua preminenza e della sua applicabilità diretta), si prestano anche ad assolvere un'altra fondamentale funzione: quella di consentire, limitatamente alla materia dei Trattati, un controllo sulla normativa *degli* Stati membri, per quanto concerne appunto il rispetto dei diritti fondamentali⁽³⁶¹⁾.

In effetti, l'accoglimento di principi e di regole di diritto non scritto all'interno dell'ordinamento comunitario sembra comportare, quantomeno sul piano logico, la possibilità di vagliare la conformità al diritto comunitario delle disposizioni statuali non più solo in rapporto alle norme contenute nei Trattati e nella legislazione comunitaria derivata, ma anche in rapporto alle regole e ai principi estrapolati dalla Corte di Giustizia. Ed è appunto in questa possibilità di controllo della normativa statale (in *primis* penale) — sia pure limitatamente all'oggetto dei Trattati — che si radica l'attitudine armonizzatrice dei principi comunitari in materia di diritti fondamentali. Attitudine armonizzatrice che risulta poi esaltata dalle caratteristiche della Corte di Giustizia (e innanzitutto dalla sua unicità), le quali rendono possibile una giurisprudenza tendenzialmente coerente ed unitaria, improntata ad una cultura giuridica di matrice « europea ».

b) Per quanto concerne poi l'incidenza (quanto meno a livello potenziale) del criterio del *maximum standard* sull'attitudine all'armonizzazione dei sistemi statuali da parte dei principi di diritto comunitario, l'accoglimento di questo criterio fa sì che i principi in questione non si limitino a favorire un'armonizzazione circoscritta — come nel caso dei principi previsti dalla Convenzione europea — al minimo denominatore comune di tutela di alcuni, pochi e fondamentali, diritti dell'uomo. Al contrario, attraverso la teoria dello standard massimo, il ravvicinamento dei sistemi statuali può essere perseguito — o comunque può essere idealmente perseguibile — nel segno di tutti i diritti fondamentali (rinvenibili, oltre che nei Trattati, nella Costituzione, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nella Carta sociale europea e, con ogni probabilità, in ogni altro atto di diritto internazionale ratificato da tutti gli Stati membri della Comunità) ed in relazione al massimo livello di tutela di volta in volta raggiunto da ciascuno di essi.

In questa prospettiva, la distanza fra i due « parametri d'armoniz-

(361) Cfr. CAPELLI, I principi generali, cit., p. 548; CAPOTORTI, Il diritto comunitario non scritto, cit., p. 409 ss.; RIZ, Diritto penale e diritto comunitario, cit., p. 467 e 472; COHEN-JONATHAN, La *Cour des Communautés européennes*, cit., p. 92 ss.; DAUSES, La *protection des droits fondamentaux*, cit., p. 423; DE SALVIA, *Droit communautaire, droit pénal et Convention européenne des droits de l'Homme: quelques observations liminaires*, in *Droit communautaire et droit pénal*, cit., p. 122. Cfr. altresì, problematicamente, TOSATO, La tutela dei diritti fondamentali, cit., p. 740 ss.

zazione», costituiti rispettivamente dai principi convenzionali e dai principi comunitari, appare davvero grande. Distanza che diviene poi addirittura insondabile in rapporto ai diritti fondamentali di natura socio-economica, i quali come noto risultano pressoché ignorati dalla Convenzione europea, mentre per contro assumono una rilevanza primaria nel sistema comunitario ⁽³⁶²⁾. In questo senso, alla luce anche degli obiettivi eminentemente economici della Comunità, il processo d'individuazione «a largo spettro» e di tutela «massima» dei diritti fondamentali varato in sede comunitaria, potrebbe oostituire un momento privilegiato di chiarificazione e sviluppo concettuale dei principi relativi ai diritti economici e sociali della persona ⁽³⁶³⁾. E sembra di poter cogliere, nel ben diverso e più elevato coefficiente d'armonizzazione che i principi convenzionali presentano rispetto ai principi comunitari, una sorta di coerente riflesso dei differenti obiettivi propri delle rispettive organizzazioni internazionali e dei relativi organi giurisdizionali. Infatti, scopo della Convenzione europea e degli organi di Strasburgo è semplicemente quello di realizzare, attraverso la fissazione di regole minime, quell'«unione più stretta» fra gli Stati auspicata dal Consiglio d'Europa; mentre scopo delle Comunità e della Corte di Lussemburgo è l'unificazione delle legislazioni interne relativamente alla materia dei Trattati, e più in generale il progressivo sviluppo politico-giuridico di una Comunità integrata ⁽³⁶⁴⁾.

⁽³⁶²⁾ Cfr. DAUSES, La protection des droits fondamentaux, cit., p. 421 ss. Occorre peraltro sottolineare che gli organi giurisdizionali di Strasburgo, allo scopo di assicurare una tutela dei diritti dell'uomo dilatata ed efficace, tendono talora ad estendere la loro competenza, interpretando il contenuto dei diritti convenzionali in una prospettiva anche economica e sociale. Ed anzi, in proposito, è stata largamente riconosciuta l'incidenza del diritto comunitario sull'interpretazione e sull'applicazione concreta della Convenzione europea. Sul punto cfr. *L'incidence du droit communautaire sur la mise en oeuvre de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dossier sur les droits de l'homme, n. VI, *Conseil de l'Europe, Direction des droits de l'homme*.

⁽³⁶³⁾ Cfr. MARCOUX, Le concept de *droits fondamentaux*, cit., p. 731.

⁽³⁶⁴⁾ Cfr., sul punto, ELENS, La notion de démocratie dans le cadre des *limitations aux droits de l'homme*, in *Boletim do Ministerio da Justiça*, 1981, p. 233; HAILBRONNER, Die Einschränkung von Grundrechten in einer demokratischen Gesellschaft, in *Völkerrecht als Rechtsordnung Internationale Gerichtsbarkeit Menschenrechte*, Festschrift für H. Mosler, Berlin, 1983, p. 380 e 383; GANSCHOF VAN DER MEERSCH, Die Bezugnahme auf das innerstaatliche Recht der Vertragsstaaten in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, in *EuGRZ*, 1981, p. 481 ss. Cfr. altresì le relazioni di GOLSONG, SASSE, PESCATORE, KLEIN, in *Grundrechtsschutz in Europa*, a cura di Mosler, Bernhardt e Hilf, 1977, rispettivamente alle pp. 7 ss., 51 ss., 64 ss., 133 ss.

14. L'influenza concretamente esercitata dai principi di diritto comunitario sull'armonizzazione dei sistemi punitivi statuali.

Stabilita dunque l'indubbia ed accentuata attitudine astratta *all'armonizzazione* propria dei principi di diritto comunitario, occorre tuttavia riconoscere che il concreto processo di *armonizzazione* da essi innescato, ancorché meritevole della massima attenzione, è risultato a tutt'oggi inferiore alle potenzialità insite nei principi in questione.

Certamente, i non rilevantissimi risultati ottenuti dai principi di diritto comunitario nella prospettiva del ravvicinamento dei sistemi penali sembrerebbero innanzitutto ascrivibili, su un piano generale, alla già ricordata e perdurata tendenza a sottovalutare l'incidenza del diritto comunitario sui sistemi penali. Non mancano peraltro ulteriori ragioni specificamente riconducibili agli stessi diritti fondamentali.

Si fa riferimento, in primo luogo, al ponderato impiego da parte della Corte di Giustizia del cosiddetto diritto comunitario non scritto, ed in particolare all'estrema cautela di tale organo nel riconoscere che non solo il diritto comunitario, ma anche la normativa (penale) degli Stati membri risulta vincolata al rispetto dei principi in materia di diritti fondamentali.

Questo atteggiamento della Corte di Giustizia sembra riconducibile ad innegabili ragioni di opportunità, ed in specie al timore che la valorizzazione degli individui nel sistema comunitario, realizzata attraverso l'estrapolazione « pretoria » di principi e regole di diritto non scritto, possa in concreto tradursi in una eccessiva estensione del suo ambito di giurisdizione. Si spiega così come, nonostante la Commissione abbia a più riprese espresso parere favorevole alla protezione dei diritti fondamentali anche rispetto alla normativa statale (cfr., in particolare, i casi Royer⁽³⁶⁵⁾ e Watson e Belmann⁽³⁶⁶⁾), la Corte si sia prudentemente limitata, nei casi in questione, a far sì che la conformità comunitaria della disciplina nazionale venisse valutata con riferimento alle sole norme dei Trattati e della legislazione derivata, e non anche con riferimento ai diritti fondamentali sanciti dalle Costituzioni nazionali e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

È giustificato ritenere poi che le resistenze della Corte di Giustizia a vagliare la normativa statale alla luce dei principi in materia di

(365) Causa 48/75, Jean Noël Royer (domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunal de première instance di Liegi), sentenza 8 aprile 1976, in Raccolta, 1976, p. 497.

(366) Causa 118/75, Lynne Watson e Alessandro Belmann (domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal pretore di Milano), sentenza 7 luglio 1976, in Raccolta, 1976, p. 1185 ss. e, soprattutto, p. 1193. Un parere tendenzialmente analogo è stato espresso anche dall'avvocato generale Trabucchi, ivi, p. 1200 e, soprattutto, p. 1203 ss.

diritti fondamentali, abbiano contribuito, di riflesso, al perpetuamento della tendenza a ricorrere alla Corte stessa con esclusivo riferimento alla presunta violazione da parte di uno Stato delle regole e delle disposizioni di principio contenute nella normativa comunitaria (lasciando quindi in ombra ogni eventuale violazione di principi relativi a diritti fondamentali non previsti nei Trattati); o tutt'al più a far riferimento ai diritti fondamentali in questione solo di sfuggita, in margine ad un contrasto fra normativa statuale ed una o più specifiche disposizioni comunitarie ⁽³⁶⁷⁾.

In secondo luogo, posto che l'incidenza armonizzatrice propria dei principi di diritto comunitario appare strettamente correlata all'accoglimento del criterio del *maximum standard*, una ulteriore ragione dei non eccezionali risultati conseguiti da tali principi sul piano dell'armonizzazione penale interstatale sembra ascrivibile alle difficoltà incontrate dalla Corte nell'elaborare concretamente un insieme di diritti fondamentali sulla base del criterio del *maximum standard*. Difficoltà a loro volta riconducibili al fatto che, come ricordato, lo sviluppo di molti diritti fondamentali sembra realizzabile (e di fatto risulta realizzato nei vari Stati) solo attraverso il contestuale sacrificio di altri diritti fondamentali, con conseguente impossibilità di assicurare, a livello comunitario, un contemporaneo sviluppo massimo degli uni e degli altri.

In terzo luogo, e sotto un diverso profilo, va inoltre rilevato che nella massima parte dei casi l'impatto dei principi in materia di diritti fondamentali sul diritto punitivo statuale risulta determinato dagli sviluppi di una domanda pregiudiziale sull'interpretazione del diritto comunitario (nel caso di specie sull'interpretazione appunto di un 'diritto fondamentale), richiesta dal giudice interno alla Corte di Giustizia ex art. 177 lett. a) Tr. CEE. Orbene, come noto, in tale ipotesi la Corte deve limitarsi a confermare l'eventuale appartenenza all'ordinamento comunitario del diritto fondamentale oggetto della questione pregiudiziale e ad interpretarne il contenuto, senza peraltro

(367) Sottolinea come la Corte di Giustizia possa giudicare sulla violazione di un diritto fondamentale (non scritto) da parte della normativa (penale) statuale, solo allorché quest'ultima risulti in contrasto non solo col diritto fondamentale in questione, ma anche con una specifica norma comunitaria, RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, cit., p. 467 ss. Parrebbe conseguenziale a tale tesi che ogni eventuale incidenza dei principi di diritto comunitario (non scritto) sul diritto interno risulti tendenzialmente assorbita dall'analoga e contemporanea incidenza su quest'ultimo delle norme comunitarie scritte. In effetti, sino ad oggi la Corte di Giustizia ha prevalentemente utilizzato le indicazioni emergenti dai principi relativi a diritti fondamentali non previsti nei Trattati come argomento ausiliario per consolidare le soluzioni ricavate, in primo luogo, dalla normativa comunitaria. Sul punto, seppure in una prospettiva più generale, non circoscritta ai rapporti tra diritto comunitario e diritto interno, cfr. PESCATORE, *La Cour de justice*, cit., p. 444.

spingersi a giudicare la compatibilità o meno della normativa interna con il diritto in questione; ciò in quanto tale giudizio, benché ovviamente condizionato dall'interpretazione della Corte, spetta all'organo giurisdizionale interno che ha sollevato la domanda pregiudiziale. Questa limitata sfera di competenza della Corte di Giustizia è stata del resto sottolineata recentemente, proprio in relazione ad una questione afferente all'interpretazione di un diritto fondamentale, in occasione della sentenza relativa al caso *Cinétheque*⁽³⁶⁸⁾; nella quale è stato ribadito (quanto meno con riferimento al ricorso ex art. 177 Tr. CEE) che solo le giurisdizioni nazionali e, in ultima istanza, gli organi della Convenzione di Roma limitatamente ai diritti in essa previsti, sono competenti a tutelare i diritti fondamentali nella sfera di sovranità legislativa degli Stati membri⁽³⁶⁹⁾.

Pertanto, e in altri termini, l'ultima parola in merito all'incidenza concreta dei diritti fondamentali sulla normativa (penale) statuale spetta al giudice interno, anziché ad un organo sovranazionale. Organo quest'ultimo senz'altro più idoneo a vagliare la conformità delle norme statuali sulla base di un parametro « europeo » coerente ed unitario; e certamente il solo capace di perseguire una effettiva armonizzazione delle legislazioni interne (sempre limitatamente alla materia dei Trattati) nel segno dei principi di diritto comunitario⁽³⁷⁰⁾.

⁽³⁶⁸⁾ Cause riunite 60 e 61/84, *Cinétheque SA* ed altri contro *Fédération nationale des cinémas français* (domanda di pronunzia pregiudiziale, proposta dal Tribunal de grande instance di Parigi), sentenza 11 luglio 1985, in Raccolta, 1985, p. 2618 ss. Nel corso delle cause principali, le parti avevano sollevato il problema se l'art. 89 della legge francese sulla comunicazione audiovisiva violasse il principio della libertà d'espressione sancito dall'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e risultasse quindi incompatibile col diritto comunitario. Nella sentenza la Corte ha precisato che, pur avendo essa « il compito di garantire il rispetto dei diritti fondamentali nel settore specifico del diritto comunitario, non le spetta tuttavia esaminare la compatibilità con la Convenzione europea di una legge nazionale riguardante, come nel caso di specie, una materia di competenza del legislatore nazionale » (p. 2627).

⁽³⁶⁹⁾ Cfr., sul punto, PESCATORE, *La Cour de justice*, cit., p. 445 ss.

⁽³⁷⁰⁾ La « discrezionalità » attribuita al giudice interno in merito al giudizio sulla conformità della normativa statuale ai principi di diritto comunitario, può divenire particolarmente estesa laddove la Corte di Giustizia, evitando di fornire un'interpretazione dei principi in questione dettagliata e esplicitamente orientata al criterio del *maximum standard*, si limiti a confermare la loro appartenenza al sistema comunitario. In siffatta ipotesi l'« attitudine armonizzatrice » dei principi risulterà modesta, dato che essa, ovviamente, è inversamente proporzionale all'ambito di « discrezionalità » che residua al giudice interno dopo l'interpretazione della Corte di Giustizia.

Va tuttavia sottolineato come sovente, sempre a seguito di una richiesta di interpretazione in base all'art. 177 Tr. CEE, si verifichi un fenomeno opposto a quello appena descritto. Infatti spesso volte la Corte di Giustizia « procede ad un esame talmente approfondito dei problemi di interpretazione sol-

Quanto or ora ricordato spiega come mai i principi concernenti i diritti fondamentali, conformemente del resto alla loro originaria destinazione, siano stati utilizzati più efficacemente in relazione alla disciplina punitiva comunitaria che in relazione alla normativa penale (o comunque, sanzionatoria) interna. In particolare, dinnanzi alla Corte di Giustizia si è fatto a più riprese ricorso ai principi in materia di personalità della responsabilità, di proporzione della sanzione, di equo processo e di difesa, e in taluni casi proprio in relazione ad essi è stata dichiarata l'illegittimità di disposizioni comunitarie a contenuto punitivo⁽³⁷¹⁾.

Ma se indubbiamente i principi relativi ai diritti fondamentali sono stati primariamente concepiti quale parametro garantistico di validità delle disposizioni (punitive) comunitarie, la loro efficacia sulla normativa (*lato sensu* penale) statutale non sembra destinata a restare circoscritta al solo piano ideale. Anzi, appare per certi versi naturale se non addirittura inevitabile che, come gli Stati hanno contribuito a modellare la costruzione giuridica comunitaria, anche e particolarmente in relazione ai principi di diritto comunitario che ne costituiscono le fondamenta di civiltà, così tali principi vengano ad esercitare a loro volta una significativa influenza sull'ordinamento (punitivo/penale) degli Stati membri, secondo una dinamica di interazione tra diritto nazionale e diritto sovranazionale sottolineata dalla più attenta dottrina⁽³⁷²⁾.

Sempre in merito agli ambiti di incidenza dei diritti fondamentali, si può aggiungere che ogni eventuale rigida distinzione fra un diritto

levati alla luce delle informazioni sui fatti portati alla sua conoscenza, che la responsabilità del giudice nazionale e il potere discrezionale di cui dispone quanto alla decisione che deve pronunciare sul merito, sono notevolmente limitati... Nello stesso ordine di idee, occorre ancora segnalare che le giurisdizioni, di tanto in tanto, approfittano del fatto che la Corte di giustizia è disposta a fornir loro ogni assistenza possibile, sottoponendole ai sensi dell'articolo 177 tutti gli elementi di una causa, con l'intenzione dichiarata o implicita di ottenere dalla Corte che essa prenda posizione sul merito della controversia». RASMUSSEN, La Corte di Giustizia, in Trent'anni di diritto comunitario, cit., p. 184. Sul punto cfr. altresì, da ultimo, BALLARINO, Lineamenti di diritto comunitario, 1987, p. 114. In tali ultime ipotesi la Corte viene di fatto ad assolvere una efficace funzione di armonizzazione delle normative statuali anche nell'ambito di una procedura di rinvio pregiudiziale. Per una analisi delle conseguenze e delle ripercussioni avute dalle decisioni della Corte (anche ex art. 177 Tr. CEE) sugli ordinamenti di taluni Stati membri (Germania, Francia, Regno Unito, Italia) cfr. AA. VV., Les effets des décisions de la Cour de justice des Communautés européennes dans les Etats membres, cit.

⁽³⁷¹⁾ Cfr. in argomento, per tutti, BIANCARELLI, Les principes généraux, cit., p. 135 ss., con riferimenti dottrinali e giurisprudenziali; PESCATORE, La Cour de justice, cit., p. 444 ss., con ulteriori riferimenti.

⁽³⁷²⁾ Cfr. DELMAS-MARTY: Le *flou* du droit, cit., p. 106 ss.

comunitario vincolato al rispetto dei diritti fondamentali sulla base del loro massimo livello di sviluppo e un diritto statutale vincolato al rispetto dei soli diritti fondamentali previsti dalle norme costituzionali interne sulla base del livello di sviluppo ivi raggiunto, appare compromessa in radice dalla impossibilità di operare una distinzione altrettanto rigida fra ambiti normativi comunitari ed ambiti normativi interni. Infatti, come è stato puntualmente osservato, il collegamento fra primi e secondi « può essere in taluni casi assai stretto, come avviene quando gli organi statuali si limitano a dare attuazione alla normativa comunitaria: in questa ipotesi quegli stessi diritti fondamentali il cui rispetto si impone in sede comunitaria, devono essere puntualmente osservati anche dagli organi statuali. Se così non fosse, la normativa di attuazione statutale sarebbe in contrasto con le norme comunitarie da attuare, con tutte le conseguenze del caso » ⁽³⁷³⁾.

E, in un certo senso, la mancanza di una netta distinzione fra ambiti normativi comunitari e ambiti normativi interni si registra anche allorché talune attribuzioni, pur non essendo sottratte allo Stato dalle istituzioni comunitarie, possono tuttavia in qualche modo incidere su materie regolamentate dalle Comunità: come accade, ad esempio, in relazione alle competenze interne di polizia e sicurezza in materia d'ingresso e soggiorno di stranieri, le quali appunto incidono sulla (e sono quindi condizionate dalla) normativa comunitaria concernente la libera circolazione delle persone ⁽³⁷⁴⁾.

Appare dunque evidente che la tutela prestata dai diritti fondamentali alla disciplina comunitaria risulta destinata a vincolare in modo più o meno indiretto anche quei settori dell'ordinamento (punitivo/penale) statutale che a vani livelli afferiscono alla materia dei Trattati. Ciò sembra confermato dalla stessa Corte di Giustizia nella recente sentenza Johnston ⁽³⁷⁵⁾, relativa ad un ricorso ex art. 177 Tr. CEE per violazione, da parte dell'Irlanda del Nord, delle garanzie giurisdizionali previste dall'art. 6 della direttiva 76/207 ⁽³⁷⁶⁾. Infatti la Corte, affermando in questa sede che « il sindacato giurisdizionale garantito dal succitato articolo costituisce espressione di un principio

⁽³⁷³⁾ TOSATO, La tutela dei diritti fondamentali, cit., p. 740.

⁽³⁷⁴⁾ Sul punto, amplius, TOSATO, La tutela dei diritti fondamentali, cit., p. 740 e bibliografia ivi citata.

⁽³⁷⁵⁾ Cfr. causa 222/84, Marguerite Johnston contro Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary (domanda di pronunzia pregiudiziale proposta dall'Industrial Tribunal of Northern Ireland di Belfast), sentenza 15 maggio 1986, in Raccolta, 1986, p. 1663 ss.

⁽³⁷⁶⁾ Direttiva del Consiglio del 9 febbraio 1976, relativa all'attuazione del principio di parità del trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale e le condizioni di lavoro (76/207/CEE), in Gazz. uff. Com. eur. n. L. 39 del 14 febbraio 1976, p. 40.

giuridico generale su cui sono basate le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri... (principio) del pari sancito dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo »⁽³⁷⁷⁾, ha di fatto indotto il giudice nazionale, nel valutare la conformità comunitaria della norma interna, a tener conto di un principio di diritto il quale, ancorché previsto esplicitamente da una specifica norma comunitaria, risulta modellato nel suo effettivo contenuto dall'esperienza costituzionale e convenzionale europea⁽³⁷⁸⁾.

Se dunque la sentenza in esame sembra ammettere esplicitamente che le scelte normative ed interpretative statuali afferenti alla materia comunitaria possano risaltare vincolate, ad un tempo, dalle norme di principio dei Trattati e dai principii in materia di diritti fondamentali previsti dalle Costituzioni e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ulteriori pronunce della Corte di Giustizia evidenziano come taluni principi di diritto comunitario siano destinati a condizionare, direttamente o indirettamente, i sistemi penali statuali, nel segno di un generale ed armonico adeguamento ai diritti fondamentali.

Così, con riferimento a principi non previsti dai Trattati e dalla legislazione derivata, nella sentenza relativa al caso Kirk⁽³⁷⁹⁾ la Corte ha affermato che « il principio di irretroattività delle norme penali è un principio comune a tutti gli ordinamenti giuridici degli Stati membri, sancito dall'art. 7 della Convenzione europea per la salva-

⁽³⁷⁷⁾ Sente a 15 maggio 1986, cit., p. 1682.

⁽³⁷⁸⁾ Cfr. PESCATORE, *La Cour de Justice*, cit., p. 446 ss. In una prospettiva parzialmente simile, già in precedenza la Corte di Giustizia aveva interpretato il principio della libera circolazione dei lavoratori e le restrizioni ai poteri statuali di polizia derivanti da tale principio alla luce delle norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, affermando che « Considerate nel loro complesso, tali restrizioni dei poteri degli Stati membri in materia di polizia relativa agli stranieri appaiono come la manifestazione specifica di un principio più generale, sancito dagli artt. 8, 9, 10 e 11 della convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e ratificata da tutti gli Stati membri, e dall'art. 2 del protocollo n. 4 della stessa convenzione, firmata a Strasburgo il 16 settembre 1963, i quali stabiliscono, in termini identici, che le restrizioni apportate, in nome delle esigenze di ordine pubblico e di sicurezza pubblica, ai diritti tutelati dagli articoli testé citati non possono andare oltre ciò che è necessario per il soddisfacimento di tali esigenze "in una società democratica" ». Causa 36/75, Roland Rutili contro Ministre de l'Intérieur (domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunal administratif Paris), sentenza 28 ottobre 1975, in Raccolta, 1975, p. 1232. Sul punto cfr. RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, cit., p. 484 ss.

⁽³⁷⁹⁾ Causa 66/83, Regina contro Kent Kirk (domanda di pronuncia pregiudiziale della Crown Court di Newcastle-upon-Tyne), sentenza 10 luglio 1984, in Raccolta, 1984, p. 2689 ss.

guardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali come un diritto fondamentale, che fa parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte deve garantire l'osservanza»⁽³⁸⁰⁾. E alla luce di tale principio la Corte stessa ha potuto dichiarare che « Il diritto comunitario relativo all'esercizio della pesca non consentiva ad uno Stato membro, all'epoca in cui veniva adottato il Sea Fish ... Order 1982, di vietare alle navi... di pescare in una zona costiera non protetta da provvedimenti di conservazione »⁽³⁸¹⁾. Benché infatti l'art. 6 n. 1 del regolamento 25 gennaio 1983 autorizzasse retroattivamente il mantenimento della disciplina statuaria in materia di pesca, « una siffatta retroattività non può, in nessun caso, avere l'effetto di giustificare a posteriori provvedimenti nazionali aventi carattere penale e implicanti sanzioni per un atto che, in realtà, non era punibile nel momento in cui è stato commesso »⁽³⁸²⁾, per l'incompatibilità del provvedimento nazionale col diritto comunitario al momento dell'atto in questione⁽³⁸³⁾.

Più significativa è risultata comunque l'incidenza sul diritto penale interno (sostanziale e processuale) dei principi di diritto comunitario esplicitamente sanciti dalle norme dei Trattati e della legislazione derivata, ovvero estratti da esse in via interpretativa. Nel caso *Schonenberg* ⁽³⁸⁴⁾, ad esempio, la Corte di Giustizia ha affermato che, ai sensi del principio relativo al divieto di ogni discriminazione in base alla nazionalità (art. 7 Tr. CEE), risulta incompatibile col diritto comunitario sia una disciplina penale del tipo di quella introdotta in Irlanda da due decreti del 1977 in materia di conservazione e sfruttamento razionale delle zone di pesca marittima, sia ogni condanna basata su tale normativa⁽³⁸⁵⁾. E ancora, in relazione al caso

i

⁽³⁸⁰⁾ Sentenza 10 luglio 1984, cit., p. 2718.

⁽³⁸¹⁾ Sentenza 10 luglio 1984, cit., p. 2719.

⁽³⁸²⁾ Sentenza 10 luglio 1984, cit., p. 2718.

⁽³⁸³⁾ Per una sintesi dei complessi problemi sollevati dal caso *Kirk*, cfr. BIANCARELLI, *Les principes généraux*, cit., p. 148 ss.

⁽³⁸⁴⁾ Cfr. causa 88/77, *Ministro della pesca contro C.A. Schonenberg ed altri* (domanda di pronunzia pregiudiziale, proposta dalla District Court della circoscrizione di Cork City), sentenza 17 febbraio 1978, in *Raccolta*, 1978, p. 473 ss.

⁽³⁸⁵⁾ I decreti in questione vietavano penalmente, in una certa zona marittima di pesca dello Stato irlandese, l'accesso dei battelli da pesca aventi lunghezza e potenza superiori a limiti prefissati in modo tale da consentire la pesca alla quasi totalità della flotta irlandese (composta di unità navali rientranti nei limiti in questione), precludendola nel contempo a gran parte delle imbarcazioni straniere, aventi in genere diverse caratteristiche. Donde il contrasto con il principio della parità di trattamento previsto dal diritto comunitario, il quale — come precisato dalla Corte di Giustizia in una precedente sentenza — « vieta non solo le discriminazioni palesi, fondate sulla nazionalità, ma anche qualsiasi forma di discriminazione dissimulata che, fondandosi su altri criteri di distinzione, pervenga in effetti al medesimo risultato ». Causa

Mutsch⁽³⁸⁶⁾, la Corte ha dichiarato che «Il principio della libera circolazione dei lavoratori, stabilito dall'art. 48 del trattato e in particolare dal regolamento del Consiglio n. 1612/68, esige che al lavoratore cittadino di uno Stato membro e residente in un altro Stato membro sia riconosciuto il diritto di chiedere che un procedimento penale instaurato nei suoi confronti si svolga in una lingua diversa dalla lingua processuale usata di regola dinanzi al giudice investito della causa, qualora i lavoratori nazionali possano, nelle stesse condizioni, avvalersi di questo diritto»⁽³⁸⁷⁾. È emersa così, inequivocabilmente, l'incompatibilità col diritto comunitario degli articoli 16 comma secondo e 17 comma terzo della legge belga 15 giugno 1935, in base ai quali solo i cittadini belgi hanno il diritto di chiedere che il giudizio dinanzi al tribunale di Verviers si svolga in tedesco⁽³⁸⁸⁾.

Se nei succitati esempi i principi di diritto comunitario si sono dimostrati strumenti atti ad incidere su precetti *lato sensu* penali e sulle norme processuali dei Paesi membri, particolarmente interessante si rivela una indagine circoscritta all'influenza di tali principi sulle *conseguenze punitive* previste dal diritto interno per i fatti illeciti⁽³⁸⁹⁾. Ed in proposito, va subito chiarito che solo in linea di mero principio può dirsi esatta l'affermazione fatta dalla Corte in occasione del caso Amsterdam Bulb⁽³⁹⁰⁾, in base alla quale gli Stati sarebbero liberi di scegliere le sanzioni, anche penali, atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi comunitari. Infatti, altre sentenze della Corte di Giustizia evidenziano come in realtà i principi comunitari comprimano sovente le opzioni punitive interne, per quanto concerne sia il livello di pena consentito sia anche il tipo di pena utilizzabile.

Ed anzi, sebbene nelle decisioni in questione la conformità comunitaria della disciplina sanzionatoria statuale venga essenzialmente vagliata di volta in volta in rapporto a disposizioni di principio espressamente previste dai Trattati, ed in particolare in rapporto al principio di non discriminazione (art. 7 Tr. CEE) e di libera circolazione

61/77, Commissione delle Comunità europee contro Irlanda, sentenza 16 febbraio 1978, in Raccolta, 1978, p. 451. Sul punto cfr., in particolare, PEDRAZZI, Droit communautaire, cit., pp. 59 e 70.

⁽³⁸⁶⁾ Causa 137/84, Pubblico ministero contro Heinrich Maria Mutsch (domanda di pronunzia pregiudiziale proposta dalla Cour d'appel di Liegi), sentenza 11 luglio 1985, in Raccolta, 1985, p. 2681 ss.

⁽³⁸⁷⁾ Sentenza 11 luglio 1985, cit., p. 2697.

⁽³⁸⁸⁾ Cfr. causa 137/84, cit., Conclusioni dell'Avvocato generale Carl Otto Lenz del 28 marzo 1985, in Raccolta, 1985, p. 2683.

⁽³⁸⁹⁾ Sul punto cfr., in generale, PEDRAZZI, Droit communautaire, cit., p. 74 ss.; UBERTAZZI, *L'impact du droit communautaire*, cit., p. 210.

⁽³⁹⁰⁾ Causa 50/76, Amsterdam Bulb BV contro Produktschap voor Siergewassen (domanda di pronunzia pregiudiziale proposta dal College van Beroep voor het Bedrijfsleven), sentenza 2 febbraio 1977, in Raccolta, 1977, p. 150.

(art. 48 Tr. CEE) ⁽³⁹¹⁾, un più complessivo esame della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo rende evidente come in essa si faccia costante riferimento ad un generale principio di proporzione delle pene ⁽³⁹²⁾, il quale, per il suo carattere spiccatamente garantista, si traduce in una sorta di vero e proprio diritto fondamentale destinato a vincolare il legislatore e l'interprete. Del resto, è noto come il principio di proporzione, ancorché peculiare della giurisprudenza costituzionale tedesca, costituisca un principio generale di diritto accolto — sotto nomi e forme diverse — dalla massima parte degli ordinamenti interni ⁽³⁹³⁾ e dagli stessi organi di Strasburgo ⁽³⁹⁴⁾, e dunque legittimamente utilizzabile in ambito comunitario persino a prescindere dalla teoria del trasferimento e dal criterio del *maximum standard* ⁽³⁹⁵⁾.

Limitando in questa sede l'analisi dei rapporti esistenti fra diritto comunitario e sanzioni statuali ad una schematica sintesi, va ricordato innanzitutto che già l'art. 5 Tr. CEE (così come del resto, gli artt. 86 Tr. CECA e 192 Tr. Euratom) sembra orientare le scelte punitive interne afferenti alla materia comunitaria in due diverse prospettive, la cui comune connotazione « proporzionalistica » è stata prontamente sviluppata dalla Corte di Giustizia: per quanto stabilito al § 1 di questo articolo, gli Stati devono adottare tutte le misure a contenuto anche sanzionatorio atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dalla normativa comunitaria; per quanto stabilito al § 2 dell'art. in questione, gli Stati devono altresì, contestualmente, evitare qualsiasi provvedimento punitivo che, per la sua entità o qualità, sia tale da compromettere gli scopi del Trattato.

a) Dei due principi sanciti dall'art. 5, quello contenuto nel § 1 ha indubbiamente inciso sulla disciplina sanzionatoria statale in modo meno profondo. Resta comunque chiaro che ai sensi di tale principio — così come accolto dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo — gli Stati membri sono tenuti a prevedere e commina-

⁽³⁹¹⁾ Sul punto cfr., in particolare, BARAV, *La libre circulation des travailleurs, l'ordre public et le pouvoir de sanctions des Etats membres*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1977, p. 190 ss.; TIZZANO, *Droit communautaire et droit pénal*, in *Droit communautaire et droit pénal*, cit., p. 267 ss. e bibliografia ivi citata.

⁽³⁹²⁾ Cfr., in particolare, MARI, *Quelques réflexions sur la « mesure excessive » de la sanction pénale par rapport au droit communautaire*, in *Droit communautaire et droit pénal*, cit., p. 159; BIANCARELLI, *Les principes généraux*, cit., p. 154 ss.; BIANCARELLI e MAIDANI, *L'incidence du droit communautaire*, cit., p. 455 ss.

⁽³⁹³⁾ Cfr., per tutti, BALLARINO, *Lineamenti di diritto comunitario*, cit., p. 153.

⁽³⁹⁴⁾ Cfr. DE SALVIA, *La notion de proportionnalité*, cit., p. 463 ss.

⁽³⁹⁵⁾ Per contro, ritiene che il principio di proporzionalità accolto dalla Corte di Giustizia « non è comune agli ordinamenti degli Stati membri, in quanto è derivato esclusivamente da quello della Repubblica federale tedesca », CAPELLI, *I principi generali*, cit., p. 547.

re sanzioni quantitativamente e qualitativamente idonee ad assicurare il rispetto degli obblighi comunitari.

Esemplari in questo senso appaiono i casi von Colson ⁽³⁹⁶⁾ e Harz ⁽³⁹⁷⁾, relativi ad episodi di violazione della già citata direttiva n. 76/207 sulla parità di trattamento fra uomo e donna; violazione che nel diritto tedesco risultava apparentemente sanzionabile solo con un risarcimento di entità simbolica ⁽³⁹⁸⁾. La Corte, pur ribadendo che l'art. 189 comma terzo Tr. CEE lascia agli Stati membri la libertà di scegliere il modo ed i mezzi destinati ad assicurare l'attuazione della direttiva, ha sottolineato come una effettiva tutela di quest'ultima non possa prescindere da un sistema di pene appropriato, di cui cioè sia chiara l'efficacia ed il reale effetto dissuasivo ⁽³⁹⁹⁾. La Corte ha poi soggiunto che « spetta al giudice nazionale dare alla legge adottata per l'attuazione della direttiva, in tutti i casi in cui il diritto nazionale gli attribuisca un margine discrezionale, un'interpretazione ed un'applicazione conformi alle esigenze del diritto comunitario » ⁽⁴⁰⁰⁾.

Merita di essere ricordato che, a seguito di queste sentenze interpretative della Corte, i giudici tedeschi hanno infine reperito all'interno del loro sistema giuridico gli strumenti sanzionatori appropriati a colpire la violazione della direttiva in questione. Tuttavia, come precisato dalla Corte stessa, « la direttiva(n. 76/207) non implica — per quanto riguarda le sanzioni dell'eventuale discriminazione — alcun obbligo assoluto e sufficientemente preciso che possa essere fatto valere in mancanza di provvedimenti di attuazione » ⁽⁴⁰¹⁾. Pertanto, nei casi in cui non si riescano ad individuare idonei strumenti di tutela all'interno dell'arsenale sanzionatorio statuale, non resterà che constatare la non conformità alla normativa comunitaria della disciplina statuale e confidare nello zelo del legislatore: non potendo certo il giudice interno irrogare, in via « pretoria », quelle sanzioni « adeguate ed efficaci » che né la disciplina nazionale né la direttiva stessa prevedono espressamente.

b) Rispetto al principio di cui al § 1 dell'art. 5 Tr. CEE, il principio affermato dal § 2 dello stesso articolo ha condizionato in modo

⁽³⁹⁶⁾ Causa 14/83, Sabine von Colson ed Elizabeth Kaman contro Land Nordrhein-Westfalen (domanda di pronunzia pregiudiziale, proposta dall'Arbeitsgericht di Hamm), sentenza 10 aprile 1984, in Raccolta, 1984, p. 1891 ss.

⁽³⁹⁷⁾ Causa 76/83, Doris Harz contro Deutsche Tradax GmbH (domanda di pronunzia pregiudiziale, proposta dall'Arbeitgericht di Amburgo), sentenza 10 aprile 1984, in Raccolta, 1984, p. 1921 ss.

⁽³⁹⁸⁾ Sul punto cfr., *amplius*, sentenza 10 aprile 1984, cit., pp. 1402 e 1938.

⁽³⁹⁹⁾ Sentenze 10 aprile 1984, cit., pp. 1908 e 1941.

⁽⁴⁰⁰⁾ Sentenze 10 aprile 1984, cit., pp. 1910-11 e 1944.

⁽⁴⁰¹⁾ Sentenze 10 aprile 1984, cit., pp. 1910 e 1943.

molto più significativo il sistema punitivo statale. Ed in proposito è stato osservato⁽⁴⁰²⁾ come la nozione di proporzionalità ad esso connessa non si limiti a precludere il ricorso a pene manifestamente sproporzionate, ma faccia altresì dipendere la conformità comunitaria delle sanzioni interne dalla loro necessarietà in relazione alla tutela degli interessi in gioco. Tuttavia, seppure illuminato dal parametro della stretta necessità, il giudizio sulla « proporzione » delle pene previste (nella materia dei Trattati) dalla normativa interna risulta quanto mai aleatorio: di qui tutta una serie di specifici criteri richiamati dalla Corte di Giustizia nelle sue decisioni interpretative, diretti ad orientare, e in definitiva a vincolare, la discrezionalità del giudice interno chiamato a pronunciarsi nel merito della questione di conformità. Il primo di tali criteri è indubbiamente quello in base al quale la proporzione della sanzione (e più in generale di ogni « provvedimento » sfavorevole al soggetto) deve essere valutata in funzione della natura dell'illecito⁽⁴⁰³⁾. Quali ulteriori criteri sono indicati poi, in particolare, l'effettiva pericolosità dell'autore, deducibile da suo

(402) Cfr. BIANCARELLI, *Les principes généraux*, cit., p. 154. Cfr. altresì, amplius e in una più generale prospettiva, MARI, *Quelques réflexions*, cit., p. 163 ss. e bibliografia ivi citata.

(403) Cfr., per tutte, causa 48/75 Jean Noel Royer, cit., p. 517; causa 41/76, Suzanne Donckerwolcke, in Criel e Henry Schou contro Procuratore della Repubblica presso il Tribunal de grande instance di Lille e Direttore generale delle dogane e imposte dirette di Parigi (domanda di pronunzia pregiudiziale proposta dalla Cour d'Appel di Douai), sentenza 15 dicembre 1976, in Raccolta, 1976, p. 1939; causa 8/77, Concetta Sagulo, Gennaro Brenca e Addelmadjin Bakhnouche (domanda di pronunzia pregiudiziale proposta dall'Amstgericht di Reutlingen), sentenza 14 luglio 1977, in Raccolta, 1977, p. 1509.

(404) Cfr., ad esempio, causa 67/74, Carmelo Angelo Bonsignore contro Oberstadtdirektor der Stadt Koln (domanda di pronunzia pregiudiziale proposta dal Verwaltungsgericht Koln), sentenza 26 febbraio 1975, in Raccolta, 1975, p. 306-7: « Dato che le deroghe alle norme relative alla libera circolazione delle persone costituiscono delle eccezioni da interpretarsi in senso restrittivo, la nozione di "comportamento personale" sta a significare che un provvedimento d'espulsione può venir adottato soltanto per minacce all'ordine pubblico ed alla pubblica sicurezza che potrebbero essere poste in atto dall'individuo nei cui confronti il procedimento stesso è stato emanato... Le questioni sottoposte a questa Corte vanno quindi risolte nel senso che l'art. 3, nn. 1 e 2 della direttiva n. 64/221 osta all'espulsione di un cittadino di uno Stato membro, qualora questo provvedimento venga adottato nell'intento di dissuadere altri stranieri, cioè qualora esso sia fondato, secondo i termini usati dal giudice a quo, su considerazioni di 'prevenzione generale' ». Cfr. altresì causa 30/77, Regina contro Pierre Bouchereau (domanda di pronunzia pregiudiziale proposta dalla Marlborough Street Magistrates' Court di Londra), sentenza 27 ottobre 1977, in Raccolta, 1977, p. 2015; cause riunite 115 e 116/81, Rezguia Adoui contro Stato belga e Città di Liegi; Dominique Cornuaille contro Stato belga (domande di pronunzia pregiudiziale proposte dal Tribunal de première instance di Liegi), sentenza 18 maggio 1982, in Raccolta, 1982, p. 1712.

comportamento personale⁽⁴⁰⁴⁾; l'attualità di tale pericolosità⁽⁴⁰⁵⁾; la «congruenza» delle pene previste, in relazione allo stesso fatto, per i cittadini e per gli stranieri CEE⁽⁴⁰⁶⁾, ovvero previste per fatti sostanzialmente analoghi sotto il profilo comunitario⁽⁴⁰⁷⁾.

Un'indagine sulla giurisprudenza di Lussemburgo rivela peraltro come tali criteri, o meglio i parametri proporzionalistici ad essi connessi, tendano ad avere, a seconda dei casi, un diverso impatto sulla disciplina sanzionatoria degli Stati membri.

Talora l'impatto risulta, per così dire, più morbido, laddove la Corte di Giustizia si limiti ad indicare i criteri cui fare riferimento per valutare la «proporzione» della pena, senza specificare ulteriormente le conseguenze da essi derivanti sul piano sanzionatorio. Un esempio di questo tipo si può trovare nella sentenza relativa al caso *Sagulo*, nella quale la Corte ha affermato che: «Spetta alle autorità nazionali di ciascuno Stato membro comminare, se del caso, sanzioni penali per il fatto che una persona cui si applichi il diritto comunitario sia sprovvista dei documenti d'identità di cui all'art. 3, n. 1, della direttiva n. 68/360, fermo restando, cionondimeno, che le pene applicate non possono risultare sproporzionate rispetto alla natura

⁽⁴⁰⁵⁾ Causa 131/79, *Regina contro Secretary of State for Home Affairs*, su istanza di Mario Santillo (domanda di pronunzia pregiudiziale, proposta dalla High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court), sentenza 22 maggio 1980, in *Raccolta*, 1980, p. 1603: «È importante che il pericolo sociale derivante dalla presenza di uno straniero sia valutato nel momento stesso in cui, nei confronti di questo, viene adottato il provvedimento di allontanamento, poiché i fattori di valutazione, in particolare quelli relativi al comportamento personale dell'interessato, possono mutare con l'andar del tempo».

⁽⁴⁰⁶⁾ Cfr., per tutte, cause riunite 115 e 116/81, *Rezguia Adoui e Dominique Cornuaille*, sentenza 18 maggio 1982, cit., p. 1708: «Benché il diritto comunitario non vincoli gli Stati membri ad osservare una scala uniforme di valori in merito alla valutazione dei comportamenti che possono considerarsi contrari all'ordine pubblico, va tuttavia rilevato che un comportamento non può considerarsi abbastanza grave da legittimare restrizioni all'accesso o al soggiorno, nel territorio di uno Stato membro, di un cittadino di un altro Stato membro, nel caso in cui il primo Stato non adotti misure repressive o altri provvedimenti concreti ed effettivi volti a reprimerlo, ove lo stesso comportamento sia posto in essere da propri cittadini».

⁽⁴⁰⁷⁾ Cfr., da ultimo, sentenza 25 febbraio 1988 nel procedimento 299/86 (domanda di pronunzia pregiudiziale della Corte d'Appello di Genova): procedimento penale contro Rainer Drexler, in *Gazz. uff. Com. eur.*, n. C74 del 22 marzo 1988, p. 13 ss.: «Una disciplina nazionale che sanzioni le infrazioni concernenti l'IVA all'importazione più severamente di quelle concernenti l'IVA sulle cessioni di beni all'interno del paese è incompatibile con l'art. 95 del Trattato qualora detta differenza sia sproporzionata rispetto alla diversità delle due categorie di infrazioni». Sui problemi posti da tale sentenza, cfr. BONICHOT, *Chronique internationale - Droit communautaire et droit pénal*, in *Rev. sc. crim.*, 1988, p. 591 ss.

dell'infrazione commessa»⁽⁴⁰⁸⁾. In tal modo, se da un lato viene ribadito che la proporzionalità costituisce un requisito di « legittimità » delle scelte statuali di politica sanzionatoria in materia comunitaria⁽⁴⁰⁹⁾, dall'altro lato viene indubbiamente lasciato un margine di « autonomia » al giudice interno nel valutare l'eventuale inosservanza da parte dello Stato degli obblighi comunitari relativamente alla « giusta misura » della pena.

Un impatto più deciso e, sia pure in senso improprio, più « diretto » sul sistema sanzionatorio statale viene esercitato invece da quelle decisioni della Corte le quali, oltre a fornire i criteri di proporzione cui di volta in volta fare riferimento, indicano taluni specifici effetti che discendono dai criteri in questione sul piano punitivo. In tal modo la Corte finisce col dare, nella massima parte dei casi, una precisa risposta nel merito della questione di conformità comunitaria demandata al giudice interno. Così, nel caso Watson e Belmann, la Corte ha innanzitutto dichiarato incompatibili con il principio di libera circolazione dei lavoratori (art. 48 Tr. CEE) le sanzioni sproporzionate rispetto alla gravità delle infrazioni relative alle formalità d'ingresso, in un Paese membro, di stranieri CEE. Ha però successivamente puntualizzato che « tra le sanzioni comminate per l'inosservanza delle formalità prescritte per la notifica e per la registrazione (dell'ingresso), è indubbiamente in contrasto con la disciplina comunitaria l'espulsione di soggetti tutelati dal diritto comunitario, in quanto tale provvedimento costituisce la negazione del diritto stesso conferito e garantito dal Trattato, come la Corte stessa ha già affermato in altre occasioni »⁽⁴¹⁰⁾.

Analogamente, nel caso della sentenza Donckerwolcke, la Corte di Giustizia ha dapprima affermato che « l'eventuale inosservanza da parte dell'importatore dell'obbligo di denuncia della provenienza originaria della merce non può comportare l'applicazione di sanzioni eccessive, tenuto conto dell'indole puramente amministrativa della sanzione ». Si è quindi curata subito di precisare: « Sotto questo aspetto è indubbiamente incompatibile con le disposizioni del Trattato, in quanto equivale ad un ostacolo alla libera circolazione delle merci,

(408) Causa 8/77, Concetta Sagulo, Gennaro Brenca e Addelmadjin Becknouche, sentenza 14 luglio 1977 cit., p. 1509.

(409) Cfr., MARI, *Quelques réflexions*, cit., p. 166.

(410) Causa 118/75, Lynne Watson e Alessandro Belmann, sentenza 7 luglio 1976, cit., p. 1198. Cfr. altresì, per tutte, causa 48/75, Jean Noël Royer, sentenza 8 aprile 1976, cit., p. 517: « La semplice omissione, da parte del cittadino di uno Stato membro, delle formalità relative all'ingresso, al trasferimento ed al soggiorno degli stranieri non è atta a costituire di per sé un comportamento pericoloso per l'ordine o per la sicurezza pubblici e non può quindi giustificare da sola un provvedimento d'espulsione né l'arresto provvisorio in attesa di tale provvedimento ».

la confisca della merce od ogni altra sanzione pecuniaria stabilita in funzione del valore 'della merce stessa » ⁽⁴¹¹⁾.

Una ulteriore applicazione del principio di proporzione, nella prospettiva di una penetrante armonizzazione punitiva, è stata infine fatta nell'ambito della recentissima sentenza Drexl ⁽⁴¹²⁾. In questa decisione la Corte di Giustizia, dopo aver ribadito che in taluni casi una pena sproporzionata alla gravità del reato può risultare di ostacolo alle libertà previste dal Trattato, non si è limitata a dichiarare incompatibile con la disciplina comunitaria l'esistenza di una manifesta sproporzione nel livello di severità delle pene previste, sul piano interno, per due categorie di infrazioni sostanzialmente analoghe sotto il profilo comunitario (concernenti rispettivamente, nel caso di specie, il mancato pagamento dell'IVA all'importazione ovvero dell'IVA sulle cessioni di beni all'interno del Paese). La Corte ha infatti specificato che tale manifesta sproporzione sussiste indubbiamente nel caso in cui le infrazioni ricomprese nella prima categoria siano punite con la pena detentiva e con la confisca, quando quelle ricomprese nella seconda non risultino sanzionate con pene analoghe ⁽⁴¹³⁾. Vengono così posti, dalla sentenza in esame, limiti precisi financo al potere statuale di diversificare significativamente la disciplina sanzionatoria degli illeciti economici sulla base di elementi irrilevanti in ambito comunitario (nel caso di specie, il passaggio di una frontiera fra Paesi CEE), e dunque, in quanto tali, inidonei a rivestire un significato particolare in sede penale.

Gli esempi riportati evidenziano come, anche e soprattutto attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia, il principio di proporzione-necessità della pena ed i principi di diritto comunitario in esso ricompresi (principio di non discriminazione, di libertà di circolazione, di personalità della responsabilità ecc.) circoscrivano le scelte sanzionatorie statuali nella materia dei Trattati, consentendo un vero e proprio processo di armonizzazione normativa ⁽⁴¹⁴⁾.

Restano tuttavia taluni delicati problemi circa i modi di adeguamento del diritto interno alle esigenze di « proporzione comunitaria ». *Nulla quaestio*, ovviamente, nel caso in cui le sanzioni previste dalla legislazione nazionale risultino irrimediabilmente sproporzionate, sia

⁽⁴¹¹⁾ Causa 41/76, Suzanne Donckerwolcke, sentenza 15 dicembre 1976, cit., p. 1936.

⁽⁴¹²⁾ Causa 299/86, Rainer Drexl, sentenza 25 febbraio 1988, cit., p. 13 ss.

⁽⁴¹³⁾ Sul punto cfr., amplius, BONICHOT, *Chronique internationale - Droit communautaire et droit pénal*, cit., p. 592 ss.

⁽⁴¹⁴⁾ Cfr. PEDRAZZI, *Droit communautaire*, cit., p. 77; DECOCQ, *Le conflit*, cit., p. 21 ss. Cfr. altresì il già citato intervento di SOYER, in *Droit communautaire et droit pénal*, cit., p. 289-290. Per una critica circa l'uso da parte della Corte di Giustizia del principio di proporzione in funzione di limite alle scelte sanzionatorie statuali, cfr. l'intervento di HUET, *ivi*, p. 292.

a causa della loro entità (quando cioè già il minimo edittale si riveli eccessivo in prospettiva comunitaria) sia a causa della loro stessa natura (quando cioè in relazione al comportamento vietato siano previste dalla legge dello Stato pene qualitativamente inadeguate). In tali ipotesi, in linea di principio, la norma interna andrebbe dal giudice nazionale disapplicata *tout-court*, non potendo egli certamente irrogare una pena diversa e/o più lieve di quella prevista dalla legge. Per contro, ove solo una parte del compasso edittale risulti conforme alle esigenze comunitarie, il giudice sembrerebbe dover circoscrivere in egual misura il proprio potere discrezionale. Si direbbe che la Corte faccia riferimento a quest'ultima eventualità nella sentenza relativa al caso Sagulo, in base alla quale « qualora uno Stato membro non abbia adattato la propria legislazione alle esigenze derivanti in materia dal diritto comunitario, il giudice nazionale dovrà far uso della libertà di valutazione riservatagli, al fine di pervenire all'applicazione di una pena adeguata alla natura e allo scopo delle norme comunitarie di cui si vuole reprimere l'infrazione »⁽⁴¹⁵⁾. Resta il fatto che, nel caso di specie, risulteranno comunque compromessi i consueti meccanismi di individualizzazione. Infatti la necessità di quantificare inderogabilmente la pena nei pressi del suo minimo edittale comporta, all'evidenza, l'impossibilità di far emergere sul piano sanzionatorio il diverso disvalore dei casi concreti riconducibili alla stessa fattispecie astratta⁽⁴¹⁶⁾.

c) Per quanto visto, i principi di diritto comunitario sembrano poter condizionare le scelte sanzionatorie degli Stati membri in una prospettiva di reciproca armonizzazione, precludendo (relativamente alla materia dei Trattati) la previsione/irrogazione di pene sproporzionate per difetto o per eccesso. Prima di concludere il discorso su questo punto, sembra comunque opportuno ricordare che, secondo taluni, i principi di diritto comunitario presenterebbero ulteriori « profili di incidenza » sulla disciplina sanzionatoria interna nel caso in cui, come vedremo subito, ad uno stesso comportamento si raccolgano un cumulo di sanzioni, comunitarie e nazionali.

In proposito si impone una breve premessa. Laddove una fattispecie concreta si ponga contemporaneamente in violazione della legisla-

⁽⁴¹⁵⁾ Causa 8/77, Concetta Sagulo, Gennaro Brenca e Addelmadjin Becknouche, sentenza 14 luglio 1977, cit., p. 1507.

⁽⁴¹⁶⁾ Le stesse osservazioni varrebbero, a forziori, nell'opposto caso in cui la natura e lo scopo delle norme comunitarie imponessero al giudice, ex art. 5 § 1. Tr. CEE, di orientare costantemente l'entità della pena in concreto verso il massimo edittale della fattispecie penale interna. L'eventualità di una compressione della discrezionalità « verso l'alto » sembra del resto evocata dalla Corte di Giustizia nelle succitate sentenze 10 aprile 1984 relative alle cause 14/83, Sabine von Colson ed Elisabeth Kaman, e 76/83, Doris Harz.

zione comunitaria e della legislazione interna, la Corte di Giustizia ha a più riprese riconosciuto la possibilità di un duplice procedimento, alla luce del sistema specifico di ripartizione delle competenze tra Comunità e Stati membri ⁽⁴¹⁷⁾. In particolare, in relazione al caso Wilhelm ⁽⁴¹⁸⁾ — nel quale una inosservanza delle norme in materia di concorrenza aveva dato luogo a due procedimenti paralleli, rispettivamente davanti alla Commissione delle Comunità e alle autorità nazionali competenti in materia di intese — la Corte di Giustizia ha affermato che « la possibilità di un cumulo di sanzioni non è tale da escludere due procedimenti paralleli che perseguano scopi distinti » ⁽⁴¹⁹⁾. La Corte stessa si è però curata di precisare che « Se tuttavia la possibilità di un duplice procedimento dovesse implicare una doppia sanzione, un'esigenza generale di equità, che del resto trova espressione nell'art. 90, n. 2, ultima parte del Trattato CECA, implica che si tenga conto, nel determinare la sanzione, delle decisioni repressive anteriori » ⁽⁴²⁰⁾. Viene così sottolineata, attraverso le parole della Corte, l'incidenza del *principio generale di* equità nella commisurazione della pena, sia pure nelle sole ipotesi in cui uno stesso fatto sia perseguito, ad un tempo, in sede comunitaria e in sede interna. E tale incidenza è stata ribadita ancora in occasione della sentenza sul caso Boehringer ⁽⁴²¹⁾, ai sensi della quale « nel commisurare l'ammenda, la Commissione deve tener conto delle sanzioni già irrogate... per lo stesso fatto » ⁽⁴²²⁾.

Orbene: se è vero che in quest'ultima pronuncia la Corte fa espresso riferimento al caso in cui le istituzioni comunitarie debbano quantificare la sanzione in relazione ad un fatto già punito sul piano interno, e non al caso opposto in cui deputati alla commisurazione della pena per un comportamento precedentemente sanzionato a livello comunitario siano gli organi interni, una autorevole dottrina ha sottolineato come il principio generale d'equità debba risultare operante in un caso come nell'altro ⁽⁴²³⁾. Sulla base di questa teoria,

(417) Cfr., ad es., cause riunite 253/78 e 1-3/79, Procuratore della Repubblica ed altri contro Bruno Giry e Guerlain SA ed altri (domande di pronuncia pregiudiziale proposte dal Tribunal de grande instance di Parigi) sentenza 10 luglio 1980, in Raccolta, 1980, p. 2327 ss.

(418) Causa 14/68 Walt Wilhelm e sei altri contro Bundeskartellamt (domanda di pronuncia pregiudiziale, proposta dal Kammergericht di Berlino), sentenza 13 febbraio 1969, in Raccolta, 1969, p. 1 ss.

(419) Sentenza 13 febbraio 1969, cit., p. 15.

(420) Sentenza 13 febbraio 1969, cit., p. 16.

(421) Causa 7/72, Boehringer Mannheim GmbH contro Commissione delle Comunità europee, sentenza 14 dicembre 1972, in Raccolta, 1972, p. 1281.

(422) Sentenza 14 dicembre 1972, cit., p. 1289.

(423) KOVAR, *L'incidence du droit communautaire de la concurrence sur le droit pénal des Etats membres*, in *Droit communautaire et droit pénal*, cit., p. 143.

in altre parole, il giudice interno dovrebbe « equitativamente » ridurre la pena prevista dalla normativa interna qualora per lo stesso fatto fosse precedentemente intervenuta una condanna comunitaria.

Senza per questo voler affrontare, e men che meno risolvere, le complesse questioni sottese alla giurisprudenza comunitaria in esame, si può tuttavia osservare, in primo luogo, come già la necessità di operare in via equitativa una riduzione della sanzione comunitaria risulti, in linea teorica, non del tutto pacifica. Infatti, in considerazione della diversità degli interessi tutelati rispettivamente dalla disciplina comunitaria e da quella interna, non sembrerebbe forse totalmente ingiustificato ammettere — sia pure in relazione ad uno stesso comportamento — il cumulo sanzionatorio.

In secondo luogo, appare evidente come far dipendere da una precedente condanna comunitaria l'eventuale attenuazione della sanzione interna da irrogare in concreto, ponga non pochi problemi. Infatti tale attenuazione da un lato potrebbe trovare un ostacolo insuperabile negli stessi limiti edittali di pena, dall'altro lato verrebbe comunque ad alterare i consueti meccanismi di commisurazione. Per di più, in una diversa prospettiva, risulterebbe con ogni probabilità impraticabile anche ogni eventuale riforma, del compasso sanzionatorio di talune fattispecie, varata in considerazione della eventuale doppia perseguibilità (interna e comunitaria) dei fatti in esse previsti.

15. Considerazioni conclusive

Il ravvicinamento dei sistemi penali europei appare ormai una necessità indilazionabilmente imposta dalle recenti trasformazioni sociali ed in specie dalla dimensione transnazionale assunta dai fenomeni criminali. Esso tuttavia comporta, all'evidenza, un processo riformistico arduo e complesso, che in quanto tale sembra richiedere l'impiego di strumenti efficaci e razionali, atti a favorire l'accoglimento, nei diversi Paesi, di soluzioni normative ed ermeneutiche sufficientemente omogenee, soprattutto per quanto concerne il rispetto di quei valori e diritti fondamentali costituenti il nucleo irrinunciabile dell'attuale civiltà giuridica occidentale.

i Nella prospettiva di un siffatto ravvicinamento penale perseguito nel segno della « qualità » della legge, i principi di diritto appaiono destinati a svolgere un ruolo assolutamente centrale. Essi infatti, in virtù della loro elasticità e della loro peculiare dimensione contenutistica, rivelano una spiccata attitudine ad orientare il legislatore e l'interprete verso scelte autonome da Stato a Stato, epperò al contempo armonicamente improntate ad elementi di ragione ed alla tutela di comuni valori evolventisi nella storia.

Di qui l'interesse verso un tentativo d'analisi della funzione d'armonizzazione penale in concreto assoluta o comunque potenzialmente assolvibile dai principi di diritto, ed in particolare da quelli contraddistinti, per così dire, da un elevato tasso di « imperatività », in quanto tendenzialmente destinati ad imporsi al legislatore e all'interprete. Come noto essi — ancorché riconducibili a fonti positive diverse, vale a dire, essenzialmente, alle Costituzioni nazionali ed alle principali organizzazioni europee (le Comunità europee; il Consiglio d'Europa e particolarmente la Convenzione europea dei diritti dell'uomo) — presentano vistose analogie, le cui cause sono state oggetto di approfondite indagini.

In particolare, a prescindere da ogni concezione giusnaturalista ovvero positivista, è un dato pacifico che le Costituzioni nazionali abbiano rappresentato il luogo privilegiato d'emersione e consolidamento di principi tendenzialmente simili da Stato a Stato, nei quali è racchiuso il patrimonio di acquisizioni filosofiche, politiche e giuridiche comune ai Paesi dell'Occidente europeo. Appare quindi naturale che principi generali a contenuto tendenzialmente analogo siano stati riaffermati, in via legislativa o interpretativa, anche dalle organizzazioni sovratatali (ed innanzitutto dal Consiglio d'Europa e dagli organi comunitari), inevitabilmente ispirate e modellate sulle regole fondamentali e sui principi-guida degli Stati membri.

Pur accomunati da profonde affinità, i principi costituzionali, convenzionali e comunitari sembrano tuttavia favorire il ravvicinamento penale interstatuale a diversi livelli e sulla base di logiche e di meccanismi differenti fra loro.

I *principi costituzionali*, nell'affermare prescrizioni generali a contenuto prevalentemente direttivo spesso simili nei vari Stati, sembrerebbero prestarsi ad una duplice funzione di armonizzazione, da un lato imponendo alla repressione penale limiti comuni e invalicabili, dall'altro lato e soprattutto esprimendo orientamenti finalistici a contenuto garantista tendenzialmente omogenei⁽⁴²⁴⁾. Tuttavia, ai fini di un generalizzato ed effettivo ravvicinamento penale, l'influenza di tali principi appare in parte negativamente condizionata dalla loro non completa uniformità nelle singole Costituzioni. Ma il più significativo ostacolo al ravvicinamento è costituito invero dall'elevato grado di indeterminatezza che sovente contraddistingue gli enunciati costituzionali incidenti sulla materia penale. Ciò consente una talora eccessiva diversificazione in via discrezionale dei processi deduttivi connessi alla concreta trasposizione dei principi costituzionali nei diversi sistemi statuali, sino al possibile conseguimento di risultati

⁽⁴²⁴⁾ Cfr., peraltro con riferimento alla sola Costituzione italiana, PALAZZO e BERNARDI, *La Convenzione europea*, cit., § 1.

anche profondamente contrastanti per quanto concerne le norme d'attuazione e la loro interpretazione. Sicché, solo nell'ipotesi di un contestuale ravvicinamento culturale fra gli Stati ascrivibile alle più diverse cause socio-politiche, i principi costituzionali (e più in generale i principi di diritto interno) parrebbero destinati a favorire un risultato di effettiva armonizzazione, costituendo essi in tal caso il veicolo privilegiato attraverso il quale tale ravvicinamento culturale viene a riflettersi — nei suoi contenuti fondamentali di valore — all'interno dei sistemi giuridici, penali in particolare.

I principi posti dalla Convenzione europea dei diritti *dell'uomo* sembrano svolgere una funzione d'armonizzazione potenzialmente più limitata ma — nonostante le tendenze « autarchiche » di taluni Stati — più sicura ed effettiva. In conformità infatti al loro prevalente ruolo di salvaguardia di un livello minimo comune di civiltà giuridica, i principi convenzionali appaiono spesso poveri di orientamenti finalistici e presentano quindi di norma una non elevata attitudine ad armonizzare i sistemi penali in chiave, per così dire, propulsiva e riformatrice ⁽⁴²⁵⁾. Per contro, data anche la loro relativamente maggiore analiticità rispetto alla « media » dei principi costituzionali, essi risultano, rispetto a questi ultimi, maggiormente idonei ad arginare (sia pure in modo più o meno elastico e sulla base di parametri e criteri mutevoli, atti talora a consentire una certa discrezionalità statutale) ogni regressione antidemocratica dei sistemi penali ⁽⁴²⁶⁾. Inoltre il sistema accentrato di tutela giurisdizionale che li caratterizza, mentre consente un controllo non solo sulla normativa statutale, ma anche sui concreti comportamenti dei pubblici poteri, garantisce al contempo una giurisprudenza sufficientemente omogenea ancorché non priva di un certo dinamismo, e quindi funzionale ad un reciproco ravvicinamento dei sistemi penali.

Infine, quanto meno a livello teorico, i principi *comunitari* in materia di diritti fondamentali sembrano sommare in sé, non foss'altro in ragione della pluralità delle loro fonti, l'attitudine armonizza-

⁽⁴²⁵⁾ Cfr. peraltro quanto osservato, in particolare al par. 9 e al par. 11, circa la tendenza degli organi di Strasburgo ad interpretare in chiave evolutiva i principi convenzionali (con conseguente « valorizzazione » dell'attitudine di questi ultimi a perseguire una progressiva armonizzazione dei sistemi penali), nonché circa il ruolo avuto da tali principi nell'instaurazione di un clima politico-culturale favorevole alla promulgazione di riforme a contenuto garantista.

⁽⁴²⁶⁾ Tuttavia non si è mancato di sottolineare come attraverso le limitazioni « necessarie in una società democratica » — previste dagli artt. 8/11 della Convenzione, dall'art. 1 del Protocollo n. 1 e dall'art. 2 del Protocollo n. 4 — vengano consentiti o addirittura favoriti degli irrigidimenti nella politica criminale di taluni Stati. Sul punto, cfr. DELMAS-MARTY, *Politica criminale e diritti dell'uomo*, in *Indice pen.*, 1988, in corso di pubblicazione.

trice propria sia dei principi costituzionali sia di quelli convenzionali; attitudine esaltata dal criterio del *maximum standard* accolto a livello comunitario, e dalla unitarietà dell'organo deputato all'individuazione e all'interpretazione di tali principi. Peraltro, a fronte della loro propensione a perseguire un ravvicinamento penale penetrante ancorché limitato al settore economico, essi risultano a tutt'oggi scarsamente sfruttati nella prospettiva d'armonizzazione interstatuale. E ciò soprattutto per i dubbi e i nodi che la tutela dei diritti fondamentali presenta, a causa sia della stessa struttura del sistema comunitario ⁽⁴²⁷⁾, sia dell'incerta estensione delle competenze attribuite alla Corte di Giustizia. Pur tuttavia, il processo « pretorio » di estrapolazione dei diritti fondamentali sembra offrire, per il suo stesso carattere eminentemente evolutivo, uno strumento d'armonizzazione « qualitativa » capace di più ampia utilizzazione. Ed anzi, qualora si consideri la tendenza della Corte di Giustizia ad assumere un ruolo sempre più attivo nella promozione della politica di integrazione comunitaria ⁽⁴²⁸⁾, non è forse infondato pensare che le ineludibili esigenze di armonizzazione interstatuale del diritto penale economico, derivanti dalla sua impronta transnazionale, possano in futuro indurre la Corte ad un uso vieppiù massiccio dei diritti fondamentali, ai fini appunto di un progressivo ravvicinamento penale. Risulterebbe così confermato il noto fenomeno per il quale le inadeguatezze dell'ordinamento giuridico rispetto ai richiami della vita e della realtà sono destinate a venire colmate da quella che è stata definita « la forza normativa del fattuale » ⁽⁴²⁹⁾: cioè, nel caso di specie, dall'attività creatrice dell'interprete.

Tuttavia, se le tipologie di principi prese in esame appaiono tutte — sia pure in diverso modo e misura — funzionali ad un'armonizzazione penale razionale e qualitativamente orientata, non può essere sottaciuto che, per converso, la loro crescente incidenza sui sistemi penali viene a riflettersi negativamente sul piano della certezza legale; la quale risulta incrinata dal coacervo di problemi interpretativi ed applicativi connessi al giudizio di conformità tra le singole fattispecie e le disposizioni a carattere generale previste in sede costituzionale, convenzionale e comunitaria ⁽⁴³⁰⁾.

⁽⁴²⁷⁾ Sul punto cfr., amplius, SORRENTINO, La tutela dei diritti fondamentali, cit., p. 38 ss. e, soprattutto, p. 61 ss.

⁽⁴²⁸⁾ Cfr., per tutti, RASMUSSEN, La Corte di giustizia, cit., p. 159 ss. e, soprattutto, p. 200 ss.

⁽⁴²⁹⁾ L'espressione, forgiata dallo Jellinek, è stata ripresa, tra gli altri, da DOGLIANI, Interpretazioni della Costituzione, Milano, 1982, p. 82.

⁽⁴³⁰⁾ Cfr. DE SALVIA, *Droit communautaire, droit pénal et Convention européenne des droits de l'Homme*, cit., p. 105 ss. e, soprattutto, p. 121 ss.

È invero ben noto come l'elasticità delle enunciazioni di principio contenute nelle Costituzioni ⁽⁴³¹⁾ non abbia mancato di dar luogo ad incertezze e a pronunzie contraddittorie in merito alla legittimità di numerose disposizioni interne, determinando un po' ovunque (ma specie nei Paesi a controllo cosiddetto « diffuso ») ⁽⁴³²⁾ una crisi della legalità ⁽⁴³³⁾ particolarmente avvertita in materia penale.

Ancorché forse meno note al penalista, analoghe e per certi aspetti più gravi incertezze e eontraddittorietà scaturiscono poi sia dall'imprecisato livello minimo di adeguamento ai principi convenzionali richiesto alle norme penali statuali, sia — soprattutto — dai problemi connessi alla valutazione della conformità di tali norme ai principi comunitari.

Per quanto specificamente concerne i principi della Convenzione di Roma, la tendenza degli organi di Strasburgo ad interpretare estensivamente i diritti dell'uomo e restrittivamente le deroghe ad essi consentite ⁽⁴³⁴⁾ non appare infatti né costante né comunque tale da risolvere ogni dubbio. Non si vuole qui certo negare la complessiva, e a suo tempo ricordata, omogeneità di fondo della giurisprudenza della Corte europea. Si vuole solo sottolineare come lo stesso prudente pragmatismo che caratterizza la Corte, e che la porta a modulare il livello di tutela garantito anche sulla base del presunto e contingente « grado di accettazione » dei Paesi firmatari ⁽⁴³⁵⁾, tenda ad orientare i processi interpretativi di tale organo verso elementi extragiuridici, essenzialmente politici e sociali, mutevoli e di difficile valutazione non solo per il legislatore e l'interprete nazionali, ma persino per gli stessi giudici di Strasburgo. Una diretta testimonianza di questo fenomeno (che sembra confermare ancora una volta la peculiare ed intrinseca attitudine dei diritti dell'uomo a « perdere la loro dimensione giu-

⁽⁴³¹⁾ Sul punto cfr. già CHIARELLI, Elasticità della Costituzione, in Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi, Milano, 1952, p. 43 ss.; TREVES, Duttilità della Costituzione, in Studi per il ventesimo anniversario *dell'Assemblea* costituente, Firenze, 1969, IV, p. 621 ss.

⁽⁴³²⁾ Cfr., ad esempio, BECHLIVANOU, La réception des textes et de la *jurisprudence* des instances européennes en Grèce — Annexe n° 1 — Le *contrôle* de constitutionnalité en Grèce, dattiloscritto a cura dell'*Ecole des Hautes Etudes* en sciences sociales et Institut de droit *comparé* de l'*Université* de Paris 2, p. 16 ss.

⁽⁴³³⁾ Cfr. in particolare, limitatamente all'Italia, DOGLIANI, Interpretazioni della Costituzione, cit., *passim*. Cfr. altresì, relativamente all'esperienza francese, le osservazioni di LOSCHAK, Le *Conseil* constitutionnel protecteur des libertés?, in *Pouvoirs*, n. 13, p. 36.

⁽⁴³⁴⁾ Cfr., da ultimo, MELCHIOR, Notions « vagues », cit., p. 411. Sul punto si rinvia altresì al par. 10, ed in specie alla nota 174.

⁽⁴³⁵⁾ Sul punto cfr. ancora, diffusamente, MELCHIOR, Notions « vagues », cit., p. 412.

ridica ») ⁽⁴³⁶⁾ emerge dalle divergenze riscontrabili nelle opinioni individuali dei giudici della Corte, le quali tradiscono le diverse letture (restrittiva, evolutiva, realista, rigorista ecc.) da essi data alla Convenzione, a seconda della loro formazione professionale e sensibilità personale ⁽⁴³⁷⁾.

A questo proposito, si è sottolineato come l'elastico criterio di graduazione proprio dei principi convenzionali venga a riflettersi sulle norme penali statuali segnando, se non l'abbandono della logica « binaria » propria della legalità formale ⁽⁴³⁸⁾, quanto meno la comparsa accanto ad essa di una logica non-formale, più flessibile e idonea ad adattarsi alla varietà e complessità dei problemi relativi all'integrazione europea ⁽⁴³⁹⁾. E si è sottolineato altresì come dall'incontro di queste due diverse logiche scaturisca una sorta di legalità « democratica » ed « europea » ⁽⁴⁴⁰⁾, duttile e ricca di contenuti sostanziali, ma ovviamente destinata a dilatare l'ambito interpretativo del giudice e, in definitiva, il suo ruolo pretorio ⁽⁴⁴¹⁾.

Questa stimolante tesi, seppure elaborata con specifico riferimento ai principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, può peraltro prestarsi ad essere estesa, quanto meno nelle sue linee essenziali, a tutte le diverse categorie di principi di diritto a carattere imperativo. E ciò in quanto è la stessa struttura dei principi a favorire, come del resto in precedenza più volte ricordato, quei processi « discrezionali » di implementazione in via interpretativa che risultano decisivi per valutare la « legittimità » delle norme penali.

A riprova di quanto appena detto, anche il processo di armonizzazione penale innescato dai principi comunitari tende infatti a erodere la certezza legale, conferendo estesi margini di discrezionalità ai giudici nazionali chiamati a delineare i concreti ambiti di applicazione delle disposizioni penali interne. E la certezza non può dirsi pienamente ripristinata nemmeno grazie alle sentenze interpretative della

⁽⁴³⁶⁾ LOSCHAK, *Mutation des droits de l'homme et mutation du droit*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1984, p. 49 ss.

⁽⁴³⁷⁾ In argomento cfr., da ultimo, PETTITI, *Le opinioni individuali dei giudici della Corte dei diritti dell'uomo: una rassegna*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1988, fasc. 2, p. 30 ss. Per contro le opinioni individuali — oltre ad assicurare la trasparenza del dibattito interno della Corte ed a sollecitare quest'organo « ad una costante verifica della sua giurisprudenza e degli argomenti ai quali si affida » (*ivi*, p. 40) — costituiscono preziosi segnali attraverso i quali captare le tendenze e le possibili evoluzioni della giurisprudenza di Strasburgo.

⁽⁴³⁸⁾ Cfr. *supra*, par. 4, nota 52.

⁽⁴³⁹⁾ Cfr., *amplius* e da ultimo, DELMAS-MARTY, *Vers une autre logique juridique: à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Recueil Dalloz-Chron.*, 1988, p. 221 ss.

⁽⁴⁴⁰⁾ Cfr. DELMAS-MARTY, *Vers une autre logique juridique*, cit., p. 223 ss.

⁽⁴⁴¹⁾ Cfr., per tutti, VOYAUME, *Nul n'est censé ignorer la jurisprudence*, cit., p. 673 ss.

Corte di Giustizia, sia innanzitutto perché queste decisioni non sono preventive, ma successive alla commissione del fatto⁽⁴⁴²⁾. Sia perché talora l'interpretazione data non offre affatto una risposta chiara ed univoca all'organo interno in merito al giudizio di conformità che quest'ultimo è tenuto ad effettuare; ma al contrario risulta fonte di ulteriori dubbi ed insicurezze⁽⁴⁴³⁾, specie laddove la Corte di Lussemburgo faccia ricorso a criteri ermeneutici vaghi o comunque complessi e di natura essenzialmente extragiuridica.

Non deve quindi meravigliare se — complice anche la tradizionale inerzia del legislatore (non solo italiano) nel riformare quei settori dell'ordinamento penale confliggenti coi Trattati⁽⁴⁴⁴⁾ — si registrino talora significative sfasature tra le giurisdizioni dei diversi Stati relativamente all'incidenza interna dei principi comunitari; o addirittura se, all'interno di uno stesso Paese, i giudici deputati a disapplicare le norme contrastanti con i principi in questione adottino pronunce non conformi tra loro⁽⁴⁴⁵⁾.

Infine, in una più generale prospettiva, la coscienza tanto dell'intrinseca indeterminatezza dei principi relativi ai diritti dell'uomo quanto delle possibili sovrapposizioni di competenze fra Corti costituzionali, Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di Giustizia CE⁽⁴⁴⁶⁾ ha fatto sì che da più parti sia stata paventata l'ipotesi di con-

⁽⁴⁴²⁾ Cfr., in particolare, PEDRAZZI, *Droit communautaire*, cit., p. 72 ss.; ID., *L'influenza*, cit., p. 626 ss.: «Su molti settori del nostro diritto penale economico la pregiudiziale comunitaria incombe quindi come un'ipoteca, la cui sorte si definirà soltanto a posteriori, in sede giurisdizionale, previo espletamento della procedura incidentale di cui all'art. 177 del Trattato di Roma. Troppo tardi perché possa reputarsi soddisfatta un'elementare esigenza di conoscibilità e computabilità della norma penale».

⁽⁴⁴³⁾ Cfr., *amplius*, PEDRAZZI, *Droit communautaire*, cit., p. 67 ss.; ID., *L'influenza*, cit., p. 627 ss. Cfr., altresì, gli interventi di UBERTAZZI e OLMI, in *Droit communautaire et droit pénal*, cit., rispettivamente a p. 279 ss. e 283 ss.

⁽⁴⁴⁴⁾ Sul punto cfr. RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, cit., p. 40. Per quanto specificatamente concerne la giurisprudenza comunitaria, cfr. causa 168/85, Commissione delle Comunità europee contro Repubblica italiana, sentenza 15 ottobre 1986, in *Dir. comunitario e degli scambi intern.*, 1987, p. 105 ss., con nota di ZILIOI, *Recenti sviluppi sul contrasto tra norme nazionali e disposizioni comunitarie*, p. 110 ss. In tale sentenza, la Corte, ritenendo che la sopravvivenza di norme in contrasto con il Trattato, anche se disapplicate, nuoccia alla certezza del diritto, ha affermato l'insufficienza di una mera disapplicazione delle norme nazionali contrastanti col diritto comunitario, e l'obbligo di abrogarle gravante sugli Stati membri.

⁽⁴⁴⁵⁾ Per taluni significativi esempi di sentenze italiane discordanti in merito alla disapplicazione o meno di una stessa norma (sia pure non penale), cfr. SGARBANTI, *Corte costituzionale*, cit., p. 314, nota 30.

⁽⁴⁴⁶⁾ A titolo di esempio, cfr. in proposito le osservazioni di FAVOREAU, *La protection des droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles en Europe - Rapport général introductif*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1981, p. 274 (limi-

trasti fra le relative giurisprudenze in materia di diritti fondamentali ⁽⁴⁴⁷⁾. Come noto, per risolvere questi (quanto meno potenziali) contrasti, da un lato sono state ventilate nuove procedure « incrociate » di ricorso pregiudiziale tra i diversi organi deputati alla tutela dei diritti in questione ⁽⁴⁴⁸⁾, dall'altro lato sono state auspiccate forme di più stretta cooperazione o integrazione fra tali organi, sino ad ipotesi estreme quali l'unificazione della Corte di Strasburgo e di quella di Lussemburgo ⁽⁴⁴⁹⁾, ovvero la riunione dei compiti di protezione e sviluppo su base europea dei diritti dell'uomo in capo ad un unico organo giurisdizionale, che riassuma in sé le prerogative in materia delle Corti Costituzionali e delle Corti europee ⁽⁴⁵⁰⁾. Resta il fatto che a tutt'oggi la concordanza di fondo esistente (pur con le riserve di volta in volta espresse nel corso del lavoro) tra le diverse istituzioni, mentre sembra escludere soluzioni interpretative costantemente eterogenee, lascia aperta la possibilità di contrasti sporadici, ma non per questo meno imbarazzanti.

Per concludere, alla fine del presente studio sembra di potersi ribadire il ruolo prioritario assunto dai principi di diritto nell'armonizzazione penale. Ma sembra potersi altresì confermare come, nell'ambito di tale armonizzazione, il progressi o ricorso ai principi si traduca in un contestuale superamento della legalità « formalmente » incentrata sui soli elementi linguistici della fattispecie, a favore di una concezione legale più dinamicamente sensibile a dati « storici » di valore.

Tuttavia, allo stato attuale della riflessione giuridica, l'immissione di elementi « sostanziali » all'interno o, se si preferisce, a fianco

tatamente ai problemi di sovrapposizione fra Corti costituzionali e Corti di Giustizia in merito alla tutela dei diritti fondamentali). Cfr. altresì, sulle possibili interferenze fra Corte di Giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo, SORENSEN, *Punti di contatto*, cit., p. 167 ss.

⁽⁴⁴⁷⁾ Cfr., tra gli altri, BIANCARELLI, *Les principes généraux*, cit., p. 165; DE' SALVIA, *Droit communautaire, droit pénal et Convention européenne des droits de l'homme*, cit., p. 122 ss.; LECOURT, *Cour européenne des Droits de l'Homme et Cour de justice des Communautés européennes*, in *Studies in honour of G.J. Wiarda*, cit., p. 335 ss.

⁽⁴⁴⁸⁾ È stato tuttavia osservato che tali procedure verrebbero ad appesantire ulteriormente gli attuali e già complessi meccanismi giurisdizionali. Sul punto cfr., *amplius*, LECOURT, *Cour européenne des Droits de l'Homme*, cit., p. 337 ss.

⁽⁴⁴⁹⁾ Unificazione auspicata da LOUIS, *Rapport*, in *Rev. dr. homme*, 1972, g. 694.

⁽⁴⁵⁰⁾ Sottolinea come risulti auspicabile, ma al contempo attualmente improponibile, ricondurre in capo ad un'unico organo giurisdizionale europeo la tutela dei diritti dell'uomo DE SALVIA, *L'elaboration d'un « ius commune » des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la perspective de l'unité européenne: l'oeuvre accomplie par la Commission et la Cour européenne des Droits de l'Homme*, in *Studies in honour of G.J. Wiarda*, cit., p. 563.

della legalità formale, non risulta privo di costi sotto il profilo della certezza-tassatività. Ed è appunto questo il problema di fondo posto da un sistema giurisdizionale incentrato su principi di diritto e finalizzato al controllo della « qualità » della legge.

Per quanto comunque fin qui visto (e fermo restando che la certezza legale costituisce un traguardo mai pienamente raggiungibile, specie nel contesto delle complesse trasformazioni oggi in atto su scala europea) appare chiaro che la soluzione di tale problema, se non può certo concretarsi in una radicale rinuncia ai principi, neppure dovrebbe comportare un ridimensionamento del loro prezioso apporto al processo di ravvicinamento penale. Al contrario, ogni tentativo di soluzione sembrerebbe dover essere indirizzato verso l'individuazione di tecniche idonee ad esaltare la funzione armonizzante dei principi di diritto, e nel contempo a limitare — nella massima misura possibile — i ben noti pericoli connessi alle concezioni di diritto sostanziale.

In questo senso, l'unica strada da seguire sembrerebbe appunto quella — certamente lunga e difficile — di un progressivo, ulteriore affinamento degli strumenti giuridici atti a verificare la « dimensione contenutistica » delle norme positive, al fine di coniugare la legalità formale al rispetto dei valori democratici, in una prospettiva di razionale coordinamento dei sistemi penali statuali.

SOMMARIO

Lo studio, che ha ad oggetto il ruolo dei « principi di diritto » nell'armonizzazione dei sistemi penali europei, si divide in quattro parti. Nella prima parte sono analizzate, in particolare, le funzioni e i « contenuti » dei principi di diritto rilevanti ai fini del ravvicinamento penale interstatuale, e sono indicate le diverse categorie di principi significative nella prospettiva di tale ravvicinamento. Nella seconda parte, specificatamente dedicata all'esame dei principi costituzionali, è sottolineata l'incerta influenza di questi principi nel processo di ravvicinamento dei sistemi penali. Nella terza parte, incentrata sulle norme di principio sancite dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, è posta in rilievo la loro incidenza sul ravvicinamento dei sistemi penali (e più in generale dei sistemi punitivi) dell'Europa Occidentale. Infine, nella quarta ed ultima parte, vengono affrontati — sempre nella prospettiva dell'armonizzazione dei sistemi penali europei — i principi in materia di diritti fondamentali elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee.

SUMMARY

The object of the study, which is divided into four parts, is the rôle of « principles of law » in the harmonization of European criminal-law systems. In the first part of the study an analysis is made of the functions and 'contents'

of principles of law of importance in relation to the aim of bringing the criminal law of different states closer together, and of the different categories of principles which are significant in this context, In the second part, which is dedicated specifically to an examination of constitutional principles, the uncertain influence of these principles on the process of reconciling criminal-law systems is underlined. In the third part, which centres on the principles sanctioned by the European Convention on Human Rights, the impact of these principles on bringing together the criminal-law systems (and more generally penal systems) of Western Europe is stressed. Finally, the fourth and last part deals with the principles regarding the fundamental rights developed in the case-law of the European Court of Justice - again seen from the viewpoint of the harmonization of European criminal-law systems.

LUCETTA DESANTI

Vestali e vergini cristiane (*)

1. Quando legiferano sulla condizione delle persone consacrate a Dio (vergini e vedove santimoniali ⁽¹⁾, diaconesse ⁽²⁾, monaci ⁽³⁾, chierici ⁽⁴⁾), gli imperatori cristiani, non di rado, mostrano di avere l'oc-

(*) Il presente contributo figurerà nel volume VIII degli Atti del Convegno dell'Accademia Romanistica Costantiniana.

(1) Sulle vergini santimoniali cfr., tra gli altri: CARON, I poteri giuridici *del* laicato *nella* Chiesa primitiva, Milano 1975², 52 ss.; VIZMANOS, Las *Virgenes* Christianas de la Iglesia primitiva, Madrid 1949; METZ, La consécration *des vierges* dans *l'Eglise romaine*. Étude d'histoire de la liturgie, Paris 1954; GAUDEMET, *L'Eglise* dans l'Empire romain, in *Histoire du Droit et des Institutions de l'Eglise* en Occident (IV-V siècles), III, Paris 1958, 206 ss.; GORDINI, Il « popolo di Dio » nel IV secolo, in *Storia della Chiesa dalle origini ai nostri giorni*, a cura di Fliche-Martin, III, 1, trad. ital., Torino 1972³, 409. Sulle vedove santimoniali cfr., tra gli altri: ROSAMBERT, La *veuve* en droit canonique *jusqu'au* XIV siècle, Paris 1923; CARON, *op. cit.*, 54 ss.; GAUDEMET, *L'Eglise*, cit., 186 ss.; GORDINI, *op. cit.*, 411 s.; GRYSOY, Le ministère *des femmes* dans *l'Eglise* ancienne, Gembloux 1972, 31 ss. e passim.

(2) In argomento, cfr., tra gli altri: CARON, *op. cit.*, 145 ss.; KALSBACK, *s.v.* Diakonisse, in *Reallexicon für Antike und Christentum*, III, Stuttgart 1957, 917 ss.; GAUDEMET, *L'Eglise*, cit., 122 ss.; GORDINI, *op. cit.*, 412 ss.; GRYSOY, *op. cit.*, 49 ss.; VAGAGGINI, L'ordinazione delle diaconesse *nella* tradizione greca *e bizantina*, in « *Orientalia Christiana Periodica* », 60/1 (1974), 177 ss.; MARTIMORT, *Les diaconesses*. Essai historique, Roma 1982.

(3) Sul monachesimo primitivo cfr., per tutti: DE LABRIOLLE, Gli inizi del *monachesimo*, in *Storia della Chiesa dalle origini ai nostri giorni*, cit., III, 2, Torino 1972³, 457 ss.; LOHSE, Askese und Monchtum in der Antike und in der *alten Kirche*, Munchen 1969; COLOMBAS, *Il monachesimo delle origini*, trad. ital., Milano 1984.

(4) In argomento cfr., per tutti: BARDY, Le *sacerdoce* chrétien du *I^e* au *V^e* siècle, in BARDY, HENRY, LAPRAT, *Prêtres d'hier et d'aujourd'hui*, Paris 1954, 23 ss.; DIX, Le ministère dans *l'Eglise* ancienne (des années 90 à 410), trad. franc., Neuchâtel 1955; GAUDEMET, *L'Eglise*, cit., 98 ss.; GORDINI, *op. cit.*, 383 ss.; LEMAIRE,

chio attento alla disciplina dei sacerdozi pagani. Si pensi, ad esempio, alla dispensa dai *munera* civili, alle immunità fiscali, all'esenzione dagli uffici tutelari, privilegi attribuiti, in particolare, ai chierici⁽⁵⁾, e che in passato, per l'appunto, erano prerogativa dei sacerdoti di Roma⁽⁶⁾.

In alcuni casi, poi, il modello pagano acquista forse contorni più precisi. Sembrerebbero infatti le Vestali (talvolta insieme con i Flamini di Giove), a costituire il punto di riferimento costante del legislatore basso-imperiale che si accinge a gettare le basi delle nuove istituzioni religiose⁽⁷⁾.

Les ministères aux origines de *l'Église*. Naissance de la triple hiérarchie, *évêques, presbytres, diacres*, Paris 1971.

(5) Sia pure tra non poche oscillazioni, nel corso del basso impero i chierici risultano liberati dai munera *civilia*, e in primo luogo dagli oneri curiali, dai munera personalia, sordida ed *extraordinaria*, dall'imposta fondiaria, dalla lustralis *collatio*. In argomento, cfr., tra gli altri: MAGNIN, *s.v. Immunités ecclésiastiques*, in *Dictionnaire de Théologie catholique*, VII. 1, Paris 1922, 1234 s.; 1246 s.; BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, I, Milano 1952, 359 ss.; GAUDEMET, *L'Église*, cit., 172 ss.; DUPONT, *Les privilèges des clercs sous Constantin*, in *Revue d'histoire ecclésiastique*, 62 (1967), 729 ss.; ELLIOT, *The tax exemption granted to clerics by Constantine and Constantius 11*, in *Phoenix*, 32 (1978), 326 ss.; BARONE ADESI, *Il ruolo sociale dei patrimoni ecclesiastici nel Codice Teodosiano*, in *BIDR*, 83 (1980), 221 ss.; DE GIOVANNI, *Il libro XVI del Codice Teodosiano*. Alle origini della codificazione in tema di rapporti Chiesa-Stato, Napoli 1985², 60 ss. Essi, inoltre, risultano esonerati dagli uffici tutelari (cfr., in particolare, CRIFÒ, *CTh.* 16, 2, 2 e l'esenzione dei chierici dalla tutela, in *Atti del IV Convegno dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, Perugia 1981, 709 ss.). Quest'ultima prerogativa, nonché la liberazione dai munera sordida, sono state accordate, tuttavia, anche ai monaci [per il primo privilegio, v.: C. 1, 3, 51 (52); Nov. Just. 123, 5; per il secondo, v.: C. 1, 3, 32 (33), 7] e ciò benché la legislazione basso imperiale si sia mostrata tendenzialmente ostile al fenomeno monastico. Sul punto, cfr.: DE LABRIOLLE, *op. cit.*, 535 ss.; GAUDEMET, *L'Église*, cit., 198 ss.; DE GIOVANNI, *Il libro XVI, cit.*, 69 ss.; *Monaci pericolosi*. A proposito di *CTh.* 16, 3, 1 e C. I, 1, 3, 29, in *Sodalitas* A. Guarino, 2, Napoli 1984, 997 ss. Infine, le vedove (e, tra costoro, anche le vedove santimoniali) risultano esonerate dalla *capitatio* plebeia in virtù di *CTh.* 13, 10, 6.

(6) Costoro erano esenti dal pagamento di tributi, dal servizio militare e da qualsiasi onere pubblico. Sul punto, cfr., per tutti, RIEWALD, *s.v. Sacerdotes*, in *RE*, I.A2, Stuttgart 1920, in part. 1648.

(7) Benché ai religiosi cristiani risultino talvolta attribuite, come vedremo, pre ogative comuni a Vestali e Flamini di Giove, non vi è dubbio che il modello costante è rappresentato dalle prime, mentre i *Flamines* sembrerebbero chiamati in causa di riflesso, per il fatto che essi possedevano uno status in parte analogo a quello delle sacerdotesse. Sulla figura della Vestale e sulla sua condizione giuridica, cfr., tra gli altri: LIPSIVS, *De Vesta et vestalibus syntagmā*, in GRAEVIUS, *Thesaurus antiquitatum romanarum*, V, Lugduni 1696, 619 ss.; ARON, *Études sur la condition juridique des prêtres à Rome. Les Vestales et les Flamines de Jupiter*, in *Nouvelle Revue Historique de Droit français et étranger*, 28 (1904), 5 ss.; SANTINELLI, *La condizione giuridica delle Vestali*, in *Rivista di*

2. Tale tendenza a rifarsi al modello delle Vestali si è forse espressa in grado elevato già nella legislazione di Costantino. Ma questo è molto controverso. Vi sono infatti due testimonianze, una del *Libro siro-romano di diritto* e una della *Historia ecclesiastica* di Sozomeno, le quali attestano dei provvedimenti di questo imperatore, non altrimenti noti, che sembrano rinviare direttamente alle Vestali.

Si veda: *Libro siro-romano di diritto* 117:

Beatus rex Constantinus etiam ipse honoravit praeceptis suis pluribus ecclesiam Christi per gradus et liberavit κληρικούς omni tributo ut neque argentum capitis dent neque χρυσάργυρον neque quid eiusmodi. Liberavit autem κληρικούς etiam a potestate parentum suorum.

Secondo questa testimonianza, Costantino avrebbe liberato dalla patria potestas i cosiddetti κληρικούς, da intendersi verosimilmente, come chierici⁽⁸⁾. Come è noto, la medesima prerogativa era già riconosciuta alle Vestali e al *Flamen Dialis*, i quali, al momento dell'investitura, uscivano di potestà *sine* emancipatione e *sine* capitis deminutione⁽⁹⁾.

filologia e d'istruzione classica, 32 (1904), 63 ss.; MAY, *Le Flamen Dialis et la virgo Vestalis*, in ZSS, 70 (1953), 380 ss.; KOCH, s.v. Vesta, in RE, VIII. A2, *dozio delle Vestali* romane, Firenze 1913; HILD, s.v. *Vestalis*, *virgo vestalis*, *vestalia*, in DS, V, Paris 1919, 752 ss.; DÜLL, *Privatrechtsprobleme im Bereich der virgo Vestalis*, in ZSS, 70 (1953), 380 ss.; KOCH, s.v. Vesta, in RE, VIII. A2, Stuttgart 1958, 1732 ss.; GUIZZI, *Aspetti giuridici del sacerdozio romano. Il sacerdozio di Vesta*, Napoli 1968; HOMMEL, Vesta und die frühromische Religion, in ANRW, I.2, Berlin-New York 1972, 397 ss.; GUILLEN, *Los sacerdotes romanos*, in *Helmantica*, 24 (1973), 39 ss.; DEL BASSO, *Virgines Vestales*, in *Atti dell'Accademia di scienze morali e politiche di Napoli*, 85 (1974), 161 ss.; RADKE, Die dei penates und Vesta in Rom, in ANRW, II.17.1, Berlin-New York 1981, 365 ss. Sulla figura e la condizione giuridica dei Flamini di Giove, cfr., per tutti: JULLIAN, s.v. *Flamen*, *Flaminica*, *Flamonium*, in DS, 11.2, Paris 1896, 1161 ss.; SAMTER, s.v. *Flamines*, in RE, VI.2, Stuttgart 1909, 2484 ss.; ARON, op. cit., 5 ss.; MAY, op. cit., 3 ss.; GUILLEN, op. cit., 29 ss.; POETSCHER, *Flamen Dialis*, in *Mnemosyne*, 21 (1968), 215 ss.; MARTORANA, Osservazioni sul *Flamen Dialis*, in *Φιλίας χάριν. Miscellanea di studi classici in onore di E. Manni*, 4, Roma 1980, 1447 ss. C'è poi da dire che, di regola, i provvedimenti di cui daremo conto non fanno alcun accenno alle Vestali. La cosa, tuttavia, non sorprende, poichè è naturale che il legislatore cristiano non abbia voluto riconoscere esplicitamente di essersi ispirato ad un modello pagano.

(8) Per il significato di Κληρικούς, cfr. LIDDELL SCOTT, *A Greek-English Lexicon*, Oxford 1983, 959, s.v. Κληρικός.

(9) GAI, 1, 130; 1, 144; 3, 114; GELL, 1, 12, 9; AMBR. virg. 1, 4, 15, in MIGNE, PL, XVI, 193; epist. 1, 18, 11, in MIGNE, PL, XVI, 975; PAUL. p. 70. M. Si ritiene generalmente, in dottrina, che la sottrazione alla patria potestas comportasse altresì, per Vestali e Flamini, l'uscita dalla famiglia agnatzia. Sul punto, cfr.: ARON,

E veniamo a Sozomeno h. e. 1,9 (10):

... οὐ μὴν ἀλλὰ καὶ πλέον ἔχειν ἐνομοθέτησε τοὺς ἐν ἐγκρατείᾳ καὶ παρθενίᾳ βιοῦντας, ἄδειαν αὐτοῖς δοῦς ἄρρεσί τε καὶ θηλείαις, καὶ ἀνήβοις οὖσι διατίθεσθαι, παρὰ τὸ κοινῇ κρατοῦν ἐν τῇ Ῥωμαίων πολιτείᾳ. Περὶ πάντων γὰρ εὖ βούλεσθαι φήθη, οἷς ἔργον αἰεὶ τὸ Θεῖον θεραπεύειν, καὶ φιλοσοφίαν ἀσκεῖν. Ἐπεὶ τούτου χάριν καὶ οἱ πάλοι Ῥωμαῖοι ἀδεῶς διατίθεσθαι τὰς ἐστιακάς παρθένους καὶ ἐξαετέϊς οὖσας, ἐνομοθέτησαν.

Apprendiamo che Costantino avrebbe dato libera facoltà di testare a uomini e donne consacrati a Dio — verosimilmente, vergini e vedove santimoniali e monaci, e non chierici (11) — anche qualora fossero stati impuberi (12). Lo stesso Sozomeno dice in modo netto che

op. cit., 11 ss.; KOCH, op. cit., 1734; GUIZZI, op. cit., 164 s.; DEL BASSO, *op. cit.*, 199 ss.

(10) MIGNE, PG, LXVII, 883 s. Trad. lat.: ...*Quinetiam* lege sanxit, ut qui in virginitate et continentia vitam agerent, privilegio aliquo potirentur: *liberam* ipsis facultatem largitus *tam* masculis quam feminis, licet adhuc *impuberes* essent, *testamentum* faciendi, *contra morem* qui ubique in *imperio* Romano observari. De omnibus enim rebus recte consulere ac disponere censuit eos, quibus id *unum* opus *studiumque* esset, ut *Deum* assidue *colerent*, et *philosophiae* vacarent. Nam et ob *eamdem* causam veteres Romani legem tulerunt, ut *virgines* Vestae sexto *etiam* aetatis anno *testamentum* *facere* possent.

(11) Che la disposizione non si riferisse ai chierici risulta evidente dal fatto che Sozomeno, proseguendo nel passo, si occupa separatamente dei privilegi accordati a costoro: ... τοὺς μὲν γὰρ πανταχῇ κληρικούς δέσει νόμου ἀτελεῖς ἀνῆκε... (trad. lat.: ...*Nam* et omnes ubique clericos *immunitate* donavit, lege hac de re specialiter data). E poichè si discute, in dottrina, se le diaconesse fossero annoverate o meno nell'ambito del clero (cfr. CARON, *op. cit.*, 48 ss.; GAUDEMET, *L'Eglise*, cit., 122; GORDINI, op. cit., 412; GRYSON, *op. cit.*, 77; 107 ss. e passim; VAGAGGINI, *op. cit.*, 168 ss.; MARTIMORT, *op. cit.*, 104 e passim), non è possibile stabilire se queste religiose risultassero coinvolte dal provvedimento.

(12) Il tenore complessivo del testo lascia intendere che il provvedimento riguardava, in generale, tutte le santimoniali e i monaci incapaci di testare, non solo perché impuberi, ma, ad esempio, perché alieni iuris o schiavi (sul punto, cfr. GAUDEMET, *L'Eglise*, cit., 200 s.). Sulla mancanza di testamenti factio attiva e sulle sue cause, cfr., per tutti, BONFANTE, *Corso di diritto romano*. VI. Le successioni, Milano 1973, 371 ss. Il fatto che Sozomeno ponga l'accento, soprattutto, sui religiosi impuberi, si deve, probabilmente, alla particolare eccezionalità della concessione. D'altra parte, la presenza di vergini santimoniali e monaci ancora bambini, all'epoca, costituiva un fenomeno assai diffuso e preoccupante, come attestano numerose fonti ecclesiastiche e legislative (per le vergini santimoniali, v.: BAS. epist. 199 Amphiloquio c. 18, in MIGNE, PG, XXXII, 718 s.; HIER. epist. 130, 6, in MIGNE, PL, XXII, 1111; epist. 24, in MIGNE, PL, XXII, 427 s.; PRUD. perist. 2, 521 ss., in MIGNE, PL, LX, 330; Nov. Maior. 6 pr.-3; per i monaci, v.: PRUD., *lc. ult. cit.*; conc. Trullense c. 4, in MANSI, XI, 962). La legge, ricordata anche da NICEPH. h. e. 7, 46, in MIGNE, PG, CXLV, 1322 s., è attribuita al 320 da BARONIUS, *Historiae ecclesiasticae ex illustris Caesaris Baronii S.K.E. Cardinalis*

quest'ultimo privilegio spettava alle vergini Vestali ⁽¹³⁾.

Queste due testimonianze, in letteratura, o non sono state proprio considerate, o lo sono state con sospetto.

In particolare, si dubita del fatto che Costantino abbia liberato i chierici dalla patria potestà ⁽¹⁴⁾, e ciò sulla base di una legge di Leone I, riportata in C. 1, 3, 33 (34):

Imp. Leo et Anthemius AA. Erythrio pp. Sacrosanctae orthodoxae fidei episcopi atque presbyteri, diaconi quoque, qui semel probatis moribus integritate castissima ad hunc gradum meruerint pervenire, ea, quaecumque in eodem clericali gradu locoque viventes acquirere et habere potuerint, etiamsi in patria avique aut proavi potestate constituti sunt et adhuc superstites habentur, tamquam bona propria vindicent: de his, si quando eis libitum fuerit, testandi vel donandi vel quolibet alio titulo alienandi libera facultate concessa, ut ea bona quoque tempore numquam fratribus vel sororibus aut ex his genitis conferantur, sed ad eorum filios posteros et quoscumque extraneos heredes perveniant nec a patribus avis aut proavis, sed ab ipsorum liberis tamquam praecipua vindicentur, certe his procedant, quibus ipsi id peculium vel inter vivos alienatione habita vel mortis tempore ultima et vere cognita voluntate concesserint. D. prid. non. April. Marciano cons. [a. 472].

La legge stabilisce che vescovi, presbiteri e diaconi *in potestate* possano liberamente disporre dei beni acquistati dopo l'ordinazione, sia *inter vivos*, sia per testamento ⁽¹⁵⁾. Questo dimostrerebbe inequivocabilmente, secondo l'opinione che stiamo esponendo, che vi erano

Bibliothecarii *annalibus* aliorumq. viror. illust., I, 4, Romae 1616, ad 320, 528. In questo senso, altresì, HÄNEL, *Corpus legum*, Leipzig 1875, n. 1073, 193 s.

⁽¹³⁾ La Vestale, infatti, al momento della *captio*, acquistava il ius testamenti faciendi, ancorché fosse di età compresa tra i sei e i dieci anni e perciò sicuramente impubere (GELL. 1, 12, 9; CIC. de rep. 3, 10; GAL 1, 145; PLUT. Numa 10; SOZOM. h. e. 1, 9, in MIGNE, PG, LXVII, 883 s.). Essa, viceversa, perdendo ogni legame con la propria famiglia (v. nt. 9), non poteva lasciare eredi *ab intestato* (GELL. 1, 12, 18). Per tutti, cfr. KOCH, *op. cit.*, 1734.

⁽¹⁴⁾ GAUDEMET, *L'Église*, cit., 174 con nt. 3; DE MARTINO, Storia della costituzione romana, V, Napoli 19752, 553 s., con nt. 116; MURGA, *Sobre la anómala «peculiaridad» de la constitucion C. 1, 3, 33 (34) del emperador Léon*, in IURA, 19 (1968), 44 nt. 31; 46 nt. 37; Donaciones y testamentos «in bonum animae» en el derecho romano tardio, Pamplona 1968, 228 s.

⁽¹⁵⁾ Giustiniano, nel riproporre analoghe disposizioni [C. 1, 3, 49 (50); Nov. Just. 123, 19], farà rientrare i beni dei chierici nell'ambito del peculio quasi castrense. In dottrina si è dubitato, tuttavia, che il privilegio di cui si tratta abbia conseguito ab origine tale natura. Così, MURGA, *Sobre la anómala «peculiaridad»*, cit., 39 ss.; Donaciones y testamentos, cit., 225 ss.

chierici in potestate, smentendo la testimonianza del Libro siro-romano di diritto.

Orbene, a noi pare che la legge di Leone I non costituisca un reale ostacolo a considerare plausibile il Libro siro-romano.

Anzitutto, tale legge, emanata nel 472, non consente di trarre indicazioni sicure su quel che è avvenuto un secolo e mezzo prima. E nulla esclude che Costantino abbia effettivamente dettato la disposizione che gli viene attribuita, la quale potrebbe essere stata successivamente abrogata per il prevalere di un diverso orientamento.

Crediamo poi che esista anche qualche elemento testuale il quale potrebbe suffragare questa testimonianza controversa del Libro siro-romano.

Soffermiamoci, anzitutto, su Nov. Just. 81, 3:

Πρόδηλον δέ, ὡς οὐκ ἔστιν ὁς ἀγνοεῖ πρό γε ἀπάντων τοῖς ὁσιωτάτοις ἐπισκόποις ἅμα τῇ χειροτονίᾳ καὶ τὴν αὐτεξουσιότητα προσγίνεσθαι. οἱ γὰρ πάντων ὄντες πνευματικοὶ πατέρες πῶς ἂν ὑπὸ τὴν ἐτέρων ἐξουσίαν τελοῖεν; ἀλλὰ προσήκει καὶ αὐτοὺς τῆς τοιαύτης ἀπολαύειν τιμῆς καὶ ταύτην ἐκ τῆςδε ἡμῶν τῆς νομοθεσίας καρποῦσθαι.

Giustiniano stabilisce che i vescovi, al momento dell'ordinazione, si intendono liberati dalla patria potestas. L'imperatore stesso, tuttavia, afferma che tale principio è già operante e che il suo scopo è semplicemente quello di ribadirlo nella propria legislazione. Ebbene, la presenza di una simile consuetudine⁽¹⁶⁾ dimostra che da tempo, nella prassi, si era imposta l'esigenza che i religiosi (o, per lo meno, i loro massimi esponenti) fossero sottratti alla patria potestà. Ciò rende maggiormente plausibile che anche Costantino si sia fatto interprete di questa esigenza e non ci pare azzardato supporre che la consuetudine di cui parla Giustiniano affondasse le proprie radici in questa stessa, remota, disposizione.

D'altra parte, la testimonianza del Libro siro-romano di diritto sembrerebbe sostenuta anche da ciò che riferisce Sozomeno⁽¹⁷⁾. Difatti, se è vero quel che si ricava dalla storia della Chiesa, e cioè che

(16) Che Giustiniano faccia riferimento ad una consuetudine, e non ad una norma legislativa, è reso evidente dal fatto che, solo pochi anni prima, l'imperatore si era occupato, a sua volta, dei beni dei vescovi in potestate [C. 1, 3, 49 (50)]. E ciò dimostra che costoro, come al tempo di Leone I (v. retro), soggiacevano, per diritto, alla patria potestà. In argomento, cfr. BONFANTE, Corso di diritto romano, I. Diritto di famiglia, Milano 1963, 180 nt. 2. Per MURGA, Sobre la andmala «peculiaridad», cit., 44 nt. 31; Donaciones y testamentos, cit., 228 s., Lib. Syr. Rom. 117, rimanderebbe proprio ad una prassi di questo tipo e non già ad una precedente legge di Costantino.

(17) SOZOM. h. e. 1, 9. V. retro.

Costantino avrebbe limitato il privilegio di testare alle sole santimoniali e ai monaci incapaci, non facendo menzione dei chierici⁽¹⁸⁾, data la grande importanza di questi ultimi, si deve credere che costoro fossero già in grado, normalmente, di fare testamento⁽¹⁹⁾. E, verosimilmente, essi godevano di tale facoltà per il fatto di essere già stati sottratti alla *patria potestas*⁽²⁰⁾.

In questa luce, pertanto, non ci pare affatto improbabile che Costantino abbia liberato i chierici dalla patria potestà⁽²¹⁾ e che, nel fare questo, abbia avuto di mira le Vestali e la loro condizione giuridica.

3. Il modello della Vestale, come lo era, forse, ai provvedimenti di Costantino (dei quali si è conservata la tenue traccia or ora evidenziata), così pare sottostante agli analoghi provvedimenti di Leone I e Giustiniano di cui abbiamo dato conto. Il primo, sembra voler riproporre, con riferimento ai chierici maggiori, la piena capacità patrimoniale e il *ius testamenti faciendi* della sacerdotessa⁽²²⁾. E così Giustiniano, nel dichiarare libero da potestà il vescovo, riecheggia a sua volta una prerogativa di Vestali e *Flamines Diales*⁽²³⁾.

(18) V. nt. 11.

(19) Riesce difficile credere, infatti, che Costantino abbia privilegiato, così apertamente, le santimoniali e i monaci rispetto ai chierici, quando, all'apposto, sono stati sempre questi ultimi a godere di maggiori favori da parte del legislatore (v. nt. 5). È assai più probabile, dunque, che egli abbia tralasciato di attribuire ai chierici il privilegio in discorso perché costoro erano già liberi, normalmente, di fare testamento.

(20) Anche nell'età di Costantino, come è noto, presupposto essenziale per avere libera facoltà di testare è il fatto di essere sui *iuris*. I figli di famiglia, all'opposto, non hanno che una limitata disposizione sui beni del peculio castrense e quasi castrense (BONFANTO, *Corso di diritto romano*. VI. Le successioni, cit., 373 s.). È probabile che la liberazione dalla patria potestà comportasse, in effetti, la piena capacità di testare per la quasi totalità dei chierici, se è vero che l'ordinazione risultava pressoché interdetta ad ulteriori categorie di persone prive della testamenti *factio* attiva, quali gli schiavi (GAUDEMET, *L'Église*, cit., 136 ss.) o gli affetti da malattie fisiche e mentali (GAUDEMET, *L'Église*, cit., 127 ss.). E così, la presenza di impuberi, tra i chierici, doveva limitarsi al grado di lettore (GAUDEMET, *L'Église*, cit., 124 ss.).

(21) La norma dovrebbe precedere, logicamente, quella riferita da SOZOM. h. e., I, 9. È possibile, tuttavia, che le due disposizioni siano state introdotte col medesimo provvedimento.

(22) C. 1, 3, 33 (34). V. retro, con nt. 13. Provvedimenti del tutto analoghi saranno presi anche da Giustiniano [C. 1, 3, 49 (50); Nov. Just. 123, 19]. Sul punto, cfr. MURGA, Sobre la *anómala* «peculiaridad», cit., 60 ss.; Donaciones y testamentos, cit., 299 ss.

(23) Nov. Just. 81, 3. V. retro, con nt. 9. L'analogia è rilevata da CUJACIO, Notae in *Titulos* XXIX Ulpiani, ad Tit. X, in Opera, VI, Par. Fabrot. ed., Prati 1893, 222 nt. 1.

Ma sempre nel quinto e nel sesto secolo (tra parentesi notiamo la mancanza di notizie per il periodo successivo a Costantino), la medesima tendenza si manifesta sotto ulteriori profili.

Soffermiamoci su una costituzione di Marciano, riportata in C. 1, 3, 25, 1b e attribuita al 456⁽²⁴⁾:

Quod si lis diversorum (excepto reverentissimo oeconomo) clericorum, quae agitata sit, memoratam summam videtur excedere, clericus lite pulsatus det executori pro residua quantitate cautionem suam: cui nullum tamen insertum erit iusiurandum, quia ecclesiasticis regulis et canone a beatissimis episcopis antiquitus instituto clerici iurare prohibentur.

Si dice che il chierico, convenuto in via esecutiva, quando la causa ecceda il valore di cinquanta libbre d'oro⁽²⁵⁾, è tenuto a fornire la cautio, ma non è tenuto a prestare giuramento. La medesima regola, per le cause civili, è riproposta da Nov. Just. 123, 21, 2, con riferimento ad ogni persona consacrata a Dio. Marciano sottolinea che la norma è conforme alle regole ecclesiastiche e ad un antico precetto dell'episcopato⁽²⁶⁾, ma ciò non toglie che essa presenti una forte analogia con una disposizione attribuita all'editto perpetuo, che avrebbe dispensato Vestali e *Flamen Dialis* dal giuramento⁽²⁷⁾.

4. Infine, ci pare che il ricordo della Vestale e della disciplina dell'incestum⁽²⁸⁾ abbia particolarmente influenzato, in progresso di tempo, il regime della corruzione e, soprattutto, del matrimonio delle donne consacrate a Dio⁽²⁹⁾.

Il matrimonio e, addirittura, la semplice sollecitazione alle nozze di queste donne, sono anzitutto oggetto di persecuzione criminale, per lo meno a partire da una legge di Gioviano, emanata nel 364 e ripo-

(24) KRÜGER, ad C. 1, 3, 25.

(25) Ciò si ricava dal precedente paragrafo 1.

(26) Circa i possibili precedenti canonistici della disposizione di Marciano, cfr. BIONDI, *op. cit.*, III, 411 s., con letteratura ivi riportata.

(27) GELL. 10, 15; SEN. contr. 6, 8. Cfr. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, Leipzig 1927³, 236. L'analogia che si realizza tra Vestali e Flamini, da un lato, e chierici, dall'altro, è notata da CUJACIO, *In Zh XVIII Pauli ad edictum recitationes solennes*, in Opera, V, cit., 350.

(28) Sull'incestum della Vestale, cfr., tra gli altri: ARON, *op. cit.*, 32 ss.; SANTINELLI, *op. cit.*, 70 ss.; GIANNELLI, *op. cit.*, 79 ss.; KOCH, *op. cit.*, 174⁷ ss.; GUIZZI, *op. cit.*, 141 ss.; CORNELL, Some observations on the «crimen incesti», in *Le délit religieux dans la cité antique*, Roma 1981, 27 ss.

(29) In argomento, cfr. DESANTI, Sul matrimonio di donne consacrate a Dio nel diritto romano cristiano, di prossima pubblicazione in SDHI, 53 (1987).

tata in CTh. 9, 25, 2 ⁽³⁰⁾. Tale disciplina, che parrebbe riguardare, dapprima, le sole vergini santimoniali ⁽³¹⁾, si estende in seguito anche al caso delle vedove votate a Dio ⁽³²⁾ e, nell'età di Giustiniano, pure a quello delle diaconesse ⁽³³⁾. C'è però da dire che, in un primo tempo, è sanzionato soltanto lo sposo o il corteggiatore ⁽³⁴⁾; la donna, viceversa, ancorché consenziente, risulta immune da ogni sanzione ⁽³⁵⁾.

A questo punto, la regolamentazione dell'illecito è ancora piuttosto lontana da quella dell'*incestum* della Vestale che, come è noto, comportava conseguenze ben più tragiche a carico della sacerdotessa, mandata a morire sepolta viva ⁽³⁶⁾. Tuttavia, nel corso del sesto secolo, si perviene ad una svolta.

La Lex romana *Burgundionum* stabilisce, anzitutto, che tanto la religiosa quanto il suo sposo siano condannati a morte, salvo la possibilità di una grazia principale beneficio ⁽³⁷⁾. La medesima tendenza

(30) CTh. 9, 25, 2 = IMP. IOVIANVS A. AD SECVNDVM P(RAE)FECTVM P(RAE)TORIO. Si quis non dicam rapere, sed vel attemptare matrimonii iungendi causa sacratas virgines vel viduas ausus fuerit, capitali sententia ferietur. DAT. ANTIOCHIAE IOVIANO A. ET VARRONIANO CONSS. (364 Febr. 19).

(31) Poiché il testo di CTh. 9, 25, 2 risulta corrotto, non è ben chiaro se la costituzione riguardasse vergini e vedove santimoniali o le vergini soltanto. MOMMSEN, ad CTh. 9, 25, 2, propende per la prima interpretazione: a noi pare invece che numerosi elementi di prova rendano maggiormente plausibile la seconda (cfr. DESANTI, *op. cit.*). Né a favore dell'opinione di Mommsen si può invocare il criterio della Zectio difficilior. Alle sole vergini santimoniali fa riferimento anche la successiva disposizione di Onorio, riportata in CTh. 9, 25, 3.

(32) Ciò si desume dall'inscriptio del titolo 9, 25 del Teodosiano De raptu vel matrimonio sanctimonialium virginum v2 vidarum ove, per l'appunto, si chiamano in causa anche le vedove. La stessa conclusione si può trarre con riferimento alle leggi romano-barbariche, argomentando dalle inscriptiones del titolo 9, 20 De raptu v2 matrimonio sanctimonialium virginum v2 viduarum della Lex romana Visigothorum e del titolo 9 De raptibus virginum et viduarum della Lex romana Burgundionum, che contengono disposizioni in materia. Sul punto, cfr. DESANTI, *op. cit.*

(33) Ciò si desume, in particolare, da Non. Just. 6, 6 e da Nov. Just. 123, 43 (v. *infra*). In argomento, cfr. DESANTI, *op. cit.*

(34) Egli è punito capitali sententia e cioè, verosimilmente, con la morte in CTh. 9, 25, 2 (BESANTI, *op. cit.*, in part. nt. 23); con la *deportatio* in CTh. 9, 25, 3; di nuovo con la morte in Nov. Maior. 6, 4 e, a quel che sembra, in C. 1, 3, 5 (cfr. DESANTI, *op. cit.*, con nt. 69).

(35) Così, in CTh. 9, 25, 2; CTh. 9, 25, 3; Nov. Maior. 6, 4; C. 1, 3, 5. In argomento, cfr. DESANTI, *op. cit.*

(36) DION. HAL. ant. 2, 67, 4; PLUT. Numa 10; *quaest. Rom.* 96; ZONAR. 7, 8, 7; PLIN. ep. 4, 11, 6 ss. Sul punto, da ultimo, HAMPL, *Zum Ritus des Lebendigbegrabens von Vestalinnen*, in *Festschrift für R. Muth zum 65 Geburtstag*, Innsbruck 1983, 165 ss. Viceversa, vi è corrispondenza tra le dure pene inflitte al seduttore della religiosa cristiana (v. nt. 34) e la sanzione prevista per il complice della Vestale il quale, come è noto, veniva condannato a morte per fustigazione (FEST. p. 241 M.; LIV. 22, 57, 3).

(37) L. rom. Burg. 9,4 = Quod si devotam Deo puellam raptor abduxerit,

emerge pure da talune epitomi del *Breviarium* ⁽³⁸⁾ e trova infine la massima espressione in Nov. Just. 6, 6:

...Βουλόμεθα δὲ καὶ αὐτὰς τὰς ἐπὶ τὴν χειροτονίαν ἀγομένας διακόνους εἴτε ἐκ χηρείας εἴτε ἐκ παρθενίας μὴ τινὰς συνόντας ἔχειν ἐν τάξει δῆθεν ἀδελφῶν ἢ συγγενῶν ἢ τῶν καλουμένων ἀγαπητῶν· τοῖς γὰρ τοιούτοις ὀνόμασι χρώμεναι πάσης πονηρᾶς ὑποψίας τὸν ἑαυτῶν πληροῦσι βίον· ἀλλ' ἢ καθ' ἑαυτὰς οἰκεῖν ἢ γονεῦσι μόνοις καὶ παισὶν ἢ ταῖς ἀληθείαις ἀδελφοῖς ἢ θείοις συνεῖναι, ἐφ' ὧν εἴ τις ὑποπτεῦσαι τι τολμήσειε πονηρόν, αὐτὸς ἀνόσιός τε ἄμα καὶ ἀσεβὴς εἰκότως νομισθῆσεται. ὥστε εἰ λέγοιτό τι τοιοῦτο περὶ τινος τῶν εἰς διακονίσσης χειροτονίαν ἐμβαίνειν βουλομένων, ὥς τινι σύνεστιν ἐσχηματισμένη μὲν ἀγαθῇ προσηγορίᾳ, πονηρᾷ δὲ ὑποψίᾳ, οὐδὲ τὴν τοιαύτην γυναῖκα προσέειναι παντελῶς εἰς χειροτονίαν διακονίας· ἐπειδὴ κὰν εἰ χειροτονηθῇ, καὶ τι τοιοῦτο πράξειε καὶ συνοικίῃ τινι μετὰ τοῦ ῥηθέντος ὀνόματος ἢ σχήματος, ἐκπεσεῖται μὲν τῆς διακονίας, καὶ αὐτὴ δὲ κάκεινος ὑπεύθυνος ἔσονται τῷδε ἡμῶν τῷ νόμῳ, καὶ τοῖς λοιποῖς τοῖς τοῦς φθορέας κολάζουσι. Δεῖ δὲ πάσας τὰς χειροτονουμένας εὐλαβεστάτας διακόνους καὶ αὐτὰς κατὰ τὸν τῆς χειροτονίας καιρὸν καὶ νουθετεῖσθαι καὶ τῶν ἱερῶν ἀκούειν παραγγελμάτων ἐπὶ τῶν λοιπῶν τῶν ἤδη οὓτων εὐλαβεστάτων διακόνων, ὥστε αὐτὰς καὶ τὸ τοῦ θεοῦ δέος ἐχούσας καὶ τὴν προσοῦσαν τοῖς ἱεροῖς παραγγέλμασι παρρησίαν φοβεῖσθαι τε καὶ αἰσχύνεσθαι τῆς ἱερᾶς ἐκπεσεῖν τάξεως, εἰδυίας ὥς, εἰ θαρρήσανεν ἢ καταισχύναι τὴν χειροτονίαν ἢ ἀπολιποῦσαι τὴν ἱερὰν χειροτονίαν προεμιλῆσαι γάμοις ἢ ἄλλην ὅλως ἐλέσθαι βίου ποιηρὰν πορείαν, αὐταὶ τε ἔνοχοι γενήσονται θανάτου καὶ τὰ τῆς περιουσίας αὐτῶν προσκυρωθήσεται ταῖς ἀγιωτάταις ἐκκλησίαις ἢ τοῖς μοναστηρίοις, ἐν οἷς εἰσιν. Οἳ τε ταύτας φθεῖραι ἢ γῆμαι θαρρήσαντες ὑπεύθυνοι μὲν καὶ αὐτοὶ ξίφους ἔσονται, τὴν δὲ οὐσίαν αὐτῶν καθέξει τὸ δημόσιον. εἰ γὰρ ἐν τοῖς πάλαι νόμοις τοῖς παρ' ἐκείνοις εἰς τὴν αὐτῶν πλάνην καλουμέναις παρθένοις θάνατος ἐπὶ τὴν ἢ ζημία φθαρείσαις, πῶς οὐ μᾶλλον ἡμεῖς τοῦτο ἐπὶ τῶν τάληθι περὶ θεοῦ δοξαζουσῶν ὀριοῦμεν, τὴν σωφροσύνην, ἢ μάλιστα γυναῖκας κοσμεῖ, φυλάττεσθαι βουλόμενοι διαφερόντως ἐπὶ τῶν εὐλαβεστάτων διακονισσῶν, ὅπως ἂν τό τε πρέπον τῇ φύσει φυλάττοιεν τό τε ὀφειλόμενον τῇ ἱερωσύνῃ τηροῖεν.

et de coniunctioni viri illa consenserit, filii ex tali conditione nati, punitis his secundum legem Theodosiani ad Secundum praefectum praetorio datam, qui se taliter coniunxerint, in hereditatem non veniant; quibus etiam si principali beneficio praestatur vita, filios legitimos in potestate habere non possunt, nec eorum hereditatem quoquo modo vindicare; sed facultas ipsa proximis parentibus adquirenda.

⁽³⁸⁾ Cfr. HÄNEL, nt. b ad epit. Aeg., ad Brev. 9, 20, 2; nt. e ad epit. S. Gall., ad Brev. 9, 20, 2, in *Lex romana Visigothorum*, Leipzig 1848, 194 s.

Si puniscono, con uguale rigore, la convivenza sospetta, la corruzione e le nozze della diaconessa; tanto la donna quanto il suo complice sono condannati a morte e alla confisca dei beni. Ciò che, tuttavia, ci preme di mettere in evidenza, è quanto Giustiniano afferma in chiusura del capitolo. Qui si legge che le diaconesse corrotte debbono essere mandate a morte perché tale punizione era riservata anche alle antiche vergini che professavano una falsa fede. Ebbene, nel giustificare il rigore del provvedimento, Giustiniano rimanda senza dubbio alle Vestali e alla disciplina dell'*incestum* ⁽³⁹⁾ e, nel fare ciò, mostra di riconoscervi, implicitamente, le radici della sua regolamentazione.

Con la Novella 123 l'imperatore ritornerà in parte sui suoi passi, disponendo per la diaconessa, come per ogni altra religiosa, la reclusione in convento, anziché la pena di morte ⁽⁴⁰⁾. Non di meno, egli non rinuncerà al principio secondo cui anche la donna dev'essere colpita da sanzioni.

C'è poi da dire che le unioni delle donne consacrate a Dio risultano assimilate all'*incestum* anche sotto un altro profilo. Infatti, alcuni indizi parrebbero suggerire che tali unioni venissero equiparate, quanto agli effetti, alle incestae *nuptiae* ⁽⁴¹⁾. E facciamo anzi notare che Giustiniano, con una legge riportata in C. 1, 3, 44 ⁽⁴⁵⁾, proclamerà *incestae vel nefariae* anche le nozze dei chierici maggiori, successive all'ordinazione ⁽⁴²⁾.

(39) La circostanza è altresì rilevata da GRAYSON, *op. cit.*, 124.

(40) Nov. Just. 123, 43 = Εἴ τις ἀρπάσει ἢ ὑπονοθεύσει ἢ διαφθείρῃ ἀσκήτριαν ἢ διακόνισσαν ἢ μονάστριαν ἢ ἄλλην οἰανοῦν γυναῖκα εὐλαβῆ βίον 4 σχῆμα ἔχουσαν, τὰ τοῦτου πράγματα καὶ τῶν τοῦ τοιούτου μύσους αὐτῷ μετασχόντων κελεύομεν τῷ εὐαγεῖ τόπῳ, ἐν ᾧ ἡ τοιαύτη γυνὴ ὤκει, διὰ τῶν κατὰ τόπον ὁσιωτάτων ἐπισκόπων καὶ τῶν οἰκονόμων αὐτῶν, οὐ μὴν ἀλλὰ καὶ τῶν ἐκάστης ἐπαρχίας ἀρχόντων καὶ τῶν αὐτῶν τάξεων ἐκδικεῖσθαι, τοὺς δὲ τὰ τοιαῦτα πλημμελήσαντας καὶ τοὺς μετασχόντας αὐτῶν τὸν εἰς κεφαλὴν κίνδυνον ὑπομένειν, τὴν δὲ τοιαύτην γυναῖκα πανταχοῦ ἀναζητεῖσθαι καὶ μετὰ τῶν ἰδίων πραγμάτων ἐν μοναστηρίῳ ἐμβάλλεσθαι, ἐν ᾧ ἀσφαλέστερον φυλάττεσθαι δύναται, ἵνα μὴ καὶ πάλιν ἐν τῷ αὐτῷ ἐγκλήματι εὐρεθῇ. εἰ μέντοιγε διακόνισσα εἴη καὶ παῖδας ἔχοι νομίμους, τὸ νόμιμον μέρος δίδοσθαι τοῖς παισίν. εἰ δὲ εἴσω ἐνὸς ἐνιαυτοῦ μετὰ τὸ γτωσθῆναι τὸ τοιοῦτο μῦσος τὰ τοιαῦτα πράγματα παρὰ τῶν εὐαγῶν οἴων μὴ ἐκδικηθῇ. κελεύομεν πᾶσι τρόποις τὸν κόμητα τῶν πριβάτων τῷ ἡμετέρῳ φίλῳ ταῦτα προσκυροῦν, τοῦ τῶν τόπων ἀρχοντος τοῦ ἀμελήσαντος τὰ αὐτὰ πράγματα ἐκδικηθῆναι τῆς ζώνης ἀφαιρουμένου καὶ πρόστιμον ἐ χρυσίου λιτρῶν ὑπὸ τοῦ κόμητος τῶν πριβάτων εἰσπραττομένου.

(41) Anzitutto, L. rom. Burgund. 9, 4 attribuisce alle nozze delle donne consacrate gli stessi effetti delle nozze incestuose (illegittimità dell'unione; reciproca incapacità successoria tra genitori e figli). Inoltre, schol. Ἀσύστατος μὲν ἐστὶ ad B. 60, 37, 15 (HEIMB., 5, 723) afferma espressamente che le nozze con la monaca sono *nefariae* come quelle con la cognata. Sul punto, cfr. DESANTI *op. cit.*

(42) Cfr. DESANTI *op. cit.*

5. L'orientamento legislativo che abbiamo messo in luce è tanto più singolare, in quanto lo si rapporti a un dibattito che si accende tra i Padri della Chiesa, in evidente polemica col mondo pagano, soprattutto alla fine del quarto secolo, inizi del quinto ⁽⁴³⁾.

Si discute il confronto tra Vestali e vergini cristiane ⁽⁴⁴⁾. Principali protagonisti sono Ambrogio ⁽⁴⁵⁾ e Prudenzio ⁽⁴⁶⁾ i quali, negando ogni affinità tra le due istituzioni, ne sottolineano solamente talune divergenze, che possiamo riassumere così: 1) la Vestale viene *capta* contro il suo volere, in tenera età; la vergine cristiana assume spontaneamente il suo voto (*); 2) la Vestale è comprata con premi e privilegi; la vergine cristiana no ⁽⁴⁸⁾; 3) la Vestale assiste a spettacoli cruenti e indecorosi; la vergine cristiana li rifugge ⁽⁴⁹⁾; la Vestale è casta a tempo determinato; la vergine cristiana per sempre ⁽⁵⁰⁾; 5) la purezza

(43) Va notato che proprio in questo periodo di tempo si fa più acuto il conflitto tra cristiani e pagani che, come è noto, finirà con la sconfitta di questi ultimi. In argomento, cfr., in particolare, Il conflitto tra *paganesimo* e *cristianesimo* nel secolo IV. Saggi a cura di A. Momigliano, trad. ital., Torino 1975.

(44) C'è da dire che gli echi di un simile confronto si rinvengono anche in epoca anteriore o posteriore. Si vedano, ad esempio: MIN. FEL. 25, in MIGNE, PL, III, 319; ORIG. c. *Cels.* 7, 48, in MIGNE, PG, XI, 1490; AUG. nupt. et concup. 1, 4, in MIGNE, PL, XLIV, 415 ss. Non vi è dubbio, tuttavia, che presso tali Autori il dibattito assume toni maggiormente pacati. E qualcuno, anzi, non manca di porre l'accento sulla verginità delle Vestali e di altre sacerdotesse pagane, mostrando così di riconoscerli, ancorché inconsapevolmente, un elemento comune a vecchie e nuove istituzioni (TERT. *castit.* 13, in MIGNE, PL, II, 928 ss.; monog. 17, in MIGNE, PL, II, 952 ss.; HIER. epist. 123, 8, in MIGNE, PL, XXII, 1051 s.).

(45) AMBR. *virg.* 1, 4, 15, in MIGNE, PL, XVI, 192 s.; *virginit.* 3, 13, in MIGNE, PL, XVI, 269; epist. 1, 18, 11-12, in MIGNE, PL, XVI, 975. Va ricordato che l'Autore cristiano, in prima linea nella lotta contro il paganesimo, aveva combattuto Q. Aurelio Simmaco e il suo tentativo di far ripristinare l'Ara della Vittoria e i privilegi tolti alle Vestali (v. SYMM. *rel.* 3, in MIGNE, PL, XVI, 965 ss.). In argomento, cfr.: PALANQUE, Saint Ambroise et l'Empire romain. *Contribution à l'histoire des rapports de l'Eglise et de l'Etat à la fin du quatrième siècle*, Paris 1933, in part. 115 ss. e 355 ss.; DIHLE, *Zum Streit um den Altar der Viktoria*, in *Romanitas et Christianitas*. Studia I.H. Waszink, Amsterdam 1973, 81 ss.; LAURIA, De ara victoriae *virginibusque* vestalibus, in *SDHI*, 50 (1984), 235 ss.

(46) PRUD. c. Symm. 2, 1055 ss., in MIGNE, PL, LX, 265 ss. Va notato che le considerazioni di Prudenzio in ordine alle Vestali traggono occasione dalla lotta contro Q. Aurelio Simmaco e i suoi tentativi di restaurazione dei privilegi pagani. V. nt. 45, con letteratura ivi riportata.

(47) AMBR. *virg.* 1, 4, 15, in MIGNE, PL, XVI, 193; *virginit.* 3, 13, in MIGNE, PL, XVI, 269; epist. 1, 18, 11, in MIGNE, PL, XVI, 975; PRUD. c. Symm. 2, 1065 ss., in MIGNE, PL, LX, 266 s.

(48) AMBR. *virg.* 1, 4, 15, in MIGNE, PL, XVI, 193; *virginit.* 3, 13, in MIGNE, PL, XVI, 269; epist. 1, 18, 11-12, in MIGNE, PL, XVI, 975.

(49) AMBR. *virg.* 1, 4, 15, in MIGNE, PL, XVI, 193; PRUD. c. Symm. 2, 1090 ss., in MIGNE, PL, LX, 271. s.

(50) AMBR. *virg.* 1, 4, 15, in MIGNE, PL, XVI, 193; epist. 1, 18, 11-12, in MIGNE, PL, XVI, 975; PRUD. c. Symm. 2, 1077 ss., in MIGNE, PL, LX, 268 s.

della Vestale è esteriore, è solamente castità del corpo; quella della vergine cristiana è purezza dello spirito⁽⁵¹⁾.

Questa sequenza di argomenti, apparentemente inoppugnabili⁽⁵³⁾, è forse insufficiente a sostenere l'assunto dei *Patres* (e di buona parte della moderna dottrina)⁽⁵³⁾ e cioè, è bene ripeterlo, che le vergini cristiane non hanno nessun punto in comune con le Vestali.

A parte il fatto che talune delle rilevate contrapposizioni tendono ad affievolirsi nella prassi (così, assai spesso, le vergini cristiane erano consacrate forzatamente, in tenera età, come le Vestali⁽⁵⁴⁾ e queste ultime, quasi sempre, si mantenevano caste fino alla morte, come le santimoniali⁽⁵⁵⁾), siamo dell'idea che i Padri della Chiesa pongano

(51) AMBR. virg. 1, 4, 15, in MIGNE, PL, XVI, 193; virginit. 3, 13, in MIGNE, PL, XVI, 269; PRUD. c. *Symm.* 2, 1071, in MIGNE, PL, LX, 267.

(52) Non vi è dubbio che la Vestale veniva capta indipendentemente dalla sua volontà (GELL. 1, 12, 15 s.; LIV. 27, 8, 7), tra i sei e i dieci anni (GELL. 1, 21, 2; SOZOM. h. e. 1, 9, in MIGNE, PG, LXVII, 883 s.). In origine, a quel che sembra, la scelta e l'investitura erano rimesse al re; in seguito, al Pontefice Massimo, secondo le condizioni volute dalla lex Papia, peraltro di incerta data. Sulle modalità del reclutamento e i requisiti necessari per l'accesso al sacerdozio cfr., per tutti, KOCH, *op. cit.*, 1744 ss.; GUIZZI, *op. cit.*, 67 ss.; DEL BASSO, *op. cit.*, 180 ss. Alla sacerdotessa, inoltre, erano effettivamente attribuiti grandi privilegi e onori (cfr., per tutti, KOCH, *op. cit.*, 1734 s.; 1752; GUIZZI, *op. cit.*, 181 ss.). Ancora, è senz'altro vero che la Vestale prendeva parte a spettacoli pubblici, anche cruenti, quali i *ludi gladiatorii* (Cic. Mur. 35, 73; cfr. KOCH, *op. cit.*, 1752) e che, trascorsi trent'anni, poteva abbandonare il sacerdozio per passare a nozze (GELL. 7, 7, 4; DION. HAL. ant. 2, 67; PLUT. Numa 10; SYMM. epist. 9, 108; cfr. KOCH, *op. cit.*, 1733. V., tuttavia, nt. 55). Così, è esatto affermare che la vergine cristiana, all'opposto, avrebbe dovuto assumere spontaneamente il suo voto, in età sufficientemente matura (VIZMANOS, *op. cit.*, 147 s.; METZ, *op. cit.*, 199 ss.; GAUDEMET, *L'Église*, cit., 206 s. V., tuttavia, nt. 12), conduceva una vita povera e ritirata (GAUDEMET, *L'Église*, cit., 210 s.; GORDINI, *op. cit.*, 410), era tenuta ad una castità perpetua [DE MEESTER, *De monachico statu iuxta disciplinam byzantinam. Statuta selectis fontibus et commentariis instructa*, Roma 1942; FOLGUERA, *De personis Deo consecratis tarnquam impedimentum matrimoniale*, in *Revista Española de Derecho canonico*, 11/3 (1956), 713 ss.]. Pare invece del tutto infondato sostenere che la castità della Vestale fosse meramente esteriore. Si è rilevato, infatti, che essa non rappresentava una semplice prescrizione rituale, bensì l'elemento fondamentale per stabilire e mantenere rapporti con la divinità. Per tutti, cfr. DEL BASSO, *op. cit.*, 173 ss., con letteratura ivi riportata.

(53) VIZMANOS, *op. cit.*, 68 ss.; SCHILLING, *Vestales et vierges chrétiennes dans la Rome antique*, in *Revue de Sciences Religieuses*, 35 (1961), ora in *Rites, cultes, dieux de Rome*, Paris 1979, 166 ss. Su posizioni diverse sembrano assestarsi, viceversa, ARON, *op. cit.*, 46 con nt. 2; BEARD, *The sexual status of vestal virgins*, in *The Journal of Roman Studies*, 70 (1980), 26 con nt. 117.

(54) V. nt. 12 con fonti ivi riportate. Al riguardo si deve osservare che anche le Vestali, nell'età del principato, venivano spesso offerte dalle famiglie (TAC. ann. 2, 86; SUET. Aug. 31; GELL. 1, 12, 12; cfr. KOCH, *op. cit.*, 1744; GUIZZI, *op. cit.*, 68 ss.).

(55) Si riteneva, infatti, che la Vestale passata a nozze incorresse in un de-

l'accento su divergenze, tutto sommato, di contorno, come per sfuggire inconsapevolmente le più profonde affinità.

Essi, in particolare, non mettono in rilievo che tanto le Vestali, quanto le vergini cristiane, rivestono l'ambiguo ruolo di vergini e spose nello stesso tempo: le prime, congiunte alla divinità tramite la persona del Pontefice Massimo; le seconde, legate a Cristo da un matrimonio mistico⁽⁵⁶⁾.

Si tratta, evidentemente, di una analogia che tocca la stessa essenza dei due istituti e che produce, a sua volta, ulteriori somiglianze. E così, la comune condizione di vergini-spose si riflette nei riti di consacrazione, modellati, in entrambi i casi, su quelli delle nozze. La *captio* della Vestale, infatti, si ispira all'arcaica forma di matrimonio per ratto⁽⁵⁷⁾; la consacrazione della vergine cristiana riprende, invece, la forma usuale, più evoluta, del matrimonio romano⁽⁵⁸⁾. Tra l'altro, sempre in ricordo di arcaici usi nuziali, alla Vestale vengono tagliati i capelli⁽⁵⁹⁾ e tale consuetudine sarà adottata, dapprima nel rito orientale, anche per le vergini cristiane⁽⁶⁰⁾. Ancora, tanto le Vestali, quanto le vergini cristiane, indossano un velo (le prime, il *suffibulum*; le seconde, il *flammeum*), esattamente come le nubende⁽⁶¹⁾.

stino avverso e ciò rendeva estremamente raro il ricorso all'*exauguratio* (TAC. *ann.* 2, 86; CIL 7, 2128; cfr. KOCH, *op. cit.*, 1733).

⁽⁵⁶⁾ Si è a lungo discusso, in dottrina, se la Vestale rivestisse il ruolo di vergine o di matrona di Stato e cioè di *filia familiae* o di *uxor*, rispetto al Pontefice Massimo. Per la prima opinione, cfr.: BOUCHÉ-LECLERCQ, *Les Pontifes de l'ancienne Rome*, Paris 1871, 292; MOMMSEN, *Romisches Forschungen*, Berlin 1864, I, 80; *Romisches Staatsrecht*, II.1, Graz 1952³, 54; MARQUARDT, *Le culte chez les Romains*, I, Trad. franc., Paris 1889, 379; KOCH, *op. cit.*, 1742 ss.; HOMMEL, *op. cit.*, 403 ss. Per la seconda, cfr., tra gli altri: JORDAN, *Der Tempel der Vesta und das Haus der Vestalinnen*, Berlin 1886, 47 ss.; DRAGENDORFF, *Die Amtstracht der Vestalinnen*, in *Rheinisches Museum für Philologie*, 51 (1896), 281 ss.; WISSOWA, *Religion und Kultus der Römer*, München 1912, 509 con nt. 5; ARON, *op. cit.*, 40 ss.; SANTINELLI, *op. cit.*, 73 ss.; MAY, *op. cit.*, 9; GIANNELLI, *op. cit.*, 55 ss. In realtà, il ruolo della Vestale si presenta fortemente ambiguo. Infatti, qualcuno ha messo in evidenza, a nostro parere giustamente, che essa è, nello stesso tempo, vergine e sposa, rispetto al Pontefice Massimo. Così: BRELICH, *Vesta*, Zürich 1949, 57 ss.; GUIZZI, *op. cit.*, 106 ss.; DEL BASSO, *op. cit.*, 196 ss.; BEARD, *op. cit.*, 12 ss., che nella sacerdotessa ravviserebbe, addirittura, anche taluni caratteri propriamente maschili.

⁽⁵⁷⁾ In argomento, cfr.: ARON, *op. cit.*, 44 ss.; SANTINELLI, *op. cit.*, 63; GIANNELLI, *op. cit.*, 55; GUIZZI, *op. cit.*, 137 ss.

⁽⁵⁸⁾ Cfr., per tutti, VIZMANOS, *op. cit.*, 159 ss.; METZ, *op. cit.*, 117 ss.

⁽⁵⁹⁾ PLIN. *nat.* 16, 235; PAUL. *p.* 57 M. Cfr. KOCH, *op. cit.*, 1746.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. WAWRYK, *Initiatio monastica in Liturgia Byzantina*, Roma 1968, 59; 62; 70. L'analogia è rilevata da LIPSIVS, *op. cit.*, c. 12, 647.

⁽⁶¹⁾ Durante le cerimonie, le Vestali erano ricoperte da un velo bianco, il *suffibulum* (FEST. *p.* 348 M.; cfr. KOCH, *op. cit.*, 1743). Alle vergini cristiane, viceversa, era imposto il *flammeum* che, secondo l'opinione prevalente, per lo meno alle origini, sarebbe stato di colore giallo-rosso [SCHILLING, *Le voile de consé-*

Infine, va osservato che entrambe sono sottoposte, rispettivamente, all'autorità del Pontefice Massimo⁽⁶²⁾ e del vescovo⁽⁶³⁾ ed è probabile che anche questa circostanza rimandi alla comune concezione di vergini-spose⁽⁶⁴⁾.

6. Forse, dunque, le dichiarazioni dei Padri della Chiesa non sono del tutto obiettive. In realtà, nonostante le inevitabili divergenze, la Vestale presenta non pochi punti di contatto con la vergine cristiana⁽⁶⁵⁾. E, anzi, proprio l'affannarsi dei Padri nel sottolineare le distanze, dimostra che tale analogia era fortemente avvertita nella società del tempo e, probabilmente, non soltanto da parte pagana, ma dagli stessi Autori cristiani che si sforzavano di negarla⁽⁶⁶⁾. D'altro canto, la grande attenzione dedicata da questi Autori alla figura della

cratation dans l'ancien rit romain, in *Revue des Sciences Religieuses*, Mélanges Andrieu, Strasbourg 1956, ora in *Rites, cultes, dieux de Rome*, cit., 154 ss., in particolare nt. 3; Le flammeum, *voile sacré, voile profane*, in *Revue des Études Latines*, 34 (1957), 67 s.). Anche le nubende, come è noto, indossavano un velo giallo-rosso, detto flammeum, al quale sembrerebbero ispirarsi tanto l'analogo flammeum delle santimoniali (SCHILLING, *Le voile*, cit., 160 ss.; *Le flammeum*, cit., 68) quanto il suffibulum delle Vestali (ARON, op. cit., 44; GUIZZI, op. cit., 112 nt. 50). Per SCHILLING, *Le voile*, cit., 160 s.; *Le flammeum*, cit., 68, la diversa colorazione del suffibulum e del flammeum costituisce un elemento di contrapposizione tra Vestali e vergini cristiane. A nostro modo di vedere, viceversa, questa circostanza di dettaglio non toglie valore al fatto che suffibulum e flammeum sono indumenti del tutto analoghi e rivestiti, a quel che sembra, del medesimo significato simbolico.

(62) Le Vestali rispondevano al Pontefice per ogni inadempienza ai doveri culturali e, in particolare, in caso di incesto (v. nt. 28) e per aver lasciato estinguere il fuoco sacro (DION. HAL. 2, 66; LIV. 41, 2; VAL. MAX. 1, 1, 6). In argomento, cfr., per tutti, DEL BASSO, op. cit., 196 ss.; 231 ss.

(63) V. conc. *Calcedonense*, c. 4, in MANSI, VII, 374 (altra lezione: 382; 385; 394; 416). Sul punto, cfr. GAUDEMET, *L'Église*, cit., 344.

(64) L'autorità del Pontefice Massimo, in altre parole, potrebbe fondarsi sulla sua condizione di sposo della Vestale (v. nt. 56); quella del vescovo, viceversa, potrebbe derivare dal fatto che costui è vicario di Cristo, sposo della vergine cristiana (v. nt. 56). L'analogia che si realizza, sotto questo profilo, tra Vestali e vergini cristiane è rilevata da DE MENDOZA, *De Confirmando Concilio Illiberitano ad Clementem VIII Sanctae Romanae Catholicae Ecclesiae Pont. Max.*, 2, 29, in MANSI, II, 179.

(65) La circostanza non sorprende, giacché numerosi istituti della religione cristiana mostrano di avere tratto ispirazione dal mondo pagano. In argomento, cfr., per tutti, HANSON, *The Christian Attitude to Pagan Religions up to the time of Constantine the Great*, in ANRW, II, 23, 2, Berlin-New York 1981, 911 ss.

(66) Si pensi, oltretutto, che in quegli stessi anni talune Vestali sarebbero passate, addirittura, nelle file delle vergini cristiane (v. PRUD. *perist.* 2, 527 s., in MIGNE, PL, LX, 330 s.; cfr. LECLERCQ, s.v. *Vestale chrétienne*, in *Dictionnaire d'Archéologie Chrétienne et de Liturgie*, XV.2, Paris 1953, 2988 s.). Questa circostanza, a nostro modo di vedere, conferma ulteriormente che tra i due istituti si avvertiva una linea di continuità. D'altra parte, che le dichiarazioni dei Padri

Vestale e al suo rapporto con un'istituzione cristiana, non solo dimostra che, in quegli anni, il sacerdozio di Vesta appariva il più attuale e vitale del paganesimo al tramonto ⁽⁶⁷⁾, ma sembra altresì suggerire che in esso si intuiva un sottile legame col mondo cristiano ⁽⁶⁸⁾; un legame riposto, forse, nel comune ideale della perfetta castità ⁽⁶⁹⁾.

Ebbene, noi crediamo che l'importanza della Vestale nella cultura del tempo e la sua avvertita analogia, soprattutto, con le vergini santimoniali, possano in gran parte spiegare come mai la disciplina delle persone consacrate a Dio risulti spesso ispirata a questo modello.

D'altronde, tutto ciò potrebbe giustificare anche il singolare evolversi di tale tendenza che, manifestatasi, a quanto pare, nella legislazione di Costantino ⁽⁷⁰⁾, in seguito sembrerebbe spegnersi, per poi ricomparire a distanza di tempo ⁽⁷¹⁾. Difatti, ci sembra lecito supporre che il profondo legame tra le Vestali e le nuove istituzioni religiose, accettabile, forse, in un'età di passaggio come quella costantiniana ⁽⁷²⁾, sia stato guardato con sospetto, invece, una volta sconfitto il paganesimo, quando il mondo cristiano era probabilmente ansioso

della Chiesa non riflettessero del tutto il loro reale convincimento, è notato da HILD, *op. cit.*, 754.

⁽⁶⁷⁾ In effetti, si è rilevato che il sacerdozio di Vesta è sopravvissuto più a lungo di ogni altro, in età cristiana, e che soltanto sul finire del quarto secolo, inizi del quinto, una serie di interventi autoritativi ne ha determinato la scomparsa (GIANNELLI, *op. cit.*, 94 ss.; DEL BASSO, *op. cit.*, 246 ss.). Sulla repressione dei culti pagani, cfr.: PALANQUE, Il cattolicesimo religione di Stato, in *Storia della Chiesa dalle origini ai nostri giorni*, III, 2, cit., 742 ss.; GAUDEMBT, *La condamnation des pratiques païennes* en 391, in Epektasis. *Mélanges patristiques offerts au Cardinal J. Daniélou*, Paris 1972, ora in *Études de droit romain*, I, Camerino 1979, 251 ss.; DE GIOVANNI, *Il libro XVI*, *cit.*, 126 ss.

⁽⁶⁸⁾ Al riguardo, vale la pena di sottolineare come anche monaci e chierici assumessero, talvolta, atteggiamenti tipici dei sacerdoti pagani e delle Vestali in particolare. Così, da CTh. 9, 40, 15 e da CTh. 9, 40, 16, si ricava che costoro tentavano di strappare i condannati a morte al supplizio, prerogativa, questa, che spettava alle Vestali e ai Flamines Diales (per le Vestali, v. PLUT. *Numa* 10; per i Flamini, V.: GELL. 10, 15, 8 ss.; SERV. Aen. 2, 57; 3, 607; cfr. KOCH, *op. cit.*, 1735). La circostanza è rilevata da: CUJACIO, *Recitationes in lib. IV priores Codicis Justiniani*, ad C. 1, 4, in Opera, IX, cit., GOTOFREDO, *Codex Theodosianus. Opus recognitum ... studio A. Marvili, III*, Lipsiae 1738, ad CTh. 9, 40, 15.

⁽⁶⁹⁾ Indubbiamente, sotto questo profilo, la Vestale poteva risultare accounata non solo alle vergini santimoniali, ma a tutti i religiosi cristiani, tenuti a loro volta alla perfetta castità o, per lo meno, nel caso dei chierici, alla continenza (GAUDEMET, *L'Église*, cit., 156 ss.).

⁽⁷⁰⁾ V. retro, § 2.

⁽⁷¹⁾ ESO, infatti, riaffiorerebbe nella seconda metà del quinto secolo, a partire da C. 1, 3, 25, 1b (a. 456). V. retro, § 3 e § 4.

⁽⁷²⁾ Sull'età di Costantino e i suoi legami col mondo pagano, cfr., per tutti: AMARELLI, *Vetustas-innovatio. Un'antitesi* apparente nella legislazione di Costantino, Napoli 1978; DE GIOVANNI, *Costantino e il mondo pagano*. Studi di politica e legislazione, Napoli 1982.

di liberarsi dai fantasmi del passato. Viceversa, assestatasi la situazione e placatesi le polemiche, il ricordo della Vestale, ormai divenuto inoffensivo, sarebbe riaffiorato nella mente del legislatore ⁽⁷³⁾.

SOMMARIO

La disciplina delle persone consacrate a Dio (monache, monaci, chierici), in età dell'impero cristiano, sembra ispirata a quella dei sacerdoti pagani, e delle vestali in particolare. In effetti, anche se i Padri della Chiesa lo negano ripetutamente, esiste una notevole affinità tra vestali e vergini cristiane. Questa circostanza potrebbe avere influenzato il legislatore [Testi principali: **Lib.** *Syr. Rom.* 117; C. 1,3,33(34); Nov. Just. 81,3; C. 1,3,25,1b; Nov. Just. 6,6; *Soz. h.e.* 1,9].

SUMMARY

At the age of the Christian Emperors, the rules of people consecrated to God (nuns, monks, clerics) seem to be conformed to the pagan ministries ones, expecially to vestal virgins. Actually, even if the Fathers of the Church deny it over and over again, exists a remarkable affinity between vestal virgins and christian virgins. This circumstance might have influenced the lawmaker [Principal texts: **Lib.** *Syr. Rom.* 117; C. 1,3,33(34); Nov. Just. 81,3; C. 1,3,25,1b; Nov. Just. 6,6; *Soz. h.e.* 1,9].

⁽⁷³⁾ In questa luce, non è forse casuale che un riferimento diretto alle Vestali appaia solamente in Nov. Just. 6, 6 e cioè in un provvedimento del sesto secolo (v. *retro*, § 4).

CRISTIANA FIORAVANTI

Una nuova prospettiva attuale di soluzione della controversia per le Falkland o Malvinas?

1. - Il persistere della controversia per le Falklands. Lo stato attuale delle relazioni anglo-argentine. 2. - Necessità di una valutazione «dinamica» delle «ragioni» delle parti in vista di una soluzione del conflitto. 3. - Il possibile iter risolutivo: l'accertamento, in via preliminare, dei diritti e titoli possessori originari davanti alla Corte Internazionale di Giustizia. Il «precedente» delle isole Minquiers ed Ecrehous. 4. - L'incidenza del riconoscimento di un titolo possessorio argentino per il fine di una successiva soluzione negoziata: prospettive per un nuovo assetto territoriale e tutela della popolazione dei Falklanders. 5. - Il particolare status giuridico delle Dipendenze e la valutazione delle questioni ad esse relative.

1. - La battaglia delle Falkland dell'aprile del 1982 è seguita alla composizione di fatto del conflitto argentino-britannico mediante invasione argentina delle isole ed ha avuto termine — sempre in sede di composizione di fatto del conflitto — con la riconquista da parte del Regno Unito dell'arcipelago e delle Dipendenze⁽¹⁾. La corrispondente controversia è, invece, tuttora irrisolta⁽²⁾. Infatti, dopo la cessazione delle ostilità e la restaurazione dello *status* quo sia nella Falkland occidentale che in quella orientale non è intervenuta la desistenza della Repubblica argentina dalla sua pretesa di sovranità sulle isole e, più in generale, sull'area sud-atlantica, pure rivendicata in relazione al proprio interesse sempre dedotto da quello originariamente spagnolo⁽³⁾.

(1) Per una dettagliata cronaca degli avvenimenti della primavera del 1982 v. ROUSSEAU, *Revue Générale de Droit Internationale Public*, 1982, pp. 735-773 e per una valutazione delle questioni politico-giuridiche relative a tale conflitto, FORLATI, *Legittima difesa secondo la Carta delle Nazioni Unite e sanzioni delle Comunità europee, in Crisi delle Falkland-Malvinas e organizzazione internazionale*, a cura di FORLATI e LEITA, Padova 1983, p. 127 ss. Nello stesso volume GRANDI, *Principi delle Nazioni unite e ricorso alla forza: il caso delle Falkland-Malvinas*, p. 31 ss. Si veda altresì BATTAGLINI, *Lineamenti della controversia per le Falklands o Malvinas*, *ibidem*, p. 20 ss.

(2) Sulle nozioni e sulla relazione esistente tra conflitto internazionale di interessi e controversia internazionale MORELLI, *Nozione ed elementi costi-*

In particolare, all'indomani della cessazione delle ostilità, l'Argentina si affrettava a dichiarare che il proprio governo « n'a pas accepté la cessation des hostilités et continue à revendiquer la souveraineté sur les Falklands » ⁽⁴⁾ e poi il Presidente Alfonsín ribadiva — seppur più cautamente — che « son pays était décidé a recouvrer sa souveraineté sur les îles Falkland » ma valendosi dei soli mezzi pacifici per risolvere l'annosa controversia con il Regno Unito ⁽⁵⁾. Affermazioni e prese di posizione di tenore non diverso da quelle del periodo antecedente al 1982: come prova, ad es., la dichiarazione dell'Argentina al Comitato speciale delle Nazioni Unite per la decolonizzazione nel pretendere il ristabilimento della integrità territoriale nazionale mediante la « restituzione » da parte britannica sia delle isole Malvinas, sia della Georgia del Sud e delle Sandwich ⁽⁶⁾.

Ancor oggi, come in passato, quello che si pretende è il trasferimento all'Argentina delle Falkland/Malvinas già appartenenti alla Spagna nell'area dell'ex Governatorato spagnolo di Buenos Aires ma ora, per di più, indipendentemente dalla volontà degli abitanti delle isole ⁽⁷⁾. E, del resto, anche la più recente proposta del Presidente Alfonsín di una « cession à bail » delle isole dall'Argentina al Regno Unito per un periodo assai limitato, si pone in termini analoghi essendo intesa ad ottenere, anzitutto, l'immediato riconoscimento della sovranità argentina sulle Malvinas e, in seguito, una cessione della sovranità territoriale ⁽⁸⁾.

Ovviamente, in quest'ottica, il Regno Unito non è disponibile al

tutivi della controversia internazionale, in *Rivista di diritto internazionale*, 1960, pp. 405-426, par. 1 in specie; e sulla natura delle controversie G. ARANGIO-RUIZ, *Controversie internazionali*, Enciclopedia del Diritto, 1962, p. 388 ss. e 392 ss.

(3) In generale, sulla condizione delle Dipendenze e dei territori antartici complessivamente rivendicati dall'Argentina, v., da ultimo, lo studio di CESARINI, *La situazione delle « Falkland Islands Dependencies »*, in *La questione delle Falkland-Malvinas nel diritto internazionale*, a cura di RONZITTI, Milano, 1984, p. 45 ss. e bibl. ivi. Sulle prospettive di soluzione v. *infra*, par. 5.

(4) Si vedano le dichiarazioni rese dal Ministro degli Affari Esteri Lanari e dal Ministro della Difesa Vivot del 3 e 30 gennaio 1983, di cui dà notizia ROUSSEAU, *Revue*, cit., 1983, p. 366. Si veda, da ultimo, CONTRERAS, *The Little War that Never was*, in *Newsweek*, 14 novembre 1988, p. 31.

(5) ROUSSEAU, *Revue*, cit. 1987, p. 596.

(6) Cfr. U.N. Doc. A/5800 p. 31. Per le rivendicazioni di sovranità dell'Argentina successivamente al 1945, ROUSSEAU, *Revue*, cit., 1982, p. 732 in particolare nota 18.

(7) Secondo l'Argentina il principio dell'autodeterminazione non sarebbe applicabile ai Falklanders, non trattandosi di « original inhabitants ». Cfr., sulla questione, IOVANE, *Le Falkland/Malvinas: autodeterminazione o decolonizzazione?*, in *La questione*, a cura di RONZITTI, cit., p. 85 ss.

(8) Dichiarazione del Presidente nella conferenza stampa di New York, 24 settembre 1984, su cui ROUSSEAU, *Revue*, cit., 1985, p. 401.

negoziato, riaffermando anzitutto la necessità di valutare comunque la questione sotto il profilo dell'autodeterminazione dei Falklanders⁽⁹⁾. E ciò contro il persistente rifiuto dell'Argentina, in quanto la volontà manifestata al riguardo dagli abitanti delle isole, anche secondo un sondaggio recente ha rivelato che il 94,5% della popolazione locale privilegia il legarne con il Regno Unito, mentre ad un trasferimento di sovranità all'Argentina sarebbe favorevole solo lo 0,3%; e, semmai, un più consistente 5,2% sarebbe orientato verso l'indipendenza da entrambe le potenze interessate⁽¹⁰⁾. In tale situazione, i ripetuti inviti, anche recenti, da parte dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite e dell'Organizzazione degli Stati Americani a una soluzione pacifica della controversia⁽¹¹⁾, non permettono ancor oggi di intravederne la via.

Insieme, è di ostacolo l'intrinseca, obiettiva complessità della controversia, essendo necessario intanto orientarne la soluzione rigorosamente verso una valutazione disgiunta dei piani in cui si è posta per le Falklands, da un lato, e per le loro Dipendenze, dall'altro, in base a diversi principi di diritto internazionale⁽¹²⁾. Ma, in verità, l'Argentina ha fondato ultimamente le pretese corrispondenti su ragioni giuridiche solo quando se ne è avvalsa per evidenziare una *giustificazione* del proprio ricorso alla forza (nell'invasione delle isole) come *rappresaglia armata*⁽¹³⁾. E se questo era, comunque, contro il

(9) Si vedano infatti le dichiarazioni rese dal governo britannico in *British Yearbook of International Law*, 1985, p. 394 ss. oltre al 1983, p. 400 ss.

(10) 11 sondaggio è riportato da ROUSSEAU, *Revue*, cit., 1986, p. 959.

(11) Si vedano, infatti, la Risoluzione 42/19 dell'Assemblea Nazionale delle Nazioni Unite, in *Comunità internazionale*, 1988, I, p. 123 e la Risoluzione dell'OEА del 13 novembre 1987, di cui dà notizia ROUSSEAU, *Revue*, cit., 1988, p. 370.

(12) In effetti come si vedrà la candizione giuridica delle Dipendenze non risulta assimilabile a quella delle Falklands, sicché, occorre procedere ad una distinta valutazione delle questioni giuridiche relative.

(13) V. U.N. Security Council S/PV. 2350 3 aprile 1982 e la nota dell'ambasciatore argentino riportata da PERL, *The Falklands Islands Dispute in International Law & Politics*, London-Rome-New York, 1983, p. 476 ove pure si configura l'intervento armato argentino come motivato dalla necessità di tutelare i cittadini argentini nell'isola di San Pietro « During the last round of bilateral negotiations, the Argentine Government put forward a series of written proposals to the British Government in order to find a peaceful solution to the sovereignty dispute. Recently Argentina was dismayed to see the pattern of British dilatory tactics ... the joint Declaration on Communication signed in 1971 by both countries, established a «temporary card» as the only document required for Argentine citizens to travel to the islands « ma » the British Government not only denied its validity in the case of a group of Argentine workers who went to the South Georgia Islands to dismantle an old whaling station, but declared them illegal aliens and announced its decision to oust them from the island by force. This was coupled with the dispatch of warship and a nuclear submarine to the area, a move worthy of the best colonialist tradition.

divieto di ricorso alla forza per gli artt. 24 e 51 della Carta delle Nazioni Unite, per ogni altra questione di diritto meglio varrebbe — come si vedrà — deferire la questione ad un giudice internazionale ⁽¹⁴⁾: proprio perché l'Argentina ha sovente confuso e sovrapposto, nelle sue richieste, quei due piani, addizionali, fra l'altro, a ragioni sicuramente metagiuridiche o extragiuridiche per il diritto internazionale (giuridiche interne e/o di politica estera nazionale).

2. - Esiste — è vero — una seconda controversia forse meglio delineata nei suoi termini: quella argentina per le Falkland e Dipendenze fino a quando le stesse comprendevano l'attuale « territorio antartico britannico » da cui si risaliva — sempre nella rappresentazione argentina — alla dominazione spagnola con riguardo all'intera area sudatlantica, per l'appunto fino al Polo australe ⁽¹⁵⁾. Però, anche allora, a sostegno della pretesa argentina s'invocavano, in una con la successione nei titoli storici originari della Spagna rispetto all'intera area verso cui si proiettava il Governatorato spagnolo di Buenos Aires, motivazioni — piuttosto — di espansione secondo le aspirazioni nazionali del Paese: e gli stessi impulsi del popolo portavano, anzi, in tale contesto alla formulazione della domanda in chiave di supremo interesse nazionale, considerato in via primaria. Sembra, del resto, che solo in questa chiave di rivendicazione, sostanzialmente, della « America agli americani », l'Argentina si sia sforzata di fare in-

This threat of imminent use of force constituted an act of aggression and conclusive proof of the United Kingdom's lack of good will to carry out serious and fruitful negotiations on sovereignty, the core of the dispute ». Sicché l'Argentina non ebbe altra via che « to protect its menaced workers and sovereign rights by regaining the lands that legitimately form part of its national territory. A questa giustificazione aderisce SINAGRA, *Controversie territoriali tra Stati e decolonizzazione*, Milano, 1983, p. 93.

⁽¹⁴⁾ Non è certo sempre facile distinguere e valutare separatamente le due distinte controversie, dato l'alternarsi nel tempo delle pretese argentine, ora fondate su ragioni giuridiche, ora su quelle politiche. Per una individuazione delle stesse, v. comunque PERL, *The Falklands*, cit., p. 59 ss. e le dichiarazioni ivi riportate.

⁽¹⁵⁾ È questa la controversia — certo di natura politica — che si è venuta sviluppando dinanzi alle Nazioni Unite a partire dalla dichiarazione del rappresentante argentino Ruda il 9 settembre 1964 (*Statement by Ruda before the Subcommittee III of the Special Committee*). Cfr. PERL, *The Falklands*, cit., p. 351 ss. D'altra parte, anche l'orientamento da ultimo dimostrato dalla Repubblica argentina è sempre nel senso di privilegiare la propria pretesa di sovranità fondandola sulle ragioni politico-sociali ed economiche e, più in generale, sull'esistenza di « droits inquestionables », v. I.C.J., (*Pleadings, Antarctica Cases (United Kingdom v. Argentina; United Kingdom v. Chile), Correspondance*, 23, *L'Ambassadeur d'Argentine aux Pays-Bas au Greffier*, No. 93, L'Haye, 1^{er} août, 1955. Cfr. BATTAGLINI, *Lineamenti*, cit., in LEITA-FORLATI, *Crisi*, cit., p. 23 in particolare.

quadrare la sorte delle Falklands nel processo di decolonizzazione⁽¹⁶⁾ se ha respinto, nel contempo, quell'idea di autodeterminazione della popolazione locale introdotta, invece, dalle Nazioni Unite in *primis* per la decolonizzazione vera e propria.

Insomma, sotto un tale profilo, la pretesa sembra basata piuttosto su argomenti *politici* combinandosi con il tenore delle ordinanze interne argentine per il « prop io » territorio antartico⁽¹⁷⁾, e *politica* appare di conseguenza la controversia, pur se qualche rilievo giuridico affiora nella stessa pretesa. Ma anche questo privo, in realtà, di seri fondamenti: quando si afferma ad es., da un lato, che occorre « decolonizzare » le isole e, dall'altro, si esclude appunto il ricorso all'autodeterminazione; oppure quando ci si riferisce a titoli storici in materia possessoria con riguardo al primo insediamento della Spagna nelle Malvinas⁽¹⁸⁾ e, nel contempo, si insiste che il Regno Unito « rinunci » ora — su questa base — alla propria *sovranità territoriale* in entrambe le Falklands: britannica dunque, *allo stato attuale*, anche per l'Argentina.

Ora, per chiarire meglio lo stato di tali controversie in atto, si pensi all'atteggiamento delle Nazioni Unite nel caso della controversia italo-austriaca per la « minoranza » altoatesina⁽¹⁹⁾. Non è dubbio che, anche per questa, si potevano facilmente intravedere distinte pretese austriache che si awicendavano, sulla base di argomenti ora giuridici ora politici, sicché ci si trovava in primo luogo a dover decidere quale delle due controversie privilegiare in vista della soluzione pacifica. Ebbene, in tal caso, la prassi delle Nazioni Unite ha dimostrato una tendenza a privilegiare la soluzione secondo il diritto internazionale dove sia in causa un argomento rigorosamente tecnico-giuridico come l'interpretazione dell'accordo De Gasperi-Gruber. Ciò anche quando la Repubblica austriaca tendeva oramai alla soluzione della controversia politica, da negoziarsi sulla base di domanda nuova, svincolata dal contesto del trattato che, per essere *non « self-executing »*, avrebbe richiesto ai fini della esecuzione un procedimento ordinario di adattamento anziché il solo ordine di esecuzione cui l'Italia mostrava di volersi invece attendere a tutti gli effetti. E quanto alla Repubblica italiana medesima, non finiva, forse, per impegnarsi

(16) Si vedano infatti il decreto argentino n. 26933 del 4 settembre 1947 e la successiva legge del 1955 di cui dà notizia BATTAGLINI, *La condizione dell'Antartide nel diritto internazionale*, Padova, 1971, p. 205 ss.

(17) Vedi *supra* nota 7.

(18) Vedi sul punto, diffusamente, il successivo par. 3 ove saranno esaminate e valutate le questioni giuridiche e i titoli che l'Argentina pone a fondamento della propria pretesa.

(19) V. in particolare, CONETTI e RONZITTI, in *I rapporti di vicinato fra Italia e Austria*, a cura di GUTTRY e RONZITTI, Milano, 1987, pp. 1-38.

— senza più alcun riferimento all'adattamento — a uno speciale trattamento, le misure del c.d. pacchetto, offerto direttamente alla minoranza? Grazie a questa promessa essa, però, mostrava di attendersi una desistenza in futuro dell'Austria dalla sua pretesa nella controversia politica.

Comparativamente, non sembrando la domanda argentina nei termini di una controversia giuridica sicuramente fondata su argomenti (almeno prima facie) consistenti, parrebbe il caso di privilegiare la soluzione della controversia politica anche nei rapporti tra Repubblica argentina e Regno Unito. Si aggiunga che, in quest'ultima, la Repubblica argentina tende a coinvolgere tutta l'area sud-atlantica e che, ad ogni modo, anche quando si era limitata a pretendere la rinuncia britannica alla sovranità sulle Falkland, il negoziato si era inutilmente protratto, trascinandosi per tempi lunghi, anche a causa dello scoglio dell'autodeterminazione. Senonché, sembrerebbe non doversi nemmeno abbandonare del tutto l'idea — altra volta caldeggiata, per l'appunto, dalle Nazioni Unite — della soluzione della controversia giuridica quanto meno in via preliminare. In effetti, nonostante il debole fondamento — come si diceva — della domanda argentina in codesta controversia, la soluzione delle questioni giuridiche via via sollevate potrebbe fornire suggerimenti proprio al fine di facilitare il negoziato per la soluzione della controversia politica⁽²⁰⁾.

La soluzione di una controversia politica — è vero — non può che affidarsi ad argomenti extragiuridici e, nel caso di un arbitrato, ad una sentenza dispositiva. Ma prima — e al fine — di questa decisione ex equo et bono (creativa di nuove regole) lo stato del diritto, tuttora discutibile nella materia del contendere, potrà ben essere accertato. E, in effetti anche la Convenzione europea per la soluzione delle controversie⁽²¹⁾ — estesa a quella preesistente altoatesina grazie agli accordi italo-austriaci di Copenhagen⁽²²⁾ — ammette che il tribunale arbitrale da investire della soluzione di qualsiasi controversia non giuridica tenga conto, nel decidere ex equo et bono, pure dei principi generali di diritto internazionale.

⁽²⁰⁾ V. *infra* parr. 3 e 4.

⁽²¹⁾ V. la Convenzione europea per il regolamento delle controversie (Strasburgo, 29 aprile 1957); in particolare, l'art. 26 della Convenzione: « the Tribunal shall decide ex equo et bono, having regard to the general principles of international law... ». Per la legge italiana n. 411 del 23 novembre 1958, v. G.U. n. 103, 29 aprile 1958, di autorizzazione alla ratifica e di esecuzione.

⁽²²⁾ Ai sensi dell'art. 27 (a), la Convenzione si sarebbe applicata a controversie « relating to facts or situations prior to the entry into force of this Convention as between the parties to the disputes... » non, dunque, alla controversia altoatesina, cui l'accordo di Copenhagen l'ha poi resa applicabile. Sul punto v. CONETTI, La controversia italo-austriaca, I rapporti di vicinato, cit., p. 31 ss.

3. - Si badi, del resto, che l'accertamento in via preliminare di antichi diritti e titoli messi a confronto al fine di un regolamento spaziale *ex novo* di terre insulari contese (le Minquiers e le Ecrehous) tra la Francia e il Regno Unito⁽²³⁾ preludeva, invero, alla soluzione di una loro controversia non fondata sul diritto obiettivo, per il quale l'area era probabilmente *nullius* salvo zone limitate⁽²⁴⁾. Ma le parti avevano addirittura prevenuto — stante un loro conflitto di interessi per le isole — l'insorgere di una controversia giuridica, accordandosi in ultima analisi per una attribuzione negoziata di sovranità, dedicando di assegnare le Minquiers e le Ecrehous alla potenza che avesse dimostrato di reggere meglio al confronto dei rispettivi diritti e titoli⁽²⁵⁾. La Corte aveva, perciò, proceduto alla valutazione dei titoli — possesso «attuale» e diritti storici «iniziali» — e privilegiato non la Francia ma il Regno Unito, essendosi provata la presenza d'insediamenti britannici e corrispondenti diritti reali del re d'Inghilterra.

Comparativamente, se l'Argentina e il Regno Unito accettassero per le Falkland o Malvinas il confronto dei loro antichi diritti e titoli storici, ne potrebbe risultare in favore della prima il *possesso di fatto* dello stabilimento originario spagnolo a Puerto Soledad; ma in favore dell'Inghilterra l'insediamento nel *settlement* britannico a Port Egmont con le parallele conseguenze possessorie. Il Regno Unito e la Spagna — di cui l'Argentina si considera l'erede nelle colonie dell'America del Sud⁽²⁶⁾ — avevano infatti occupato quelle prime sedi (o *basi*) dislocate rispettivamente nella Falkland occidentale e in quella orientale, e avevano continuato a possederle, per quanto con alterne

(23) Si veda I.C.J., Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, 1953, p. 53 ss., 60, 67 ss.

(24) Cfr. BATTAGLINI, La condizione, cit., p. 145 e 220 ss.

(25) Così, infatti, lo Special Agreement «The Court is requested to determine whether the sovereignty over the islets and rocks ...of the Minquiers and Ecrehous groups respectively belongs to the United Kingdom or to the French Republic», in base all'esame dei titoli proposti dalle parti all'art. 11 dello *agreement*.

(26) L'Argentina non ha dubitato della propria qualità di erede dell'Argentina in quella parte delle sue ex Colonie d'America ove il proprio impero coloniale comprendeva il Virreynato del Peru e il Virreynato di Rio de la Plata, istituito nel 1776 da Carlo III di Spagna (con capitale a Buenos Aires). Il Vicereame, che si estendeva allora su quei territori ora dell'Argentina, della Bolivia del Sud, del Paraguay e dell'Uruguay, dovette soccombere nel 1810 sotto la spinta dei movimenti indipendentisti. Le provincie latino-americane ribellatesi alla Spagna costituirono, dapprima, il governo provvisorio delle Provincie Riunite di Rio de la Plata, indi i vari Stati indipendenti e uno di questi fu l'Argentina nel 1816; v. diffusamente, GREIG, *Sovereignty and the Falkland Island Crisis*, American Yearbook of International Law, 1982, p. 30 ss. Ma ora l'Argentina rivendica, in più, un titolo derivativo di successione sulle Malvinas per il sol fatto che queste isole facevano parte dell'impero spagnolo

vicende⁽²⁷⁾. Difatti, alla luce dei generali principi sul possesso di terre, i titoli storici spagnoli (Bolle di Alessandro VI e Trattato di Tordesillas) bastavano a consolidare la *possessio corpore* a Puerto de la Soledad, valendo, cioè, quale prova di priorità dell'*animus* in relazione ai soli territori già acquisiti⁽²⁸⁾.

A seguito della proclamazione d'indipendenza della Repubblica argentina, una nuova presa di possesso di quelle terre isolate che il colonnello Jewitt aveva provveduto a rioccupare e che un decreto aveva poi attribuito a Louis Vernet in concessione, con il diritto esclusivo di pesca nelle acque circostanti, si era di nuovo ricollegata *alla presenza di fatto* e alla continuazione di uno stabilimento e dei relativi diritti isolati e *non di sovranità territoriale* propriamente intesa⁽²⁹⁾. Ed era lo stesso « *settlement* » parallelo a quello britannico cui la Spagna aveva dato vita in una limitata zona dell'isola, quando la Francia gliela aveva abbandonata. Parallelamente, a Port Egmont,

dell'Atlantico del Sud. Ed eccoci al cuore del problema: è legittimo rivendicare territori di un impero estinto in qualunque area? Nel processo formativo dei nuovi Stati i confini non risultano immediatamente definiti, e gli Stati hanno titolo per rivendicare i territori circostanti, appartenuti allo Stato predecessore, sulla base di criteri come la *nazionalità*, che consentono di integrare effettivamente da un punto di vista politico-sociale il popolo del nuovo Stato con gruppi della stessa nazionalità stanziati in diverso territorio. Ebbene, se ciò che rileva internazionalmente non è l'esistenza di un diritto successorio su di un territorio disabitato, ma la presenza di un popolo da integrare in virtù del principio di nazionalità, come può l'Argentina avvalersi di un criterio di questo tipo se nessuna popolazione si trovava stanziata nelle Malvinas al momento della formazione della Repubblica argentina (1816) e se, d'altra parte, venuto meno il *settlement* spagnolo nella Falkland orientale nel 1811 non si costituì in *loco* nessuna popolazione se non, più tardi, quella di origine britannica?

(27) Per una ricostruzione in termini « possessori » delle questioni giuridiche relative alle Falkland nel periodo antecedente all'instaurazione della sovranità britannica, ancora BATTAGLINI, *Lineamenti*, cit., p. 1 ss. Inoltre, più in generale e più ampiamente per una compiuta ed esauriente conoscenza delle remote vicende storiche relative alle isole, GOEBEL, *The Struggle for the Falkland Islands*, New-Haven-London, 1927 (ristampa 1982), pp. 1-46. Infine, riassuntivamente GREIG, *Sovereignty*, cit., pp. 25-26 in partiolare.

(28) Secondo l'orientamento di BATTAGLINI, *Occupazione* (Dir. internaz.), *Enciclopedia del Diritto*, XXIX, pp. 695-700, le Bolle avrebbero attribuito ai sovrani di Spagna il beneficio di occupare in futuro e amministrare paesi, territori nuovi (scoperti e da scoprire) e non già possessi attuali di terre. Ma v., insieme, CESARINI, *La situazione delle Falkland Islands Dependencies*, in *La questione delle Falkland-Malvinas*, cit., p. 53 ss., il quale, però, pone erroneamente a 270 leghe il confine tra l'area di influenza spagnola e quella portoghese, mentre nel Trattato di Tordesillas è esplicitamente detto che la « rraya » è posta a « tresientas e setenta leguas de la Yslas del Cabo Verde ».

(29) Secondo l'Argentina si sarebbe per questa via consolidata un autonomo diritto di sovranità nelle isole; aderisce a questa tesi SINAGRA, *Controversie*, cit., p. 20 « ...le tesi argentine fondano il titolo di sovranità territoriale

il Regno Unito aveva mantenuto dapprima il *settlement* e la *possessio corpore* su di esso con l'*animus* originario di possedere fin da quando, già nella prima metà del settecento, il governo britannico aveva realizzato una spedizione proprio con il fine di costituirvi una base nella Falkland occidentale, poi realizzata entro l'anno ⁽³⁰⁾.

Resterebbe solo da esaminare la questione della rimozione da parte del Regno Unito del proprio *settlement* dal momento che tale comportamento dovrebbe interpretarsi, secondo l'Argentina, come prova di una « rinuncia » britannica, o comunque come adempimento dell'obbligo derivante dall'accordo segreto con cui il Regno Unito si sarebbe impegnato ad abbandonare Port Egmont dopo la prima reintegrazione nel possesso ottenuta dalla Spagna. Senonché non era di certo venuto meno l'animo del Regno Unito di conservarlo come prova la circostanza che furono lasciati in *loco* « the proper marks or signals of possession ». Quanto poi all'esistenza di un accordo segreto, occorre precisare che, per esplicita ammissione dell'Argentina ⁽³¹⁾, l'intesa in questione figurava raggiunta con una dichiarazione espressa per l'appunto in segreto e confidenzialmente da Lord North: da una volontà, cioè, che non poteva vincolare il Regno Unito, dal momento che non avrebbe potuto essere — proprio se, ed in quanto, resa segretamente — confermata o smentita da alcuna altra componente la organizzazione effettiva della potenza-soggetto di diritto internazionale ⁽³²⁾.

4. - Si tratta — è evidente — di accertamenti e rilievi giuridici che, anche secondo la valutazione di un arbitro, non varrebbero di per

dello Stato argentino non soltanto e non tanto in quanto successore delle Corone spagnole di Aragona e di Castiglia sui territori da queste posseduti... ma anche sul principio di un effettivo, concreto e stabile esercizio dei diritti di sovranità statale sui territori contesi...». Viceversa, per una ricostruzione in termini possessori cfr. BATTAGLINI, *Lineamenti*, cit., p. 10 ss.

⁽³⁰⁾ Per una conoscenza completa, approfondita, degli avvenimenti storici relativi alle isole, GREIG, *Sovereignty*, cit. p. 22-29.

⁽³¹⁾ Si veda la *Protestation* du Gouvernement des Provinces Unies du Rio de la Plata, par son Ministre plenipotentiaire à Londres, 1933. Secondo quest'ultimo, l'accordo avrebbe assunto il carattere di un *secret oral* understanding, il che esclude la forma scritta, e così pure che esso fosse già contenuto in una clausola segreta, dell'accordo del 1771. Appare dunque del tutto inesatta l'affermazione di SINAGRA, *Controversie*, cit., p. 15 (nota 23), secondo cui « l'accordo del 1771 consentiva la presenza degli inglesi solo per breve tempo, in base ad una clausola segreta dell'accordo ».

⁽³²⁾ È noto che per il diritto internazionale deve esistere un legame materiale tra « comportamenti e atteggiamenti dell'individuo e il gruppo organizzato nel quale la potenza internazionale materialmente si identifica », cosicché, dato il carattere « composito » dell'ente, occorre che si esprimano o siano comunque in grado di esprimersi complessivamente le volontà quanto meno

sé a risolvere la attuale, persistente controversia anglo-argentina per il trasferimento (*ex novo*) della sovranità sulle isole. Ma la ricostruzione dell'anteriore stato del diritto in chiave possessoria fornirebbe un argomento « determinante » al fine di ogni valutazione equitativa: vale a dire quel riconoscimento, accanto al titolo storico britannico, di un *altro parallelo* argentino potrebbe nell'insieme orientare verso una data soluzione della controversia politica che darebbe in qualche modo spazio ad entrambe le potenze interessate ⁽³³⁾.

implicite (in una mancata reazione) degli individui-organi perché quel volere sia della potenza. Sulla riferibilità di questa volontà espressa dai negoziatori a quella della potenza soggetto di diritto internazionale nella sua effettiva organizzazione, v. MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*, Padova, 1967, pp. 186 ss., che però la presenta in termini di « imputazione »; e preferibilmente sul soggetto di diritto internazionale nella sua consistenza materiale, G. ARANGIO-RUIZ, *Diritto internazionale e personalità giuridica*, Bologna, 1972, pp. 58 ss. e 65 ss. Infine, sull'ordinamento costituzionale inglese nel XVIII sec. v. MACKINTOSH, *The British Cabinet*, London, 1962, pp. 33-67 e G.U. RESIGNO, *La responsabilità politica*, Milano, 1967, pp. 157 ss. e 162 ss.

Come rilevato da GREIG, *Sovereignty*, cit., pp. 29-30 « ... se il Parlamento avesse conosciuto il contenuto delle promesse di Lord North, avrebbe senza dubbio smentito una tale volontà particolare e avrebbe anzi « *Tel to the fate of the Ministry* ». La conclusione non è in contrasto con l'opinione della Corte Permanente di Giustizia nell'affare relativo alla Groenlandia orientale quando attribuì alla dichiarazione resa verbalmente dal ministro Ihlen il valore di una tacita *conventio* vincolante per la Norvegia, ma in considerazione della ufficialità della dichiarazione e del successivo comportamento delle parti (C.P.J.I., Serie A/B *Arrets*, *Ordonnances et Avis Consultatifs* n. 53: *Statut Juridique du Groenland Oriental*, *Arret du 5 Avril 1933*, pp. 25-75). A ben guardare, per l'appunto la dichiarazione norvegese era stata espressa dal ministro in via ufficiale e su d'una questione « *falling within his province* », cosicché gli altri organi dell'ente avrebbero potuto reagire contro tale volontà espressa poiché ne conoscevano il contenuto e la mancanza di una reazione contraria confermava ragionevolmente che la volontà della potenza era conforme a quella espressa dal Ministro. Viceversa, il Ministro inglese nell'affare delle Falkland avrebbe, all'epoca, secondo il punto di vista argentino, reso la sua dichiarazione in segreto e in maniera del tutto confidenziale cosicché, già per questo, risultava compromesso il necessario carattere di ufficialità. Difatti, la volontà della potenza può essere difforme da quella degli individui quand'anche negoziatori e plenipotenziari, dal momento che la volontà degli individui-organi di potenze può essere poi smentita da altri organi in posizione determinante per la organizzazione effettiva di uno Stato. Ciò è quanto accadde, ad es., nel corso del negoziato di Ginevra per le c.d. *armi di teatro* quando i negoziatori plenipotenziari Nitze e Kvitinski elaborarono in un loro incontro informale (la « passeggiata nel bosco », secondo il portavoce della Casa Bianca, v. « *La Stampa* », 22 gennaio 1983) una autonoma e dettagliata intesa per la riduzione degli euromissili; nonché le potenze, di cui i negoziatori avevano inteso esprimere gli intenti, rifiutarono un accordo in tal senso non appena vennero a conoscenza del suo contenuto.

⁽³³⁾ Tale prospettiva non presenta dunque, a ben vedere, quel limite che, secondo CONFORTI-FRANCIONI, *La questione*, cit., p. 419 ss., sarebbe insito nel

Il negoziato per la soluzione della controversia relativa ad un regolamento spaziale nuovo nell'area potrebbe muovere, allora, dal riconoscimento del titolo possessorio pure della Spagna — e per successione argentino⁽³⁴⁾ — originariamente acquisito nella Malvina orientale. Di conseguenza, un nuovo assetto territoriale potrebbe aver di mira, su questa base, una « assegnazione » all'Argentina in via equitativa di zone corrispondenti a quell'antico stabilimento nelle isole, che potrebbe essere ora, a distanza di tempo, integrata da uno spazio insulare sufficiente a non ridurla ad una « *enclave* », con una zona pure *costiera* adeguata a questo scopo. Con ciò, nulla più osterebbe⁽³⁵⁾ all'applicazione del principio dell'autodeterminazione della popolazione rispetto a quella maggiore estensione insulare più popolata, dove l'opzione dei Falklanders sarebbe — a quanto sembra — nella quasi totalità favorevole al Regno Unito. Nell'area meno popolata la Repubblica argentina dovrà comunque garantire la tutela dei Falklanders che non intendano optare per il governo del Regno Unito e trasferirsi nel resto del territorio, ma intendano rimanere nella parte argentina delle Malvinas come una « minoranza » per la loro diversa origine etnico-culturale⁽³⁶⁾. Lo stesso non potrà ovviamente valere per i Falklanders che si siano dimostrati favorevoli all'indipendenza delle isole, continuando essi ad appartenere al gruppo etnico britannico: solo che, se lo vorranno, sarà facilitato il loro trasferimento nella zona che venisse riservata all'Argentina.

ricorso all'arbitrato nella risoluzione della controversia, perché procedendo nella via indicata non si « finisce per forza di cose col sacrificare gli interessi di una parte rispetto all'altra », ma si tende a facilitare una soluzione equitativa della stessa. Il che, allo stato attuale, e l'orientamento più realistico visto l'impasse in cui si trovano le parti e l'ormai accettata impossibilità di giungere ad una soluzione solo negoziata della controversia. D'altra parte, l'accertamento secondo diritto delle questioni che si prestino ad essere valutate in quest'ottica, non è esclusivo ma, per l'appunto, solo preliminare.

(34) Come rilevato *supra* (nota 26), la successione dell'Argentina alla Spagna — se ammessa — è prospettabile in questi limitati termini.

(35) Com'è noto, l'Argentina si è costantemente rifiutata di considerare applicabile tale principio perché ciò avrebbe in definitiva comportato il « mantenimento » dell'attuale situazione, stante la volontà espressa dai Falklanders. Ma, allorché si proceda alla soluzione preventiva cui si accenna nel testo a proposito del trasferimento di territorio, l'orientamento preclusivo argentino circa l'autodeterminazione dovrebbe cessare.

(36) In effetti, non è concretamente prospettabile un riassetto territoriale che renda possibile l'attribuzione al Regno Unito di tutte le zone abitate e si dovrebbe, pertanto, valutare in codesta ipotesi di soluzione della controversia, la presenza e il trattamento della (eventuale) minoranza britannica in territorio argentino.

5. - La soluzione prospettata non dovrebbe, viceversa, incidere sulla sorte delle dipendenze e territori antartici nell'area australe fino ai 60 di latitudine-Sud e più oltre⁽³⁷⁾. In effetti, il governo britannico, pur avendo esercitato nel corso di questo secolo la potestà legislativa ed esecutiva rispetto a quei lontani e impervi territori⁽³⁸⁾, ha proceduto effettivamente alla sola costituzione di settlements in quell'area non delimitata da confini statali, ed anche l'Argentina vi ha occupato singole basi zone o basi polari. Solo dopo la ratifica e l'entrata in vigore del Trattato di Washington per l'Antartide, il Regno Unito ha emanato l'*Order in Council* con cui ha diversificato le Dipendenze delle Falkland propriamente dette (South Georgia e South Sandwich) dagli altri territori nell'area del trattato⁽³⁹⁾. Ma qui, come nell'Antartide, estensioni della sovranità territoriale vera e *propria*, pare non si siano date⁽⁴⁰⁾. Perciò, al riguardo doppiamente varrebbe la prospettiva di utilizzare di comune accordo il confronto dei titoli possessori delle due parti come già il Regno Unito aveva cercato di fare allorché aveva adito la Corte Internazionale di Giustizia⁽⁴¹⁾. Tanto più che, non diversamente da quanto avviene nel preteso « settore » antartico — verso il quale, pure, confluiscono congiuntamente le pretese di sovranità del Regno Unito, Argentina e Cile, ma dove si trovano esclusivamente le singole basi o stazioni scientifiche isolate — lo status attuale delle Dipendenze sembra caratterizzarsi per l'inesistenza di qualsiasi « popolazione » sottoposta all'*imperium* di governi — non importa se vicini o lontani — che effettivamente escludano altri da confini « statali » nell'intera area in questione.

In effetti, un conto sono le Falkland/Malvinas dove si è ormai instaurata e via via consolidata la sovranità territoriale del Regno Unito, un conto sono le Dipendenze così come il territorio antartico, in presenza dei soli stabilimenti — « basi » anche provvisorie o « stazioni » — e diritti relativi, britannici o argentini⁽⁴²⁾. In que-

(37) Sulla condizione giuridica di questi territori vedi il fondamentale scritto di WALDOCK, *Disputed Sovereignty in the Falkland Islands Dependencies*, *British Yearbook of International Law*, 1948, pp. 311-353.

(38) Si veda sul punto diffusamente CESARINI, *La situazione*, cit., pp. 45-75.

(39) Per il testo vedi PERL, *The Falkland*, cit., p. 78. Sull'interpretazione e il valore delle Lettere patenti in relazione allo status delle Dipendenze, v. BATTAGLINI, *La condizione*, cit., p. 189-198.

(40) Per una valutazione in quest'ottica della condizione giuridica dell'Antartide in relazione al Trattato di Washington v. BATTAGLINI, *ibidem*, tutta la Parte prima.

(41) Il Regno Unito aveva, infatti, cercato d'instaurare la competenza della Corte con una propria domanda unilaterale nel 1956; vedi *Pleadings*, I.C.J. *Antarctica Cases* (United Kingdom v. Argentina; United Kingdom v. Chile), 1956.

(42) Per una ricostruzione in questi termini della condizione giuridica di territori v. ancora BATTAGLINI, cit., p. 19 ss. Dubitativo, invece, CESARINI, *La situa-*

sto campo, i termini della controversia giuridica in base alla originaria pretesa del Regno Unito nella sua domanda alla Corte Internazionale di Giustizia, prima della conferenza di Washington per l'Antartide, sembrano ancora attuali: e varrebbe allora la pena di riprenderli in considerazione ed investire, mediante compromesso, la stessa Corte di una soluzione della questione secondo il diritto internazionale applicabile a singoli « possessi » isolati delle due parti nell'area sud-atlantica, a prescindere dalla sovranità territoriale sulle Malvinas.

zione, cit., p. 65, « se il compimento di atti rilevanti di amministrazione locale costituisce, nell'ottica della giurisprudenza, una prova sufficiente riguardo all'effettività della sovranità territoriale, la medesima connotazione deve attribuirsi all'insieme dei provvedimenti che il governo locale britannico ha adottato, con riguardo alle FID, dai primi anni del secolo ».

SUMMARY

1. Continuity of the Falklands dispute. The present state of Anglo-Argentine relations. 2. Need for a « dynamic » evaluation of the positions of the two sides in order to resolve the conflict. 3. A possible resolution: the preliminary recognition of the original rights and claims to possession before the International Court of Justice. The « precedent » of the Minquiers and Ecrehous Isles. 4. The influence of the recognition of an Argentine claim to possession on a subsequent negotiated solution: prospects for a new territorial settlement and protection of the Falklanders. 5. The special status of the Dependencies and the assessment of related questions.

Le pretese dell'Argentina sulle Falklands, mantenute — sia pure in una prospettiva sostanzialmente pacifica — anche dopo la battaglia dell'aprile 1982, sono state via via giustificate con alterne motivazioni, ora giuridiche ora politiche. Ciò consente in definitiva di delineare due controversie con il Regno Unito, anche se solo la soluzione della controversia politica potrebbe, ovviamente, portare alla desistenza da ogni pretesa argentina. Ma si ritiene che l'accertamento della condizione giuridica delle isole nei vari trascorsi cui l'Argentina si ricollega per via della successione alla Spagna, varrebbe a suggerire anche un nuovo aspetto territoriale *più* equo che, da un lato, dia ragione della priorità dell'antico insediamento spagnolo a Puerto Soledad, senza d'altronde trascurare gli sviluppi del *settlement* britannico a Port Egmont. Peraltro, solo questi hanno dato luogo ad una effettiva sovranità sulle isole, che dovrebbe — a quanto sembra — trovare conferma nell'autodeterminazione della maggioranza dei Falklanders in quell'ampia area residua, una volta che alla Repubblica argentina fosse, tuttavia, accordata la sovranità su di una parte proporzionata al suo antico insediamento. Allo scopo di evitare gli inconvenienti di una *enclave* territoriale, la proporzionalità andrebbe temperata fino ad assegnare alla Repubblica argentina una zona *più* ampia, con sbocco al mare, localizzata nell'isola orientale.

INDICE

PIERPAOLO ZAMORANI: <i>La lex Publilia del 339 a.C. e l'auctoritas preventiva</i>	pag. 3
LORENZA CARLASSARE: <i>L'art. 11 sulla pace e sulla guerra: quali garanzie?</i>	» 19
ARRIGO D. MANFREDINI: <i>L'exemplum Aegyptiorum di CI 5,5,8</i>	» 37
PAOLO CAPPELLINI: <i>Che cosa significa pensare (giuridicamente)?</i>	» 45
WANDA FORMIGONI CANDINI: <i>In margine al divieto di torturare gli schiavi in caput domini</i> .	» 61
ALESSANDRO BERNARDI: <i>« Principi di diritto » e diritto penale europeo</i>	» 77
LUCETTA DESANTI: <i>Vestali e vergini cristiane</i> .	» 215
CRISTIANA FIORAVANTI: <i>Una nuova prospettiva attuale di soluzione della controversia per le Falkland o Malvinas?</i>	» 233