

GIOVANNI BATTAGLINI

IL TERRORISMO “*INTRA MOENIA*” FRA I *REATI POLITICI* NELLA CONVENZIONE EUROPEA ANTITERRORISMO E PER LA COSTITUZIONE ITALIANA

SOMMARIO: 1. Terrorismo contro *potere politico* entro confini statali: gruppi di azione partigiana, di resistenza nazionale o partigiana, guerriglieri. — 2. Caratterizzazione politica interna delle lotte, anche con metodi terroristici, contro l'oppressione o l'invasione di un paese o un governo tirannico, in contrasto con il diverso piano di una aggressione estrema alle posizioni sovrane, estranea a ogni “politica” delle relazioni civili. I punti fermi, in materia, nel Rapporto ultimo del Segretario Generale delle Nazioni Unite, quale modello di comportamento. — 3. La nozione di “reato politico” come base di una sua dequalificazione parziale, in tema di estradizione, nella Convenzione Europea del 1977 sulla Repressione del Terrorismo. Conferma, tuttavia, al di là della “*fictio iuris*” a questo solo fine, di una qualificazione generale della nozione in termini di “politicalità” del reato. — 4. (Segue). Altra conferma, nella Costituzione italiana, art. 10, IV comma, a proposito della estradizione negata e (implicitamente) della *negata espulsione* che sia estradizione *larvata* dello straniero, per “reati politici”. — 5. Il gran parlare sulle sentenze italiane in tema d'extradizione ancorché *larvata*, alle soglie del 2005. Le pretese distinzioni e applicazioni, allora, di leggi interne anche ad una “espulsione” (a illuminare l'art. 10, IV comma, della Costituzione contro la sua corretta interpretazione?): confusione e rettifiche. Il parametro offerto dall'art. 10 anche in base al diritto internazionale: possibilità e limiti delle sue ispirazioni o eventuali implicazioni (pure per l'*espulsione*), al di là del suo contenuto espresso.

1. – Non è dubbio che la espressione “*Gewalt*” mutuata dal tedesco a commento del pensiero di Walter Benjamin sul binomio *autorità-potere di governo* e *violenza* anche di uno “Stato civilizzato” — non esclusa una democrazia — specie per “ragioni di sicurezza”⁽¹⁾ possa suggerire persino l'idea d'un terrorismo del potere pubblico verso la gente comune: tale che il

⁽¹⁾ V. il § 1 (Terrorismo nella dimensione verticale o “*intra moenia*” del mio *Guerra al terrorismo “extra moenia” e responsabilità*, Annali della Università di Ferrara, Nuova Serie, Sez. V, Scienze giuridiche, Vol. XVII (2003), p. 2, nt. 7.

vertice autoritario lo espliciti in modo “informe” fra le persone inermi e innocenti. Lo si è rilevato per i conflitti armati coloniali ⁽²⁾ — o assimilabili — degli ultimi due secoli e lo si è constatato ai massimi livelli nelle guerre — ma non soltanto ⁽³⁾ — prima e soprattutto seconda mondiale, attraverso i bombardamenti aerei disumani delle grandi città, coscientemente indirizzati a terrorizzare in gran numero uomini e donne disarmati e incolpevoli di tutte le età per abbatterne la resistenza morale ⁽⁴⁾. Per l'appunto codesta violenza, che sia attuale o solo temuta (a torto o a ragione) ingenera violenza con codesti metodi che non sfuggono alla qualifica di terrorismo nell'ambito di un paese dato (*“intra moenia”*), qualunque motivo se ne dia sul piano politico particolare di una certa società.

Ha, pertanto, sia senso logico che giuridico, una volta che sia attivata una scelta d'iniziativa così violenta, riconoscere percorsi ugualmente terroristici da posizioni politiche diverse, eventualmente anche da valutarsi diversamente nell'area comune dei “reati politici” individuali, singoli o di gruppo, semmai dequalificandoli — ora sì ed ora no — da quella carica politica specifica che comprenderebbe, magari, trattamenti differenziati, ad es., in tema d'estradiizione ⁽⁵⁾ o d'altro. Ecco perché, in loro nome,

⁽²⁾ Cfr. E. MENZEL, *Der “anglo amerikanische” und der continentale Kriegs und Feindbegriff*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1940, pp. 161 ss., ove conclude che “in colonia, nell'avvicinarsi dei compiti d'amministrazione e di guerriglia, non v'è mai stata una distinzione rigorosa tra forza armata e popolazione civile”.

⁽³⁾ V.M. WALZER, *Guerre giuste e ingiuste*, Un discorso morale con esemplificazioni storiche, Presentazione di Sebastiano Maffettone, (trad. di Fabio Armao), Napoli, (Liguori Ed.), 1990, p. 264: “Terrorizzare la gente comune è prima di tutto l'opera del tiranno domestico, come scrisse Aristotele: ‘Primo scopo e fine dei tiranni è spezzare il morale dei propri sudditi’ (Politica, 1314 a, Bari 1983, p. 192)”; e prima per il Vietnam, p. 252: “Di fatto questa divenne quanto prima la politica americana: agglomerati dai quali ci si poteva ragionevolmente aspettare un fuoco di sbarramento venivano bombardati dall'aviazione e dall'artiglieria prima che i soldati vi si muovessero contro e persino se non era stato programmato alcun movimento”. E in generale cfr. Y. DINSTEIN *The International Legal Response to Terrorism*, in *Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione*, Studi in onore di Roberto Ago, II, p. 143: “an act of terrorism may be committed... (c) by a Government against an individual (or a group of individuals)”; p. 144: anche da un Governo “private persons” possono essere “secretly recruited to carry out... terrorism... which is certainly an act of the State, even if it is disguised as a private act”.

⁽⁴⁾ M. WALZER, *Guerre*, cit., pp. 142 ss., specialmente 231 ss. e ancor più 334-343, precisando: “La percentuale di gran lunga maggiore dei civili tedeschi venne uccisa dai bombardamenti terroristici senza alcuna ragione morale (e probabilmente anche senza alcuna ragione militare)” (p. 341). E addirittura “le incursioni proseguirono, raggiunsero il culmine nella primavera del 1945 — a guerra ormai virtualmente vinta — con l'attacco selvaggio alla città di Dresda in cui circa centomila persone rimasero uccise” (p. 342).

⁽⁵⁾ V.G. BATTAGLINI, *Commento agli art. 11-16 della Convenzione europea per la repressione del terrorismo*, in “La legislazione penale”, n. 3/86, UTET, Torino, pp. 490, 501, 508.

sembra corretto aver riguardo secondo la proposta più apprezzabile, fuori da pregiudizi, da un lato al *terrorismo politico* “come quello di carattere secessionista, irredentista” o “d'impronta nazionalistica” quale il terrorismo dei GAP (Gruppi d'azione partigiani)⁽⁶⁾. Oppure, d'altra parte, alla *Intifada* come “movimento di ‘resistenza’ o appunto di ‘liberazione nazionale’” — ma più spesso, e almeno inizialmente, senza ricorso a metodi terroristici —, o a quel terrorismo a “carattere ideologico-rivoluzionario — le Brigate Rosse, la RAF tedesca, l'*Action directe* francese e così via... rispetto a quello apocalittico-messianico”, invece, sul piano universale (volutamente *extra moenia* e — si direbbe — antipolitico)⁽⁷⁾; oppure a quello che nella “lotta contro l'autorità costituita”, ancora *intra moenia*, si distingue per “forti convergenze con la criminalità organizzata, in particolare con i traffici di droga e di armi”⁽⁸⁾. Ma non vedo che differenza possa fare che dal terrorista *politico* sia praticata l'aggressione contro l'autorità sempre seminando il terrore fra la gente comune da entro le strutture di un'organizzazione di *guerriglieri* oppure colpendo persone innocenti di ogni tipo *individualmente a prezzo della propria vita*, da “kamikaze” come il biblico Sansone proprio per la scelta di pagare con la sua morte il generale eccidio dei filistei⁽⁹⁾.

2. – Si dà tutt'altra conferma d'una natura sintomaticamente diversa del terrorismo anche per il diritto internazionale con la dicotomia fra il tipo comune ai detti reati politico-terroristici e quei reati di valenza omicida sia pure verso un potere sovrano (personalmente già i re) entro confini statali ma di carattere addirittura solo *anarchico*, secondo la c.d. *clausola belga*⁽¹⁰⁾: quali rifiuto essi stessi del “politico”; quelli, cioè, pure all'origine a sé stanti in quanto perpetrati — diciamo così — da “*hostes humani generis*” rispetto alle attuali relazioni sia interne che internazionali; in definitiva da nemici delle “*polis*” anche per un disegno eversivo mondiale⁽¹¹⁾. E se costituivano l'eccezione originaria al tradizionale principio del divieto d'estradizione per reati politici era perché i loro autori negano il sistema

⁽⁶⁾ V. il Presidente Centro Studi Geopolitica Economica, Docente di Studi strategici, Gen. C. JEAN, *La natura del terrorismo. Riflessioni sul nuovo ordine globale*, in “Bulletin européen”, Anno 55, Ed. italiana giugno 2004, n. 649, p. 1.

⁽⁷⁾ *Ibidem*, p. 1, sugli “scopi più definiti da un punto di vista politico, anche se più contenuti rispetto a quello apocalittico-messianico”, e cfr. insieme G. BATTAGLINI, *Guerra al terrorismo*, cit., pp. 3 ss.

⁽⁸⁾ C. JEAN, *La natura*, cit., p. 2, I col.

⁽⁹⁾ Il richiamo al “Libro dei Giudici” 16, vv. 25-31 è del mio *Guerra al terrorismo*, cit., p. 2.

⁽¹⁰⁾ G. BATTAGLINI, *Commento*, cit., pp. 196 sss., ss., nt. 26.

⁽¹¹⁾ *Ibidem*, pp. 488 ss.

stesso del diritto internazionale, da cui non s'attendono protezione tendendo persino a eliminarne i soggetti dei rapporti (continui, del resto, fin dall'alto medioevo come *intersignoriali*) su d'un piede di parità giuridica delle potenze⁽¹²⁾ (e ciò, allora, per sacrificarle alla mitologia di un governo universale dei popoli? E come?).

In effetti, il terrorismo praticato per questi ultimi reati da persone o gruppi privati (talora di stampo fondamentalistico⁽¹³⁾ — e nel mistero di una loro, forse grande, struttura — si pone attualmente nei medesimi termini di quelli che abbiano una matrice anarchica ovunque, per quanto l'Italia non abbia accolto neppure la “clausola belga”⁽¹⁴⁾. Senonché, in tal modo, si tratta ancora dei terroristi che operino, oramai, per definizione costantemente “*extra moenia*” e inafferrabili nelle loro componenti finali, fuori dal diritto⁽¹⁵⁾.

Il più recente Rapporto del Segretario Generale delle Nazioni Unite⁽¹⁶⁾ ha, perciò, ragione di dirne “*that Al-Qaida and associated entities pose a universal threat to the membership of the United Nations and the United Nations itself. In public statements, Al-Qaida has singled out the United Nations as a major obstacle to its goals and defined it as one of its enemies*”⁽¹⁷⁾.

⁽¹²⁾ Cfr. la mia nt. 1, p. 266, di *L'equità 'infra legem' nei giudizi internazionali*, Studi di dir. internaz. in onore di Gaetano Arangio Ruiz, Napoli, Editoriale Scientifica 2004, I, per G. SCHWARZENBERGER, R. AGO, e G. ARANGIO RUIZ.

⁽¹³⁾ C. JEAN, *La natura*, cit., ancora p. 2, I col., su taluni obiettivi terroristici “talmente assoluti che non possono essere mediati, e non hanno quindi carattere politico”.

⁽¹⁴⁾ G. BATTAGLINI, *Commento*, cit., p. 499 e nt. 37.

⁽¹⁵⁾ Cfr. M. HARDT/A. NEGRI, *Moltitudine, Guerra e democrazia nel nuovo ordine imperiale*, Milano, 2004, p. 377: “abbiamo anche iniziato a sentire leader politici che propongono ancora una volta una rappresentazione della sovranità che recide qualsiasi relazione tra governanti e governati, riesumando un'accezione assoluta e autonoma del potere. Questi sono i nuovi iconoclasti!”. E se, d'altronde, se ne afferma che “il potere sociale e la legittimazione dei valori di una libera esistenza”, viceversa, “appartiene alla moltitudine”, il passo è breve a concluderne: “Non c'è sovranità che sia autorizzata a distruggere le icone che aprono l'immaginazione all'amore della libertà; nessuna sovranità è cioè autorizzata a fare a pezzi il tramite della speranza e della salvezza, che appartiene alla moltitudine. Altrimenti, se il sovrano diviene un tiranno e il suo potere diventa assoluto e indiscutibile, la stessa sovranità dovrà essere attaccata e distrutta” — a quanto pare — con qualunque metodo *contro la politica dei rapporti*.

⁽¹⁶⁾ REPORT OF THE SECRETARY GENERAL'S, *High-level Panel on Threats Challenges and Change*/UNITED NATIONS, december 2004 “A more secure world: *Our shared responsibility*, PART I & II-III, e *Annexes* (with endnotes), con “Foreword by the United Nations Secretary-General” (VII-X), e “Synopsis”. La “*Transmittal letter addressed to the Secretary-General from the Chair of the High-level Panel*” (p. XI ss.) precisa (p. XIII): “*Our deliberations drew on inputs from a wide range of sources, including Governments, academic experts and civil society organizations. None of our work would have been possible were it not for the extensive support we received*”.

⁽¹⁷⁾ REPORT (U.N.), cit., pp. 47 s. (par. 146).

Occorre quindi cercare, intanto, di sottrarre gli autori o gli organizzatori dei tipi già scontati di reati politico-terroristici nel loro complesso alle oscure programmazioni e suggestioni del terrorismo politicamente disancorato e apocalittico sul piano universale, profittando della barbarie delle forze solo economiche o militari, a scapito del diritto internazionale⁽¹⁸⁾, e delle menzogne che oggi indeboliscono la credibilità e la legittimità dei governi delle nazioni sedicenti democratiche, come ha affermato con alta risonanza il primate di Canterbury Rowan Williams. Vale a dire che, pur ribadendo per ogni ipotesi, con le Nazioni Unite, secondo il Rapporto del Segretario Generale “*an unequivocal message that terrorism is never an acceptable tactic, even for the most defensible of causes*”, è indispensabile “*however, express fear that approaches to terror focusing wholly on military, police and intelligence measures risk undermining efforts to promote good governance and human rights, alienate large parts of world's population and thereby weaken the potential for collective action against terrorism*”⁽¹⁹⁾.

D'altro canto, ad evitare pericolose contaminazioni con il terrorismo globale, di quelle motivazioni invece *difendibili* qual è la certezza auspicata dal Rapporto⁽²⁰⁾, d'un progresso negli “*Efforts to counter extremism and intolerance, including through education and fostering public debate*”? La risposta è l'impegno delle stesse Nazioni Unite nella *dissuasione* ovviamente favorita da politiche interne di ciascuno Stato scrupolose e sensibili, finalizzate al *bene* della gente: “*working to reverse the causes or facilitations of terrorism, including through promoting social and political rights*” nonché “*reducing poverty and unemployment*” parallelamente allo sviluppo “*of better instruments for global counter terrorism cooperation all within a legal framework that is respectful of civil liberties and human rights*”⁽²¹⁾. E guai ad abbandonare i punti fermi come l'obiezione “*that peoples under foreign occupation have a right to resistance and a definition of terrorism should not override this right*”⁽²²⁾: e dunque con riguardo in genere al reato politico-terroristico e non solo alla individuazione d'una *guerriglia difensiva*; nel mentre, a monte “*the central point*” rimane, comunque, “*that there is nothing in the fact of occupation that*

⁽¹⁸⁾ V. Enzo BIANCHI, *L'apocalisse tra noi* (www.monasterodibose.it), “La Stampa” 15 maggio 2004: “nella mentalità di chi, ‘democraticamente eletto’, detiene il potere, si è diffusa come un morbo l'idea che si potesse fare a meno dell'istanza del diritto internazionale... Così, ad un anno dalla fine della guerra, non c'è nessun ‘nuovo ordine mondiale’, anzi, è cresciuto il terrorismo, e la barbarie dei terroristi si è manifestata essere anche la barbarie della forza militare dell'Occidente”. E, di sèguito il riferimento alle affermazioni del primate di Canterbury e dei cardinali Laghi, Tauran, Martino e mons. Lajolo “perché violenza chiama violenza, guerra chiama guerra”.

⁽¹⁹⁾ REPORT (U.N.), cit., p. 51 (par. 157).

⁽²⁰⁾ *Ibidem*, oltre al par.157, il 147 (p. 48).

⁽²¹⁾ *Ibidem*, p. 38 (par. 103).

⁽²²⁾ *Ibidem*, p. 51 (par. 160).

justifies the targeting of civilians". Anzi laddove non si distinguano rigorosamente combattenti e civili e si attuino basilari principii umanitari "*violations of these obligations is continue to be met with widespread condemnation and war crimes should be prosecuted*"⁽²³⁾.

3. — Non è contestabile che la Convenzione Europea per la Repressione del Terrorismo, del 1977, accedesse in generale alla qualifica dei fatti di terrorismo come "reati politici", nell'atto stesso in cui li dequalificava soltanto, in particolare, dalla *politicalità* allo scopo specifico di consentire l'estradizione del terrorista straniero come secondo l'eccezione che si era consolidata, in passato, con la c.d. *clausola belga* nei trattati in argomento: questa, intanto estensiva della estradizione dello straniero solo ai suoi reati ispirati da "anarchismo" rivolto alla *fisica eliminazione* dei governanti che impersonassero, all'epoca, la consistenza materiale delle potenze quali soggetti di diritto internazionale⁽²⁴⁾.

Codesta dequalificazione parziale da potersi considerare, perciò, una "*fictio iuris*"⁽²⁵⁾ in funzione interpretativa limitata del principio di *non estradizione* per "reati politici" nelle altre convenzioni in materia era, peraltro, formulata in modo da venire (dal 1977), via via, disattesa proprio in ragione della "politicalità" del reato fra gli Stati di cui l'uno non volesse sconfessarla con nessun altro, neppure parzialmente e artificiosamente: sì da continuare, viceversa, a trattarlo secondo il generale principio di non estradizione. Infatti, dalla medesima Convenzione si ammetteva che ciascuno Stato contraente potesse formulare *riserve* in senso tecnico (art. 13) per non rinunciare alla propria libertà tradizionale di determinare, di volta in volta, autonomamente — seppure dopo una approfondita riflessione — il carattere politico del reato sempre per escludere la estradizione dello straniero⁽²⁶⁾. E non si sarebbe, in effetti, giustificata l'eccezione convenzionale contraria *come tale* se non si fosse lasciata, nel contempo, una valvola di recupero pattizio della nozione di reato "politico" non estradabile, quand'anche "terroristico"; visto, fra l'altro, che la Convenzione ne estendeva l'ipotesi contraria accentuando il tenore della "*fictio iuris*" privilegiata convenzionalmente nell'intento di *far passare* per reati (*politici*) *terroristici* pure i fatti di terrorismo *dubbio*. Non per nulla la stessa Convenzione ammetteva, quindi, da un lato, generali riserve e, dall'altro, contemplava fattispecie concrete probabilmente *in eccesso*, come emerge da chi ne accennava nel senso che "al limite anche la protesta... dei contadini del *Midi* francese che bloccano le strade e

⁽²³⁾ Ancora il REPORT (U.N.), p. 51 (par. 158).

⁽²⁴⁾ G. BATTAGLINI, *Commento*, cit., pp. 488 s.

⁽²⁵⁾ Ancora G. BATTAGLINI, *Commento*, cit., p. 489, al par. 2.

⁽²⁶⁾ *Ibidem*, p. 489, al par. 1.

incendiano degli automezzi finisce col ricadere nell'ambito di quelle previsioni e coll'essere assimilata in un pericoloso amalgama ai crimini più odiosi”⁽²⁷⁾.

Ma appunto in tal modo la Convenzione dava ragione anche di una varietà di ipotesi non influente sulla gamma delle possibili motivazioni del reato di terrorismo per pervenirne a ricostruzioni selettive d'una maggiore o minore gravità: esse stesse, dunque, tutte ugualmente “politiche” al fondo nel senso più ampio se strettamente “*intra moenia*”. E questo è in armonia pure con la migliore dottrina, ad es., per la frase tipica *estensiva* con cui uno fra i più impegnati studiosi della materia qualifica terroristi gli “*individuals (who may or may not be guerriglieros) attacking civilians indiscriminately in order to provoke fear*”⁽²⁸⁾.

È certo, infine, come per tutti gli altri terrorismi “*intra moenia*” così per quello del singolo sterminatore suicida, che la *politicità* del gesto — anzi, se *intra moenia*, tanto più per lui — possa insorgere da quella cosciente “ribellione contro la tirannia e l'oppressione” entro confini statali che nel Preambolo della Dichiarazione Universale sui Diritti Umani, delle Nazioni Unite, ci si obbliga a far prevenire, anzitutto, da una loro effettiva, accorta e continua protezione ad opera di qualunque governo⁽²⁹⁾.

4 (Segue). – È presente nel significato e valore del divieto d'estradizione della Costituzione italiana (art. 10, IV comma) quel carattere “politico” d'un reato che sembrerebbe invece contraddetto non già da reati terroristicopolitici entro confini statali ma, sì, da operazioni meramente anarchiche e realmente distruttive di ogni relazione politica vuoi interna vuoi internazionale; impolitiche, cioè, nello sfaldare i rapporti giuridico-politici necessari alla convivenza umana⁽³⁰⁾, solitamente *extra moenia* su presupposti socioideologici e sviluppi inafferrabili sul piano universale.

Ora, stando per l'appunto a codesti significati e valori, se vi sono dubbi sotto il profilo logico-giuridico l'unica interpretazione dell'art. 10, IV comma, della Costituzione secondo la *ratio* dei principii oramai codificati in tema di

⁽²⁷⁾ S. SENESE, *La democrazia si difende con la democrazia*, in “Rocca” del primo aprile 1978, pp. 17 ss., 20 in specie.

⁽²⁸⁾ Y. DINSTEIN, *The International Legal Response*, cit., p. 142.

⁽²⁹⁾ G. BATTAGLINI, *Guerra al terrorismo*, cit., p. 2 e nt. 5 ivi.

⁽³⁰⁾ Cfr. “*Il documento*” 2020, *uno scenario della Cia* (all'epoca del direttore Porter Goss), in “Corriere della Sera” *In primo piano*, venerdì 28 gennaio 2005, p. 10, ove s'ipotizza, da un lato, il terrorista globale che proclama sin d'ora: “Basta con la democrazia, lo Stato-Nazione, il concerto delle nazioni e tutte quelle categorie” del “cosiddetto sistema di valori giudeo-cristiani” e, dall'altro, “l'ultima ipotesi” e “la più angosciante” del terrorismo su scala universale, incommensurabile politicamente: “nel 2020 una serie di attentati semina distruzione e gli Stati emanano leggi autoritarie che finiscono per eliminare le libertà civili”; ed ecco la fine della politica del diritto e, con ciò, della ‘convivenza umana’ necessaria.

“reato politico” ed estradizione dello straniero nel diritto internazionale non può che essere *in generale* solo ad essi conforme per il medesimo art. 10, I comma⁽³¹⁾: e semmai la base della prassi di governo applicativa e del suo indirizzo politico nel rispetto della *tradizione* politica nazionale è, al riguardo, degna di nota⁽³²⁾.

Anche per questo, in ordine alla approvazione della Convenzione Europea sulla Repressione del Terrorismo (in vigore dal 4 agosto 1978) le Camere hanno motivato con l’art. 10 della Costituzione la riserva dell’Italia che “lo Stato italiano... rifiuterà l’extradizione riguardo a qualsiasi reato... che sia da considerare politico nel rispetto della Costituzione italiana”⁽³³⁾; e all’atto del deposito dello strumento di ratifica (solo il 28-2-1986) non s’è proposta nessuna distinzione, per i reati politico-terroristici a differenti livelli e con la varietà dei motivi, al contrario reiterandosi dal governo la netta dichiarazione formulata sin dall’adozione italiana del Progetto, nel 1977: che l’Italia “*se réserve le droit de refuser l’extradition ainsi que l’entraide judiciaire*” anche se valuti il carattere “*particulièrement grave*” d’un reato; sicché basterebbe che “in uno degli atti terroristici commessi sia ravvisabile la caratteristica di reato politico” (*La Stampa* del 31 giugno 1985)⁽³⁴⁾.

Il IV comma dell’art. 10 della Costituzione italiana offre, pertanto, un parametro generale di qualificazione “politica” dei reati, che sembra implicito debba valere per l’apprezzamento *in genere* d’un reato a vari *livelli* della sua presunta “politicalità” e per le sue diverse motivazioni fra tutti gli individui entro paesi dati. E perché escluderlo per fatti di terrorismo di vario peso e giustificazioni politiche differenti, dalla ribellione alla guerriglia o alla resistenza nazionale popolare o di singole minoranze?⁽³⁵⁾.

⁽³¹⁾ V.G. BATTAGLINI, *Commento*, cit., pp. 502-505 e nt. ivi.

⁽³²⁾ *Ibidem*, specialmente p. 503 s.

⁽³³⁾ Ancora G. BATTAGLINI, *Commento*, cit., pp. 507 ss., 510, nt. 17, nonché, in particolare G. GUARINO, *Adattamento al diritto internazionale e estradizione nella Costituzione italiana: spunti critici*, in “*Comunicazioni e Studi*” dello Istituto di diritto internazionale e straniero della Università di Milano, XVI, 1980, in ispecie p. 381 e nt. 70-71.

⁽³⁴⁾ Cfr. G. BATTAGLINI, *Riflessione breve su di un tema della sentenza n. 295, con variazioni*, in “Giurisprudenza Costituzionale”, 1985, Parte prima, pp. 1346-1347, nt. 28.

⁽³⁵⁾ Il problema è, anzi, *più grave* nel caso di una ‘minoranza’, per cui l’uso della violenza terroristica può rivestire il carattere di lotta per la sopravvivenza, come in Africa dopo la brusca interruzione del “periodo coloniale... di relativa stabilità... di assenza di eccidi” su larga scala: quelli che si sono poi, invece, scatenati sino a fare “più morti (oltre 500 mila) delle bombe atomiche lanciate su Hiroshima e Nagasaki” (C. JEAN, *La natura*, cit., p. 3, II col.). Il movimento di “*liberazione nazionale*” con il relativo terrorismo *entro confini statali* è, ora, anche palestinese, per la resistenza al pericolo di genocidio; su cui cfr. T. REINHART, *Distuggere la Palestina*, La politica israeliana dopo il 1948, Milano, Il saggiaiore/Mondolibri, 2002, pp. 107 ss., 135-163.

Se invece si vuole persino evitare il problema, si cercherà ipocritamente di mettere l'individuo nella condizione psicologica d'un personale rischio che gli si fa supporre di potere eludere solo sottraendolo al diritto. Egli ne avrà in primo luogo recepito di non potersi mettere in gioco nemmeno sul piano di una “espulsione” ancorché *estradizione larvata* che per analogia gli avrebbe quindi resi applicabili — si dovrebbe pensare — i valori costituzionali e, in più, le debite garanzie anche secondo la riserva alla Convenzione Europea antiterrorismo e sul fondamento di quella sui diritti umani con il suo Protocollo, n. 7, art. 1, in tema d'espulsione⁽³⁶⁾. E se tutto si dispone altrimenti, tutto sarà in disprezzo dell'individuo come nel caso *Ocalan*⁽³⁷⁾.

5. – Dà ragione al divieto costituzionale di estradare lo straniero per “reati politici” la corretta prospettiva della magistratura italiana nel non escluderlo, comunque, per reati, appunto, di terrorismo *intra moenia* come quelli a Casablanca di cittadini locali accusati dal governo marocchino di terrorismo internazionale, e ora in Italia. Qui la Cassazione ha negato sul farsi del 2005 l'estradizione, che s'era accordata, verso il Marocco, di Mohamed Rafik, l'imam itinerante tra Firenze e Cremona, arrestato nell'ottobre 2003 per un mandato di cattura del suo Stato⁽³⁸⁾; e il rifiuto d'estraderlo era, del resto, fedele allo spirito dell'art. 10, IV comma, della Costituzione italiana, interpretato — come voluto dalla sola dottrina rigorosa⁽³⁹⁾ — autonomamente dalla legislazione interna, di rango inferiore; e nulla più.

⁽³⁶⁾ V. G. MALINVERNI, *I limiti alla espulsione secondo la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in “Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione”, Atti del Convegno di Studio, Università di Ferrara (29-30 ottobre 1999), a cura di Francesco SALERNO, pp. 161 ss., in specie, per i legami della espulsione con gli artt. 3 e 8 della Convenzione, e il Protocollo 7, a parte il n. 4 (p. 165 s.). E per come gli sviluppi d'una concessione d'espulsione possano realizzare un percorso idoneo a mascherare l'esito finale, per questa via, d'una estradizione da principio non ammessa, cfr. la mia n. 37, pp. 9-10, di *Guerra al terrorismo*, cit., con le conseguenze dell'affare *Bozano v. France*.

⁽³⁷⁾ Vedi *infra*, note 51 e 53.

⁽³⁸⁾ Si veda “*La Suprema Corte*”. *Stop all'estradizione dell'imam di Cremona*, in “Corriere della Sera” del 28 gennaio 2005, e la sentenza della Corte di Cassazione Penale, Sezione VI (27-01-05) n. 5708, annullando senza rinvio una sentenza della Corte d'appello di Brescia, del 27 febbraio 2004; per quanto la detta sentenza di Cassazione (pubblicata il 15 febbraio 2005) abbia ritenuto di potere risolvere il problema che le si presentava già secondo il principio costituzionale, “dettato dall'art. 25, comma 2, della Costituzione italiana, di irretroattività della legge penale non solo sotto il profilo della sanzione, ma anche della previsione della fattispecie normativa”: per cui avrebbe dovuto sussistere “la garanzia” dello Stato richiedente l'estradizione *di non procedere* — come invece, nel caso, non rilevava — “al giudizio dell'estradando sulla base di una legge successiva alla commissione del reato”.

⁽³⁹⁾ Cfr. G. BATTAGLINI, *Commento*, cit., pp. 499 e nt. 39, 500 e nt. 40, nonché segnatamente M. CHIAVARIO, *Reati politici, terrorismo, estradizione: sviluppi e prospettive recenti*, in “Foro italiano” 1986 (V), p. 270 in specie.

Inoltre, a questo punto, a parte l'estradizione che ne è direttamente l'oggetto, se ne potrebbero ricavare altri suggerimenti o ispirazioni caso per caso, a cominciare dalla *espulsione* nel senso e con i limiti prima accennati? ⁽⁴⁰⁾. E che altro anche internazionalmente parlando, e nulla concedendo alla disinformazione d'impronta giornalistica o dei poteri dello Stato?

I – È di assoluta ovvietà che specie la guerriglia urbana non fa necessariamente uso di metodi terroristici, ed è vero pure il contrario: ossia l'identificazione in talune circostanze di guerriglieri e terroristi come per altre associazioni del terrorismo di gruppo, dalla ribellione alla resistenza armata. Insomma, son da riprendere quelle due ipotesi, per DINSTEIN ⁽⁴¹⁾ chiaramente affiancate o sommantesi, nel senso che *"Terrorism must not be confused with guerrilla warfare. Guerrilleros who comply with the rules of warfare have nothing in common with terrorists: they are simply irregular troops"*, ma *"Conversely individuals (who may... be guerrilleros) attacking civilians indiscriminately in order to provoke fear"* ⁽⁴²⁾ *are terrorists acting in violation of the laws of armed conflict"*. E ciò che caratterizza ugualmente ognuna di queste categorie di "reati politici" collettivi o di loro singoli membri è semplicemente il *metodo di lotta*.

Ebbene, non comprendo perché sia stata ricondotta ad una misconoscenza di codesta ovvietà — e persino ad una contrapposizione costante fra guerriglia e terrorismo ⁽⁴³⁾ per di più sulla base di differenti presupposti tecnico-giuridici, e persino teorico-dotttrinali di qualifiche sempre disgiunte, e tutto con varie disquisizioni ⁽⁴⁴⁾, la Ordinanza del GIP di Milano del 24 gennaio 2005 ⁽⁴⁵⁾. Ma, a ben guardare, là s'è trattato solo d'un ragionevole dubbio sui dati "provenienti da 'acquisizioni informative' o 'investigative' non meglio precisate" che al magistrato competente, intanto, a vagliarle allo stato attuale apparivano "prive di qualsivoglia supporto genetico degno di rilievo processuale e non

⁽⁴⁰⁾ Per la risposta v. *infra*, nt. 50.

⁽⁴¹⁾ V. *supra*, nt. 28.

⁽⁴²⁾ Y. DINSTEIN, *La natura*, cit., p. 142 e note ivi, complessivamente.

⁽⁴³⁾ Ne è il sintomo peculiare l'intervista all'esperto di "Primo Piano" RAI 3 (TV), 23.15 di lunedì 7 febbraio 2005. Diversamente prudente, anche se — pur sempre — confuso, FRANZO GRANDE STEVENS, *Terrorismo e guerriglia c'è differenza*, "La Stampa" del 10 marzo 2005.

⁽⁴⁴⁾ Si veda, per tutti, "Frattini: dall'Europa una sola voce per fare fronte al terrore", "La Stampa" 04-02-05, e "Frattini: la Ue non distingue guerriglia e terrorismo", "La Repubblica", stessa data, p. 12. E prima ancora, espressamente, il "Corriere della Sera" del 28 gennaio, cit., p. 18: *"Giusto distinguere i terroristi dai guerriglieri"* (I e II col.), laddove si afferma che la sentenza "tra mille polemiche" del giudice Clementina Forleo "è stata criticata soprattutto per aver applicato all'Iraq la distinzione fra guerriglia (non punibile 'in contesti bellici' se ha obiettivi solo militari) e terrorismo (che invece 'semina terrore nella popolazione civile')".

⁽⁴⁵⁾ V. www.litis.it. La decisione ha destato polemiche per la distinzione "tra guerriglieri e terroristi" — Ordinanza GIP Milano del 24-01-05, pp 1-9.

puntualmente riscontrate da atti processualmente rilevanti”, sicché la inutilizzabilità di queste e altre fonti d’informazione in corso di processo permettessero oramai di concludere circa gli eventuali “obiettivi trascendenti”, o meno, semplici “attività di guerriglia” e tali da incasellarle (seconda ipotesi su considerata) “nell’ambito delle attività di tipo terroristico”⁽⁴⁶⁾. E non basterebbe, perché, come v’accenna la sentenza n. 669, la Corte di Cassazione Penale, Sezione II, il 17 gennaio 2005, seppure nel rispetto dovuto alla “valutazione... in via esclusiva riservata al giudice di merito” secondo la corrispondenza della sua decisione “alle acquisizioni probatorie risultanti dagli atti del processo”, non ha mancato, giustamente, di sfiorare la dicotomia fra reato politico-terroristico quale per l’art. 10, IV comma, della Costituzione italiana (che magari potrebbe influenzare anche qualche suggerimento di attenuanti in una sentenza penale)⁽⁴⁷⁾ e il terrorismo meramente globale-universale⁽⁴⁸⁾.

II – Soprattutto da codesti angoli visuali vanno, dunque, evitate quelle distorsioni della nozione costituzionale di politicità del reato anche terroristico *intra moenia* (almeno tendenzialmente) di chiunque si lasci irretire da complicazioni e ‘*distinguo*’ secondo espressioni e/o previsioni di leggi (interne) penali o simili, quando invece non va mai trascurato il su accennato principio *interpretativo* inoppugnabile: che, a rigore, “inverte l’ordine logico della normazione” già chi faccia capo ad es. al codice penale “in quanto fa dipendere la nozione costituzionale di reato politico dalla definizione contenuta in una legge ordinaria”, mentre i “concetti della Costituzione devono servire di misura per le leggi ordinarie e non il contrario”. Tanto più che, al riguardo, si tratta di norme “incommensurabili” visto il contenuto della norma interna ad un fine “eminente repressivo” e mirante solo ad una pretesa protezione della “comunità statale italiana” laddove la disposizione costituzionale “mira invece a restringere — di fatto — la potestà repressiva” dello Stato e a tutelare la “persona dello straniero richiesto in estradizione”, e che nel suo Paese potrebbe essere perseguitato “(e perché non anche nel nostro?) dal potere politico sotto l’influenza di “fattori ideologici, persecutori, passionali”⁽⁴⁹⁾.

III – È da aggiungere che se nell’art. 10, IV comma, il *fine* della disposizione costituzionale è quello di assicurare che lo straniero soggiornante in Italia non venga consegnato a uno Stato estero nel quale si troverebbe in un regime

⁽⁴⁶⁾ Ordinanza 24/01, cit., pp. 1, 2, specialmente 5-6, 9.

⁽⁴⁷⁾ *Ibidem*, p. 4, per il riferimento, *in subordine* alla richiesta di concessione delle “circostanze attenuanti”.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. www.litis.it del 03-02-2005, pp. 1-8, per la Corte Suprema di Cassazione, sentenza del 17-01-2005, soprattutto pp. 2, 4, 6.

⁽⁴⁹⁾ Si vedano nell’insieme le belle e ineccepibili pagine di Antonio CASSESE, *Lo Stato e la Comunità Internazionale*, in “Commentario della Costituzione” a cura di G. Branca, Zanichelli Ed., 1975, pp. 461-591, e IV (544-564) *L’extradizione dello straniero*. Per la citazione testuale, in particolare, pp. 551 ss., 555.

di illibertà, occorre ammettere che quella disposizione implica il divieto di consegnare lo straniero allo Stato estero *anche in forme diverse dall'estradizione* essa cioè implica anche il divieto di respingere lo straniero verso la frontiera dello Stato al quale non lo si deve estradare" ⁽⁵⁰⁾.

Ora, scegliendo la via della *espulsione formale* della persona in causa, quale il curdo Ocalan verso la Turchia ⁽⁵¹⁾ verrebbe perciò, già da sé, l'accostamento con codesta disposizione costituzionale da far subito valere in giudizio come "divieto generale d'espulsione" quale suffragato anche — giusta il principio — dall'art. 19, I comma della legge Martelli e sempre con le garanzie del caso ⁽⁵²⁾. E nell'*arrangiarsi* per conto di Ocalan *ignaro di tutto questo* lo si è, per l'appunto tradito, in Italia, con quel *desolante passo indietro* ch'era la finzione di facilitarlo organizzandogli una c.d. *espulsione consensuale* ⁽⁵³⁾.

Quanto, poi, alla espulsione *visibilmente* tardiva come nei casi attualmente *sub judice* ⁽⁵⁴⁾, o era per motivi giustificati che avrebbero potuto avere (ma sempre applicandone le garanzie) esiti autonomi in precedenza, oppure, se interviene per *tamponare* un trattamento d'eccezione del reato *politico* anche "terroristico" (in ispecie) "*intra moenia*" sempre secondo l'ispirazione costituzionale dello art. 10, non deve lasciarne correre giuridicamente le conseguenze con la sola copertura del potere politico parlamentare (di facciata) o di governo ⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵⁰⁾ *Ibidem*, p. 550.

⁽⁵¹⁾ Forse il caso non ha avuto l'attenzione che meritava. O perché lo si è fatto slittare sul tema dell'asilo, nonostante A. CASSESE, *Lo Stato e la Comunità*, cit., IV, che associa le due nozioni sotto il profilo della "filosofia" della regola sull'asilo (art. 10, comma 3), ma ne tiene distinti i problemi, pp. 530 ss., 532 ss., 545 ss., 547 ss. Oppure perché le critiche di buona volontà delle parti politicamente e moralmente più impegnate non ne hanno veramente colto il 'fondo' giuridico-politico. Cfr. E. CANNIZZARO, *Sui rapporti fra diritto costituzionale all'asilo e divieto di estradizione per reati politici*, in "Rivista di diritto internazionale", 2000, pp. 157-159; "*Occasione mancata*", febbraio 1999 (www.manitese.it/mensile/299/ocalan.htm); Amnesty International, *Processo Ocalan, Campagna USA*, ma oramai solo sul rischio di non avere per Ocalan (cui s'erano chiuse altre frontiere se non la turca) un processo equo in Turchia; www.perlulivo.it/pipermail/gargonza/msg03129/html, pp. 1-2.

⁽⁵²⁾ V.B. NASCIMBENE, *Le garanzie del procedimento di espulsione dello straniero*, in "Diritti dell'Uomo", Atti, Convegno Univ. Ferrara (1999), cit., p. 196.

⁽⁵³⁾ V. ancora, per Ocalan, "Mani Tese": "*Occasione mancata*", sulla "forzosa partenza consensuale" di Ocalan "verso paesi sconosciuti", e internazionalmente non obbligati a riceverlo salvo la Turchia. Cfr. R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Palermo, Ed. Priulla, 1949, p. 488, *sulla assoluta libertà internazionale di non ammissione e d'espulsione dello straniero (con garanzie)*.

⁽⁵⁴⁾ Si vedano largamente le informazioni di "La Stampa" e "La Repubblica", rispettivamente p. 7 del 4 febbraio 2005 e 9 del 5, e pp. 12-13 del 4, sullo "Scontro" fra i giudici e Pisanu Ministro dell'Interno (*ordine di espulsione e negazione giudiziaria del nulla osta*).

⁽⁵⁵⁾ Preoccupazioni, *alla fine*, del Senato della Repubblica: "*Mozioni e ordine del giorno sulla pena di morte con riferimento al caso Ocalan*" (in Turchia) — Discussi e votati in Assemblea il 5 maggio 1999 (seduta antimeridiana), XIII Legislatura.

IV – Resta aperto il campo dei giudizi interni differenziati (quando e fino a che punto?) per quel terrorismo globale-universale, e per così dire impolitico, estremizzato rispetto al semplice anarchismo a suo tempo teorizzato dalla c.d. *clausola belga*: in definitiva esso verrebbe in discorso come una *eventuale* — (ma esiste? E come determinabile con cognizione di causa volta per volta?) — *multinazionale del terrore*, magari contrapposta a quelle altre multinazionali armate, non statali, non governative, che potranno andare dilagando sul piano mondiale come P.M.C. (“*Private Military Companies*”) ⁽⁵⁶⁾. Ma attenzione! “dove si nega la forza della legge e si afferma la legge della forza ci si incammina sulla strada che vede la vittoria della legge della ferocia” (Enzo Bianchi, *L’apocalisse tra noi*).

ABSTRACT

Terrorists “*who may or may not be guerrilleros*” (Yoran Dinstein, Visiting Professor of Law-New York University; Prof. of Human Rights and Pro-Rector, Tel Aviv University) symbolised the possibility “to be compelled to have recourse as a last resort to rebellion against tyranny and oppression” (*Universal Declaration of Human Rights, Preamble*), that signifies in *generals* the “*political*” character, in these and others similar cases, of terrorists and their activities against single States “*intra moenia*”. These political violations are not considered as global, universal terrorism of enemies to all public and/or international relations (necessary in this moment and in this world). But, as a matter of fact, their political general character is confirmed by the

⁽⁵⁶⁾ Henrique BALLESTEROS, diplomatico peruviano, come *Incaricato Speciale* dal 1987 della Commissione dei Diritti Umani, in un Documento reso noto a New York presso la Sede delle Nazioni Unite l’11 gennaio 2001 come *Rapporto* (E/CN. 4/2001/19), alla lettera D, su “*Private security and militaries assistance companies operating internationally*” (le P.M.C.), concludeva (§ 69): “*It is possible that the interests of private companies, which are motivated primarily by profit, could run counter to peace and democracy and could more likely be oriented towards the perpetuation and even escalation of conflicts*”; perciò (§ 70) “*The most important point being to prohibit the formation of private armies*”. Per cui, se non si vuole arrivare ad una anticipazione dell’*Apocalisse*, anche con il potere loro di “sterminare con la spada, con la fame, con la peste con le fiere della terra” (6, v. 8), occorrerà, prima, almeno sperimentare contro tutte le intolleranze, pure nella lotta al terrorismo d’impostazione universale la ricerca di una pace generale e completa attraverso ogni sforzo di prudenza, anziché guerre rinnovate fuori dal quadro delle Nazioni Unite; peggio ancora *se senza nessun supporto nel diritto internazionale* (quale unico ‘*jus gentium*’). Al contrario, già quanto alle attuali P.M.C., bisognerebbe adoprarsi almeno per controllarle meglio inquadrando nel diritto internazionale vigente: e limitarne in tutt’i modi la qualità e quantità delle iniziative, a quanto sembra anche da una prima tesi in argomento della Università di Padova, dell’ottobre 2004, di G. BUFFA, dal titolo “*L’evoluzione delle P.M.P. verso il ruolo nascente di ‘peace keeping’*” (laurea della Facoltà di Scienze Politiche, Relatore il Prof. Edoardo del Vecchio e correlatore il Prof. Danilo Ardia, del Dipartimento di Studi internazionali).

European Convention in argument (1997) with the aim, *only as a "fictio iuris"*, to reduce that general qualification; and only between States who express accept the relative reductive proposition. *Reservation* of Italy against this "*fictio*" is justified by the art. 10.IV of Italian Constitution and for all their continued effects.

Il terrorismo anche di guerriglieri o assimilabili, e per fini che non lo discriminano di per sè, per quanto, talora, motivato da una ribellione alla tirannia o all'oppressione (*Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, Preambolo*), ha carattere di reato "politico" qualunque ne sia la gravità, eventualmente ad opera di guerriglieri-terroristi (Yoran Dinstein, Prof. della Università di Tel Aviv, Membro associato dello Istituto di diritto internazionale), o simili: basta che non si tratti di terrorismo globale-universale di "*hostes humani generis*" in totale disprezzo anarchico della politica e del diritto ovunque. La qualifica di *politico* per l'altro terrorismo, ancorché gravemente illecito, ma *politicalmente* motivato, è invece confermata in generale anche dalla Convenzione Europea antiterrorismo del 1977, soltanto per applicarvi una "*fictio iuris*" *riduttiva* di codesta qualità fra gli Stati che vorranno profittare della "*fictio*" per allargare il campo della estradizione dello straniero, altrimenti esclusa appositamente per i "reati politici". La *riserva* dell'Italia contro questa esclusione, prevista ed ammessa per qualunque contraente dalla stessa Convenzione, era pienamente giustificata all'atto della sua ratifica e — prima — della firma, per armonizzarla con l'art. 10, IV comma della Costituzione a tutti gli effetti che ne derivino, e continuano.

ARRIGO D. MANFREDINI

LA CASA, IL TETTO, L'AUDIRE E IL SENTIRE NEL SILANIANO

Gli schiavi, che si trovavano sotto lo stesso tetto del padrone al momento della sua morte violenta e che non gli avevano prestato soccorso, dovevano essere sottoposti alla *quaestio* e al *supplicium*.

Questo, con tutta probabilità, il nucleo del Silaniano, il ben noto senatoconsulto (SC) emanato verosimilmente il 10 d.C.⁽¹⁾ e, come si sa, nel corso del tempo largamente modificato ad opera di altri senatoconsulti⁽²⁾, del pretore⁽³⁾, delle costituzioni imperiali⁽⁴⁾ e della interpretazione

⁽¹⁾ Nuova l'idea che il SC possa essere stato la conseguenza della disfatta di Varo e della paura derivatane: D. KIENAST, *Augustus. Prinzeps und Monarch*, Darmstadt 1982, p. 451, segnalato adesivamente da G. CALBOLI, *La cultura romana imperiale tra letteratura e diritto*, in D. MANTOVANI (ed.) *Per la storia del pensiero giuridico romano*, Atti del seminario di S. Marino 12-14 gennaio 1995 (Torino 1996), p. 102 s. Per una retrodatazione al 25 o al 17 a.C., D. DALLA, *Senatus Consultum Silanianum*, Milano 1980 (rist. Milano 1994), p. 34 ss. Tentativi estremi di identificazione del Silaniano con il SC del 57 d.C. di cui Tac. 13,32,1 [L. HERRMANN, *La g n se du Senatus consultum Silanianum*, in RIDA I (1952) p. 495 ss.] o con le vicende dell'anno 61 d.C. narrate da Tac. 14,42,43 (A.A.F. RUDORFF, *Römische Rechtsgeschichte*, I, Leipzig 1875, p. 125 ss.).

⁽²⁾ A parte D. 29,5,1 pr., che parla genericamente di *senatus consulta*, vanno ricordati il SC emanato nell'11 d.C. *Tauro et Lepido consulibus* (D. 29,5,13); un SC Claudiano menzionato nella rubrica di D. 29,5; un SC Neroniano   menzionato in PS 3,5,5 ed il suo contenuto   abbastanza facilmente ricostruibile (PS 3,5,5; D. 29,5,1,15,16); un SC Pisoniano   ricordato in D. 29,5,8 pr.; un SC emanato sotto Nerone nel 57 d.C., da collegarsi a D. 29,5,3,16; infine una *oratio M. Aurelii* in C. 6,35,11. Sulle varie congetture in proposito, R. MARTINI, *Alcune osservazioni sul senatoconsulto Silaniano*, in Ius, XVI (1965) pp. 363-365.

⁽³⁾ O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, Leipzig 1927³, p. 364 s. Non intendiamo in questa sede affrontare il problema se facesse parte del nucleo originario del Silaniano anche il divieto di apertura del testamento prima che i servi fossero sottoposti a tortura o se questo divieto sia stato introdotto dal pretore. Cos , tra gli altri, R. MARTINI, *Alcune osservazioni sul senatoconsulto Silaniano*, cit., p. 368. Ampia discussione in D. DALLA, *Senatus Consultum Silanianum*, cit., p. 39 ss.

⁽⁴⁾ Traiano in D. 29,5,10,1; Adriano in D. 29,5,1,28 e Hist. Aug. *Vita Hadriani*, 18,11; Antonino Pio (D. 29,5,1,5; C. 35,6,11); Marco Aurelio in D. 29,5,2 e C.

giurisprudenziale⁽⁵⁾, fino al punto che è impresa disperante la ricostruzione⁽⁶⁾.

Quale la *ratio* del SC forse Ulpiano lo dice bene. Sullo sfondo convulso della casa padronale urbana, gremita di schiavi non alieni dal tradimento, si trattava di rendere più sicure le *domus* imponendo alla servitù di prestare la custodia ai padroni, di tutelarli tanto dalle persone di casa quanto dagli estranei, a rischio della loro stessa vita⁽⁷⁾.

Si intuisce un clima di paura e di sospetto all'indirizzo della *familia urbana* (il *quot servi tot hostes* di un celebre adagio⁽⁸⁾, per intenderci), che fa tornare il Senato su una materia non nuova⁽⁹⁾, la chiamata di correo degli schiavi domestici per le morti violente dei padroni⁽¹⁰⁾.

È il *vetus mos* di cui parla Tacito⁽¹¹⁾ a proposito dell'uccisione del prefetto

6,35,11. Per tutti, D. DALLA, *Senatus Consultum Silanianum*, cit., p. 63 ss.

⁽⁵⁾ D.29,5; PS 3,5.

⁽⁶⁾ D. DALLA, *Senatus Consultum Silanianum*, cit., p. 6 ss. Non condivisibile il tentativo palinogenetico di B. BIONDI, *Acta imperii Romani*, I, Roma 1945=Scritti Giuridici, II, Milano 1965, p. 338 ss.

⁽⁷⁾ D. 29,5,1 pr. (Ulp. 50 ad ed.): *Cum aliter nulla domus tuta esse possit, nisi periculo capitis sui custodiam dominis tam ab domesticis quam ab extraneis praestare servi cogantur, ideo senatus consulta introduca sunt de publica quaestione a familia necatorum habenda*. Per la critica del testo nel senso da noi accolto (dipendenza di *ab domesticis quam ab extraneis* da *praestare custodiam*), D. DALLA, *Senatus Consultum Silanianum*, p. 2 ss. Secondo questo a., le parole esprimerebbero la *ratio* del provvedimento, quando, al suo sorgere, avrebbe perseguito la tutela contro il pericolo della violenza servile (p. 3), la tutela dell'interesse pubblico alla conservazione di un determinato ordine sociale (p. 33, *passim*). Poi, nello sviluppo del tempo, altro sarebbe stato lo scopo perseguito. Per una previsione iniziale delle sole uccisioni da parte degli schiavi, cfr. nt.9.

⁽⁸⁾ Sen. ep.47,5. Cfr. Fest. sv. *Quot servi* (L. 314).

⁽⁹⁾ Decisamente a favore dei precedenti, W. W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery*, Cambridge 1908, p. 94. L'a. concepisce una disciplina, diretta alla messa a morte di tutti gli schiavi, basata su un ancient usage e ripresa da Nerone nel SC del 56 documentato da Tacito. Il Silaniano avrebbe disposto la tortura quando ci fosse stata ragione di pensare che la morte del padrone fosse dipesa da uno degli schiavi (p. 95). Questa tesi appare condivisa, tra gli altri, da: L. ARU, *La c. 12 C.VI, 35 Breve contributo al Senatoconsulto Silaniano*, in Studi U. Ratti, Milano 1934, p. 215; R. MARTINI, *Alcune osservazioni sul senatoconsulto Silaniano*, cit., p.381 ss. All'opposto TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, p. 631, afferma che difficilmente la procedura del Silaniano rimonta ad età repubblicana, essendo tutt'altra cosa l'interrogatorio con tortura in uso precedentemente.

⁽¹⁰⁾ TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, p. 631. Secondo l'insigne a., il Silaniano si basava sulla presunzione giuridica che lo schiavo *sub eodem tecto* avrebbe potuto soccorrere il padrone. Solo con il tempo fu ammessa la prova contraria. L'imputazione era la complicità, per il mancato impedimento dell'evento che si doveva impedire.

⁽¹¹⁾ Tacito menziona il *vetus mos* in due luoghi, *ann.* 14,42,2 e 14,45,2. Il *vetus mos* e il discorso di Gaio Cassio Longino, sono al centro di recenti ed importanti

Pedanio Secondo⁽¹²⁾ nel 61 d.C. e della celebre allocuzione di C. Cassio Longino⁽¹³⁾ *pro severitate*⁽¹⁴⁾. Ci sono diversi documenti⁽¹⁵⁾ da cui si può far risalire il castigo degli schiavi (o almeno la tortura), in caso di morte violenta dei padroni, ad oltre un secolo prima del Silaniano. Anche la *lex Cornelia de sicariis*⁽¹⁶⁾ (di cui il Silaniano, secondo Bauman, sarebbe un SC interpretativo⁽¹⁷⁾), ne trattava, o, meglio, mostrava di presupporre la punizione degli schiavi nel punto dove prevedeva dei premi a favore degli accusatori di quegli schiavi che erano fuggiti per timore della *quaestio*, se provavano la partecipazione di questi ultimi all'esecuzione del delitto⁽¹⁸⁾.

letture, a cominciare da F. D'IPPOLITO, *Ideologia e diritto in Gaio Cassio Longino*, Napoli 1969, p. 54 ss.; D. DALLA, *Senatus Consultum Silanianum*, cit., p. 21 ss.; J.G. WOLF, *Das Senatusconsultum Silanianum und die Senatrede des C. Cassius*, Heidelberg 1988, p. 1 ss.; R.A. BAUMAN, *Lawyers and Politics in the Early Empire*, München 1989, p. 96 ss.; D. NÖRR, *C. Cassius Longinus: Der Jurist als Retor (Bemerkungen zu Tacitus, Ann. 14,42-45)*, in *Hist. Einzelschr.* 40 (1983) p. 187 ss. (*Althistorische Studien H. BENGSTON zum 70. Geburtstag dargebracht...hrsg. von H. HEINEN*, Wiesbaden 1983, p. 194 ss.); G. CALBOLI, *La cultura romana imperiale tra letteratura e diritto*, p. 91 ss.

⁽¹²⁾ Tac. *ann.* 14, 43-44. Per R.A. BAUMAN, *Lawyers and Politics in the Early Empire*, cit., p. 95, tre sarebbero le categorie alla luce delle quali interpretare il conflitto sotteso alla vicenda (dibattito in senato, opposizione interna ed esterna al senato ecc.): differenti dottrine stoico-giuridiche del castigo, le forze socio-economiche in campo e la dottrina della *utilitas publica*. Quanto all'idea di questo a. che la uccisione dei 400 schiavi di Pedanio Secondo sia dipesa dal prevalere dei proprietari di *latifundia* piuttosto che di quelli di *villae* (p. 102 ss.) non ci sembra condivisibile, essendo esclusivo oggetto della norma, all'epoca, la *familia urbana*.

⁽¹³⁾ Quale il grado di autenticità del celebre discorso? Le inevitabili oscillazioni tra la piena fiducia nel testo tacitano (F. D'IPPOLITO, *Ideologia e diritto in Gaio Cassio Longino*, spec. p. 45 ss.; M.T. GRIFFEN, *Seneca: A Philosopher in politics*, Oxford 1976, p. 280 s., *passim*; E. CIZEK, *L'époque de Néron et ses controverses idéologiques*, Leiden 1972, p. 145 s.) e l'idea che Tacito abbia elaborato gli *acta senatus* o ciò che sapeva di Cassio (R.A. BAUMAN, *Lawyers and Politics in the Early Empire*, cit., p. 93). Una analisi molto convincente delle contaminazioni tacitane in G. CALBOLI, *La cultura romana imperiale tra letteratura e diritto*, p. 94 ss.

⁽¹⁴⁾ Secondo R. A. BAUMAN, *Lawyers and Politics in the Early Empire*, cit., p. 4, tra i motivi personali che il giurista avrebbe avuto per sostenere la interpretazione più rigida, c'era anzitutto una specie di obbligazione familiare, il fatto che il padre, legato agli Iunii Silani, *consul suffectus* l'11, è stato probabilmente l'autore del SC *Tauro et Lepido consulibus* (D. 29,5,13) che ha portato "addenda" al Silaniano. Quindi il rapporto di amicizia tra Pedanio Secondo e C. Ummidius Quadratus, amico di Cassio, cui si aggiunge che gli Ummidii stessi avevano conosciuto un crimine molto simile a quello perpetrato ai danni di Pedanio: but with the exception of the first item these matters are incidental (p. 94).

⁽¹⁵⁾ Testi principali: Rhet ad Her. 1,23; Cic. *fam.* 4, 12; *Rosc. Am.* 77; *Cat.* 4,6,12; App. *bell. civ.* 1, 20;

⁽¹⁶⁾ D. 29,5,25 *pr.*-1. Invece la regola di D.29,5,3,12 è ricondotta alla legge Cornelia in via di interpretazione.

⁽¹⁷⁾ R.A. BAUMAN, *Lawyers and Politics in the Early Empire*, cit., p. 97 nt. 119.

⁽¹⁸⁾ Secondo noi la legge non interferiva affatto con la *quaestio* che si applicava

Il testo del senatoconsulto ovviamente non ci è giunto, ma nel commento ulpiano alla materia, tratto dal libro 50 *ad edictum* ⁽¹⁹⁾, sono evidenziati dei lemmi senz'altro appartenuti alla tradizione testuale più antica del provvedimento ⁽²⁰⁾.

Tra questi lemmi c'è anche l'espressione *sub eodem tecto* che possiamo a ragione considerare dei *verba legis*.

Ma Ulpiano, che costituirà, con le sue nove citazioni ⁽²¹⁾, il nostro più importante punto di riferimento per le riflessioni che ci avvia a fare intorno al significato attribuito a questa espressione, non ne è la nostra sola fonte. Ci sono ancora una citazione di Gaio ⁽²²⁾, una di Meciano ⁽²³⁾, una di Papiniano ⁽²⁴⁾, due dalle Sentenze di Paolo ⁽²⁵⁾, una di Giustiniano ⁽²⁶⁾, tre di Tacito ⁽²⁷⁾, Festo e Macrobio una ciascuno ⁽²⁸⁾.

Molte delle attestazioni ora riferite, tuttavia, si limitano a riprodurre alla lettera l'espressione, senza offrire il ben che minimo appiglio per la sua interpretazione ⁽²⁹⁾.

È un po' quel che accade nei tre luoghi tacitiani che, così importanti per la vicinanza cronologica agli eventi narrati ed allo stesso Silaniano (pur

alla *familia* del *dominus* morto assassinato, le cui regole peraltro non conosciamo. Semplicemente essa prevedeva che si potessero accusare di omicidio i servi fuggiti, anche quelli che avevano ottenuto la libertà nel testamento, e che all'accusatore derivassero dei premi se era dimostrata la loro responsabilità. Molto complessa è l'esegesi di D. DALLA, *Senatus Consultum Silanianum*, cit p. 23 ss.

⁽¹⁹⁾ I frammenti ulpiani del titolo dedicato al Silaniano sono quattro su ventisette. Ma insieme costituiscono quasi l'intera trattazione. L'andamento lemmatico del suo commento (e delle sue fonti, probabilmente) è inizialmente riconoscibile alla perfezione. I termini di riferimento sono quelli considerati nella tradizione giurisprudenziale testuali e che Ulpiano mostra di assumere come tali. Si inizia con il significato di *domini*, che trascina in una lunga disamina quello di *servi*. Quali soggetti contengono i termini *domini* e *servi* (par. 1-16). Quindi il significato di *occisi* (par. 16-24). Che cosa si debba intendere per *quaestio de familia* (par. 25).

⁽²⁰⁾ D. DALLA, *Senatus Consultum Silanianum*, cit, pp. 2-5, tra i testi che indicherebbero la norma di base del Silaniano tra cui il requisito *sub eodem tecto*, segnala D. 29,5,1,26.27.21.

⁽²¹⁾ D. 29,5,1,5. 21.26.26.27.27.38; D. 29,5,3,8.13.

⁽²²⁾ D. 29,5,25 *pr.*

⁽²³⁾ D. 29,5,14.

⁽²⁴⁾ D. 35,2,11,4.

⁽²⁵⁾ PS 3,5,3; 3,5,6.

⁽²⁶⁾ C. 35,6,12.

⁽²⁷⁾ Tac. *ann.* 13,32,1; 14,42,2; 14,45,2.

⁽²⁸⁾ Fest. sv. *Suffuerat* (L. 474); Macrobi. *saturn.* 3, 4, 7.

⁽²⁹⁾ Senza alcuna connessione evidente con il SC, almeno ci sembra, Fest. sv. *Suffuerat* (L. 474): *Suffuerat, sub eodem tecto fuerat*; Macrobi. *saturn.* 3,4,7: *Tarquinius...uno templo ac sub eodem tecto numina memorata coniunxit*.

assumendolo emanato nel 10⁽³⁰⁾), non ci dicono niente sulla interpretazione delle nostre parole *sub eodem tecto*. Ora vediamo rapidamente queste testimonianze. Nella prima⁽³¹⁾, riferita ad un SC del 57 d. C., identificato dagli studiosi con i senatoconsulti Silaniano, Pisoniano e Neroniano secondo diverse combinazioni, Tacito dice che è stato fatto un SC, al tempo stesso di vendetta e di sicurezza, per cui se un padrone era ucciso dai suoi schiavi, anche quelli che fossero stati manomessi nel testamento e che si fossero trovati sotto lo stesso tetto, avrebbero condiviso il supplizio dei primi.

Al di là del significato letterale, 'sotto lo stesso tetto', nulla apprendiamo intorno all'interpretazione dell'espressione. Degno di nota è che essa si ripeteva invariata da provvedimento a provvedimento, come se non avesse mai dato luogo a problemi di applicazione e non abbisognasse di una interpretazione autentica.

Nella seconda testimonianza⁽³²⁾ la locuzione *sub eodem tecto* è addirittura fatta risalire ad un *vetus mos*. Lo storico sta parlando della uccisione di Pedanio Secondo da parte di un suo schiavo. Siamo nel 61 d.C. *Vetere ex more* bisognava che, racconta Tacito, tutta la domesticità che aveva abitato sotto lo stesso tetto fosse condotta al supplizio; allora la plebe, che si era raccolta per difendere gli innocenti, venne a sommossa e assediò il senato dove c'erano i senatori che stavano discutendo divisi in due fazioni, quelli che condannavano ogni eccesso di severità e quelli che invece rifiutavano ogni cambiamento. La discussione tra i senatori, con tutta probabilità vertente sull'applicazione del Silaniano, non concerneva, par di comprendere, la regola del tetto bensì il fatto che tutti gli schiavi, oggettivamente, senza cause di giustificazione, dovessero essere puniti. Questa era la linea della fermezza che, come si sa, prevalse.

La terza testimonianza di Tacito⁽³³⁾ ci rimanda ad un altro provvedimento che non è stato emanato solo perché Nerone non ha voluto, dove era prevista la relegazione, questa volta dei liberti, che, al momento della morte del patrono, avessero dimorato sotto lo stesso tetto. Ancora la locuzione *sub eodem tecto* attribuita ad un testo di legge, senza una parola di commento da parte dello storico. Locuzione che, se non sapessimo che esprimeva l'elemento motore della macchina repressiva silaniana, farebbe quasi pensare ad una clausola di stile.

Clausola che si trascinava probabilmente da almeno un secolo. Nel *vetus mos* di Tacito, precedente il Silaniano⁽³⁴⁾, c'era. Si potrebbe quasi sostenere

(³⁰) Vi è chi ha sostenuto l'identificazione del Silaniano con il SC del 57 d.C. Cfr. *retro*, nt. 1.

(³¹) Tac. *ann.* 13,32,1.

(³²) Tac. *ann.* 14,42,2.

(³³) Tac. *ann.* 14,45,2.

(³⁴) Cfr. *retro*.

che fosse contenuta nella *lex Cornelia de sicariis* ⁽³⁵⁾. Sembrerebbe sottesa ⁽³⁶⁾ – ne parla Servio a Cicerone ⁽³⁷⁾ – nel caso di Marcello ucciso ad Atene *ante tabernaculum* e degli schiavi che erano fuggiti terrorizzati. Il testo si riferisce al 41 a. C.

E c'era nel Silaniano. Vediamo quello che si può ragionevolmente dire di *sub eodem tecto* in questo contesto.

L'espressione fissava il criterio per l'individuazione degli schiavi da sottoporre a tortura e a supplizio. E gli schiavi da punire erano appunto quelli che si trovavano sotto lo stesso tetto del padrone al momento della sua morte e che non gli avevano portato aiuto. Gli altri, quelli che non erano sotto il tetto, non entravano nella previsione della norma.

Un criterio palesemente locale, spaziale, ma vago sull'ampiezza del tetto da considerare e quindi sull'ampiezza dello spazio sottostante.

Un criterio oggettivo. Così lo definiscono taluni studiosi, per intendere che, almeno nella *mens* del legislatore (la lettera era forse ambigua), tutti gli schiavi che erano sotto lo stesso tetto, proprio tutti, indiscriminatamente, dovevano essere sottoposti alla *quaestio* e al *supplicium* (un SC che *supplicium toti familiae minitabatur*, Tacito fa dire a C. Cassio Longino ⁽³⁸⁾). Solo più tardi, grazie all'interpretazione dei giuristi, sarebbero stati esclusi quelli di loro che avevano prestato aiuto al padrone ⁽³⁹⁾. Secondo noi, chi aveva portato aiuto al padrone, fin da subito era stato

⁽³⁵⁾ D. 29,5,25 *pr.* (Gai. 17 *ad ed. prov.*). “La legge Cornelia dispone in merito a premi da attribuirsi all'accusatore che ha cercato e scoperto gli schiavi i quali erano fuggiti dalla famiglia prima della *quaestio* (si lascia intendere, fuggiti dopo l'uccisione del padrone e prima che avesse luogo la *quaestio*). Per ogni schiavo che l'accusatore avrà convinto (cioè che avrà provato essere responsabile della uccisione), riceverà cinque aurei dai beni dell'ucciso o dai beni pubblici. Questa ricompensa è attribuita all'accusatore non per tutti i servi che erano sotto lo stesso tetto e luogo (scappati prima della *quaestio* e ritrovati) ma solo per quelli che abbiano commesso l'omicidio”. L'ultima precisazione, comprensiva della espressione *sub eodem tecto et loco*, potrebbe farsi risalire alla legge Cornelia ma, più verosimilmente, la frase esprime una riflessione di Gaio, se non è, come è stato sostenuto, di natura compilatoria (D. DALLA, *Senatus Consultum Silanianum*, cit., p. 24 s.), e la nostra espressione appartarrebbe a queste più recenti epoche.

⁽³⁶⁾ R.A. BAUMAN, *Lawyers and Politics in the Early Empire*, cit., p. 98.

⁽³⁷⁾ Cic. *fam.* 4,12,3.

⁽³⁸⁾ Tac. *ann.* 14,43,2. A dire il vero Tacito, *ann.* 14,42,2 parla di *omnis familia* anche con riferimento al *vetus mos*. Una eco sembra conservarsi ancora in età classica nell'*omnimodo* di Ulpiano in D. 29,5,1,26. Sempre ammesso che il senatoconsulto cui lo storico, per bocca di C. Cassio Longino, fa riferimento sia il Silaniano. Si veda ad esempio il commento critico dell'ed. Les Belles Lettres (p. 106 nt. 8), ove il senatoconsulto citato è identificato con quello del 57 di cui in Tac. *ann.* 13,32,1.

⁽³⁹⁾ Crediamo come D. DALLA, *Senatus Consultum Silanianum*, cit., p. 24 *passim* che il limite della prova di aver fatto il possibile per evitare l'uccisione fosse di derivazione giurisprudenziale.

escluso dal criterio del tetto (e quindi dal *supplicium*. Ma non dalla *quaestio*?) anche se non è difficile immaginare gli abissi di arbitrio con cui gli inquirenti dovevano valutare la prestazione di soccorso. È vero che la morte violenta del padrone, per il fatto di essersi verificata, poteva favorire la presunzione che tutti gli schiavi avessero mancato di prestare soccorso, essendosi palesato come insufficiente quello effettivamente prestato da alcuni. Ma al tempo stesso, se anche chi si era adoperato nella difesa e magari aveva avuto ferite, non poteva trovare scampo, quale l'incentivo per gli schiavi a difendere il padrone? Una disciplina decisamente controproducente.

Invece, è senz'altro più che probabile che agli inizi non si ammettessero scusanti al mancato soccorso. Nessun impedimento (cecità, sordità, malattia, vecchiaia, catene, forse neppure l'età impubere⁽⁴⁰⁾), poteva giustificare. Solo la giurisprudenza, nel tempo, intendendo *auxilium ferre* come 'fare tutto quello che si poteva per portare aiuto'⁽⁴¹⁾, ha avviato la riflessione sulle impossibilità e ha elaborato via via un certo numero di cause di giustificazione⁽⁴²⁾.

Ma il tetto, nel suo significato proprio di 'copertura' o soffitto, era termine che poteva individuare spazi domestici – la *domus* infatti era il solo luogo originariamente contemplato dal SC⁽⁴³⁾ – fortemente diversificati per ampiezza, a tacere della possibilità di intendere tetto come *habitatium*⁽⁴⁴⁾.

È probabile che all'inizio, e fin che si sono mantenuti i livelli di tensione sociale che lo avevano espresso (fintanto, cioè, che il senatoconsulto si era

⁽⁴⁰⁾ D. 29,5,14. Ma vedi Tac. *ann.* 14,45,1 e lo stesso giudizio reso dal legato Trebius Germanus nel passo del Digesto citato.

⁽⁴¹⁾ Già Adriano nel rescritto citato in D. 29,5,1,28, a proposito dei servi che nel portare aiuto ai padroni non devono anteporre la loro vita a quella di questi ultimi, premette *quotiens dominis suis auxilium ferre p o s s u n t*. Ancora Ulpiano in D. 29,5,1,18: *...totiens puniendi sunt servi, quia auxilium domino non tulerunt, quotiens potuerunt ei adversus vim opem ferre et non tulerunt*. PS 3,5,7: *Servi de proximo si, cum possent ferre, auditis clamoribus auxilium domino non tulerunt, puniuntur*.

⁽⁴²⁾ D. 29,5,1,33-38.

⁽⁴³⁾ D. DALLA, *Senatus Consultum Silanianum*, cit., p. 91 s. Noi pensiamo che, almeno inizialmente, fosse la *familia urbana* il bersaglio prescelto dal legislatore. Quindi *domus* cittadine ed eventualmente le *villae* suburbane come in Plin. *epist.* 2,17. L. ARU, *La c. 12 C. VI, 35 Breve contributo al Senatoconsulto Silaniano*, cit., p. 216, ritiene che fin dall'inizio il SC Silaniano prevedesse due ipotesi, che il padrone fosse stato ucciso in una casa (e venivano puniti i servi che erano *sub eodem tecto*) oppure *in via vel in itinere* (pare di capire che non il senatoconsulto ma i *veteres* avessero in questo caso stabilito di punire i servi *qui praesto erant*). L'a. non tiene separati i casi della *domus* (D. 29,5,1,27, compresa la *villa urbana*) e della *villa rustica* (D. 29,5,1,30). E questo porta, secondo noi, ad una grande confusione.

⁽⁴⁴⁾ VIR, V, sv. *tectum*.

mantenuto *nondum concussus*, come dice C. Cassio Longino⁽⁴⁵⁾), è più che probabile prevalesse l'interpretazione estensiva di tetto. Altro che tutta la *domus* per contenere i quattrocento servi di Pedanio Secondo⁽⁴⁶⁾!

Proprio questo caso eccezionalmente ipertrofico conferma come gli operatori del diritto potessero sentire la necessità, in tempi di maggiore normalizzazione dei rapporti tra schiavi e padroni, di una interpretazione autentica su cosa si dovesse intendere per tetto, possibilmente moderata.

Ulpiano conserva tracce tanto della discussione quanto del criterio finalmente emerso. Il giurista ci permette altresì di cogliere la presenza di differenti 'attori' in questo processo di interpretazione (giuristi giudici principe).

Piuttosto, non è sempre chiaro il gioco degli interessi sottesi, di volta in volta fatti prevalere. Anzi, sembra che l'interpretazione complessiva del provvedimento pecchi di incoerenza o giri su se stessa, in una specie di gioco logico formale abbastanza avulso dalle realtà.

Dei nove luoghi in cui Ulpiano riporta 'sotto lo stesso tetto' noi citeremo solo quelli che riteniamo significativi⁽⁴⁷⁾ e nell'ordine che ci sembra più opportuno.

Cominciamo da dove viene la domanda che, per bocca del giurista, la tradizione giurisprudenziale doveva essersi posta già da tempo: '*eodem autem tecto qualiter accipiat, videamus, utrum intra eosdem parietes an et ultra intra eandem diaetam vel cubiculum vel eandem domum vel eosdem hortos vel totam villam*'⁽⁴⁸⁾. Si tratta di spazi domestici di differente ampiezza, tutti riconducibili in senso stretto o ampio ad un tetto. È difficile dire se Ulpiano ha voluto fare degli esempi di spazi di dimensione crescente - da un'unica stanza, a più stanze, alla villa urbana, orti compresi, passando per la *domus*; o una citazione di spazi domestici in ordine sparso. Non fosse altro perché ciascuno dei termini ha significati differenti. *Parietes*, ad esempio, per sineddoche indica un intero edificio, la *diaeta* una parte della casa, il

⁽⁴⁵⁾ Tac. ann. 14, 43, 2.

⁽⁴⁶⁾ Tac. ann. 14, 43, 3.

⁽⁴⁷⁾ Anzitutto il giurista cita l'espressione al par. 21 per rilevare che se il *dominus* è stato ucciso per avvelenamento, mancando la *vis* e la *caedes* richiesta per l'applicazione del Silaniano, non hanno luogo la *quaestio* e il *supplicium* di coloro che furono sotto lo stesso tetto (*...licet enim cessat senatus consultum Silanianum nec quaestio suppliciumque de his qui sub eodem tecto fuerunt habeatur...*). Citazione non problematica.

⁽⁴⁸⁾ D. 29,5,1,27. Secondo L. ARU, *La c. 12 C.VI, 35 Breve contributo al Senato-consulto Silaniano*, cit., p. 218 s., il passo esprimerebbe l'allargamento compiuto dai giuristi severiani, tesi ad intendere il tetto non più come 'stanza' secondo l'interpretazione dei *veteres* cui rinvierebbe Giustiniano in C. 6,35,12 (i giuristi della prima età classica) ma come casa orti ville e campagna.

cubiculum la stanza in generale, per tacere di *domus* che significa l'inverosimile, fino ai giardini, e poi c'è la *villa*, qui da intendersi, secondo noi, o come villa urbana o villa suburbana o i soli spazi padronali della villa rustica, non anche le terre⁽⁴⁹⁾.

Si poteva andare dalla interpretazione più restrittiva, che avrebbe condannato alla inquisizione e al supplizio i soli schiavi che stavano nella stanza dove si era consumato il delitto, alla interpretazione più estensiva che avrebbe incluso tutti gli schiavi che al momento del delitto erano nella villa. E gli interessi sottostanti erano in conflitto. La vendetta e la sicurezza esigevano esemplarità, spingevano verso castighi numerosi e spettacolari; la protezione del patrimonio schiavistico, a cui gli eredi dovevano essere fortemente sensibili, andava in direzione opposta.

Infine, l'emersione di un criterio interpretativo del tetto: la voce. Ulpiano cita al riguardo un giurista predecessore, Sesto⁽⁵⁰⁾: *...et ait Sextus sic esse saepe iudicatum, ut quicumque eo loci fuerunt, unde vocem exaudire potuerunt, hi puniantur, quasi sub eodem tecto fuerunt, licet alii validioris vocis, alii exiguioris sunt nec omnes undique exaudiri possunt*⁽⁵¹⁾. Secondo ciò che dice Sesto, spesso è stato giudicato che tutti coloro i quali si sono trovati in quel luogo da dove potevano sentire la voce, costoro sono da punire come se fossero stati sotto lo stesso tetto, sebbene gli uni di voce più valida e gli altri di voce più debole, non tutti possono essere uditi in ogni luogo.

Orbene, a partire da un certo momento, prevale – quale criterio ermeneutico dell'espressione *sub eodem tecto* – il criterio auditivo-vocale: ai fini dell'inquisizione e relativa punizione dovevano intendersi sotto lo stesso tetto gli schiavi che si trovavano nel raggio auditivo della voce.

Di volta in volta si doveva procedere a stabilire, oggettivamente, fin dove si era potuta sentire la voce? Si direbbe proprio di sì (*quicumque eo loci esse unde exaudire potuerunt*). E il raggio auditivo poteva variare a seconda della potenza vocale di chi urlava. E le urla di riferimento erano quelle del padrone sotto i colpi dell'assassino

E se non urlava?

⁽⁴⁹⁾ Scarsi i riscontri con Vitruv. 6,3. Sulla villa urbana la letteratura è assai ampia. Per tutti si veda A. WALLACE-HADRILL, *Houses and Society in Pompeii and Herculaneum*, Princeton 1994, in particolare il cap. I. Per *horti, diaeta, cubiculum* ecc. v. index, p. 241 ss.; A. ZACCARIA RUGGIU, *Spazio privato e spazio pubblico nella città romana*, Roma 1995, spec. 361 ss.

⁽⁵⁰⁾ Servius in B. 35,16,1, *scol.* καὶ ἡ δούλη δέ (HEIMBACH, III, p.625). Per L. ARU, *La c. 12 C.VI, 35 Breve contributo al Senatoconsulto Silaniano*, p. 219, il Sesto in discorso sarebbe proprio uno dei *veteres* cui alluderebbe Giustiniano in C. 6,35,12 e l'intero brano sarebbe interpolato.

⁽⁵¹⁾ D. 29,5,1,27.

Un criterio che ci sembra abbastanza imperfetto. Anche questo un criterio locale. E oggettivo: non tutti quelli che in concreto avevano sentito ma tutti quelli che in astratto avrebbero potuto sentire. Si dice, un criterio che certamente individuava un numero di schiavi molto più ristretto; a noi non sembra che lo si possa affermare in assoluto⁽⁵²⁾.

Intanto, a quale epoca, e a chi, attribuire il criterio? Ulpiano riferisce l'opinione di Sesto e sulla identità di questo giurista, tutti accolgono quel che dice Lenel⁽⁵³⁾: Sesto non è un giurista noto, chiamato qui con il prenome. Non, ad esempio, Sesto Pedio o Sesto Cecilio Africano. Tanto meno Sesto Pomponio, perché in un passo⁽⁵⁴⁾ sono messi a confronto. Ma piuttosto quel Sesto al quale avrebbe risposto Celso secondo un'altra testimonianza ulpiana⁽⁵⁵⁾. Quindi, contemporaneo di Celso, quindi giurista adrianeo⁽⁵⁶⁾.

Appare di estremo interesse apprendere che la voce-udito come criterio ermeneutico del requisito legale *sub eodem tecto* provenga dai giudici: *ait Sextus sic saepe esse iudicatum*⁽⁵⁷⁾.

E questo non può dirsi smentito, a nostro parere, da un passo della *Historia Augusta* che attribuisce ad Adriano il seguente rescritto, del tutto ignoto alle fonti giuridiche⁽⁵⁸⁾: *Si dominus in domo interemptus esset, non de omnibus servis quaestionem haberi sed de his qui per vicinitatem poterant sentire*.

Sulla scorta di questo passo, si è voluto attribuire ad Adriano l'introduzione del criterio auditivo, senz'altro con intenti restrittivi⁽⁵⁹⁾. Ma a noi pare

⁽⁵²⁾ Cfr. *retro*.

⁽⁵³⁾ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Leipzig 1889, p. 1229 con nt. 2.

⁽⁵⁴⁾ D. 30,32 *pr*.

⁽⁵⁵⁾ D.42,4,7,17 (Ulp. 59 *ad ed.*).

⁽⁵⁶⁾ D. 29,5,1,27 (Ulp. 50 *ad ed.*); D. 30,32 *pr*. (Ulp. 20 *ad Sab.*); Gai. 2,228; D. 42,4,7,17 (Ulp.59 *ad.ed.*).

⁽⁵⁷⁾ Già D. Gotofredo. Cfr. *Corpus Iuris Civilis, Pandectis...cum notis integris repetitae quintum praelectionis*, DIONYSII GOTHOFREDI, J.C....*Opera & Studio* SIMONIS VAN LEEUWEN, JC. Lugd. Bat., Amstelodami MDCLXIII, p. 424 nt. 49.

⁽⁵⁸⁾ Hist. Aug. *vita Hadr.*, 18,11.

⁽⁵⁹⁾ D. DALLA, *Senatus Consultum Silanianum*, cit., p. 68 (v. anche p. 93, 115, *passim*) per cui a partire da questo rescritto sarebbero stati sanzionati i soli schiavi che "in concreto potevano sentire al momento dell'uccisione del *dominus*". L'indirizzo giurisprudenziale attribuito da Ulpiano a Sesto in D. 29,5,1,27, sarebbe coerente con il rescritto, con questo ulteriore avanzamento: "mentre la decisione imperiale riportata dalla *Historia Augusta* isola, tra i servi che in quanto *sub eodem tecto* dovrebbero essere puniti, coloro che in concreto potevano sentire, per procedere solo contro di essi, la giurisprudenza ha ormai individuato nella conoscenza del pericolo incombente sul padrone il criterio per giudicare della colpevolezza, accantonando ormai il parametro dell'*eodem tecto*" (p.70). In adesione, G. CALBOLI, *La cultura romana imperiale tra letteratura e diritto*, p. 96. Questo ultimo a. cita il rescritto di A. Pio a Iuventius Sabinus (D. 29,5,1,5) ma nulla prova perché si tratta del servo oggetto di fedecommissio, la cui sanzione è limitata alla sola ipotesi che sia complice; è citato altresì il rescritto di Marco Aurelio <e> Commodo (D. 29,5,2) ove anche qui si

che qui non si tratti della voce. *Sentire* non significa *exaudire*. Per *vicinitatem sentire* ci fa pensare al criterio dell' 'essersi accorti', del 'sapere' (per vista, udito, precognizione o altro), dell' 'essere consci' ⁽⁶⁰⁾, in ragione della vicinanza, che l'attacco omicida al padrone era in corso. Non è inverosimile pensare che Adriano possa aver voluto aggiungere qualcosa al criterio della voce, superarlo, magari per non lasciare impuniti quegli schiavi che si erano trovati al di fuori del raggio vocale-auditivo ma avevano ugualmente saputo, ad esempio perché avevano visto. Certamente è strano che un rescritto così importante, se esistito, sia rimasto sconosciuto alla tradizione giuridica al punto che, come vedremo, Giustiniano ⁽⁶¹⁾ attribuisce a se stesso il merito di avere introdotto un criterio del genere. È vero che questo criterio appare già presente (almeno così ci sembra) in Ulpiano, in rapporto al caso in cui l'attacco al padrone avesse avuto luogo al di fuori del tetto domestico. Ma, se Giustiniano dice la verità, non resta, come vedremo, che pensare ad una interpolazione dei compilatori i quali hanno voluto armonizzare la disciplina del Digesto con quella del Codice ⁽⁶²⁾. Inoltre il rescritto riferito dalla *Historia Augusta* ad Adriano sembra ignorare che non di tutti gli schiavi si aveva la *quaestio* ma di tutti gli schiavi che erano sotto lo stesso tetto. Questa approssimazione rende plausibile che Sparziano abbia attribuito ad Adriano una attività rescrittiva in materia di Silaniano (che, come vedremo, c'era effettivamente stata), con un contenuto non esatto, magari influenzato da interpretazioni emergenti all'epoca dello storico o che erano già emerse in passato ma che non erano prevalse come dimostrano le parole innovatrici di Giustiniano ⁽⁶³⁾.

Invece, noi sappiamo che Adriano dava proprio importanza alla voce e all'udito. Ulpiano, dopo avere spiegato il criterio vocale-auditivo (attribuito, come abbiamo visto, da Sesto ai giudici), precisa che, in materia, 'anche'

fa il caso speciale del padrone che assolve i suoi schiavi. Se comprendiamo bene, si tratterebbe di un indirizzo soggettivistico, che, per l'epoca di riferimento, non ci sembra condivisibile. Non dimentichiamo soprattutto l'*omnimodo* di D. 29,5,1,26.

⁽⁶⁰⁾ Per questi significati di *sentire*, Cfr. FORCELLINI. *Lexicon*, shv. Anche VIR, V, p.356: *sensibus percepire, intellegere, comprehendere*.

⁽⁶¹⁾ C. 6,35,12, su cui *infra*.

⁽⁶²⁾ Cfr, *infra*.

⁽⁶³⁾ R.A. BAUMAN, *Legislation in the Historia Augusta*, in ZSS 94 (1977) p. 50 s., avanza due soluzioni: 1) il rescritto riferito dalla *Historia Augusta* andrebbe identificato con quello di D. 29,5,1,28 solo che si sostituisse [*sentire*] di Hist. Aug. *vita Hadr.* 18,7 con <*sentiri*> (ci associamo alla critiche di D. DALLA, *Senatus Consultum Silanianum*, cit., p. 69 e estendiamo anche a Bauman il rilievo sulla non coincidenza semantica tra l'*audire* di D. 29,5,1,28 e il *sentire* della *Historia Augusta*): 2) "Alternatively. Hadrian may have legislated on both aspects, 'able to hear' and 'able to be heard' (cfr D. 29.5.1.29, *hoc rescriptum multa continent*), and H.A. may have preserved the one and the Digest the other". Possibile, senonchè *sentire* non significa to hear.

Adriano (*iuxta hoc...et...*) sembra essere intervenuto con un rescritto: *Iuxta hoc tamen videtur et divus Hadrianus rescripsisse in haec verba: 'Servi quotiens dominis suis auxilium ferre possunt, non debent salutem eorum suam anteporre: potuisse autem ancillam, quae in eodem conclavi cum domina sua fuerat, auxilium rei ferre, si non corpore suo, at certe voce plorantem, ut hi qui in domo fuerant aut vicini audirent, hoc ipso manifestum est, quod dixit percussorem sibi mortem minatum, si proclamasset. Ultimum itaque supplicium pati debet vel hoc, ne ceteri servi credant in periculo dominorum sibi quemque consulere debere'*. Orbene, il principe fa carico agli schiavi, nel portare l'aiuto ai padroni, di anteporre la vita di questi ultimi alla loro e, quale ausilio estremo⁽⁶⁴⁾, di usare la voce (*voce plorare, proclamare*) *ut hi qui in domo fuerant aut vicini audirent*⁽⁶⁵⁾. Voce e udito anche per Adriano, seppure per il soccorso, non per fissare lo spazio entro cui individuare gli schiavi da punire. Piuttosto destano interesse i vicini (*ut hi, qui in domo fuerant aut vicini audirent*). Forse il principe pensa a uno strepito vocale tanto forte che possa estendersi al di fuori della *domus* e involgere nella sanzione anche eventuali schiavi presenti all'esterno? Se così fosse, si avrebbe la prova che il criterio della voce poteva almeno in certi casi essere più ampio di quello del tetto. Forse che con vicini il principe fa il primo approccio all'aggressione del padrone fuori della *domus*, in campagna ad esempio⁽⁶⁶⁾ (*vicini* da *vicus*, *villa*)?

Ad ogni buon conto, le parole di Adriano, che aveva indirizzato al caso della ancella, *quae in eodem conclavi cum domina sua fuerat*, i giuristi le diffondono e ipostatizzano in regole più severe: il rescritto, dicono, non risparmia chi è nella stessa stanza, non perdona chi temette di morire, infine mostra che si può portare aiuto almeno⁽⁶⁷⁾ con la voce. Sembrano tre regole disgiunte⁽⁶⁸⁾, quando nel rescritto le prime due si integrano.

Dunque, a partire dall'età di Adriano la norma dell'essere sotto lo stesso tetto era interpretata nel senso vocale-auditivo. E si vuole che fosse una interpretazione restrittiva⁽⁶⁹⁾ anche se c'è chi afferma che Adriano sia stato il principe più duro in materia di Silaniano⁽⁷⁰⁾. Tale interpretazione, se ed in

⁽⁶⁴⁾ Appunto Ulpiano precisa in D. 29,5,1,36 che *non tamen semper qui clamore usus est, auxilium tulisse videtur: quid enim, si, cum posset manu repellere a domino periculum, ille clamorem inanem elegit? Plectendus utique erit*.

⁽⁶⁵⁾ D. 29,5,1,28 (Ulp. 50 ad ed.).

⁽⁶⁶⁾ Il più risalente riferimento appartiene a Gaio in D. 29,5,25 pr.: *qui sub eodem tecto locove fuerint*. Ammesso che *locus* rinvii a uno spazio diverso da quello individuato dal tetto.

⁽⁶⁷⁾ *Vel pro saltem*, così Accursio, GLOSSA: *vel voce*, ad D. 29,5,1.

⁽⁶⁸⁾ E così sono interpretate già nella Glossa.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. *retro*.

⁽⁷⁰⁾ R.A. BAUMAN, *Legislation in the Historia Augusta*, cit., p. 51; più ampiamente in *Lawyers and Politics in the Early Empire*, cit., p. 266 s.

quanto restrittiva, per un verso faceva gli interessi degli eredi con il risparmio del capitale schiavistico, per altro verso andava contro la sicurezza e la vendetta dei padroni che chiedevano un allargamento della responsabilità, pene esemplari e grandi numeri. L'*humanitas* probabilmente era un ingrediente secondario in queste scelte di politica legislativa⁽⁷¹⁾.

Tale indirizzo interpretativo sembra contrastare con un'altra interpretazione, questa sì, apertamente estensiva, che riguardava addirittura lo stesso ambito di applicazione del SC. Concepito contro la servitù domestica e incentrato sulla uccisione dei padroni nelle case urbane, è stato esteso, sicuramente dai giuristi, ad altri scenari, fuori del tetto. Ulpiano, dopo avere detto che per *quaestio* dobbiamo accogliere non solo il significato di tortura ma di ogni inquisizione e difesa della morte del padrone⁽⁷²⁾, aggiunge che il SC punisce del tutto coloro che erano sotto lo stesso tetto, mentre coloro che non erano sotto lo stesso tetto bensì nella stessa regione, erano puniti solo se fossero stati consci: *Hoc autem senatus consultum eos quidam, qui sub eodem tecto fuerunt, omnimodo punit, eos vero, qui non sub eodem tecto, sed in eadem regione, [non aliter nisi conscii fuissent]*⁽⁷³⁾.

Gli schiavi sotto lo stesso tetto erano puniti *omnimodo*, interamente (e qui sembra trascinarsi quell'idea di punizione oggettiva e della totalità della famiglia servile, legata alle origini del Silaniano⁽⁷⁴⁾, difficile da credere esistente ancora nell'età di Ulpiano⁽⁷⁵⁾). Gli schiavi nella stessa regione (e *regio* sembra rinviare alla campagna, al luogo dove si situano i *praedia* del *dominus*⁽⁷⁶⁾) solo se *conscii*⁽⁷⁷⁾.

Nel prosieguo del discorso l'informazione ulpiana si articola. Lo scenario sembra essere quello della campagna, della *villa* e della *familia rustica*⁽⁷⁸⁾: Si

⁽⁷¹⁾ Sul rapporto tra *humanitas* e diritto, indicazioni bibliografiche minime: F. CASAVOLA, *Giuristi adrianei*, Napoli 1980, partic. p. 45; A. PALMA, *Humanior Interpretatio*, Torino 1992, p. 1 ss.; *Benignor Interpretatio*, Torino 1997, p. 1 ss.

⁽⁷²⁾ È molto oscuro il rapporto tra *quaestio* e *supplicium* anche (forse soprattutto) in età classica. V.O. ROBINSON, *Slaves and Criminal Law*, in ZSS, 98 (1981) p.234 s.

⁽⁷³⁾ D. 29,5,1,26 (Ulp. 50 *ad ed.*).

⁽⁷⁴⁾ D. DALLA, *Senatus Consultum Silanianum*, cit., p. 92.

⁽⁷⁵⁾ Secondo R. BAUMAN, *Legislation in the Historia Augusta*, cit., p. 51 "the Silanian decree was just as oppressive in the second century as it had been in the first". Ci sembra una esagerazione che non tiene conto delle cause di giustificazione progressivamente emerse. È vero che l'andamento degli allargamenti e dei restringimenti appare sfuggire ad una linea precisa di svolgimento.

⁽⁷⁶⁾ Così almeno a giudicare da D. 32,35,2, D. 32,41,9; D.34,7,4, tutti passi di Scevola. Il VIR, V, p. 57 s., riconduce le due citazioni ulpiane al significato di *tractus, terra*. D. DALLA, *Senatus Consultum Silanianum*, cit., p. 4, p. 92, traduce con 'località'.

⁽⁷⁷⁾ È istruttivo il *casus* fatto da Viviano in GLOSSA, ad D. 29,5,1,26.

⁽⁷⁸⁾ Per la tipologia archeologica della villa, J.J. ROSSITER, *Roman Farm Building in Italy*, Oxford 1978, p. 24 ss.; 40 ss. Per l'analisi economica, L. CAPOGROSSI

quis in villa agens occisus sit, plus quam iniquum est, si forte diffusa late praedia abeat, de omnibus qui in ea regione fuerint servis et quaestionem haberi et supplicium sumi: sufficit ergo eos, qui cum ipso qui occisus dicitur fuerunt et qui suspicione caedis aut conscientia attingi videbuntur, de his questionem haberi et supplicium sumi: sufficit ergo eos, qui cum ipso qui occisus dicitur fuerunt et qui suspicione caedis aut conscientia attingi videbuntur, de his questionem haberi ⁽⁷⁹⁾. Dunque, se è stato ucciso qualcuno *in villa* è più che ingiusto che tutti gli schiavi i quali erano in quella regione dovessero essere sottoposti a *quaestio* e suppliziati, se per caso la villa ha fondi largamente estesi: è sufficiente dunque che si abbia la *quaestio* di coloro che sono stati con il padrone ucciso e sembreranno essere toccati dal sospetto dell'assassinio o dalla consapevolezza (*conscientia*).

È legittimo chiedersi se il passo prospetti, sulla falsariga della *villa perfecta* di Varrone ⁽⁸⁰⁾, l'uccisione del padrone nella *pars urbana* del fabbricato, oppure nella *pars rustica*, in mezzo ai campi ⁽⁸¹⁾. La preoccupazione espressa dal giurista per il grande numero di schiavi che sarebbe stato coinvolto chiarisce poco. Giustiniano ⁽⁸²⁾ in C. 6,35,12 con la sua semplificazione *ex quocumque loco sive in domo sive in via sive in agro*, farebbe pendere per

COLOGNESI, *Proprietà agraria e lavoro subordinato nei giuristi e negli agronomi latini tra repubblica e Principato*, in A. GIARDINA, A. SCHIAVONE (edd.), *Società romana e produzione schiavistica*, Bari 1981, p. 445 ss.; *Grandi proprietari, contadini e coloni nell'Italia romana (I-III d.C.)*, in A. GIARDINA (ed.), *Società Romana e impero tardoantico*, I, Bari 1986, spec. p. 353 ss.; A. CARANDINI, *La villa romana e la piantagione schiavistica*, in A. MOMIGLIANO, A. SCHIAVONE (edd.), *Storia di Roma*, IV, Torino 1989, p. 101 ss. Citazioni minime di storiografia giuridica: G. GILIBERTI, *Servus quasi colonus*, Napoli 1981, p. 75 ss.; *Servi della terra Ricerche per una storia del colonato*, Torino 1999, p. 20 ss.; M.A. LIGIOS, *Interpretazione giuridica e realtà economica dell'«instrumentum fundi» tra il I sec. a. C. e il III sec. d. C.*, Napoli 1996, p. 147 ss. Infine si veda il bel saggio di D. VERA, *Dalla villa perfecta alla villa di Palladio: sulle trasformazioni del sistema agrario in Italia fra Principato e Dominato*, in *Athenaeum*, 83 (1995) p. 189 ss. (parte prima); p. 331 ss. (parte seconda), con ampia rassegna di letteratura e l'analisi di taluni luoghi ulpiane (336 s.).

⁽⁷⁹⁾ D. 29,5,1,30. Per la *domus* e la *villa* in discorso, a causa della sua ampiezza, Ulpiano adotterebbe, secondo L. ARU, *La c. 12 C. VI, 35 Breve contributo al Senatoconsulto Silaniano*, p. 221, il criterio della 'vicinanza' già presente nella ipotesi legislativa del padrone ucciso *in via vel in itinere*, aggiunto a quello della complicità. E ciò sarebbe espressione della tendenza dei giuristi severiani a liquidare il requisito *sub eodem tecto*, ormai obsoleto, e ad unificare nella 'vicinanza' il criterio di applicabilità del Silaniano, sia per le ipotesi di uccisione in casa (in villa) che *in via vel in itinere*.

⁽⁸⁰⁾ Varr. *r.r.* 3,1,10 ss.

⁽⁸¹⁾ Villa italica come azienda agricola con non oltre 500 iugeri di terreno e anche una quarantina di schiavi (G. GILIBERTO, *Servi della terra*, cit., p.20). Non ci pare si possa ricavare il concetto di *villa* come azienda agricola da D. 50, 16,211. D. DALLA, *Senatus Consultum Silanianum*, cit., p. 127 parla di una uccisione avvenuta nella tenuta del padrone.

⁽⁸²⁾ C. 6,35,12.

una uccisione fuori da un edificio, in aperta campagna. Se la uccisione fosse avvenuta nella parte urbana, probabilmente si applicava estensivamente la regola del tetto e l'ermeneutica della voce-udito.

Ulpiano giudica più che iniquo adottare *in villa* lo stesso criterio vigente per le *domus*. Troppi gli schiavi da sacrificare. E qui un'altra interpretazione restrittiva che si innesta su una estensiva e le cui matrici ideologiche sono apparentemente conflittuali.

Ma a noi interessa il criterio proposto per l'individuazione degli schiavi da punire: *qui cum ipso qui occisus dicitur fuerunt et qui suspicione caedis [aut conscientia] attingi videbuntur*, quelli che erano con il padrone al momento dell'uccisione e quelli (secondo la lettura più diffusa) che erano complici⁽⁸³⁾. In termini di complicità si intendono anche i *conscii* del precedente passo ulpiano.

Secondo noi fra gli schiavi da sottoporre a sanzione, oltre a quelli che stavano con il padrone al momento della sua uccisione, vi erano anche quelli che, pur lontani da lui, avevano avuto consapevolezza, avevano percepito che si stava commettendo il crimine. Con la vista, con l'udito o altro. O comunque sapevano. E non avevano prestato soccorso. Ad essi si fa riferimento con i termini *conscii*, *conscientia attingi*.

Senonchè, a nostro parere, questa seconda categoria di schiavi e relativa terminologia che la descrive, non è di Ulpiano⁽⁸⁴⁾ ma l'ha aggiunta Giustino in una reinterpretazione autentica a tutto campo che parte proprio dalle parole della legge *sub eodem tecto*.

⁽⁸³⁾ L. ARU, *La c. 12 C. VI, 35 Breve contributo al Senatoconsulto Silaniano*, cit., p. 217: "Per *conscius* si deve intendere colui che è stato informato precedentemente del pericolo che correva il padrone". Ma questo non significa, ci pare, essere complici. D. DALLA, *Senatus Consultum Silanianum*, cit., p. 4 traduce i *conscii* di D. 29,5,1,26 con 'complici' e, p. 126 s., *qui suspicione caedis aut conscientia attingi videbuntur* di D.29,5,1,30 con 'quelli...su cui sembrerà esservi sospetto o certezza riguardo alla strage'. Così in *El Digesto de Justiniano, version castellana por A. D'ORS. F. HERNANDEZ-TEJERO* ed altri, II, Pamplona 1972, p. 396. Diversamente, i *conscii* sono 'coloro che sanno', 'coloro che sono al corrente' in *The Digest of Justinian...*, *English Translation edited by A. WATSON*, II, Philadelphia 1985, ad D. 29,5,1,26: only if they had been privy to the killing; ad D. 29, 5, 1,30: and <those who> will appear to be under suspicion of having done the killing or of being privy to it.

⁽⁸⁴⁾ A noi pare che, dove Ulpiano, in materia di Silaniano, ha voluto rinviare alla complicità, abbia utilizzato il termine *particeps sceleris* D. 29,5,1,5) e *factores criminis* per indicare l'autoria (D. 29,5,1,21). Anche in questo ultimo luogo, secondo la Glossa, Ulpiano usa *conscii* per indicare semplicemente quelli che sapevano dell'avvelenamento e che solo per questo erano tenuti (non *ex senato consulto* ma ad altro titolo). Cfr. GLOSSA, *conscii*, *No. ex sola scientia eos teneri*. Secondo noi, in questo luogo *conscii* potrebbe proprio indicare la complicità, in parallelo all'autoria espressa da *factores criminis* (D. 29,5,1,21).

Prima di toccare velocemente il punto, vediamo l'ulteriore estensione del Silaniano al padrone ucciso *in itinere*: *Cum dominus in itinere esset occisus, de his, qui una cum eo fuerunt cum occideretur vel, cum una fuissent, profugerunt, supplicium sumendum est. quod si cum domino nemo fuit cum occideretur, cessant ista senatus consulta* ⁽⁸⁵⁾. Quando un padrone è stato ucciso in viaggio, si devono sottoporre a supplizio i soli servi che erano con lui al momento del delitto o che, essendoci stati, erano fuggiti ⁽⁸⁶⁾. Anche qui, fondamentalmente, la sanzione della *quaestio* e del *supplicium* si applica ai soli schiavi presenti al momento e durante l'attacco omicida. Non si fa menzione dei *conscii*.

E adesso veniamo a Giustiniano di C. 6,35,12: *Talis de antiquo iure dubietas nostrae serenitati suggesta est propter senatus consultum Silanianum et servos, qui supplicio adficiuntur sub eodem tecto commorantes et non suum auxilium domino per insidias occiso praebentes. Veteres enim certum non faciunt, quis intellectus de verbis 'sub eodem tecto' significatur, sive in eodem cubiculo sive in triclinio vel porticu vel in aula haec appellatio accipi debeat, adicientes, si dominus in via vel in agro fuerit interfectus, eos servos puniri, qui praesto erant et non auxilium ad prohibendum periculum praebuerunt, nulla distinctione super qualitate praesentiae utentes. Nos igitur omnem eis occasionem ad declinanda supplicia super neglegentia salutis domini sui amputantes sancimus omnes servos, ex quocumque loco sive in domo sive in via sive in agro possint clamorem esaudire vel insidias sentire et non auxilium tulerint, supplicio senatus consulti subiacerere. Oportet enim eos, ubicumque senserint dominum periclitantem, ad prohibendas insidias concurrere.*

Dice Giustiniano che gli è stato sollevato un dubbio *de iure antiquo* a causa del SC. Silaniano e dei servi che sono suppliziati quando dimorano sotto lo stesso tetto e non offrono il loro aiuto al padrone ucciso in un agguato. Gli antichi non erano d'accordo su quale concetto significassero le parole *sub eodem tecto*, sia nella stessa stanza, nella camera da pranzo, nel portico. Aggiungono poi i *veteres* che, se il padrone sia stato ucciso nella via o nei campi, sono puniti quei servi che erano presenti (*praesto erant*) e non offrono il loro aiuto per scongiurare il pericolo, non utilizzando nessuna distinzione sulla qualità della presenza. Noi dunque, dice Giustiniano, che vogliamo amputare ogni occasione per gli schiavi di schivare i supplizi per la

⁽⁸⁵⁾ D. 29,5,1,31.

⁽⁸⁶⁾ D. DALLA, *Senatus Consultum Silanianum*, cit., p. 125, p. 134, giustamente osserva che il passo non sottende alcuna domanda intorno alla circostanza che l'assalto al padrone fosse avvenuto ad opera degli schiavi o di briganti giacchè, comunque, la sanzione contro gli schiavi presenti ci sarebbe stata. Diversamente, in PS 3,5,8, il caso dell'assalto dei briganti e dei servi che scappano è espressamente contemplato.

negligenza mostrata nella salvezza del loro padrone, sanciamo che tutti i servi, da qualunque luogo – sia in casa sia in via sia nei campi – possano udire il clamore o rendersi conto dell'agguato e non abbiano portato l'aiuto, soggiacciano al supplizio del senatoconsulto. Bisogna infatti che essi, dovunque abbiano conosciuto il padrone in pericolo, accorrano per impedire l'agguato.

Al di là di tutte le interpretazioni che si possono dare della evoluzione che ha interessato il Silaniano dalle origini fino all'età di Giustiniano⁽⁸⁷⁾ (una evoluzione che, come è stato sostenuto, sarebbe risultata profondamente diversa in occidente rispetto all'oriente⁽⁸⁸⁾), esistono queste parole di Giustiniano che meritano una rinnovata riflessione. Nella prima parte del testo c'è una critica ai *veteres* per non avere saputo mettersi d'accordo sul significato spaziale da dare all'espressione *sub eodem tecto*, e stabilire una volta per tutte quale spazio della casa doveva ritenersi compreso dalla espressione legislativa. Luogo che, sappiamo, avrebbe individuato gli schiavi da punire. L'altro rimprovero è che, quando i *veteres* hanno aggiunto, alla previsione dell'uccisione nella casa, l'uccisione in campagna e in viaggio, essi hanno fissato, per l'individuazione degli schiavi da punire, il criterio degli schiavi che erano lì, *sine ulla distinctione super qualitate praesentiae utentes*. Parole che non si capisce bene cosa vogliano dire ma che a noi sembrano imputare ai *veteres* di avere sempre e comunque utilizzato un criterio locale, e quindi oggettivo, per l'individuazione degli schiavi da sottoporre a procedimento. Forse non è estranea all'imperatore la preoccupazione che il criterio oggettivo possa aver condotto alla sanzione anche schiavi che non sapevano, ma nel testo è enfatizzata la preoccupazione opposta. Con il criterio del reclutamento 'locale' e oggettivo, i *veteres* hanno consentito che sfuggissero alle maglie della giustizia quegli schiavi i quali, pur non essendo stati sotto lo stesso tetto o nello spazio dove era udibile la voce o accanto al padrone nel luogo di campagna o di viaggio dove questi aveva subito l'attacco, tuttavia sapevano quel che stava accadendo o sarebbe accaduto, erano cioè *conscii*.

⁽⁸⁷⁾ Sulla riforma giustiniana, da inserirsi nelle *quinquaginta decisiones*, L. ARU, *La c. 12 C.VI, 35 Breve contributo al Senatoconsulto Silaniano*, cit., p. 213 ss. L'idea che tra i *veteres* di cui parla il testo giustiniano non fosse compreso Ulpiano e il suo pensiero, ma rientrassero i giuristi classici delle generazioni precedenti non convince. Così come non condividiamo che Ulpiano e i giuristi contemporanei fossero pervenuti ad unificare il criterio di applicabilità del Silaniano nel concetto di 'vicinanza'. Invece condividiamo che Giustiniano abbia tentato la unificazione e il superamento della oggettività, ma non introducendo "il criterio soggettivo della possibilità da parte di ciascuno di sentire la voce del padrone che chiamava aiuto" (p. 223), bensì con il criterio soggettivo del *sentire*, della *conscientia*, dell'essere *conscii*. Interessante, seppure non pienamente condivisibile, la lunga disamina di D. DALLA, *Senatus Consultum Silanianum*, cit., p. 157 ss.

⁽⁸⁸⁾ D. DALLA, *Senatus Consultum Silanianum*, cit., p. 129 ss.

Da qui il rimprovero ai *veteres* che avrebbe prestato occasione *ad declinanda supplicia*, a non punire schiavi che l'avrebbero meritato.

Proprio allo scopo di rendere più severa l'applicazione del Silaniano, Giustiniano ha disposto che in qualunque luogo, nella *domus*, in viaggio o in campagna, siano sottoposti a sanzione tutti gli schiavi che abbiano comunque percepito che il *dominus* era in pericolo. Si fossero resi conto, avessero saputo: *clamorem esaudire et insidias sentire, ubicumque sentire dominum periclitantem*.

In altri termini, fossero stati *conscii*, avessero avuto *conscientia*.

Interpretazione autentica dei criteri del tetto, della voce e dell'essere presenti che in definitiva li liquida e li supera in una prospettiva soggettivistica che ci piacerebbe sapere come veniva praticamente applicata. Se lo era. Forse con una preinquisizione?

Il testo di questa legge è del 532, in piena epoca di redazione del Digesto. Ci sembrano probabili le interpolazioni da noi segnalate. Sempre che Giustiniano dica il vero.

Da ultimo richiamiamo quattro passi delle Pauli Sententiae. Sul fatto che Paolo fosse ben informato della disciplina classica del Silaniano, fino a dedicargli un *liber singularis* ⁽⁸⁹⁾, non ci possono essere dubbi, come non ve ne possono essere sul fatto che il titolo 3,5 *ad senatus consultum Silanianum* delle Sententiae non contiene solo materiale paolino ⁽⁹⁰⁾, anche se si possono nutrire idee divergenti su queste appartenenze.

Per il tema che ci interessa – i criteri di individuazione degli schiavi da sottoporre a sanzione – ci sembrano a contenuto classico i seguenti passi ⁽⁹¹⁾.

PS 3,5,3: *Domino occiso de ea familia quaestio habenda est, quae intra tectum fuerit, vel certe extra tectum cum domino eo tempore quo occidebatur*.

Il brano ci dice che deve tenersi la *quaestio* di quegli schiavi che *intra tectum fuerint* e di quelli che *extra tectum < fuerint > cum domino*. Gli schiavi che si trovavano nello spazio individuato dal tetto della *domus* e quelli che erano con il padrone *in itinere* e *in agro*, per usare le parole di Giustiniano. Apprezzabile sintesi consona al tipo di opera, che rispecchia fedelmente la disciplina classica ⁽⁹²⁾. E la avvalora là ove, per la uccisione del padrone fuori

⁽⁸⁹⁾ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit, p. 1295.

⁽⁹⁰⁾ D. DALLA, *Senatus Consultum Silanianum*, cit., p. 132 ss.

⁽⁹¹⁾ Nulla dice sulla interpretazione del tetto PS 3,5,6: *Servi, qui sub eodem tecto fuerunt, ubi dominus perhibetur occisus, et torquentur et puniuntur, etsi testamentooccisi manumissi sint*.

⁽⁹²⁾ Di opinione diametralmente opposta, D. DALLA, *Senatus Consultum Silanianum*, cit., p. 133. Per l'a. l'estensore postclassico del brano dimostrerebbe di avere

casa, in campagna o in viaggio, non aggiunge nessun altro criterio se non quello dell'essere stati (*fuerint*, sottinteso) con il padrone al momento dell'attacco assassino. Lo stesso in

PS 3,5,6: *Servi, qui sub eodem tecto fuerunt, ubi dominus perhibetur occisus, et torquentur et puniuntur, etsi testamento occisi manumissi sint. Sed et hi torquentur, qui cum occiso in itinere fuerunt.*

Il criterio del tetto per la uccisione nella *domus* e il criterio dell'essere con il padrone per la uccisione in viaggio. Il tutto conforme alla disciplina classica; anzi, riprova che, se il padrone era ucciso in viaggio, venivano inquisiti i soli schiavi che erano con lui.

PS 3,5,7: *Servi de proximo si, cum possent ferre, auditis clamoribus auxilium domino non tulerunt, puniuntur.*

La menzione del criterio vocale-auditivo per l'ermeneutica del tetto è perfettamente in linea con la disciplina classica. Non c'è nulla che non sia riscontrabile nel primo frammento ulpiano. Anzi, *cum possent ferre* sembra echeggiare il rescritto di Adriano citato sopra.

Invece leggiamo

PS 3,5,10: *In summa tamen sciendum est et de his omnibus habendam esse quaestionem, qui in suspicione quacumque ratione veniunt* ⁽⁹³⁾.

In questa sintesi dell'estensore postclassico, apprendiamo che finivano nella rete tesa dal Silaniano anche coloro che venivano in sospetto per qualunque ragione. Sospetto di avere commesso il crimine o di aver comunque saputo del crimine, e di non avere fatto nulla per aiutare?

Confrontiamo con Ulpiano D. 29,5,1,30, dove si sta trattando della uccisione del padrone in campagna e si dice che, essendo sommamente ingiusto castigare tutti i servi che erano in quella regione, sono sufficienti quelli che erano con l'ucciso *et <eos> qui suspicione caedis [aut conscientia] attingi videbuntur*.

smarrito il senso originario del senatoconsulto che si riferiva alla protezione dei padroni dai pericoli nascenti all'interno della casa e la costruzione *intra tectum* e *extra tectum* "prova l'atteggiamento quasi di sorpresa dell'interprete che, di fronte ad una limitazione di cui egli non comprende più il significato, sente la necessità di avvertire che il principio vale anche fuori di casa...". Ma era già dai tempi di Gaio (*sub eodem tecto locove* di D. 29,5,25 *pr.*) che si era avuta l'estensione della tutela padronale al di fuori della *domus*. Forse che Ulpiano non dà per scontata la tutela del padrone *in villa* (rustica) e *in itinere* (D. 29,5,1,30-31; D. 29,5,1,26: *...qui sub eodem tecto...qui non sub eodem tecto...*)? Cosa c'è di diverso nel passo delle PS?

⁽⁹³⁾ D. DALLA, *Senatus Consultum Silanianum*, cit., p. 135.

I servi che avevano comunque conoscenza di quello che stava accadendo al loro padrone sono una aggiunta giustiniana. È forte la tentazione di accostare i servi *qui suspicione caedis attingi videbantur* ai servi *qui in suspicione quacumque ratione veniunt* del passo pseudopaolino e attribuirne la previsione ulpiana ad una glossa postclassica.

In tutta la trattazione giurisprudenziale dei criteri per l'individuazione degli schiavi da inquisire e punire, non vi è traccia, tranne in questo punto, degli schiavi che sono toccati dal sospetto della morte. È ovvio che tutti lo fossero. Ma gli schiavi che, come sappiamo, cadevano in disgrazia, erano quelli individuati dai criteri oggettivi del tetto e della voce, se in casa; dell' 'essere stati con il padrone' al momento dell'agguato, se in campagna o in viaggio. Forse si insinua nel passo pseudopaolino, accanto ai criteri classici, un elemento nuovo che mette in gioco l'oggettività dell'individuazione. Il criterio degli schiavi sospettabili, del tutto estraneo ai giuristi classici e consono alle idee giustiniane.

ABSTRACT

This article deals with the different interpretative rules of the *verba legis* 'sub eodem tecto', in the *senatus consultum Silanianum* and its extension by Roman jurists. Since the slaves 'under the same roof' were held responsible if their master was murdered in his own house, it was a controversial matter which space of the house was involved. New criteria got in, as the space where the master's voice could be heard and, *in villa* and *in itinere*, the master's proximity. Justinian intends to replace these objective criteria with the subjective rule of *insidias sentire, ubicumque sentire dominum periclitantem*, i.e. to know, to be aware that the master is in peril of one's life (principal texts: D. 29, 5, 1,27; D. 29,5,1,30; C. 6,35,12; Tac. *ann.* 14,42-45).

Si trattano i diversi criteri interpretativi dei *verba legis* "sub eodem tecto", presenti nel senatoconsulto Silaniano e nella sua estensione giurisprudenziale. Poiché gli schiavi 'sotto lo stesso tetto' erano ritenuti responsabili se il loro padrone veniva assassinato, vi era forte incertezza circa lo spazio domestico da considerare ai fini della individuazione degli schiavi da punire. Furono introdotti nuovi criteri, quali quello dello spazio dove era udibile la voce del padrone o quello della vicinanza al padrone nelle uccisioni *in villa* e *in itinere*. A questi criteri oggettivi Giustiniano tende a sostituire un criterio soggettivo volto a sanzionare tutti gli schiavi, ovunque si trovassero, che sapessero o avessero saputo: *insidias sentire, ubicumque sentire dominum periclitantem* (testi principali: D. 29,5,1,27; D. 29,5,1,30; C. 6,35,12; Tac. *ann.* 14,42-45).

ALESSANDRO BERNARDI

IL DIRITTO PENALE TRA UNIFICAZIONE EUROPEA E CULTURE NAZIONALI (*)

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. I diversi fattori atti a frenare il processo di europeizzazione del diritto penale. 2.1. I fattori frenanti di matrice europea. — 2.2. I fattori frenanti di matrice statale. 2.2.1. L'idea della irrinunciabile sovranità nazionale in materia penale. — 2.2.2. Le divergenze d'ordine socio-culturale tuttora riscontrabili tra i Paesi membri dell'Unione europea. — 2.2.3. Le differenze riscontrabili in ambito continentale tra i sistemi penali nazionali. — 3. Le ragioni sottese all'attuale processo di europeizzazione del diritto penale. — 3.1. Le ragioni a sfondo politico-criminale. — 3.1.1. L'esigenza di assoggettare le norme di fonte comunitaria ad una omogenea disciplina sanzionatoria. — 3.1.2. Le esigenze di lotta alla criminalità organizzata. — 3.1.3. Le esigenze di adeguamento del diritto penale all'attuale struttura dell'Unione europea. — 3.1.4. Le esigenze di prevenzione dei reati ad offensività diffusa. — 3.2. Le ragioni a carattere socio-culturale. — 3.2.1. La progressiva omogeneizzazione su scala europea dei costumi sociali. — 3.2.2. Il ravvicinamento dei modelli di Stato recepiti in ambito europeo. — 4. Le forme di manifestazione del processo di europeizzazione del diritto penale. — 4.1. Il rafforzamento dei meccanismi di cooperazione amministrativa, giudiziaria e di polizia. — 4.2. L'armonizzazione dei sistemi penali nazionali. — 4.3. I progetti volti a perseguire forme di unificazione penale settoriale. — 5. Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

Nell'ambito di questo breve lavoro mi prefiggo *in primo luogo* di porre in luce quali siano i principali fattori che rendono particolarmente difficile e faticoso il processo di europeizzazione del diritto penale; *in secondo luogo*, di esporre brevemente le ragioni che, all'opposto e nonostante tutto, inducono il diritto penale a seguire il destino delle altre branche del diritto, vale a dire a evolvere in una prospettiva di progressiva cooperazione/armonizzazione/

(*) Versione italiana, ampliata e corredata di note, del contributo in lingua francese destinato ai *Mélanges en l'honneur de Jean Pradel*, in corso di pubblicazione.

unificazione dei sistemi nazionali ⁽¹⁾; *in terzo luogo* di sintetizzare le principali forme assunte da tale processo di europeizzazione e di offrire uno schematico e sommario bilancio dell'evoluzione in atto.

Il tentativo è, appunto, quello di cogliere gli aspetti essenziali dell'attuale fase di transizione vissuta da un diritto penale chiamato ad attenuare il suo carattere nazionale e autarchico per poter risolvere i problemi posti, a livello criminale, dalla costruzione in ambito europeo di un'Unione dai tratti peculiari e in continua, rapida trasformazione. Nel fotografare i lineamenti oggi assunti da questo "diritto penale in transizione" vi è tuttavia il rischio che l'immagine risulti sfuocata o, più precisamente, costituita da una serie di fotogrammi sovrapposti, come quando, con le vecchie macchine fotografiche prive dei moderni automatismi, si apriva due o più volte l'obiettivo, senza far scorrere la pellicola. Se questo inconveniente dovesse manifestarsi, la colpa potrebbe essere non solo del fotografo, ma di una realtà penalistica intrinsecamente contraddittoria, per un verso saldamente radicata in un universo di valori, di principi e di regole a carattere essenzialmente nazionale ⁽²⁾, per altro verso già protesa e addirittura per certi versi già collocata in un comune territorio privo di frontiere interne ⁽³⁾.

2. I diversi fattori destinati a frenare il processo di europeizzazione del diritto penale.

Passando dunque all'esame degli ostacoli che si frappongono all'europeizzazione del diritto penale (o, se si preferisce, dei diritti penali dei Paesi UE), va preliminarmente osservato che tali ostacoli possono essere distinti a seconda che la loro matrice sia direttamente (e paradossalmente) "europea" ovvero meramente nazionale. E in effetti, sebbene tra loro intimamente connesse, queste due categorie di ostacoli si differenziano per il fatto che la prima di esse tende a inibire ovvero a frenare quei processi di europeizzazione penale tra gli Stati UE realizzati da parte degli organi dell'Unione, mentre la seconda tende a inibire o rallentare in generale qualsivoglia processo di europeizzazione penale: sia se innescato dagli Stati membri, sia se suggerito dall'Unione.

⁽¹⁾ Cfr., da ultimo e per tutti, WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, 2004, e bibliografia ivi riportata.

⁽²⁾ In merito all'impronta spiccatamente statuale propria del diritto penale cfr., per tutti, DELMAS-MARTY, *Verso un diritto penale comune europeo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 543; TIEDEMANN, *L'europeizzazione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 3; volendo, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, BERNARDI, *I tre volti del "diritto penale comunitario"*, in *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, a cura di Picotti, Milano, 1999, p. 42 ss.

⁽³⁾ In argomento cfr., volendo, BERNARDI, *Europe sans frontières et droit pénal*, in *Rev. sc. crim.*, 2002, p. 1 ss.

2.1. I fattori frenanti di matrice europea.

In merito agli ostacoli di matrice “europea” al processo di integrazione penale, si può affermare che essi sono, essenzialmente, due:

a) Il primo è costituito dal *mancato trasferimento di una diretta competenza penale all'Unione europea*, stante l'assenza all'interno dei Trattati di qualsivoglia disposizione nella quale risulti esplicitamente sancita l'attribuzione in capo ai relativi organi del potere di varare norme incriminatrici direttamente efficaci ⁽⁴⁾. Tuttavia, è vero che la questione relativa alla assenza di una effettiva competenza penale dell'Unione risulta nient'affatto pacifica in dottrina ⁽⁵⁾, ricca di molteplici sfaccettature di difficile sintesi e fondata su un quadro normativo di riferimento in perenne evoluzione. Al riguardo, ci si limiterà per il momento a ricordare che: 1) il primo pilastro dell'Unione dispone — relativamente ai settori normativi di sua competenza — di una generalizzata potestà sanzionatoria a carattere puramente amministrativo, mentre risulta (almeno secondo la prevalente dottrina) privo di una potestà *stricto sensu* penale ⁽⁶⁾; 2) il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, nel prevedere la fine di una Unione europea divisa in tre pilastri, attribuisce a quest'ultima sia una competenza penale indiretta — cioè realizzata attraverso lo strumento della legge quadro europea — estesa a

⁽⁴⁾ Cfr., per tutti, GRASSO, *Base(s) juridique(s) pour la mise en oeuvre*, in *La mise en oeuvre du Corpus Juris dans les États-Membres*, I, a cura di Delmas-Marty, J.A.E. Vervaele, Antwerpen, Groningen, Oxford, 2000, p. 397; JAEGER, *Les rapports entre le droit communautaire et le droit pénal: l'institution d'une communauté de droit*, in *Rev. dr. pén. crim.* 2004, p. 1142; RIZ, *Unificazione europea e presidi penalistici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2000, p. 179 ss.

⁽⁵⁾ Secondo taluni, infatti, all'interno dei Trattati sarebbero rinvenibili numerose norme (cfr., in particolare, gli artt. 10, 229, 308 TCE e 6 par. 4 TUE) le quali, specie se lette in combinazione tra loro, sembrerebbero costituire l'adeguata base legale per il riconoscimento di una piena competenza penale comunitaria.

⁽⁶⁾ Tuttavia, secondo una parte della dottrina penalistica europea, l'introduzione ad opera del Trattato di Amsterdam dell'art. 280 comma 4 TUE sottenderebbe il riconoscimento di una vera e propria competenza penale in capo alla Comunità, sia pure limitatamente al circoscritto settore delle frodi comunitarie. Cfr., in particolare, TIEDEMANN, *Esigenze fondamentali della parte generale e proposte legislative per un diritto penale europeo*, p. 3 del testo dattiloscritto; ID., *Pour un espace juridique commun après Amsterdam*, in *Agon*, 1997, n. 17, p. 12 ss.; ID., *Base(s) juridique(s) pour la mise en oeuvre*, in *La mise en oeuvre du Corpus Juris dans les États-Membres*, I, cit., p. 404 ss. Cfr. altresì, in termini più o meno risoluti, BACIGALUPO, *Base(s) juridique(s) pour la mise en oeuvre*, ivi, p. 387 ss.; ID., *La tutela degli interessi finanziari della Comunità: progressi e lacune*, in *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione*, a cura di Grasso, Milano, 2000, p. 22 ss.; PICOTTI, *Potestà penale dell'Unione europea nella lotta contro le frodi comunitarie e possibile “base giuridica” del Corpus Juris*. In margine al nuovo art. 280 del Trattato CE, ivi, p. 373; SPINELLIS, *Base(s) juridique(s) pour la mise en oeuvre*, in *La mise en oeuvre du Corpus Juris dans les États-Membres*, I, cit., p. 402 ss.

tutte le sfere di criminalità grave a carattere transnazionale (art. III-271) sia una competenza penale diretta — cioè realizzata anche attraverso lo strumento della legge europea — limitatamente al settore delle frodi comunitarie (art. III-415). Pertanto, quando tale Trattato entrerà in vigore, questo primo ostacolo di matrice “europea” al processo di integrazione penale sarà almeno in parte eliminato.

b) il secondo ostacolo di matrice “europea” al suddetto processo è rappresentato dall'accoglimento del *principio costituzionale di legalità/riserva di legge* nella massima parte degli Stati UE ⁽⁷⁾ (e dunque nello stesso diritto europeo) ⁽⁸⁾, e dalla contestuale *carenza di legittimità democratica degli organi legislativi dell'Unione europea*.

Certamente, con le modifiche apportate al Trattato CE a Maastricht, Amsterdam e Nizza, il *deficit* democratico comunitario si è progressivamente attenuato, grazie all'ampliamento dei poteri di co-decisione del Parlamento europeo ⁽⁹⁾, peraltro non ancora previsti in relazione a tutte le materie di competenza comunitaria ⁽¹⁰⁾; certamente, il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa estende ulteriormente la procedura di co-decisione e rafforza il ruolo dei Parlamenti nazionali, con il risultato di migliorare ancor più il livello di democraticità del procedimento normativo comunitario. Resta il fatto che, sinora, la persistente centralità del Consiglio nel sistema

⁽⁷⁾ Cfr., ad esempio, gli artt. 7 Cost. greca, 25 Cost. italiana, 29 Cost. portoghese, 25 Cost. spagnola, 103 Cost. tedesca.

⁽⁸⁾ Come noto, infatti, laddove un dato principio si rinvenga nella massima parte delle Costituzioni degli Stati membri, esso viene ad essere necessariamente ricompreso tra i c.d. principi del diritto comunitario non scritto. Cfr., anche per i relativi riferimenti bibliografici, ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, p. 521 ss.; BERNARDI, “*Principi di diritto*” e *diritto penale europeo*, in *Annali dell'Università di Ferrara — Scienze giuridiche*, vol. II, 1988, p. 103 e 177 ss.; Id., *Sulle funzioni dei principi di diritto penale*, in *Annali dell'Università di Ferrara — Scienze giuridiche*, vol. VI, 1992, p. 100 ss.; GRASSO, *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1991, in particolare p. 623 ss.

⁽⁹⁾ Cfr., da ultimo e per tutti, SICURELLA, *Il Corpus juris e la definizione di un sistema di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, in *Il Corpus juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, a cura di Grasso e Sicurella, Milano, 2003, p. 129 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici.

⁽¹⁰⁾ Sebbene infatti nell'ambito della Conferenza intergovernativa di Nizza del dicembre 2000 la maggior parte delle delegazioni abbiano sottoscritto la richiesta della Commissione e del Parlamento europeo di sottoporre alla procedura di codecisione l'intera legislazione comunitaria onde rafforzarne il carattere democratico, tale richiesta non è stata accolta; pertanto l'estensione della suddetta procedura è stata decisa, di volta in volta, a seconda dei diversi tipi di fonti comunitarie. La dottrina non ha mancato di sottolineare come i risultati di questa scelta non appaiano sempre coerenti tra loro. Cfr., in particolare, VAN NUFFEL, *Le Traité de Nice — Un commentaire*, in *Rev. dr. Un. eur.*, 2001, p. 362-363.

di potere dell'Unione europea, se da un lato è stata giustificata con l'esigenza di difendere interessi nazionali per vero da molti giudicati ormai anacronistici, dall'altro lato ha implicato e continua a implicare una grave distorsione del principio democratico⁽¹¹⁾.

In definitiva, a causa dei due ostacoli succitati, sembra oggi quantomeno improbabile e comunque non imminente un processo di integrazione penale su scala europea realizzato direttamente ad opera dagli organi istituzionali dell'UE. Diverso è però il discorso per quanto concerne un mero processo non solo di cooperazione, ma anche di armonizzazione penale realizzato su impulso europeo. In effetti, nell'attuale fase di costruzione dell'Unione ben risulta possibile per gli organi istituzionali dell'Unione indurre, in taluni settori normativi di grande rilievo, un ravvicinamento a livello interstatuale delle risposte punitive, anche a carattere penale, previste dagli Stati membri. In particolare, un tale ravvicinamento potrebbe forse in futuro realizzarsi attraverso il ricorso a direttive d'armonizzazione sanzionatoria⁽¹²⁾ (le quali, anche ove eventualmente volte ad imporre in modo esplicito sanzioni a carattere penale⁽¹³⁾, secondo larga parte della dottrina vedrebbero il loro *deficit* democratico sanato dalle relative leggi nazionali di attuazione)⁽¹⁴⁾. Il

⁽¹¹⁾ Cfr., da ultimo, DE KERCHOVE, *La coopération policière et judiciaire pénale*, in *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, a cura di De Schutter e Nihoul, Bruxelles, 2004, p. 224 ss.; MANACORDA, *Le fonti del diritto penale nella costruzione di un pluralismo ordinato. A proposito dell'opera di Mireille Delmas-Marty*, in DELMAS-MARTY, *Studi giuridici comparati e internazionalizzazione del diritto*, Torino, 2004, p. 38. Cfr. altresì, per tutti, LEVI, *Carta dei diritti e Costituzione europea*, in *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, a cura di Ferrari, Milano, 2001, p. 180.

⁽¹²⁾ Cfr., ad esempio, dir. del Consiglio 89/592/CEE del 13 novembre 1989 "sul coordinamento delle normative concernenti le operazioni effettuate da persone in possesso di informazioni privilegiate (*insider trading*)", in *GUCE*, L334 del 18 novembre 1989, p. 30 ss.; dir. del Consiglio 91/308/CEE del 10 giugno 1991 "relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite", in *GUCE*, L166 del 28 giugno 1991, p. 77 ss. Cfr., altresì, dir. del Consiglio 91/250/CEE del 14 maggio 1991 "relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore", in *GUCE*, L122 del 17 maggio 1991, p. 42 ss. L'eventualità qui ipotizzata, beninteso, permarrrebbe sino al momento in cui — con l'entrata in vigore del Trattato costituzionale europeo del 2004 — le direttive venissero sostituite dalle leggi quadro europee.

⁽¹³⁾ Cfr., ad esempio, la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla tutela penale degli interessi finanziari della Comunità (Doc. 501PC0272 del 25 giugno 2001).

⁽¹⁴⁾ Cfr., in generale e per tutti, GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, Milano, 1989, p. 92 ss. e p. 194 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici; ID., *Il "Corpus juris" e le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, Prefazione a *Verso uno spazio giudiziario europeo — "Corpus juris" contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea*, Milano, 1997, p. 10 ss.; PEDRAZZI, *Il ravvicinamento delle legislazioni penali nell'ambito della Comunità economica europea*, in *Indice pen.*, 1967, p. 328 ss.; TIEDEMANN, *L'europeizzazione del diritto penale*, cit., pp.

suddetto ravvicinamento potrebbe anche realizzarsi attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia, che ha sviluppato il principio di fedeltà comunitaria degli Stati UE (art. 10 TUE) in due sottoprincipi (detti, rispettivamente, di effettività/dissuasività e di assimilazione) destinati entrambi a porre, in taluni casi, veri e propri obblighi di incriminazione a carico di tali Stati⁽¹⁵⁾. Infine, e soprattutto, questo ravvicinamento si realizza con grande frequenza su impulso degli attuali strumenti del terzo pilastro dell'Unione, grazie ai quali "l'Unione europea comincia a profilarsi come entità sovrana nazionale distinta e interagente in posizione di preminenza con i vari ordinamenti dei Paesi membri"⁽¹⁶⁾, capace di dare vita a una vera e propria politica criminale europea⁽¹⁷⁾ fondata sulla cooperazione penale tra gli Stati UE e su una intensa, seppur settoriale, armonizzazione dei relativi sistemi di diritto criminale.

2.2. I fattori frenanti di matrice statuale.

In questa sede, qualche osservazione in più sembrano indubbiamente meritare gli ostacoli di fonte nazionale frapposti all'armonizzazione-unificazione dei diritti penali interni. Essi possono essere individuati, secondo una partizione indubbiamente semplificatoria, nelle diverse tradizioni nazionali che si manifestano in relazione a tre distinti piani: quello politico-ideologico, quello socio-culturale e quello giuridico-penale. Tali ostacoli — peraltro

20-21. In merito al problema dell'effettiva democraticità dei processi normativi di attuazione sanzionatoria delle direttive CE cfr. peraltro, con specifico riferimento all'ordinamento italiano, BERNARDI, *I principi e criteri direttivi in tema di sanzioni nelle recenti leggi comunitarie*, in *Annali dell'Università di Ferrara — Scienze Giuridiche*, vol. XIV, 2000, in particolare p. 137 ss.

⁽¹⁵⁾ Cfr. Corte di giustizia, sent. 21 settembre 1989, causa 68/88 (*Commissione c. Grecia*), in *Racc.*, 1989, p. 2965 ss.; sent. 10 luglio 1990, causa 326/88 (*Hansen*), cit., p. 2935; sent. 2 ottobre 1991, causa 7/90 (*Vandevenne*), in *Racc.*, 1991, p. 4387; sentt. 8 giugno 1994, cause 382/92 e 383/92 (*Commissione c. Regno Unito*), in *Racc.*, 1994, p. 2475 e p. 2494; sent. 26 ottobre 1995, causa 36/94 (*Siesse*), in *Racc.*, p. 3573, punto 20; sent. 12 settembre 1996, cause riunite 58/95, 75/95, 112/95, 119/95, 123/95, 135/95, 140/95, 141/95, 154/95, 157/95 (*Gallotti*), in *Racc.*, 1996, p. 4345; sent. 27 febbraio 1997, causa 177/95 (*Ebony*), in *Racc.*, 1997, p. 1143 e in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 309, con nota di RIONATO.

⁽¹⁶⁾ MILITELLO, *Agli albori di un diritto penale comune in Europa: il contrasto al crimine organizzato*, in *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale*, a cura di Militello, L. Paoli, J. Arnold, Milano, 2000, p. 28.

⁽¹⁷⁾ Non può tuttavia essere taciuto che rispetto agli strumenti normativi del primo pilastro, quelli tipici del terzo pilastro, ove appunto utilizzati in tale sede (e non invece nell'ambito del primo pilastro ex art. 61 comma 1 lett. a TCE) offrono ben minori garanzie di effettività. Al riguardo cfr., puntualmente, MILITELLO, *Agli albori di un diritto penale comune in Europa: il contrasto al crimine organizzato*, cit., p. 41 ss.

intimamente connessi, nonché certo speculari a quelli di fonte europea appena ricordati — affondano le loro radici nella storia degli Stati dell'Unione, opponendosi efficacemente all'attuale processo di europeizzazione del diritto penale, che risulta così rallentato e reso estremamente difficile e faticoso.

2.2.1. L'idea della irrinunciabile sovranità nazionale in materia penale.

Solo poche annotazioni meritano gli *ostacoli di natura politico-ideologica* all'europeizzazione dei sistemi penali. Si allude, in particolare, agli ostacoli rappresentati dalle concezioni nazionalistiche volte ad esaltare un'idea di sovranità statuale gelosa custode delle proprie prerogative, ed *in primis* della potestà legislativa in materia penale. Al riguardo, non sembra da escludere che in Europa la persistente frammentazione normativa (non solo, ma soprattutto penale) venga favorita, prima ancora che dalle suddette esigenze di legalità/democraticità, da una sorta di perdurante "statualismo" penale, vale a dire dalla ostinata volontà degli Stati di riservare a sé, per ragioni "ideologiche" legate all'idea stessa di sovranità, il monopolio delle sanzioni criminali. In effetti, è proprio in nome della ragion politica, ad esempio, che taluni utilizzano l'articolo 6 comma 3 TUE — in base al quale "l'Unione Europea rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri" — come argomento a favore del permanere di legislazioni statuali atte a perpetuare le proprie tradizioni giuridiche⁽¹⁸⁾. Del resto sono tuttora molto numerosi coloro che dubitano del fatto che i Paesi dell'Unione possano trovare interesse nello spogliarsi, sia pure in parte, della propria competenza in materia penale.

2.2.2. Le divergenze d'ordine socio-culturale tuttora riscontrabili tra i Paesi membri dell'Unione europea.

Passiamo ora agli ostacoli alla europeizzazione dei sistemi penali derivanti dalla persistenza di concezioni, tradizioni, costumi talora sensibilmente differenti da un Stato all'altro dell'Unione⁽¹⁹⁾. Al riguardo, occorre innanzitutto sottolineare come la Comunità affermi di riconoscere e rispettare le diversità riscontrabili al riguardo in ambito nazionale e regionale, ma al

⁽¹⁸⁾ MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, in "Saggi, conferenze e seminari", n. 7, del Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Roma, 1993, p. 3.

⁽¹⁹⁾ Cfr., ad esempio, ARNAUD, *Ces après particularismes*, in *Droits*, 1991, p. 21; ID., *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, 1991, p. 255 ss.

contempo si prefigga di contribuire al pieno sviluppo delle culture degli Stati membri, evidenziando il «retaggio culturale comune» di questi ultimi (cfr. l'art. 151, n. 1, TCE)⁽²⁰⁾. Indubbiamente, già da questo duplice programma traspaiono i difficili equilibri che una europeizzazione della cultura (e del diritto penale ad essa correlato) deve saper rispettare, nonché le contraddizioni insite in un processo al contempo di salvaguardia e di evoluzione su scala europea dei patrimoni culturali nazionali.

È comunque evidente che i fattori socio/culturali non costituiscono un insieme unitario, come dimostra il fatto che al loro interno appaiono distinguibili processi di repentino ravvicinamento/uniformizzazione in ambito continentale e situazioni di persistente, se non addirittura crescente, «lontananza» tra i Paesi dell'Unione. In particolare, mentre talune disparità economiche e sociali risultano in vistoso regresso, sul piano più strettamente dei costumi e dell'etica si assiste talora al permanere di differenze anche marcate. Differenze, queste ultime, apparentemente insensibili al varo di testi — quali la Carta europea dei diritti ora trasfusa nel Trattato costituzionale europeo — che sembrerebbero sottendere l'adesione degli Stati membri ai medesimi valori e a concezioni del mondo fortemente ravvicinate. Basti pensare alle divergenze in tema di eutanasia, aborto, trapianti, uso di sostanze stupefacenti, ecc. Certamente queste diversità si concentrano in ambiti alquanto circoscritti, e quindi non compromettono la possibilità di realizzare — nella massima parte dei settori normativi — livelli di armonizzazione tra i sistemi penali europei decisamente più elevati di quelli attualmente esistenti, ovvero addirittura (sia pure in taluni ben specifici settori) discipline penali a carattere unitario.

Vero è però che, per contro, le suddette diversità sembrano al momento inibire ogni progetto di generalizzata unificazione penale: dato infatti il rapporto biunivoco esistente tra società-cultura e diritto⁽²¹⁾, quest'ultima soluzione viene oggi generalmente reputata realizzabile solo tra Stati carat-

⁽²⁰⁾ Cfr. l'art. 151, n. 1, Tr. CE.

⁽²¹⁾ Cfr., per tutti e con varietà di accenti, CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, 1972, in particolare p. 259 ss.; COING, *Europäische Grundlagen des modernen Privatrechts: Nationale Gesetzgebung und europäische Rechtsdiskussion im 19. Jahrhundert*, Opladen, 1986; PASTORE, *Tradizione e diritto*, Torino, 1990, p. 199 ss.; RIGAUX, *Introduction à l'étude du droit*, Bruxelles, 1974, p. 375 ss.; STEIN, SHAND, *I valori giuridici della civiltà occidentale*, Milano, 1981, p. 7 ss. e, in particolare, p. 25 ss.; VIOLA, *Autorità e ordine del diritto*, Torino, 1987, in particolare p. 331 ss.; WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie*, Köln-Berlin, 1964. Con specifico riferimento al diritto penale ed al problema della sua unificazione su scala europea cfr., tra gli altri, SIEBER, *Unificazione europea e diritto penale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1991, p. 982 e bibliografia ivi riportata; SOLNAR, *Difficoltà e prospettive del diritto penale in Europa*, in *Prospettive per un diritto penale europeo*, Padova, 1968, p. 171; VOGEL, *Wege zu europäisch-einheitlichen Regelungen im Allgemeinen Teil des Strafrechts*, in *JZ*, 1995, p. 332.

terizzati da un livello di affinità ancora maggiore di quello riscontrabile oggi nell'ambito dei Paesi UE⁽²²⁾.

2.2.3. Le differenze riscontrabili in ambito continentale tra i sistemi penali nazionali.

Rispetto agli ostacoli d'ordine politico-ideologico e socio-culturale fraposti all'armonizzazione/unificazione su scala europea del diritto criminale, quelli a carattere giuridico-penale presentano una propria specificità e appaiono con ogni probabilità i più difficili da superare⁽²³⁾. Basti pensare alla persistente lontananza riscontrabile tra i sistemi di *civil law* e di *common law* (pur tra loro in fase di lento ma continuo ravvicinamento)⁽²⁴⁾ e, anche al di là di questa *summa divisio*, alla diversità delle scuole dottrinarie e delle costruzioni normative affermatesi nei singoli Paesi europei, in particolare nel periodo che va dalla rivoluzione francese ai primi anni del novecento⁽²⁵⁾.

In ogni caso, a prescindere da ogni analisi delle reali conseguenze prodotte sulla tradizione del diritto comune dalla nazionalizzazione della scienza penale avutasi nel corso del XIX secolo⁽²⁶⁾, appare indiscutibile

⁽²²⁾ In argomento cfr., volendo, BERNARDI, «*Principi di diritto*» e *diritto penale europeo*, cit., p. 78 ss. Naturalmente, quanto sopra detto vale, *a fortiori*, dopo che sono stati ammessi a far parte dell'Unione taluni Stati dell'Europa orientale caratterizzati da un patrimonio culturale tuttora abbastanza differente dal nostro.

⁽²³⁾ Beninteso, riconoscere le peculiarità proprie degli ostacoli giuridico-penali rispetto a quelli politico-ideologici e socio-culturali non significa disconoscere i nessi esistenti tra i primi e i secondi. Sul punto cfr., ad esempio, AZZALI, *Profili in tema di presupposti, di metodo e di contenuto*, in *Prospettive per un diritto penale europeo*, cit., p. 487 ss. Cfr. altresì PAGLIARO, *Limiti all'unificazione del diritto penale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, p. 202.

⁽²⁴⁾ Sul processo di ravvicinamento in atto tra *civil* e *common law* cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004, p. 12, nt. 372.

⁽²⁵⁾ Vale a dire nel periodo "dello Stato-nazione, dei sistemi di diritto nazionale e delle culture giuridiche nazionali": SCHULZE, *Un nouveau domaine de recherche en Allemagne: l'histoire du droit européen*, in *Rev. hist. dr. franç. étr.*, 1992, p. 39. Cfr. altresì, per tutti, BELLOMO, *L'Europa del diritto comune*, Roma, 1991, p. 11 ss.; CONSTANTINESCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1996, p. 31 ss.; FRAGOLA, ATZORI, *Prospettive per un diritto penale europeo*, Padova, 1990, p. 5 ss.; GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia*, Roma-Bari, 1994, p. 3 ss.; ZWIEGERT, KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, vol. I, *Principi fondamentali*, Milano, 1992, p. 16 ss.

⁽²⁶⁾ Nel senso della persistenza di una almeno parziale permeabilità del pensiero penalistico a livello europeo cfr., più o meno esplicitamente, PRADEL, *Histoire des doctrines pénales*, Paris, 1989, in particolare p. 89 ss.; VERVAELE, *Les grandes théories de la peine au XVIII et XIX siècles*, in *La peine*, vol. III, Bruxelles, 1989, p. 9 ss. In contrasto con l'idea di una frantumazione delle culture giuridiche europee coincidente con l'avvento degli Stati nazionali, ritiene che nell'ambito dei Paesi occidentali

che sino alla seconda guerra mondiale in ambito europeo la legislazione criminale sia stata fortemente influenzata da correnti scientifiche a carattere puramente nazionale⁽²⁷⁾ e da eventi socio-politici a dimensione locale⁽²⁸⁾. Nonostante che per vero le influenze di matrice comparatista ed europeista non siano mai venute del tutto meno, si è così assistito all'affermarsi ed al consolidarsi, nei singoli Stati, di ordinamenti ricchi di elementi d'originalità spesso considerati addirittura espressione di una civiltà giuridica "più evoluta"⁽²⁹⁾, riflesso a sua volta di una cultura e di un sistema socio-politico ritenuti "superiori" rispetto a quelli dei Paesi vicini⁽³⁰⁾. Ben si spiega quindi come tali ordinamenti — nonostante l'opera di ravvicinamento favorita, soprattutto negli ultimi decenni, dal movimento internazionale di riforma penale e dagli stessi organismi europei — presentino tuttora marcate peculiarità⁽³¹⁾. Peculiarità che riflettono le

si possa constatare fin dai tempi dell'illuminismo una «tendenza alla centralizzazione del diritto penale e all'armonizzazione a tutti i livelli» SIEBER, *Unificazione europea e diritto penale europeo*, cit., p. 971.

⁽²⁷⁾ GRAVEN, *Allocution*, in *Rev. sc. crim.*, 1960, p. 401 ss.; LEVASSEUR, *Le droit criminel français et le droit comparé*, in *Livre du Centenaire de la Société de Législation Comparée*, 1969, Agen, p. 259 ss.; JESCHECK, *Dogmatica penale e politica criminale nuove in prospettiva comparata*, cit., p. 509.

⁽²⁸⁾ Specie nel periodo della restaurazione, successivo al venir meno della dominazione francese. Cfr. limitatamente all'esperienza italiana, SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano*, Firenze, 1974, p. 249 ss.

⁽²⁹⁾ Cfr. per tutti, sia pure problematicamente, SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano*, cit., p. 17 ss.; ZWIEGERT, KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, vol. I, *Principi fondamentali*, cit., p. 17.

⁽³⁰⁾ Cfr., per tutti, ARNAUD, *Ces âpres particularismes*, cit., p. 20 ss. Limitatamente all'Italia cfr., ad esempio, FROSALI, *Il sistema penale italiano*, I, 1958, p. 105 ss., n. 44 ss.; GRANDI, *La relazione al Duce del 25 marzo 1940 XVIII*, in GRANDI, *Bonifica umana*, Roma, 1941, p. 8 ss.

⁽³¹⁾ Peculiarità concernenti, volta a volta, le concezioni dottrinarie prevalenti (cfr., ad esempio, ZIPF, *Politica criminale*, Milano, 1989, in particolare p. 95 ss.), i principi generali propri della materia penale (cfr., limitatamente all'esperienza italiana e francese, BERNARDI, *Sulle funzioni dei principi di diritto penale*, cit., p. 67 ss.), gli istituti di parte generale (cfr., per tutti, PAGLIARO, *Limiti all'unificazione del diritto penale europeo*, cit., p. 200 ss.; *Criminal Law Theory in Transition*, a cura di Lathi, K. Nuotio, Helsinki, 1992, *passim*; GREVE, *Legal Harmonization in the Field of European Criminal Law*, in *Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht*, a cura di Sieber, Köln, 1993, in particolare p. 108 e p. 111; VOGEL, *Wege zu europäisch-einheitlichen Regelungen im Allgemeinen Teil des Strafrechts*, cit., p. 336 ss.), i contenuti delle singole incriminazioni (cfr., RÜTER, *Harmonie trotz Dissonanz. Gedanken zur Erhaltung eines funktionsfähigen Strafrechts im grenzenlosen Europa*, in *ZStW*, 105, 1993, p. 35 ss.; WEIGEND, *Strafrecht durch internationale Vereinbarungen — Verlust an nationaler Strafrechtskultur?* in *ZStW*, 1993, in particolare p. 788, nota 60), le tipologie delle sanzioni (cfr., ad esempio, DOLCINI, PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, Milano, 1989, *passim*; VAN KALMTHOUT, TAK, *Sanctions-Systems in the Member-States of the Council of Europe*, Deventer, 2 voll., 1988 e 1992) e le stesse funzioni della pena (all'interno di una bibliografia sterminata cfr., a titolo esemplificativo, CATTANEO, *Pena diritto e dignità umana*, Torino, 1990).

diversità e le multiformi ricchezze del pensiero giuridico europeo⁽³²⁾, ma che al contempo sono di ostacolo rispetto ad una piena cooperazione penale e, *a fortiori* rispetto ad ogni processo di armonizzazione/unificazione penale su scala continentale.

3. Le ragioni sottese all'attuale processo di europeizzazione del diritto penale.

Se, come si è visto, molteplici sono i fattori di matrice sia sovrastatale sia nazionale atti a frenare il processo di europeizzazione del diritto penale, occorre peraltro sottolineare che non meno numerose si rivelano, per converso, le ragioni destinate a stimolare un tale processo. Nell'impossibilità di analizzare dettagliatamente in questa sede le suddette ragioni, mi limiterò a osservare che esse possono forse essere distinte, in prima approssimazione, a seconda del loro carattere prevalentemente politico-criminale ovvero essenzialmente socio-culturale. L'elemento distintivo tra ragioni politico-criminali e ragioni socio-culturali risiede nel fatto che le prime esprimono talune istanze funzionali del diritto penale, mentre le seconde costituiscono un mero riflesso, in ambito penale, degli attuali mutamenti sia delle società nazionali sia delle forme di Stato espresse da tali società. Anche se occorre riconoscere che talora questa distinzione tende a sfumare, e che in realtà tutte le ragioni del suddetto processo di europeizzazione del diritto penale presentano il dato comune di costituire una naturale risposta alle trasformazioni in atto su scala continentale.

3.1. Le ragioni a sfondo politico-criminale.

Passando dunque ad una breve rassegna delle principali ragioni a carattere politico-criminale sottese al processo di europeizzazione del diritto penale, sembra di poter dire che esse appaiono a loro volta distinguibili in quattro sottogruppi fondamentali, a seconda che il suddetto processo miri a: assoggettare le norme di fonte comunitaria ad una omogenea disciplina sanzionatoria; contrastare le forme di criminalità organizzata favorite dalla libera circolazione in ambito europeo di persone, merci e capitali; attenuare il divario tra integrazione istituzionale europea e peculiarità penali nazionali;

⁽³²⁾ Cfr., tra gli altri, BARZANTI, *L'Europa delle culture*, in *Europaforum*, 1992, n. 6, p. 10; GESSNER, *L'interazione giuridica globale e le culture giuridiche*, in *Dir. soc.*, 1993, p. 65; ARNAUD, *Ces âpres particularismes*, cit., p. 21 ss.; ID., *Pour une pensée juridique européenne*, cit., in particolare p. 148 e p. 203 ss. Cfr. altresì, in una specifica prospettiva penale, JESCHECK, *Dogmatica penale e politica criminale nuove in prospettiva comparata*, in *Indice pen.*, 1985, p. 510; DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, Paris, 1982, p. 8.

offrire risposte punitive omogenee rispetto a comportamenti dotati di effetti dannosi a carattere almeno potenzialmente transnazionale.

3.1.1. *L'esigenza di assoggettare le norme di fonte comunitaria ad una omogenea disciplina sanzionatoria.*

Come si sa, almeno da due decenni il numero delle norme giuridiche di fonte europea varate ogni anno e destinate a trovare attuazione nei Paesi UE risulta non molto inferiore (e in certi Paesi addirittura superiore) al numero delle norme giuridiche varate nello stesso arco di tempo dai singoli legislatori nazionali. Nonostante la progressiva valorizzazione del principio di sussidiarietà comunitaria, è verosimile ritenere che nel futuro a breve termine la produzione normativa europea sia destinata a restare costante o, quantomeno, a non calare significativamente⁽³³⁾. Oltretutto, tale produzione normativa concerne settori di estrema importanza (quali il commercio e la protezione dei consumatori, il diritto delle società e la borsa, i trasporti, l'agricoltura e la pesca, l'ambiente, la ricerca e lo sviluppo tecnologico, la protezione civile), e dunque è volta alla tutela di interessi di indiscusso rilievo; interessi i quali, in taluni casi, cessano di avere una dimensione puramente nazionale, per assumere un carattere più o meno marcatamente europeo.

Orbene, come noto, le norme europee in questione danno vita in tutti gli Stati UE a precetti uniformi (se contenute in regolamenti CE) o almeno tendenzialmente analoghi (se contenute in direttive, spesso molto dettagliate). Ne consegue che le violazioni delle suddette norme sembrano esigere risposte sanzionatorie uguali o comunque sufficientemente omogenee: e ciò anche nei casi (assolutamente prevalenti) in cui tali violazioni non siano punibili con sanzioni amministrative di fonte direttamente comunitaria, e dunque debbano essere punite con sanzioni, penali o amministrative, di fonte nazionale. Infatti la previsione di risposte punitive alquanto differenti dall'uno all'altro Stato UE in caso di violazione dei medesimi precetti "europei" si rivela fortemente controindicata, in quanto: a) favorisce la creazione di luoghi privilegiati per la commissione dei relativi illeciti⁽³⁴⁾; b) altera le

⁽³³⁾ Sul punto cfr., diffusamente e con l'avallo di puntuali dati statistici, CIAVARINI AZZI, *Prospettive di evoluzione dell'attività normativa comunitaria: principio di sussidiarietà, qualità della legislazione, nuove tematiche*, in *L'Europa in Italia. Verso nuovi strumenti di attuazione delle normative comunitarie*, s.d. (ma 1999), p. 26.

⁽³⁴⁾ Cfr. ad esempio, FLICK, *Globalizzazione dei mercati e globalizzazione della giustizia*, cit., p. 601; nonché, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996 p. 142; SEVENSTER, *Criminal Law and EC Law*, in *Common Market Law Review*, 1992, p. 30.

condizioni del mercato, in virtù della variazione da un Paese all'altro del «costo del delitto»⁽³⁵⁾, vale a dire del coefficiente di disincentivazione generato dalla sanzione⁽³⁶⁾; c) implica livelli diversificati di tutela tra individui di differente nazionalità esposti ai medesimi fenomeni criminali⁽³⁷⁾; d) compromette la conoscibilità della complessiva disciplina punitiva di settore da parte di quei soggetti che operano contemporaneamente all'interno di una pluralità di ordinamenti nazionali⁽³⁸⁾; e) tende a vanificare gli effetti "generalpreventivi" di intima adesione alle regole di condotta e dunque, specularmente, ad attenuare la riprovazione sociale verso violazioni le quali, in Stati pur geograficamente vicini e socio-culturalmente simili,

⁽³⁵⁾ Cfr., in particolare, DE KEERSMAEKER, *Relazione sulla correlazione fra il diritto comunitario e il diritto penale* (Parlamento europeo, Documenti di seduta, 1976-1977, doc. 531/76, 2 febbraio 1977), in *Riv. dir. eur.*, 1977, p. 204; *Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sul ruolo delle sanzioni per l'attuazione della legislazione comunitaria nell'ambito del mercato interno* (Bruxelles, 3 maggio 1995, COM. (95) 162 def.), p. 2 del testo dattiloscritto. Cfr., altresì, DANNECKER, *Armonizzazione del diritto penale all'interno della Comunità europea*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, p. 994; DE ANGELIS, *La protezione giuridica degli interessi finanziari della Comunità Europea: evoluzione e prospettive*, in *Prospettive di un diritto penale europeo*, Milano, 1998, p. 40; DELMAS-MARTY, *Droit pénal des affaires*, vol. I, Paris, 1990, p. 39-40; GRASSO, *Prospettive di uno «Spazio giudiziario europeo»*, in *Indice pen.*, 1996, p. 114; LAFARGE, GENDREL, *Le droit pénal communautaire du travail, vue de l'esprit ou réalité juridique?*, in *Mélanges offerts à G. Levasseur*, Paris, 1992, p. 153; MANACORDA, *L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale*, in *Foro it.*, 1995, IV, c. 61; NUVOLONE, *Il diritto comparato quale mezzo di ricerca nell'ambito della politica criminale*, in *Indice pen.*, 1980, p. 5 ss.; PEDRAZZI, *Il ravvicinamento delle legislazioni penali nell'ambito della Comunità economica europea*, in *Indice pen.*, 1967, p. 334 ss.; SGUBBI, voce *Diritto penale comunitario*, cit., p. 101; SEVENSTER, *Criminal Law and EC Law*, in *Common Market Law Review*, 1992, p. 65 ss.; TIEDEMANN, *La tutela penale degli interessi finanziari della Comunità europea*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1991, p. 529.

⁽³⁶⁾ In argomento cfr., con particolare riferimento alle forme di disincentivazione economica derivanti dalla previsione e applicazione di pene pecuniarie, BECKER, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in *J. Pol. Econ.*, 1968, p. 169; FRIEDMAN, *The West German Day-Fine System: A Possibility for the United States?*, in *The University of Chicago Law Review*, 1983, p. 302 ss.; POSNER, *Economic Analysis of the Law*, 1977, par. 7.2.

⁽³⁷⁾ Cfr. già BRICOLA, *Alcune osservazioni in materia di tutela penale degli interessi delle Comunità europee*, in *Prospettive per un diritto penale europeo*, Padova, 1968, p. 215. Cfr., altresì, per tutti, HAGUENAU, *L'application effective du droit communautaire en droit interne*, Bruxelles, 1995, p. 542 ss.; HENNAU-HUBLET, *Les sanctions en droit communautaire: réflexions d'un pénaliste*, in *La justice pénale et l'Europe*, a cura di Tulkens, Bosly, Bruxelles, 1996, p. 502; HUYBRECHTS, *Droits de l'homme et harmonisation des sanctions communautaires*, ivi, pp. 507-508.

⁽³⁸⁾ Cfr., ad esempio, *Criminalité des affaires et Marché commun*, a cura di Delmas-Marty, Paris, 1982, pp. 153 ss. e 168 ss.; HENNAU-HUBLET, *Les sanctions en droit communautaire: réflexions d'un pénaliste*, cit., p. 498 ss.; SIEBER, *Unificazione europea e diritto penale europeo*, cit., p. 983.

vengono valutate in modo significativamente diverso quanto al tipo o al livello di sanzione richiesta, e quindi quanto al loro grado di disvalore⁽³⁹⁾.

3.1.2. *Le esigenze di lotta alla criminalità organizzata.*

È ormai noto a tutti che la caduta delle frontiere interne tra gli Stati UE — così come, più in generale, il fenomeno della globalizzazione dei mercati e delle comunicazioni — presenta per molti aspetti una valenza criminogena, facilitando i traffici illeciti della criminalità organizzata, ma non l'attività investigativa e giudiziaria all'interno dell'Unione (dove il detto "ormai in Europa le frontiere nazionali esistono solo per i giudici"). In questa situazione, rispetto a gruppi criminali operanti al contempo in una pluralità di Stati, ogni strategia preventivo-repressiva concepita su scala meramente nazionale è destinata a rivelarsi inefficace⁽⁴⁰⁾. È per questo che la massima parte delle iniziative prese nel quadro sia del primo sia soprattutto del terzo pilastro dell'Unione per potenziare la cooperazione giudiziaria e l'armonizzazione

⁽³⁹⁾ È noto infatti come, nella *communis opinio*, l'entità della pena edittale costituisca il primo e fondamentale parametro per valutare il coefficiente di disvalore attribuito dal legislatore alle singole violazioni.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. esemplificativamente, nell'ambito di una bibliografia ormai sterminata e con varietà di accenti, *La reconnaissance mutuelle des décisions pénales dans l'Union européenne*, a cura di de Kerchove e Weyembergh, Bruxelles, 2001; *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, a cura di de Kerchove e Weyembergh, Bruxelles, 2002; *Quelles réformes pour l'espace pénal européen*, a cura di de Kerchove e Weyembergh, Bruxelles, 2003; *Sécurité et justice: enjeu de la politique extérieure de l'Union européenne*, a cura di de Kerchove e Weyembergh, Bruxelles, 2003; *Motivazione. Verso una repressione più giusta, più semplice e più efficace*, in *Verso uno spazio giudiziario europeo*, Milano, 1997, p. 33 ss.; *Eurodelitos. El derecho penal económico en la Unión europea*, Cuenca, 2003; *Giustizia e affari interni nell'Unione europea. Il terzo pilastro del Trattato di Maastricht*, a cura di Parisi e Rinoldi, Torino, 1996; *Towards a European Criminal Law against Organised Crime*, a cura di Militello e Huber, Freiburg im Breisgau, 2001; *Il Corpus juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, cit.; *Il Corpus juris 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, a cura di Picotti, Padova, 2004; BERNARDI, *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 787 ss.; CASELLI, DE AMICIS, *Il coordinamento delle indagini transnazionali fra assistenza giudiziaria ed indagini comuni*, in *Il coordinamento delle indagini di criminalità organizzata e terrorismo*, a cura di Melillo, Spataro e Vigna, Milano, 2004, p. 145 ss.; DE AMICIS, *Problemi e prospettive della Cooperazione giudiziaria penale in ambito europeo: forme e modelli di collaborazione alla luce del titolo VI del trattato di Amsterdam*, in *Giur. merito*, 2002, p. 290 ss.; SALAZAR, *La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio europeo di Tampere*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1114 ss.; ID., *La lotta alla criminalità nell'Unione: passi in avanti verso uno spazio giudiziario comune prima e dopo la Costituzione per l'Europa ed il programma dell'Aia*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3510 ss.; SICURELLA, *Il titolo VI del Trattato di Maastricht e il diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1309 ss.

delle scelte sanzionatorie nazionali ha avuto come fine ultimo proprio quello di favorire la lotta alla criminalità transnazionale, onde far sì che l'Unione europea costituisca un reale "spazio di libertà, sicurezza e giustizia". Al riguardo, merita di essere osservato che cooperazione e armonizzazione costituiscono indubbiamente due aspetti strettamente connessi e reciprocamente imprescindibili del processo di europeizzazione del diritto penale⁽⁴¹⁾. Come già accennato⁽⁴²⁾, appare infatti evidente che un elevato livello di cooperazione implica un grado di fiducia reciproca a priori preclusa a Stati caratterizzati da sistemi fortemente distonici sul piano dei comportamenti puniti e delle pene applicate⁽⁴³⁾. Per converso, non vi è dubbio che in presenza di scelte sufficientemente omogenee da uno Stato all'altro sul piano dei precetti e delle sanzioni (nonché sul piano delle garanzie processuali) i giudici e le stesse amministrazioni dei diversi Paesi UE siano più propensi a collaborare tra loro. Non credo sia necessario insistere in questa sede su questi concetti, ormai assolutamente pacifici.

3.1.3. *Le esigenze di adeguamento del diritto penale all'attuale struttura dell'Unione europea.*

Per certi aspetti, meno risapute appaiono le istanze di europeizzazione delle scelte penali connesse all'attuale struttura dell'Unione. In particolare, i progressi registrati sul piano dell'integrazione europea (piena libertà di circolazione e di residenza, moneta unica, adozione di una Carta europea dei diritti, per di più ormai inscritta all'interno di un Trattato costituzionale europeo giunto alla fase di ratifica, ecc.) se non accompagnati da adeguate contromisure, risultano sul piano penale gravidi di conseguenze per i cittadini europei. Questi ultimi, infatti, potrebbero essere indotti a ritenere che l'instaurazione di un comune "spazio di libertà, sicurezza e giustizia" retto da comuni principi e diritti fondamentali presupponga non solo rapporti politici sostanzialmente non conflittuali tra i Paesi membri, ma anche l'instaurazione di un processo di ravvicinamento normativo

⁽⁴¹⁾ Cfr., fondamentalmente, WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, cit., in particolare p. 135 ss., e bibliografia ivi riportata.

⁽⁴²⁾ Cfr., *supra*, sub par. 2.2.3, in fine.

⁽⁴³⁾ Sugli strettissimi rapporti esistenti, in ambito penale, tra armonizzazione e fiducia reciproca cfr., per tutti, *Motivazione. Verso una repressione più giusta, più semplice e più efficace*, cit., in particolare p. 43; DE AMICIS, *Problemi e prospettive della Cooperazione giudiziaria penale in ambito europeo: forme e modelli di collaborazione alla luce del titolo VI del trattato di Amsterdam*, cit., in particolare p. 291; WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, cit., p. 144 ss.

destinato a riflettersi sul piano punitivo. Tale stato di cose potrebbe addirittura indurre i cittadini europei a considerare superflua una ricognizione della legislazione penale vigente nei Paesi dell'Unione in cui ci si reca, di cui verrebbe presunta l'estrema rassomiglianza con la legislazione del Paese di provenienza. Complice la persistenza del principio di inescusabilità dell'errore sulla legge penale del luogo di commissione del fatto, ciò comporterebbe una "esposizione al rischio penale" direttamente proporzionale al residuo livello di diversità tra i sistemi penali nazionali. Livello di diversità che peraltro, come già ricordato⁽⁴⁴⁾, in taluni campi (sostanze stupefacenti, eutanasia, trapianti, aborto, ecc.) resta non di rado assai elevato.

Per altro verso, stante l'attuale struttura dell'Unione, talune scelte sanzionatorie molto diverse da un Paese all'altro potrebbero essere considerate come sintomo di distonie "che non dovrebbero più esserci" tra Stati così strettamente legati tra loro. Ciò potrebbe costituire un incentivo ad approfittare, senza più alcuna remora morale, dei vantaggi offerti dalle legislazioni più tolleranti di taluni Stati, recandosi in questi ultimi per tenere taluni comportamenti non consentiti nel proprio Paese di origine⁽⁴⁵⁾. Il diritto penale nazionale perderebbe quindi, allo stesso tempo, la sua funzione di orientamento sociale e la sua stessa efficacia⁽⁴⁶⁾.

Si potrebbe quindi concludere, un po' drasticamente, affermando che in mancanza di una penetrante armonizzazione dei comportamenti vietati negli Stati UE, l'attuale eliminazione (talora addirittura anche a livello "visivo") delle frontiere nazionali potrebbe presentare alcune significative controindicazioni.

3.1.4. *Le esigenze di prevenzione dei reati ad offensività diffusa.*

Da ultimo, meritano di essere ricordate le esigenze di cooperazione e di armonizzazione in ambito penale derivanti dalla tendenza, propria di taluni reati tipici della società industriale, a espandere i loro effetti dannosi oltre i confini nazionali. Ad esempio, complice la libera circolazione in Europa dei prodotti (alimenti, medicinali, manufatti industriali, ecc.), i danni causati dai prodotti difettosi e nocivi si manifestano anche in Stati

⁽⁴⁴⁾ Cfr., *supra*, sub par. 2.2.2.

⁽⁴⁵⁾ Cfr., per più ampi sviluppi, BERNARDI, *Il diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 505 ss.

⁽⁴⁶⁾ Salvo passare dal primato del principio di territorialità al primato del principio di universalità o di personalità attiva. Tuttavia, circa i molteplici inconvenienti correlati all'adozione in via privilegiata dei canoni universalistico e personalistico cfr. BERNARDI, *Il diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo*, cit., p. 507 ss.

diversi da quello in cui il fatto è stato commesso⁽⁴⁷⁾. Parallelamente, a causa anche della relativa vicinanza dei Paesi UE, gli effetti dannosi connessi ai più gravi fatti di inquinamento (maree nere, avvelenamento dei grandi fiumi, emissioni in atmosfera di sostanze tossiche o di radiazioni) tendono a ricadere indistintamente su molti di tali Paesi⁽⁴⁸⁾. Infine — a livello per vero non solo europeo, ma globale — i reati commessi via internet rendono ininfluente il luogo di commissione del reato⁽⁴⁹⁾. In tutte le situazioni appena elencate il principio di territorialità della legge penale entra in crisi; così come entra in crisi la funzione preventiva del diritto penale, ove gli Stati non collaborino tra loro e non prevedano strategie anti-criminali tendenzialmente omogenee.

3.2. Le ragioni a carattere socio-culturale.

Accanto alle summenzionate esigenze politico-criminali, espressive dei profili funzionali sottesi al processo di europeizzazione del diritto penale, tale processo sembra favorito anche da altre ragioni, a carattere prevalentemente socio-culturale. Come in precedenza ricordato⁽⁵⁰⁾, queste ultime ragioni non esprimono istanze “funzionali”, ma costituiscono piuttosto il riflesso sul piano giuridico-penale del processo di omogeneizzazione sociale in atto su scala continentale. Si pensi, innanzitutto, al lento ma continuo ravvicinamento delle culture nazionali e dei modelli di Stato cui i singoli Paesi UE si ispirano.

3.2.1. La progressiva omogeneizzazione su scala europea dei costumi sociali.

Indiscutibile mi sembra la tendenza al ravvicinamento dei modelli socio-culturali accolti nei Paesi UE. Naturalmente, non intendo qui sminuire le differenze di costumi che tuttora sussistono dall'uno all'altro dei Paesi in questione, e che anzi per certi aspetti sono andate aumentando a seguito dell'allargamento dell'Unione da 15 a 25 membri. A maggior ragione, non

⁽⁴⁷⁾ In argomento cfr., da ultimo, gli atti del Convegno “*Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*” (Valencia, 13-15 ottobre 2004), in corso di pubblicazione, ma comunque già disponibili in DVD.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. volendo, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, BERNARDI, *La tutela penale dell'ambiente in Italia: prospettive nazionali e comunitarie*, in *Annali dell'Università di Ferrara — Scienze giuridiche — Saggi IV*, Ferrara, 1997, in particolare p. 178 ss.

⁽⁴⁹⁾ All'interno di una ormai ricchissima bibliografia cfr., da ultimo e per tutti, *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di Internet*, a cura di Picotti, Padova, 2004.

⁽⁵⁰⁾ Cfr., *supra*, sub par. 3.

intendo negare i differenti stili di vita e concezioni del mondo che coesistono (in modo più o meno conflittuale) all'interno dei singoli Paesi UE e che, nel loro differente combinarsi, non di rado determinano mutamenti politici anche abbastanza radicali. Resta il fatto che la universalizzazione dei mezzi di informazione, il ravvicinamento dei percorsi formativi di base, la correlata acquisizione in larghi strati delle popolazioni nazionali di conoscenze linguistiche atte a facilitare la comunicazione tra soggetti aventi idiomi diversi, la crescente abitudine a spostarsi liberamente da uno Stato all'altro (si pensi, a puro titolo di esempio, al crescente successo del progetto Erasmus), lo stesso intervento della Comunità nel settore della cultura (art. 151 TCE)⁽⁵¹⁾ stanno favorendo una progressiva omogeneizzazione culturale non smentita dall'altrettanto progressivo "multiculturalismo" delle società civili proprie dei Paesi UE⁽⁵²⁾.

Parallelamente, la stessa esistenza di fonti accentrate e sempre più prolifiche di produzione giuridica, concorre alla attenuazione delle differenze nazionali e alla presa di coscienza delle comuni radici culturali della massima parte dei Paesi UE; radici le quali trovano del resto la loro più alta espressione in quei principi, valori e diritti fondamentali interpretati o ricavati, attraverso processi di più o meno evidente integrazione giuridica e culturale, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte di giustizia⁽⁵³⁾.

⁽⁵¹⁾ Cfr., nell'ambito di una bibliografia ormai molto vasta, *Beni culturali e Comunità europea*, a cura di M. P. Chiti, Milano, 1994; *La cultura europea, la Costituzione dell'Unione e la sussidiarietà dopo la riforma del titolo V della Costituzione italiana*, Atti del Convegno di studi promosso dall'Istituto italiano di studi legislativi, Roma, 2004; BLANKE, *Europa auf dem Weg zu einer Bildungs- und Kulturgemeinschaft*, Köln, 1994; CORNU, *Competences culturelles en Europe et principe de subsidiarité*, Bruxelles, 1993; LOMAN, MORTELMANS, POST, WATSON, *Culture and Community Law. Before and after Maastricht*, Deventer, 1992. Cfr. altresì, per tutti, BARZANTI, *L'Europa delle culture*, in *Europaforum*, 1992, n. 6, p. 8 ss.; DELLA MORTE, *L'art. 128 del Trattato di Maastricht e la distribuzione delle competenze in materia culturale tra Comunità e Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, p. 655; RESS, *Die neue Kulturkompetenz der EG*, in *Die Öffentliche Verwaltung*, 1992, p. 944 ss.. Circa i documenti normativi europei in materia di cultura cfr. *Testi relativi al settore della cultura a livello dell'Unione europea*, Consiglio dell'Unione europea, Segretariato generale, Lussemburgo, 1994; *Testi relativi al settore della cultura a livello dell'Unione europea. Supplemento n. 1 (1993-1997) alla prima edizione*, Consiglio dell'Unione europea, Segretariato generale, Lussemburgo, 1998; *Testi relativi al settore della cultura a livello dell'Unione europea. 1998-2001*, Consiglio dell'Unione europea, Segretariato generale, Lussemburgo, 2002.

⁽⁵²⁾ Il merito all'evoluzione in senso "multiculturale" delle società europee cfr., ad esempio, *Diritti fondamentali e multietnicità. Una ricerca per la Costituzione dell'Unione europea*, coordinata da A. Galasso, Palermo, 2003; FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, Roma-Bari, 2001.

⁽⁵³⁾ Cfr., per tutti, HABERLE, *Europäische Rechtskultur*, in *Riv. eur. dir. pubbl.*, 1994, p. 287 ss.

Orbene, dati i già ricordati strettissimi nessi tra cultura e diritto⁽⁵⁴⁾ (anche e soprattutto) penale, appare evidente che alla progressiva omogeneizzazione dei costumi è destinato ad accompagnarsi un processo di europeizzazione del diritto criminale. Sembra infatti inevitabile che società vieppiù culturalmente affini vedano crescere quella fiducia reciproca necessaria per potenziare la cooperazione giudiziaria e l'armonizzazione delle rispettive legislazioni, e possano persino giungere a progettare forme settoriali di unificazione penale.

3.2.2. *Il ravvicinamento dei modelli di Stato recepiti in ambito europeo.*

La tendenza in atto su scala europea all'uniformizzazione si estende dai modelli socio-culturali ai modelli di Stato di volta in volta accolti (e viceversa), in modo del tutto naturale e talmente evidente da non richiedere in questa sede molte parole.

Certo, verrebbe da obiettare che, a seconda del Paese UE considerato e del relativo governo in carica, l'organizzazione dello Stato, le sue finalità e i suoi ambiti di competenza possono significamente variare. Eppure — per una serie di ragioni qui difficili da riassumere, ma rispetto alle quali comunque l'attività delle organizzazioni europee non appare certo estranea — attualmente gli Stati UE presentano una struttura di fondo abbastanza omogenea. Conclusa in Europa (almeno in questo momento storico) l'era delle antitesi tra Paesi democratici e Paesi totalitari, tra Stati ultraliberisti e Stati socialisti o comunisti, oggi nel nostro continente anche i più radicali mutamenti degli indirizzi politici nazionali avvengono all'interno di una trama di fondo, di un generale quadro istituzionale che in qualche misura ci protegge dalle derive più pericolose. Tutto ciò, come ben si comprende, non è esente da riflessi sul piano penale. Non solo nei Paesi UE i fondamentali principi garantisti dello Stato di diritto tendono a uniformarsi⁽⁵⁵⁾, ma anche i beni/interessi tutelati assumono una configurazione e una gerarchia non troppo dissimile⁽⁵⁶⁾. In questo contesto di almeno relativo ravvicinamento dei modelli di Stato, non deve dunque sorprendere se, come già accennato, persino la distanza tra *civil law* e *common law* tende ad attenuarsi⁽⁵⁷⁾, lasciando intravedere la possibilità di giungere a una grammatica giuridica condivisa; grammatica, questa, in

⁽⁵⁴⁾ Cfr., *supra*, sub par. 2.2.2., nt. 21.

⁽⁵⁵⁾ Cfr., tra gli altri, BACIGALUPO, *Il Corpus Juris e la tradizione della cultura giuridico-penale degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Prospettive di un diritto penale europeo*, cit., p. 51 ss.

⁽⁵⁶⁾ Cfr., al riguardo, i rilievi di MILITELLO, *I diritti fondamentali come oggetto di tutela penale: l'apporto della Carta Europea*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2003, p. 47 ss.

⁽⁵⁷⁾ Cfr., *supra*, sub par. 2.2.3., nt. 24.

parte riemergente dalle ceneri dello *ius commune* romano, medioevale, napoleonico⁽⁵⁸⁾. Tutto ciò, naturalmente, favorisce su scala regionale quegli accordi di cooperazione, quei processi di armonizzazione e quei progetti di unificazione nei quali, come vedremo subito, si esprime l'europeizzazione del diritto penale.

4. *Le forme di manifestazione del processo di europeizzazione del diritto penale.*

Come si è visto, molteplici sono i fattori destinati a frenare o accelerare il processo di europeizzazione del diritto penale, ed in particolare a condizionare la maggiore o minore fortuna dei meccanismi in cui tale processo si esprime.

Al riguardo occorre comunque sottolineare che — secondo quanto del resto più volte emerso nel corso del presente lavoro — tre sono, essenzialmente, i meccanismi in questione.

Il primo è quello del potenziamento della cooperazione amministrativa, giudiziaria e di polizia all'interno dell'Unione, anche attraverso la creazione di appositi "attori europei"⁽⁵⁹⁾ (Europol⁽⁶⁰⁾, Eurojust⁽⁶¹⁾, Squadre investigative comuni⁽⁶²⁾, ecc.); il secondo è quello dell'armonizzazione delle legislazioni penali europee, realizzabile sia in modo spontaneo da parte di uno o più Stati UE⁽⁶³⁾ sia attraverso convenzioni internazionali⁽⁶⁴⁾, sia soprattutto e sempre più spesso, in forza di atti vincolanti del primo o del terzo pilastro dell'Unione⁽⁶⁵⁾; il terzo e senz'altro più ambizioso meccanismo è quello dell'unificazione di taluni settori del diritto penale, unificazione ancora non

⁽⁵⁸⁾ Cfr., per più ampi sviluppi, BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, cit., p. 66 ss.

⁽⁵⁹⁾ Cfr., in generale e per tutti, DE KERCHOVE, *La coopération policière et judiciaire pénale*, cit., p. 207 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici.

⁽⁶⁰⁾ Cfr., esemplificativamente, BONIFAZI, *Europol, ufficio europeo di polizia. La normativa, il sistema informativo, la tutela dei dati*, Napoli, 2000.

⁽⁶¹⁾ Cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, DE AMICIS, *Riflessioni su Eurojust*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3606 ss.

⁽⁶²⁾ Create con la decisione quadro del 20 giugno 2002 (in *GUCE* L162, p. 1 ss.).

⁽⁶³⁾ Cfr. BERNARDI, *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei*, cit., p. 793 ss.

⁽⁶⁴⁾ In particolare varate nell'ambito del Consiglio d'Europa. Cfr., per tutti, MANACORDA, *L'armonizzazione dei sistemi penali: una introduzione*, cit., p. 46, e bibliografia riportata alla nt. 36; WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, cit., p. 46 ss.

⁽⁶⁵⁾ Cfr., per tutti, BERNARDI, *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei*, cit., p. 809 ss., 824 ss.; MANACORDA, *L'armonizzazione dei sistemi penali: una introduzione*, in *La giustizia penale italiana nella prospettiva internazionale*, Milano, 2000, p. 35 ss.; WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, cit., p. 49 ss.

concretamente iniziata, ma solo prevista in alcuni interessanti progetti⁽⁶⁶⁾, nonché adombrata da talune disposizioni del nuovo Trattato costituzionale europeo approvato a Roma nell'ottobre 2004.

Senza certo aver la pretesa di approfondire i tre suddetti meccanismi, appare indispensabile aggiungere in relazione a ciascuno di essi qualche breve osservazione.

4.1. Il rafforzamento dei meccanismi di cooperazione amministrativa, giudiziaria e di polizia.

Come noto, la cooperazione in materia penale ha essenzialmente ad oggetto l'assistenza giudiziaria (vale a dire l'aiuto reciproco nelle investigazioni e nel perseguimento dei reati), l'esecuzione delle decisioni straniere, l'estradizione (tradizionalmente disciplinata attraverso un complesso insieme di fonti normative internazionali "a cerchi concentrici") e il trasferimento nello Stato di appartenenza delle persone condannate in un altro Paese. Da sempre particolarmente intensa in ambito europeo, la cooperazione penale ha conosciuto un viepiù vistoso incremento a seguito del Trattato di Maastricht del 1992, del Trattato di Amsterdam del 1997 e del consiglio di Tampere del 1999⁽⁶⁷⁾. Al dichiarato fine di "fornire ai cittadini un livello elevato di sicurezza in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia", si sono infatti volute regolamentare le forme e gli strumenti della cooperazione penale. In particolare, all'art. 31 del Trattato sull'Unione europea vengono fatti rientrare nell'ambito generale della cooperazione penale anche la

⁽⁶⁶⁾ Quali innanzitutto il *Corpus Juris contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea* (per il testo di tale progetto cfr. *Verso uno spazio giudiziario europeo* Milano, 1997, p. 53 ss. Cfr. altresì, per quanto concerne la nuova versione del *Corpus Juris* elaborata a Firenze nel 1999, *La mise en oeuvre du Corpus Juris dans les États-Membres*, I, a cura di Delmas-Marty, J.A.E. Vervaele, Antwerpen, Groningen, Oxford, 2000, p. 191 ss.) e il progetto relativo ai c.d. *Europa-Delikte* (in merito al quale cfr. *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union. Rechtsdogmatik-Rechtsvergleich-Rechtspolitik. Freiburg-Symposium*", a cura di Tiedemann, Köln, 2002).

⁽⁶⁷⁾ Cfr., all'interno di una vastissima bibliografia, CASELLI, DE AMICIS, *Il coordinamento delle indagini transnazionali fra assistenza giudiziaria ed indagini comuni*, in *Il coordinamento delle indagini di criminalità organizzata e terrorismo*, cit., p. 145 ss., e bibliografia ivi riportata; DE AMICIS, *Problemi e prospettive della Cooperazione giudiziaria penale in ambito europeo: forme e modelli di collaborazione alla luce del titolo VI del trattato di Amsterdam*, cit., p. 290 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici; LO MONACO, *Les instruments juridiques de coopération dans les domaines de la Justice et des Affaires intérieures*, in *Rev. sc. crim.*, 1995, p. 18 s.; SALAZAR, *La lotta alla criminalità nell'Unione: passi in avanti verso uno spazio giudiziario comune prima e dopo la Costituzione per l'Europa ed il programma dell'Aia*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3510 ss.; SICURELLA, *Il titolo VI del Trattato di Maastricht e il diritto penale*, cit., p. 1307 ss.

prevenzione dei conflitti di giurisdizione tra i Paesi UE e la fissazione di norme minime in materia di reati e di pene nel settore della criminalità organizzata. Quest'ultimo punto, tuttavia, evoca un fenomeno diverso seppure strettamente collegato con quelli tradizionalmente rientranti nel concetto di cooperazione: quello, per l'appunto concernente l'armonizzazione delle legislazioni penali europee, sul quale si avrà in seguito occasione di ritornare⁽⁶⁸⁾.

Orbene — come sopra ricordato⁽⁶⁹⁾ — il processo di europeizzazione del diritto penale trae sì impulso da molteplici ed eterogenee ragioni⁽⁷⁰⁾, ma deve altresì fare i conti con taluni non trascurabili fattori frenanti⁽⁷¹⁾. In tale complessa situazione, ben si comprende perché all'interno dell'Unione si tendono a privilegiare quelle forme di europeizzazione penale che da un lato consentano di rispondere alle esigenze poste dalla nuova realtà istituzionale e sociale del nostro continente, dall'altro lato risultino meno configgenti con la perdurante dimensione statualistica del diritto criminale. L'attuale tendenza è dunque quella di valorizzare all'estremo la cooperazione in materia penale, che costituisce l'espressione meno "innovativa" e al contempo più "debole" dell'europeizzazione, e che pertanto sembra trovare minori ostacoli nelle tradizionali concezioni penalistiche a carattere "nazionalistico".

Vero è però che negli ultimi anni i tradizionali meccanismi della cooperazione penale sono stati stravolti dal principio del mutuo riconoscimento delle decisioni penali, considerato a giusto titolo la "‘pietra angolare’ della costruzione dello spazio giudiziario europeo"⁽⁷²⁾. Contenuto già a partire dal 1970 in talune convenzioni peraltro mai entrate in vigore⁽⁷³⁾, e successivamente affermato con forza in occasione del Consiglio europeo di Cardiff del 1998 e

⁽⁶⁸⁾ Cfr., *infra*, sub par. 4.2. Merita tuttavia di sottolineare sin d'ora che il Trattato costituzionale europeo del 2004 prevede, più dettagliatamente, differenti forme di armonizzazione penale, una delle quali (cfr. art. III-270.2) esplicitamente finalizzata a facilitare la cooperazione giudiziaria.

⁽⁶⁹⁾ Cfr., *supra*, sub par. 4.

⁽⁷⁰⁾ Cfr., *supra*, sub parr. 3 ss.

⁽⁷¹⁾ Cfr., *supra*, sub parr. 2 ss.

⁽⁷²⁾ SALAZAR, *La lotta alla criminalità nell'Unione: passi in avanti verso uno spazio giudiziario comune prima e dopo la Costituzione per l'Europa ed il programma dell'Aia*, cit., p. 3511; *La reconnaissance mutuelle des décisions pénales dans l'Union européenne*, cit., *passim*; DE AMICIS, IZZOLINO, *Lo spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia nelle disposizioni del trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3073; DE KERCHOVE, *La coopération policière et judiciaire pénale*, cit., p. 201 ss.

⁽⁷³⁾ Cfr. DE AMICIS, *Problemi e prospettive della Cooperazione giudiziaria penale in ambito europeo: forme e modelli di collaborazione alla luce del titolo VI del trattato di Amsterdam*, cit., p. 326; SALAZAR, *La lotta alla criminalità nell'Unione: passi in avanti verso uno spazio giudiziario comune prima e dopo la Costituzione per l'Europa ed il programma dell'Aia*, cit., p. 3512.

del succitato Consiglio di Tampere del 1999⁽⁷⁴⁾, tale principio comporta una notevolissima accelerazione e semplificazione delle procedure di cooperazione giudiziaria, indubbiamente assai utili per combattere i più temibili fenomeni criminali a carattere transnazionale⁽⁷⁵⁾, ma implica anche un livello di reciproca fiducia rispetto a tutti i sistemi penali e giudiziari dei Paesi UE ancora non pienamente raggiunto. Ciò è dimostrato specialmente dalle difficoltà incontrate in sede di adozione e di pratica attuazione delle norme sul mandato d'arresto europeo e di quelle sul blocco dei beni o sul sequestro probatorio, previste rispettivamente nella decisione quadro del 13 giugno 2002⁽⁷⁶⁾ e in quella del 22 luglio 2003⁽⁷⁷⁾. Tali difficoltà, verosimilmente, sono destinate a riproporsi in relazione alle disposizioni contenute nella recentissima decisione quadro del 24 febbraio 2005 relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie⁽⁷⁸⁾.

Bisogna inoltre considerare che una cooperazione realmente efficace non può essere disgiunta da un penetrante processo di armonizzazione dei sistemi penali sostanziali e processuali dei Paesi UE. Questo vale, *a fortiori*, nei casi in cui le tradizionali forme di cooperazione penale vengano sostituite dal meccanismo del mutuo riconoscimento⁽⁷⁹⁾. In effetti, è nota la diffidenza degli Stati a collaborare tra loro, e più ancora ad accettare in modo automatico le decisioni giudiziarie altrui, quando i relativi sistemi penali sostanziali e processuali siano significativamente diversi sul piano delle garanzie⁽⁸⁰⁾, o comunque presentino regole e istituti giuridici fortemente distonici⁽⁸¹⁾.

⁽⁷⁴⁾ In argomento cfr., per tutti, SALAZAR, *La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio europeo di Tampere*, cit., p. 1114 ss.

⁽⁷⁵⁾ E, in particolare, le attività terroristiche. Non a caso, infatti, il principio in questione è divenuto concretamente operativo solo nell'ambito di atti normativi varati successivamente all'11 settembre.

⁽⁷⁶⁾ In GUCE L 190 del 18 luglio 2002, p. 1 ss.

⁽⁷⁷⁾ In GUCE L 196 del 2 agosto 2003, p. 45 ss.

⁽⁷⁸⁾ In GUCE L 76 del 22 marzo 2005, p. 16 ss.

⁽⁷⁹⁾ E ciò, ancorché in sede penale tale meccanismo sia stato inizialmente proposto dal Regno Unito proprio quale alternativa al meccanismo dell'armonizzazione. Cfr. SALAZAR, *La lotta alla criminalità nell'Unione: passi in avanti verso uno spazio giudiziario comune prima e dopo la Costituzione per l'Europa ed il programma dell'Aia*, cit., p. 3512. Sottolinea come il mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie muova non dall'armonizzazione, bensì dalla mancata armonizzazione delle fattispecie penali di riferimento, SOTIS, *Mauvaises pensées sur le droit pénal communautaire*, in *L'intégration pénale indirecte*, a cura di Giudicelli-Delage e Manacorda, in corso di pubblicazione.

⁽⁸⁰⁾ È noto, infatti, che proprio a causa della sua ipotizzata tendenza a compromettere i diritti fondamentali, il principio del mutuo riconoscimento stenta ad affermarsi, nonostante i recentissimi, rinnovati sforzi per un suo rilancio, testimoniati dal "Programma dell'Aia" del novembre 2004 (in merito al quale cfr. SALAZAR, *La lotta alla criminalità nell'Unione: passi in avanti verso uno spazio giudiziario comune prima e dopo la Costituzione per l'Europa ed il programma dell'Aia*, cit., p. 3533 ss.).

⁽⁸¹⁾ In argomento cfr., da ultimo, DE AMICIS, IUZZOLINO, *Lo spazio comune di*

In definitiva, quindi, una europeizzazione del diritto penale che possa davvero garantire ai cittadini dell'Unione "uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia" non può implicare soltanto un rafforzamento della cooperazione penale⁽⁸²⁾, ma deve altresì essere accompagnata da un penetrante processo di armonizzazione penale⁽⁸³⁾.

4.2. *L'armonizzazione dei sistemi penali nazionali.*

Nel corso dei paragrafi 3 ss. si è sottolineato che nell'attuale fase di costruzione dell'Unione, l'armonizzazione dei sistemi penali nazionali si giustifica per una molteplicità di ragioni a carattere politico-criminale, ed inoltre riflette il processo di ravvicinamento su scala continentale delle società nazionali. Si può poi aggiungere che il suddetto meccanismo di armonizzazione — nel voler realizzare forme di compatibilità che non pretendono di tradursi in una vera e propria uniformizzazione dei sistemi in questione o addirittura in una loro riconduzione all'interno di un'unico sistema — appare in piena sintonia con l'obiettivo di "creare un'unione sempre più stretta tra i popoli d'Europa" (art. 1 par. 2 TUE) nel rispetto, però, delle "diversità nazionali e regionali" (art. 151.1 TCE) e del principio di sussidiarietà (art. 5 TCE); principio, questo, che nel Trattato costituzionale per l'Europa dell'ottobre 2004 è stato integrato dal principio di proporzionalità (art. I-11). Da ultimo⁽⁸⁴⁾, si è anche ricordato che tale armonizzazione è, entro certi limiti, il presupposto necessario per la messa in opera di una cooperazione penale rapida ed efficace.

L'accresciuto interesse per il processo europeo di armonizzazione penale è testimoniato dalla moltiplicazione degli atti UE (convenzioni, azioni comuni, decisioni quadro) destinati a realizzare significative forme di ravi-

libertà, sicurezza e giustizia nelle disposizioni del trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, cit., p. 3074; VITORINO, *Relazione, in Giustizia più efficiente e indipendenza dei magistrati a garanzia dei cittadini*, a cura di Bruti Liberati, Milano, 2004, p. 204 ss.

⁽⁸²⁾ Per vero, la cooperazione penale risulta comunque ulteriormente affinata dal Trattato costituzionale europeo del 2004. In argomento cfr., diffusamente e per tutti, BERNARDI, *Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 10; DE AMICIS, IZZOLINO, *Lo spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia nelle disposizioni del trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa*, cit., p. 3073 ss.; SALAZAR, *La lotta alla criminalità nell'Unione: passi in avanti verso uno spazio giudiziario comune prima e dopo la Costituzione per l'Europa ed il programma dell'Aia*, cit., p. 3530 ss.

⁽⁸³⁾ Cfr., per ulteriori sviluppi, WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, cit., in particolare p. 135 ss.

⁽⁸⁴⁾ Cfr., *supra*, sub par. 4.1.

cinamento in taluni settori del diritto criminale⁽⁸⁵⁾, nonché da recenti e spesso assai stimolanti pubblicazioni nelle quali tale processo viene approfonditamente analizzato⁽⁸⁶⁾. Nell'impossibilità anche solo di sintetizzare l'attuale dibattito in materia, mi limiterò innanzitutto a ricordare che l'espressione "armonizzazione penale" viene qui intesa in senso ampio. Intendo dunque far rientrare in tale forma di armonizzazione anche i fenomeni, secondo taluni tra loro distinguibili, concernenti la coordinazione e il ravvicinamento delle norme penali sostanziali e processuali⁽⁸⁷⁾, e dunque qualsivoglia forma di armonizzazione penale, quale che ne sia l'intensità e il grado di vincolatività. Fermo restando che non solo in relazione all'intensità, ma anche in relazione al grado di vincolatività, sembra possibile distinguere tra molteplici forme di armonizzazione penale. Si pensi, senza pretesa di completezza, a quelle realizzate in modo assolutamente spontaneo attraverso la comparazione, tramite la mera recezione in uno o più sistemi penali nazionali di modelli stranieri, oppure tramite un reciproco ravvicinamento di più sistemi penali, oppure ancora tramite la predisposizione di convenzioni internazionali redatte ad iniziativa degli Stati stessi; a quelle suggerite da talune organizzazioni (a livello europeo, in particolare, il Consiglio d'Europa e l'Unione europea), attraverso la predisposizione di schemi di convenzioni poi sottoscritte e ratificate dai singoli Paesi; a quelle stimulate attraverso atti "europei" a carattere non vincolante (pareri, raccomandazioni, proposte, comunicazioni, dichiarazioni, inviti, ecc.); a quelle imposte da atti "europei" vincolanti ma non giustiziabili (le decisioni quadro previste all'art. 34, lett. b, TUE); a quelle imposte da atti "europei" vincolanti e giustiziabili, ma comunque destinati ad essere trasposti ad opera degli Stati nei rispettivi ordinamenti (le direttive comunitarie e in futuro le leggi quadro europee); a quelle determinate in modo automatico da atti direttamente applicabili (i regolamenti comunitari e in futuro le leggi europee); infine, a quelle indotte — in via diretta o indiretta — dalle decisioni dei giudici di Strasburgo e di Lussemburgo⁽⁸⁸⁾. Da ultimo, ai sensi delle disposizioni contenute nel Trat-

⁽⁸⁵⁾ Cfr., *amplius* *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, cit., *passim*; da ultimo DE KERCHOVE, *La coopération policière et judiciaire pénale*, cit., p. 204 ss.; SALAZAR, *La lotta alla criminalità nell'Unione: passi in avanti verso uno spazio giudiziario comune prima e dopo la Costituzione per l'Europa ed il programma dell'Aia*, cit., p. 3515 ss.

⁽⁸⁶⁾ Cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, BERNARDI, *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei*, cit., p. 787 ss.; MANACORDA, *L'armonizzazione dei sistemi penali: una introduzione*, cit., p. 35 ss.; WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, cit.

⁽⁸⁷⁾ Cfr., specificamente, WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, cit., p. 32 ss.

⁽⁸⁸⁾ Cfr., *amplius*, BERNARDI, *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei*, cit., p. 793 ss.

tato costituzionale europeo del 2004, una ulteriore differenziazione tra forme di armonizzazione penale può essere effettuata in base alle finalità (e allo stesso oggetto) di quest'ultima: in particolare, è possibile distinguere a seconda che essa miri a favorire, in una prospettiva puramente processuale, la cooperazione giudiziaria e il principio del mutuo riconoscimento (art. III-270.2)⁽⁸⁹⁾; ovvero si prefigga il ravvicinamento delle discipline punitive relative alle gravi forme di criminalità transnazionale (art. III-271.1), ovvero ancora tenda a garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione⁽⁹⁰⁾, nel caso in cui il ravvicinamento delle relative disposizioni penali degli Stati membri (attraverso la previsione di norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni) si riveli indispensabile (art. III-271.2)⁽⁹¹⁾.

Desidero anche sottolineare che il livello di armonizzazione penale perseguibile in un dato momento, così come le tecniche di armonizzazione penale utilizzate in ambito europeo, dipendono, in particolare, da due fattori distinti anche se tra loro strettamente connessi: le categorie di reati prese in considerazione e il modello di Unione europea elevato a parametro di riferimento.

Per quanto concerne le categorie di reati, è infatti del tutto evidente che ben diverso è il grado di armonizzazione richiesto, rispettivamente, per le norme penali poste a tutela, di beni comunitari in senso stretto⁽⁹²⁾ (beni

⁽⁸⁹⁾ In tal caso l'armonizzazione è destinata a realizzarsi attraverso la previsione di regole minime in tema di ammissibilità reciproca delle prove, diritti della persona nella procedura penale, diritti delle vittime della criminalità. Mediante particolari procedure, regole minime potranno essere introdotte anche in relazione ad altri specifici settori della procedura penale. In merito a tale ravvicinamento di talune norme processuali, considerato per certi versi "più urgente del ravvicinamento delle disposizioni di diritto penale sostanziale" (Doc. Conv. 614/03, 14 marzo 2003, *sub* art. 16, p. 23) cfr., tra gli altri, BERNARDI, *Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea*, cit., p. 10; DE AMICIS, IZZOLINO, *Lo spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia nelle disposizioni del trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa*, cit., p. 3074 ss.; GRASSO, *Prefazione. Il Corpus juris e il progetto di "Costituzione per l'Europa"*, in *Il Corpus juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, cit., p. 21; SALAZAR, *La lotta alla criminalità nell'Unione: passi in avanti verso uno spazio giudiziario comune prima e dopo la Costituzione per l'Europa ed il programma dell'Aia*, cit., p. 3530.

⁽⁹⁰⁾ Si vedano, al riguardo, le osservazioni di PICOTTI, *Il Corpus juris 2000. Profili di diritto penale sostanziale e prospettive d'attuazione alla luce del progetto di Costituzione per l'Europa*, in *Il Corpus Juris 2000: Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, cit., p. 76.

⁽⁹¹⁾ Cfr., in particolare, SALAZAR, *La lotta alla criminalità nell'Unione: passi in avanti verso uno spazio giudiziario comune prima e dopo la Costituzione per l'Europa ed il programma dell'Aia*, cit., p. 3530 ss.

⁽⁹²⁾ Vale a dire dei beni comunitari c.d. istituzionali (cfr. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, Milano, 1989, p. 9) o anche economico-sovrastatali (cfr. MANACORDA, *Le droit pénal et L'Union européenne: esquisse d'un système*, in *Rev. sc. crim.*, 2000, p. 99 ss.).

economici e finanziari dell'Unione)⁽⁹³⁾; per le norme penali attuative di scopi rientranti tra gli obiettivi dei Trattati (per esempio, circolazione degli alimenti, lotta alla criminalità organizzata o economica, al terrorismo, al traffico di stupefacenti⁽⁹⁴⁾); per le norme penali dirette alla tutela di beni esclusivamente nazionali, vale a dire concernenti settori del sistema giuridico non "comunitarizzati".

Per quanto poi concerne il modello di Unione europea elevato a parametro di riferimento, appare ovvio che diverso è il grado di armonizzazione richiesto col progredire della costruzione europea. Infatti a differenti livelli di integrazione politica corrispondono necessariamente differenti livelli di integrazione penale⁽⁹⁵⁾. L'evoluzione dell'Unione europea è dunque destinata a condizionare fortemente i processi di ravvicinamento dei sistemi penali nazionali, vale a dire gli ambiti, il grado, le tecniche di armonizzazione penale.

Naturalmente, come del resto già accennato⁽⁹⁶⁾, anche in materia di procedura penale si impone un processo di armonizzazione, per il quale valgono, *mutatis mutandis*, le osservazioni sin qui fatte con prevalente riferimento alle norme di diritto sostanziale.

4.3. *I progetti volti a perseguire forme di unificazione penale settoriale.*

Complice il ricordo del diritto romano e della codificazione napoleonica, anche in tempi recenti l'unificazione su scala europea del diritto penale è talora apparsa desiderabile e possibile⁽⁹⁷⁾. Certamente, a due riprese (nel 1971 e nel 1993) il Consiglio d'Europa si è espresso a favore di un *Model Penal Code for Europe*⁽⁹⁸⁾. E, in merito alle funzioni di questo ipotizzato

⁽⁹³⁾ E si pensi, altresì, ai reati diretti a compromettere la c.d. funzione politica europea, indipendentemente dalla loro attitudine a colpire anche gli interessi finanziari comunitari. In argomento cfr. il *Libro verde sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea*, COM (2001) 715 def., p. 39-40.

⁽⁹⁴⁾ Con riferimento alle ultime tre categorie di reati cfr. art. 31 lett. e) TUE.

⁽⁹⁵⁾ Cfr., volendo, BERNARDI, *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei*, cit., p. 791 ss.

⁽⁹⁶⁾ Cfr. *supra*, sub nt. 89.

⁽⁹⁷⁾ Sulle prospettive non solo di armonizzazione ma anche di unificazione penale correlate al rilancio del metodo storicistico in ambito giuridico e alla sua valorizzazione in prospettiva riformistica cfr., volendo, BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, cit., p. 66 ss.

⁽⁹⁸⁾ Cfr. *Model Penal Code for Europe. Memorandum prepared at the request of the legal affairs committee of the Council of Europe* (Nr. AS/Jur[22]45); nonché. Consiglio d'Europa, Assemblea parlamentare, Proposta di raccomandazione per un codice penale modello europeo, Doc. 6851 del 28 maggio 1993. In dottrina cfr., tra gli altri, RÜTER, *Harmonie trotz Dissonanz. Gedanken zur Erhaltung eines funktionsfähigen*

codice penale modello, taluni non si limitavano ad auspicare che esso potesse stimolare l'armonizzazione delle scienze e dei sistemi penali nazionali, ma ipotizzavano anche che esso potesse favorire — in un futuro più o meno prossimo — un completo adeguamento dei codici nazionali al modello proposto, se non addirittura un innalzamento del codice modello a codice sovranazionale, con conseguente sparizione dei sistemi penali nazionali⁽⁹⁹⁾.

Resta il fatto che oggi, anche alla luce della migliore conoscenza dei molteplici, eterogenei presupposti richiesti da una completa unificazione penale europea, risulta pressoché universalmente condivisa la tesi secondo la quale nell'attuale stadio della costruzione dell'Unione una siffatta unificazione non appare realistica. In effetti, le divergenze riscontrabili a livello socio-culturale e giuridico-penale se da un lato non sembrano tali da inibire il processo di armonizzazione penale in atto, dall'altro lato non possono essere completamente ignorate al fine di anticipare il traguardo dell'unificazione di tale branca del diritto. Traguardo che, oltretutto, implicherebbe di fatto la rinuncia alla sovranità nazionale in materia penale⁽¹⁰⁰⁾.

Questa constatazione non lascia tuttavia soddisfatti coloro i quali ritengono che — quantomeno in taluni settori fortemente "comunitarizzati" — i risultati consentiti da una mera cooperazione e armonizzazione penale sarebbero già ora insufficienti. Secondo costoro, infatti, le riforme tese all'armonizzazione si rivelano spesso assai macchinose, e per di più incapaci di eliminare completamente, sul piano sanzionatorio, le differenze da uno Stato all'altro; differenze che, ai loro occhi, appaiono inopportune in relazione alle materie caratterizzate da precetti giuridici uniformi all'interno dell'Unione, o comunque bisognose di una identica regolamentazione a

Strafrechts im grenzenlosen Europa in ZStW, 105, 1993, p. 37; SEVENSTER, *Criminal Law and EC Law*, in *Common Market Law Review*, 1992, p. 29 ss., 38.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. tra gli altri, con impostazioni non coincidenti, BASSIOUNI, *Prospettive sulla codificazione del diritto penale negli Stati Uniti con particolare riferimento al Model Penal Code*, in *Metodologia e problemi fondamentali della riforma del codice penale*, a cura di Stile, Napoli, 1981, p. 92 ss.; BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, cit., p. 65 ss.; CADOPPI, *Dallo judge made law al criminal code*, cit., p. 243, e bibliografia riportata alla nota 82; DOLCINI, MARINUCCI, *Note sul metodo della codificazione penale*, cit., p. 404, con ulteriori riferimenti bibliografici alla nota 84; DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in DONINI, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, cit., p. 141 ss.; SIEBER, *A propos du code pénal type européen*, in *Rev. dr. pén. crim.*, 1999, p. 28.

⁽¹⁰⁰⁾ Sugli strettissimi rapporti tradizionalmente esistenti tra monopolio delle prerogative penali e sovranità nazionale cfr., in particolare, DANNECKER, *Armonizzazione del diritto penale all'interno della Comunità europea*, cit., p. 961; FRAGOLA, ATZORI, *Prospettive per un diritto penale europeo*, cit., p. 34 ss.; PAGLIARO, *Limiti all'unificazione del diritto penale europeo*, cit., p. 203; TIEDEMANN, *La tutela penale degli interessi finanziari della Comunità europea*, cit., p. 530.

livello continentale. Si spiegano così i recenti progetti denominati *Europa-Delikte* ⁽¹⁰¹⁾ e *Corpus Juris* ⁽¹⁰²⁾, con i quali si vorrebbe dare vita a veri e propri “microsistemi penali europei” concernenti ambiti più o meno ampi del diritto penale commerciale ⁽¹⁰³⁾. Progetti, questi, tesi dunque a perseguire una unificazione penale appena temperata dal criterio dell’applicazione complementare del diritto nazionale ⁽¹⁰⁴⁾ in caso di lacune del testo “europeo” a contenuto unificante, o comunque dal riconoscimento di ambiti discrezionali per i legislatori nazionali ⁽¹⁰⁵⁾. Tali progetti, redatto l’uno su impulso della Commissione europea, l’altro grazie ad una iniziativa scientifica privata, sono stati accolti con grande interesse, ma hanno anche suscitato molte critiche in relazione tanto al metodo utilizzato per la loro elaborazione quanto alle loro stesse finalità.

In particolare, queste forme di unificazione penale, ancorché settoriali, sollevano molti dubbi in ordine alla effettiva esistenza di una “comunanza culturale e scientifica tra gli Stati membri” così intensa da sopportare riforme di questo tipo ⁽¹⁰⁶⁾. Senza contare che — come già rilevato ⁽¹⁰⁷⁾ — ogni processo di unificazione penale risulta oggi frenato anche dall’assenza di una diretta competenza penale dell’Unione europea, e dal *deficit democratico* (ed anche giurisdizionale) ⁽¹⁰⁸⁾ di quest’ultima.

⁽¹⁰¹⁾ In merito al quale cfr., in particolare, *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union. Rechtsdogmatik-Rechtsvergleich-Rechtspolitik. Freiburg-Symposium*, a cura di Tiedemann, Köln, 2002; *Eurodelitos. El derecho penal económico en la Unión Europea*, a cura di Tiedemann, Cuenca, 2003.

⁽¹⁰²⁾ Per il testo di tale progetto cfr. *Verso uno spazio giudiziario europeo* Milano, 1997, p. 53 ss.; nonché, per la sua nuova versione elaborata a Firenze nel 1999, *La mise en oeuvre du Corpus Juris dans les États-Membres*, I, a cura di Delmas-Marty, J.A.E. Vervaele, Antwerpen, Groningen, Oxford, 2000, p. 191 ss.

⁽¹⁰³⁾ Cfr., anche per ulteriori puntualizzazioni, BERNARDI, *Strategie per l’armonizzazione dei sistemi penali europei*, cit., p.832 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici.

⁽¹⁰⁴⁾ In merito al contenuto e alla portata di tale criterio cfr., con differenti impostazioni, DELMAS-MARTY, MANACORDA, *Le Corpus Juris: un chantier ouvert dans la construction du droit pénal économique européen*, cit., p. 497; TIEDEMANN, *Pour un espace juridique commun après Amsterdam*, in *Agon*, 1997, n. 17, p. 12 ss.

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr., *amplius*, BERNARDI, *Strategie per l’armonizzazione dei sistemi penali europei*, cit., p.835 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici.

⁽¹⁰⁶⁾ Al riguardo cfr. BERNARDI, *Corpus Juris e formazione di un diritto penale europeo*, in *Il Corpus Juris* 2000. *Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, cit., p. 105 ss.; GRASSO, *La formazione di un diritto penale dell’Unione europea*, in *Prospettive di un diritto penale europeo*, cit., p. 26.

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr., *supra*, sub par. 2.1.

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr., in particolare, DE KERCHOVE, *La coopération policière et judiciaire pénale*, cit., p. 224 ss.; DE BIOLLEY, *Un pouvoir juridictionnel européen en matière pénale ?*, in *Actualités de droit pénal européen*, Bruxelles, 2003, p. 195 ss.; WEYEMBERGH, *L’harmonisation des législations: condition de l’espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, cit., p. 310 ss.

Riprendendo quanto già in precedenza precisato⁽¹⁰⁹⁾, al riguardo è tuttavia importante sottolineare che il recentissimo Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa ha almeno in parte eliminato questi freni. Vero è infatti che tale Trattato non giunge a riconoscere una generale competenza penale in capo all'Unione europea, e dunque non ribalta del tutto gli attuali rapporti tra attribuzioni dell'Unione e attribuzioni dei Paesi membri in materia penale. È però anche vero che esso ha migliorato il livello di legalità democratica nell'ambito delle procedure di adozione degli atti normativi europei a carattere vincolante e generale⁽¹¹⁰⁾ (ormai denominati leggi europee e leggi quadro europee), e ha inoltre ampliato le prerogative dell'Unione in materia penale. In particolare, come già accennato, il nuovo Trattato non solo potenzia la cooperazione penale e l'armonizzazione di taluni principi e norme di procedura penale (art. II-110 e art. III-270.2); non solo prevede l'utilizzo (non più della decisione quadro, ma) della legge quadro europea per ravvicinare tra loro le norme penali dei Paesi UE nel settore della criminalità transnazionale grave (art. III-271.1) e, se necessario, negli ulteriori settori oggetto di misure di armonizzazione penale (art. III-271.2); ma addirittura sembra consentire l'impiego della legge europea per unificare le norme penali in materia di frodi comunitarie (art. III-415.4)⁽¹¹¹⁾. Pertanto, quando (e se) questo nuovo Trattato entrerà in vigore, tutto lascia credere che su impulso europeo potranno essere varate norme penali uniformi a protezione delle finanze dell'Unione. Anche la possibilità di istituire una procura europea "per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione" (art. III-274) sembra ribadire in modo implicito la competenza dell'Unione a creare in tale settore fattispecie penali per mezzo di una legge europea⁽¹¹²⁾.

5. Considerazioni conclusive.

È giunto il momento di provare ad abbozzare uno schematico e sommario bilancio del processo di europeizzazione del diritto penale. Certamente, come ho avuto modo di accennare all'inizio di questo lavoro, complici i

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr., *supra*, sub par. 2.1.

⁽¹¹⁰⁾ Cfr., tra gli altri e con varietà di accenti, DE KERCHOVE, *La coopération policière et judiciaire pénale*, cit., p. 224 ss.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. BERNARDI, *Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea*, cit., p. 8-9; PICOTTI, *Il Corpus juris 2000. Profili di diritto penale sostanziale e prospettive d'attuazione alla luce del progetto di Costituzione per l'Europa*, cit., p. 85 ss.; contra GRASSO, *Prefazione. Il Corpus juris e il progetto di "Costituzione per l'Europa"*, cit., p. 24-25.

⁽¹¹²⁾ Cfr. MANACORDA, *Los estrechos caminos de un derecho penal de la Union Europea. Problemas y perspectivas de una competencia penal "directa" en el Proyecto de Tratado Constitucional*, in *Criminalia*, 2004, p. 208 ss.

molteplici, contraddittori freni e impulsi sottesi a tale sfaccettato processo, e complice anche la rapida evoluzione del relativo quadro normativo, non è per nulla facile fissare in una fotografia sufficientemente nitida lo stato delle cose. Il rischio è infatti quello di creare una immagine resa sfuocata dallo stesso movimento dell'oggetto fotografato, ovvero di offrire immagini contraddittorie, almeno parzialmente sovrapposte o comunque destinate in breve tempo a non riflettere più la situazione reale.

In ogni caso, appare evidente che *l'europeizzazione del diritto penale attraverso la cooperazione amministrativa, giudiziaria e di polizia* è in pieno sviluppo, in particolare grazie alla creazione di efficienti "attori europei" e all'adozione del principio del mutuo riconoscimento. Ulteriori sviluppi nella cooperazione penale potranno aversi in futuro, grazie anche ad una migliore armonizzazione dei relativi sistemi nazionali. Per contro, non si riesce ancora a immaginare se e quando, a seguito dell'introduzione di un organico e completo sistema penale unificato su scala europea, si potrà rinunciare a questa forma di cooperazione.

Anche *l'europeizzazione del diritto penale attraverso l'armonizzazione delle relative norme del diritto sostanziale e processuale* può dirsi ormai ben avviata. Essa si realizza sulla base di impulsi e di meccanismi diversi: basterà ricordare l'apporto offerto dall'attività comparatistica delle dottrine e dei legislatori nazionali, e soprattutto il ruolo svolto dalla produzione normativa della Comunità e dell'Unione europea, così come quello svolto dagli organi giurisdizionali delle due supreme Corti europee (CEDU e CGCE). La possibilità di graduare il livello d'armonizzazione sia, in generale, rispetto alle esigenze del momento storico sia, in particolare, rispetto alle necessità dei singoli settori normativi, fa sì che tale forma di europeizzazione del diritto penale appaia anch'essa destinata a lunga vita. Non sembra peraltro improbabile che, a seguito delle ulteriori evoluzioni dell'Unione europea, essa debba in futuro convivere con forme settoriali di unificazione penale.

Per quanto concerne, infine, *l'europeizzazione del diritto penale tramite unificazione dei relativi sistemi nazionali*, occorre precisare ancora una volta che, attualmente, una parziale unificazione legislativa si rinviene solo a livello di *precetti*, ove essi siano contenuti in regolamenti CE o, al limite, in direttive dettagliate trasposte senza modifiche nei singoli Stati UE. Ma non si tratta, beninteso, di una vera unificazione penale, dato che ciascuno Stato punisce autonomamente — attraverso il proprio sistema penale nazionale, e dunque con modalità e sanzioni diverse — le violazioni dei suddetti precetti. Vero è però che ad una unificazione penale, sia pure parziale e incompleta, mirano taluni *progetti*, quali quelli, già ricordati, sugli *Europa-Delikte* e sul *Corpus Juris*. Inoltre, se e quando entrerà in vigore il nuovo Trattato costituzionale europeo, potrà verosimilmente aversi una unificazione delle norme penali volte a colpire le attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, se si deciderà di varare tali norme ricorrendo ad una legge europea anziché a una legge quadro europea.

L'unica cosa certa è che, nell'attuale fase di costruzione dell'Unione, il diritto penale non è più esclusivamente il prodotto delle culture giuridiche nazionali, ma risente in misura crescente di quel processo di europeizzazione che ha investito, già da tempo e in modo ancor più macroscopico, molte altre branche del diritto.

Nel corso della sua vita di eminente studioso, Jean Pradel ha vissuto in prima persona gli attuali fenomeni che segnano, all'interno del nostro continente, l'evoluzione del diritto criminale. La sua vastissima, aggiornatissima produzione scientifica testimonia come egli abbia saputo cogliere e approfondire le opposte esigenze che condizionano tale evoluzione: le esigenze di fedeltà rispetto a principi, norme, istituti, espressivi della tradizione giuridico-penale e della stessa cultura dei singoli Paesi UE; le esigenze di europeizzazione connesse all'affermarsi di manifestazioni criminali a carattere transnazionale e al consolidarsi di un'Unione tra Stati votata alla creazione di un effettivo "spazio di libertà, sicurezza e giustizia". Spazio, questo, che oggi appare come una conquista possibile ma oltremodo difficile, in una regione formata da Paesi con storie diverse e millenarie, in un mondo percorso da forti tensioni e privo di certezze.

ABSTRACT

The paper provides a brief analysis of: *a*) the main factors that boost or hinder the process of europeisation of criminal law; *b*) the three fundamental patterns of the aforesaid process, which is to say the judicial cooperation between EU member States, the harmonization of national criminal systems and the sectorial experiences of unification of criminal law that, to tell the truth, are still under construction.

Il lavoro si prefigge di prendere sinteticamente in esame: *a*) i principali fattori costituenti, rispettivamente, un freno ovvero un impulso al processo di europeizzazione del diritto penale; *b*) le tre fondamentali forme di manifestazione di tale processo, vale a dire la cooperazione giudiziaria tra i Paesi UE, l'armonizzazione dei relativi sistemi penali nazionali e le forme settoriali di unificazione penale, ancora per vero in fase puramente progettuale.

ALESSANDRO BERNARDI

LA DISCIPLINA SANZIONATORIA ITALIANA IN MATERIA ALIMENTARE DOPO LA RIFORMA DEL 1999 (*)

1. Le fondamentali caratteristiche della disciplina sanzionatoria in materia alimentare prima del decreto legislativo 507/1999. — 2. Le fonti legali volte a reprimere gli illeciti alimentari. — 3. Le ragioni del tradizionale disordine del diritto penale alimentare. — 4. Gli inconvenienti causati dalla frammentazione della normativa di settore. — 5. I meccanismi di deflazione penale previsti nel settore degli alimenti dalle leggi 283/1962 e 689/1981. — 6. Le istanze di razionalizzazione e semplificazione del sistema sanzionatorio espresso dal d.lgs. 507/1999. — 7. Le linee direttrici della riforma attuata dal decreto legislativo 507/1999 relativamente alla disciplina sanzionatoria degli alimenti. — 8. Gli effetti della riforma del 1999 sul processo di deflazione penale. — 9. Gli effetti della riforma del 1999 in tema di concorso di norme. — 10. L'evoluzione della giurisprudenza italiana in tema di causalità e i suoi possibili riflessi sul diritto penale alimentare.

1. Le fondamentali caratteristiche della disciplina sanzionatoria in materia alimentare prima del decreto legislativo 507/1999.

Precedentemente all'entrata in vigore del d.lgs. 507/1999, il sistema sanzionatorio italiano in materia alimentare presentava due fondamentali peculiarità.

La prima era costituita da un ricorso prevalente alla sanzione penale rispetto alla sanzione amministrativa, in parziale contrasto sia col principio di proporzione sia col principio di sussidiarietà della risposta punitiva, in base al quale la sanzione penale dovrebbe essere prevista solo per gli illeciti in relazione ai quali la sanzione amministrativa non si riveli dotata di una efficacia maggiore od uguale rispetto alla prima.

(*) Relazione svolta in occasione del Convegno su "*Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*", Valencia, Universidad Internacional Menéndez Pelayo, 13-15 ottobre 2004.

La seconda peculiarità, connessa ma non coincidente con la prima, era costituita dal numero elevatissimo di fattispecie penali e della loro estrema frammentazione, stratificazione e accavallamento, in palese antitesi col principio di centralità del codice penale e coi principi di conoscibilità, accessibilità e determinatezza delle norme penali.

2. *Le fonti legali volte a reprimere gli illeciti alimentari.*

In estrema sintesi, si può affermare che precedentemente al d.lgs. 507/1999 le norme penali in materia alimentare rientravano in tre categorie di assai diversa ampiezza. Nella prima categoria (composta di un numero di norme sufficientemente contenuto) rientravano le fattispecie codicistiche destinate a colpire gli illeciti in tema di alimenti; nella seconda categoria (di consistenza quantitativa pressoché equivalente alla prima) si rinvenivano le norme penali previste da talune leggi speciali a carattere generale od organico in materia di alimenti; infine nella terza categoria (numericamente esorbitante) si collocavano le fattispecie previste da specifiche leggi a carattere estremamente settoriale, volte cioè a disciplinare talune categorie di alimenti, oppure singoli alimenti, oppure ancora particolari aspetti della disciplina alimentare (quali, ad esempio, la pubblicità, il trasporto ecc.).

La prima categoria di fattispecie penali, rimasta, va detto subito, pressoché imm modificata a seguito della riforma del 1999, risulta(va) a sua volta composta da due distinti gruppi di norme. Il primo gruppo — cfr., in particolare gli artt. 440 c.p. (“Adulterazione e contraffazione di sostanze alimentari”), 441 c.p. (“Adulterazione e contraffazione di altre cose in danno dalla pubblica salute”), 442 c.p. (“Commercio di sostanze alimentari contraffatte o adulterate”), 444 c.p. (“Commercio di sostanze alimentari nocive”) e 452 c.p. (“Delitti colposi contro la salute pubblica”) — è posto a tutela della salute dei consumatori, mirando a prevenire e punire i fatti che possano compromettere, per vizi di composizione o di conservazione dei prodotti, l’incolumità dei cittadini; il secondo gruppo — cfr., in particolare, gli artt. 515 c.p. (“Frode nell’esercizio del commercio”), 516 c.p. (“Vendita di prodotti industriali con segni mendaci”) e 517 c.p. (“Vendita di prodotti industriali con segni mendaci”. c.p.) tutela essenzialmente l’interesse economico dei produttori, commercianti ed acquirenti dei prodotti alimentari, ovvero la stessa economia nazionale nel suo complesso.

La seconda categoria di fattispecie penali si rinveniva nel r.d.l. 15 ottobre 1925, n. 2033 “Repressione delle frodi nella preparazione e nel commercio di sostanze di uso agrario e di prodotti agrari”, nel d.l. 18 luglio 1986, n. 282 “Misure urgenti in materia di prevenzione e repressione delle sofisticazioni alimentari” e soprattutto nella l. 30 aprile 1962, n. 293 “Disciplina igienica della produzione e della vendita delle sostanze alimentari e delle bevande”, che contiene talune fondamentali norme penali d’applicazione assai generale.

Infine, la terza categoria di fattispecie penali trovava la sua sede in innumerevoli testi specialistici, relativi cioè a singoli sottosettori del campo alimentare (si pensi, ad esempio, ai testi in tema di etichettatura, additivi, imballaggi, surgelati, ecc.), ovvero a ben determinati gruppi di alimenti (ad esempio, formaggi, bevande spiritose, vini), a singoli alimenti (burro, caffè, miele), e financo a particolari prodotti caratteristici per provenienza, composizione, metodo di lavorazione, confezionamento (per esempio, il salame di Varzi). Si trattava di un insieme di norme assai disorganico e frammentato, modificato di continuo dall'ingresso di sempre nuove disposizioni, di origine interna o comunitaria, tutelate con apposite sanzioni e varate ad un ritmo divenuto negli ultimi lustri assolutamente frenetico.

3. Le ragioni del tradizionale disordine del diritto penale alimentare.

Le ragioni per le quali il sistema penale alimentare aveva attinto un tale livello di complessità e disorganicità erano molteplici.

a) Ragioni relative ai beni giuridici tutelati. Come sottolineato da una parte della dottrina, la legislazione alimentare presidia interessi eterogenei quali la salute, l'igiene, l'economia pubblica, la lealtà commerciale, l'interesse fiscale dello Stato, con conseguente moltiplicazione delle prospettive d'intervento.

b) Ragioni d'ordine politico. Esse vanno cercate sia nel convergere all'interno del settore alimentare di interessi locali, regionali, nazionali, europei spesso antitetici, sia soprattutto in una prassi legislativa a carattere prevalentemente "clientelare", come tale volta appunto a tutelare specifici interessi di singoli gruppi economici.

c) Ragioni d'ordine tecnico. Esse sono rinvenibili innanzitutto nella continua evoluzione delle acquisizioni scientifiche di settore, cui consegue la tendenza a prevedere norme penali che rinviino a disposizioni a carattere specialistico anche assai complesse, collocate all'interno del medesimo testo normativo ovvero in differenti testi normativi.

d) Ragioni d'ordine comunitario, riconducibili innanzitutto ai vincoli incontrati dal legislatore penale italiano, al momento della *formulazione del precetto*, nell'ambito della sua attività volta a salvaguardare, tramite la minaccia della sanzione, la ricchissima normativa europea in materia alimentare. Infatti, seppure in base a presupposti di tipo diverso, la disciplina penale (ma anche, del pari, la disciplina punitivo-amministrativa) posta a tutela delle prescrizioni comunitarie a carattere vincolante favorisce forme di integrazione normativa incentrate sulla tecnica del rinvio "rigido" alle suddette norme comunitarie; e si sa che tale tecnica di rinvio "completo" tende sovente a favorire forme di penalizzazione a tappeto, e comunque risulta il più delle volte antitetica all'elaborazione di fattispecie penali a carattere generale e astratto, incentivando la frantumazione della normativa in oggetto.

4. *Gli inconvenienti causati dalla frammentazione della normativa di settore.*

Nel corso degli anni la crescente ipertrofia del sistema penale alimentare ha contribuito a porre in luce le molteplici controindicazioni derivanti, sul piano dei principi così come sul piano pratico-applicativo, dal disordine delle fonti e da un ricorso “a tappeto” alla sanzione criminale. Tra di esse, in particolare: *a)* la vanificazione del principio di *extrema ratio* della risposta penale, e dunque la violazione del principio di offensività, particolarmente evidente nell’ambito dei numerosissimi reati di settore a carattere meramente formale; *b)* il mancato rispetto del principio di proporzione della sanzione, che costituisce conseguenza pressoché inevitabile dell’esistenza di una molteplicità di fattispecie stratificate nel corso degli anni ed ispirate a contingenti, mutevoli istanze politico-criminali; *c)* la caduta dell’effetto generalpreventivo della norma penale, derivante dalla talora ardua conoscibilità (o comunque dalla ostica individuazione) di quest’ultima da parte sia dei soggetti deputati a rispettarla sia degli stessi operatori del diritto, specie in caso di concorso apparente o reale di norme; *d)* il venir meno della portata deterrente della sanzione criminale, dovuto all’elevato “tasso di ineffettività” di tale sanzione, derivante *in primis* dal gran numero di procedimenti penali e dalla loro eccessiva durata.

Questi problemi, e in particolare quello rappresentato dal mancato rispetto del principio di proporzione della sanzione, venivano poi ulteriormente aggravati dal fatto che, come si sa, la concezione dottrinale volta ad accogliere il principio *ne bis in idem*, e dunque a riconoscere in linea di massima l’operatività di una sola norma punitiva in relazione ad ogni singola violazione, tendeva ad essere frequentemente contraddetta in sede pratico-applicativa. In effetti, laddove uno stesso comportamento illecito sia riconducibile a più norme penali, la giurisprudenza era (ed è tuttora) orientata a riconoscere con estrema larghezza l’esistenza di un concorso formale di reati. Ciò, quantomeno, nei casi in cui le suddette norme siano poste a tutela di beni/interessi differenti, o comunque presentino una *ratio* diversa.

5. *I meccanismi di deflazione penale previsti nel settore degli alimenti dalle leggi 283/1962 e 689/1981.*

La consapevolezza delle carenze di un siffatto ordinamento sul piano delle garanzie e della stessa efficacia preventiva ha indotto il legislatore ad introdurre a più riprese meccanismi normativi specificamente finalizzati a ridurre gli effetti negativi di tale disordine. In particolare, a più riprese si è cercato di restituire alle norme incriminatrici in materia alimentare previste dal codice e dalla fondamentale l. 283/1962 la loro naturale posizione di centralità all’interno del sistema, così da limitare al massimo il ricorso alle restanti fattispecie in tema di alimenti. Il tutto, con l’idea di migliorare la complessiva conoscibilità della normativa di settore, potenziandone l’effica-

cia precettiva, favorendo l'uniformità/coerenza delle soluzioni giurisprudenziali e incrementando il grado di effettività della tutela.

Così, la stessa l. 283/1962 aveva abrogato molte delle previgenti norme sanzionatorie "speciali" applicabili a taluni fatti puniti dalle fattispecie contenute in detta legge, stabilendo peraltro che queste ultime non dovessero trovare applicazione nei casi in cui i suddetti fatti fossero puniti anche attraverso altre e più severe disposizioni penali, quali in particolare gli artt. 439 a 444, 452, 515 e 516 c.p. Una ulteriore "valorizzazione" di talune delle principali norme incriminatrici in tema di alimenti è stata poi realizzata dalla l. 689/1981 in tema di depenalizzazione. Tale legge da un lato ha esplicitamente escluso dalla depenalizzazione la massima parte delle fattispecie previste dalla l. 283/1962 (cfr. art. 34, lett. e, l. 689/1981); dall'altro lato ha stabilito che, ove uno stesso fatto possa essere astrattamente sanzionato sia in base ad una delle norme "generali" di cui agli artt. 5, 6, 9 e 13 della l. 283/1962 sia in base ad una norma "speciale" prevista in un singolo testo depenalizzato, è la norma penale "generale" che deve essere utilizzata, in deroga alla regola sancita dal comma 1 del medesimo art. 9 l. 689/1981, secondo cui andrebbe applicata la norma "speciale" depenalizzata.

6. Le istanze di razionalizzazione e semplificazione del sistema sanzionatorio espresse dal d.lgs. 507/1999.

Nonostante l'indiscussa bontà degli intenti, i correttivi introdotti dal legislatore del 1962 e 1981 con lo scopo di limitare gli effetti negativi derivanti dalla ipertrofia e dalla frammentazione della normativa penale in materia alimentare si sono rivelati del tutto insufficienti, a causa soprattutto ma non solo della continuo ingresso nel sistema di nuove, sempre più numerose norme punitive, spesso alternativamente o congiuntamente applicabili agli stessi fatti. In effetti, l'esame della giurisprudenza di settore — reso più agevole dalla annuale pubblicazione in Gazzetta ufficiale dell'elenco delle sentenze in tema di frodi e sofisticazioni alimentari — evidenziava contraddizioni e sperequazioni di ogni tipo. A titolo di esempio, un'indagine statistica svolta da un gruppo di ricerca dell'Università di Ferrara da me diretto ha consentito di appurare che, in relazione a taluni casi di frode sulla qualità dei formaggi, delle carni e degli insaccati (frodi dal coefficiente di disvalore abbastanza omogeneo) risultavano essere state applicate, in via alternativa o cumulativa, ben otto diverse fattispecie. Le differenti soluzioni di volta in volta privilegiate in ordine al ricorso a tali fattispecie, unitamente alle marcate differenze che queste ultime presentavano sotto il profilo delle relative pene edittali, aveva prodotto inevitabilmente risposte punitive differenziate al di là di ogni ragionevolezza.

Evidente era dunque l'esigenza di sfrontare ulteriormente e radicalmente la normativa penale di settore, trasformando in violazioni amministrative la

massima parte dei reati di minore gravità contenuti nelle leggi speciali in materia alimentare, e dunque riservando lo stigma criminale agli illeciti previsti dal codice e ai più gravi tra gli illeciti puniti dalla l. 283/1962. In tal modo, alle residue fattispecie penali di fonte codicistica o “speciale” sarebbe stata restituita la loro naturale posizione di preminenza all’interno del sistema, specie laddove si fosse provveduto a prevedere rispetto ad esse una apposita deroga al generale principio di specialità tra disposizioni penali e disposizioni amministrative sancito all’art. 9 comma 1 l. 689/1981.

7. Le linee direttrici della riforma attuata dal decreto legislativo 507/1999 relativamente alla disciplina sanzionatoria degli alimenti.

Il d. lgs. 507/1999 attuativo della l. 205/1999 si è per l’appunto mosso nella prospettiva di una depenalizzazione radicale, la quale tuttavia non ha ricompreso le fondamentali norme penale in materia alimentare previste dal codice penale e dagli artt. 5, 6 e 12 l. 283/1962. Sono state così destinate alla tutela amministrativa le sole violazioni non rientranti nello spettro applicativo di tali norme. Contestualmente — per garantire il ricorso alle suddette fattispecie penali in relazione a tutti i comportamenti potenzialmente rientranti nel loro ambito applicativo, e per assicurare ad esse una adeguata posizione di “centralità” all’interno del sistema sanzionatorio — è stata generalizzata la deroga al principio di specialità tra illecito penale e illecito amministrativo prevista dal terzo comma dell’art. 9 l. 689/1981; deroga che ormai risulta operante nei confronti di tutte le disposizioni punitive amministrative, e non solo di quelle depenalizzate. La rinnovata posizione di “centralità” conferita in ambito alimentare alle suddette norme incriminatrici emerge anche dalle modifiche e integrazioni apportate a talune di esse, specie per quanto concerne il loro strumentario sanzionatorio, tendenzialmente mitigato a livello di pene principali, ma arricchito e rinvigorito a livello di pene accessorie. Parallelamente, anche l’apparato delle sanzioni amministrative accessorie è stato potenziato, affinché l’avvenuta diversificazione delle forme di tutela non si traducesse nella sostanziale impunità degli autori delle violazioni depenalizzate; impunità comunque evitata anche attraverso il ricorso a sanzioni amministrative pecuniarie di notevole importo, specie nei casi in cui esse subentrino a comminatorie edittali incentrate su sanzioni detentive alternative, sole o congiunte alla pena pecuniaria.

8. Gli effetti della riforma del 1999 sul processo di deflazione penale.

L’impatto che l’intervento di depenalizzazione operato dal d.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507 ha avuto nella prassi applicativa può valutarsi sotto un duplice

profilo. *Da un lato*, ci si può chiedere se la trasformazione di numerosi reati in illeciti amministrativi abbia comportato una compressione dell'area del penalmente rilevante ovvero se tale area, lungi dall'essere stata compressa, abbia mantenuto la sua sfera di operatività. *Dall'altro lato*, è interessante verificare se i problemi di convergenza tra norme sanzionatorie (vale a dire tra più norme penali ovvero tra più norme sanzionate in via penale e amministrativa) emersi nel sistema alimentare antecedente al d.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507, sono stati effettivamente risolti a seguito della depenalizzazione.

Riguardo al primo aspetto, va anzitutto ripetuto che il legislatore, nell'art. 1 del d. lgs. 30 dicembre 1999, n. 507 ha proceduto ad una depenalizzazione «a tappeto» di tutte le fattispecie incriminatrici previste nel campo alimentare con la sola eccezione di una manciata di previsioni normative di assoluto rilievo per la loro portata generale, quali gli artt. 440, 442, 444, 452, 515, 516, 517 c.p. e gli artt. 5, 6 e 12 l. 30 aprile 1962, n. 283.

La massiccia riduzione degli illeciti alimentari penalmente sanzionati potrebbe far pensare ad una drastica riduzione dell'area del penalmente rilevante. Ciò non corrisponde al vero. La formulazione delle norme generali mantenute in sede penale è tale da conferire loro un vasto spettro applicativo, tanto più che la recente giurisprudenza ha spesso affermato l'automatica riespansione della norma generale (ai sensi del riformato art. 9 comma 3 l. 689/1981) in conseguenza della depenalizzazione della norma speciale.

Così, in luogo del depenalizzato art. 3, comma 1, *lett. b)* d. lgs. 4 agosto 1999, n. 336 in tema di somministrazione di sostanze ormonali ad animali da allevamento, si è ritenuto applicabile l'art. 5, *lett. a)* della l. 30 aprile 1962, n. 283, che assoggetta a sanzione penale la produzione o commercializzazione di sostanze alimentari trattate in modo tale da variarne la composizione naturale (Cass. pen., sez. III, 24 aprile 2002 - 16 gennaio 2002, n. 15479, Lerda); ancora, si è affermato che «L'irregolarità nell'uso del marchio apposto su confezioni di olive rientra nell'area dell'illecito penale *sub specie ex* art. 517 c.p. alla luce dell'entrata in vigore del d. lgs. 30 dicembre 1999, n. 507, il cui art. 1 sancisce la depenalizzazione del reato di cui all'art. 13, l. 30 aprile 1962, n. 283 in tema di pubblicità ingannevole dei prodotti alimentari» (Trib. Foggia, sez. riesame, ord. 27 marzo 2000, n. 22, Bioconserven s.r.l.); infine, si è concluso per l'applicazione dell'art. 515 c.p. in luogo delle norme speciali di cui alla l. 14 febbraio 1990, n. 26 posta a tutela della denominazione d'origine del prosciutto di Parma; legge, quest'ultima, soggetta anch'essa alla depenalizzazione operata dal d. lgs. 30 dicembre 1999, n. 507 (Cass. pen., sez. III, 17 maggio 2001, Marsillo).

9. Gli effetti della riforma del 1999 in tema di concorso di norme.

L'automatica riespansione della normativa penale a carattere generale non risolve però — come invece auspicato dallo stesso legislatore nella

Relazione al d. lgs. 30 dicembre 1999, n. 507 — i problemi legati alla convergenza tra norme.

Nonostante la nuova formulazione dell'art. 9 comma 3 l. 689/1981, la giurisprudenza è, infatti, orientata a riconoscere con estrema larghezza l'esistenza del concorso formale tra illeciti sanzionati penalmente e illeciti sanzionati in via amministrativa, soprattutto ove le relative norme siano poste a tutela di beni/interessi differenti, oppure presentino una *ratio* diversa, o comunque si riferiscano a condotte o a fatti non completamente coincidenti.

Ciò trova conferma in Cass. civ., sez. I, 25 maggio 2001, n. 7112, secondo cui «in tema di sanzioni amministrative, l'operatività del principio di specialità dettato dall'art. 9, terzo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689, il quale prevede, nel testo sostituito ad opera dell'art. 95 d.lgs. 30 dicembre 1999 n. 507, che ai fatti puniti dall'art. 5 (e dagli art. 6 e 12) l. 30 aprile 1962 n. 283 si applicano soltanto le sanzioni penali, anche quando i fatti stessi sono puniti con sanzioni amministrative previste da disposizioni speciali in materia di produzione, commercio ed igiene degli alimenti e delle bevande — postula che la violazione amministrativa in astratto contestabile costituisca un elemento del fatto-reato, essendone parte integrante; ne consegue che detto principio non scatta allorché illecito amministrativo e illecito penale si riferiscano a due momenti distinti del comportamento del trasgressore e tra di essi intercorra un rapporto, non di identità, ma soltanto di connessione teleologica». In base al principio in questione, la Suprema Corte ha ritenuto sussistente il concorso tra la somministrazione a vitelli di allevamento di sostanze ad azione ormonale — sanzionata a titolo di illecito amministrativo dall'art. 3 d.lg. 27 gennaio 1992 n. 118 — e la detenzione per la vendita di carni bovine trattate in modo da variarne la composizione naturale mediante la somministrazione di dette sostanze, punita a titolo di contravvenzione dall'art. 5, lett. a, della citata legge n. 283 del 1962.

In definitiva, con la riforma del 1999, da un lato l'area del penalmente rilevante non risulta per nulla compressa, dall'altro lato non si è evitato che uno stesso fatto venga punito, al contempo, come illecito penale e come illecito amministrativo.

10. *L'evoluzione della giurisprudenza italiana in tema di causalità e i suoi possibili riflessi sul diritto penale alimentare.*

Come si è visto, l'esame della giurisprudenza penale italiana in materia alimentare successiva alla riforma del 1999 sembra dimostrare, innanzitutto, che: a) la depenalizzazione di alcune centinaia di fattispecie penali ha sortito risultati concreti assai modesti, in quanto la massima parte dei fatti in precedenza penalmente puniti (solo od anche) in forza delle fattispecie penali

ormai depenalizzate vengono ora puniti non già in forza della suddette fattispecie depenalizzate, ma in forza delle norme penali “ad ampio spettro” previste dal codice penale o dalla l. 283/1962; b) l’ampliamento e la precisazione della portata della clausola di “preferenza penale” sancita dalla riforma dell’art. 9 comma 3 ha solo in parte evitato l’eventuale assoggettamento degli illeciti in tema di alimenti ad una pluralità di norme sanzionatorie.

Se dunque il decreto 507/1999 sembra essersi rivelato, quantomeno sotto questi due profili, non molto incisivo, in materia alimentare una più significativa compressione dei fatti penalmente rilevanti potrebbe per contro riscontrarsi in relazione a quei *reati di danno* che possono essere causati dall’ingestione di alimenti. Va tuttavia sottolineato che tale compressione delle condanne per “danno di origine alimentare” potrebbe derivare non già da riforme legislative, bensì da talune recenti evoluzioni delle teorie in tema di causalità e di imputazione oggettiva accolte dalla nostra giurisprudenza; evoluzioni potenzialmente idonee a diminuire in misura cospicua, per l’appunto, le condanne per omicidio e lesioni da sostanze alimentari.

Al riguardo, una premessa si impone: è noto che nella morte e nelle lesioni da prodotto alimentare si riscontrano spesso le forme di accertamento causale più complesse e dibattute: si allude all’accertamento della *causalità negli eventi diffusi*, della *causalità c.d. “diacronica”* (o *ad evento differito*), e soprattutto della *causalità omissiva*.

a) Quanto all’accertamento della causalità negli eventi diffusi, va rilevato che i prodotti alimentari nocivi, per il loro frequente carattere seriale, tendono a manifestare la loro pericolosità proprio attraverso il diffondersi degli eventi dannosi per la salute dei consumatori o utilizzatori del prodotto (si pensi ai casi di tumore eventualmente correlati all’assunzione di particolari alimenti, quali ad esempio le insalate concimate con dosi eccessive di azoto). Complice la carenza o comunque la difficile individuazione di leggi universali di copertura nel settore dei prodotti, tale situazione favorisce procedure di accertamento del nesso eziologico incentrate sulla valorizzazione dei dati statistici ricavabili dall’esame dei soggetti summenzionati; dati che peraltro, come fra poco vedremo, si dimostrano di assai incerta lettura proprio in ordine alla sussistenza dell’elemento che interessa appurare, vale a dire del nesso causale.

b) Quanto poi all’accertamento della causalità c.d. “diacronica”, è appena il caso di ricordare che il notevole intervallo temporale spesso intercorrente tra l’immissione sul mercato del prodotto alimentare e l’evento dannoso rende estremamente problematica l’esclusione di decorsi causali alternativi, dilatando in modo direttamente proporzionale la possibilità per l’accusato di invocare a propria discolpa la sussistenza di eventuali cause alternative o addizionali.

c) Infine, quanto all’accertamento della causalità omissiva, in ragione dei presunti profili di particolare ipoteticità di quest’ultima, essa ha favorito l’affermarsi di criteri di accertamento meno rigorosi rispetto a quelli richiesti

con riferimento alla condotta dei reati commissivi. La sezione IV della Corte di cassazione ha così ritenuto sussistente il nesso causale nel caso in cui, a suo giudizio, il comportamento dovuto e omesso avrebbe avuto “serie e apprezzabili probabilità” (cfr., per tutte, sent. 7 gennaio 1983, Melis, rv. 158947) di impedimento dell’evento dannoso anche se sul piano statistico inferiori al 50% (si pensi all’omessa attività di controllo sulla composizione dei prodotti alimentari, attività atta ad impedire la commercializzazione di quei prodotti sospettati essere la causa di lesioni o morte di taluni consumatori); e financo nel caso in cui la probabilità di successo correlata a tale comportamento doveroso fosse risultata “limitata purché apprezzabile (...) indipendentemente da una determinazione matematica percentuale di questa” (18 gennaio 1995, Presta, in *Guida al diritto*, 5 ottobre 2002, p. 73). Tuttavia, *questo è il punto*, l’erosione del nesso causale nei reati omissivi prodotta da tale giurisprudenza è stata negli ultimi anni contrastata proprio dalla medesima sezione della Cassazione, la quale ai fini del riconoscimento di tale nesso ha richiesto che il comportamento alternativo ipoteticamente effettuabile dal soggetto attivo fosse in grado di evitare l’evento dannoso con un grado di probabilità “prossimo alla certezza”, e dunque assai vicino al 100% (sent. 28 settembre 2000, Baltrocchi, rv. 218777; sent. 25 settembre 2001, Sgarbi, rv. 220982).

Infine, in deroga alle due suddette impostazioni (accomunate nella valorizzazione di una probabilità espressa (anche implicitamente) in termini meramente percentualistici anche se tra loro contrapposte in merito alle percentuali richieste per la sussistenza della causalità) è stato accolto — sempre dalla medesima sezione della Suprema corte — il criterio della “probabilità logica”. Tale criterio, attraverso l’analisi di tutti i fattori eziologici rinvenibili *nel caso concreto in esame*, mira a pervenire a un giudizio di elevata credibilità razionale, attribuendo l’evento lesivo al comportamento omissivo solo laddove il nesso di causalità sia dimostrato “al di là di ogni ragionevole dubbio”. Questo orientamento giurisprudenziale — volto ad esaltare il ruolo di *peritus peritorum* del giudice — è stato ribadito e affinato da una sentenza delle sezioni unite della Suprema Corte (sent. 10 luglio-11 settembre 2002, in *Guida al diritto*, 5 ottobre 2002, p. 62 ss.).

Ora, è facile capire come, nel caso in cui questi nuovi orientamenti giurisprudenziali dovessero consolidarsi, diverrebbe assai difficile poter dimostrare il nesso esistente tra la produzione/commercializzazione di prodotti alimentari pericolosi e le lesioni o la morte di taluni dei loro consumatori. Sarebbe infatti necessario fornire la prova che — se il soggetto passivo non avesse assunto il prodotto alimentare “difettoso” (vale a dire avariato, in cattivo stato di conservazione, con cariche microbiche superiori al consentito, con componenti pericolose o comunque nocivo), con un grado di probabilità “prossimo alla certezza”, ovvero “al di là di ogni ragionevole dubbio”, egli non si sarebbe ammalato oppure non sarebbe morto.

ABSTRACT

The study aims at giving an overview of the Italian sanctioning system concerning foodstuffs. The author therefore examines: the features of the traditional systems of sanctions; the negatives of the traditional system itself; the main characteristics of the current legislation after the reform passed in 1999, that depenalised and simplified the system. The study also underlines certain developments of the case-law concerning the causal relationship and their consequences on the application of foodstuffs criminal law.

Il presente lavoro si prefigge di offrire una rapida panoramica della disciplina sanzionatoria italiana in materia alimentare. A tale proposito vengono esaminati: i tratti originari del sistema punitivo in tema di alimenti; gli inconvenienti correlati a tale sistema; i profili assunti dal suddetto sistema dopo la riforma del 1999 diretta alla depenalizzazione e semplificazione degli illeciti di settore. Il lavoro sottolinea anche i profili evolutivi della giurisprudenza sul nesso causale, ponendo in luce le loro eventuali ricadute sul diritto penale alimentare.

GUIDO CASAROLI

LINEAMENTI DI DIRITTO PENALE DELL'ECONOMIA

SOMMARIO: 1. Ambito della materia e definizioni. — 2. Il diritto penale dell'economia: un "sottosistema"? — 3. Interrelazioni fra diritto penale ed economia. — 4. Rilievi di tecnica legislativa. — 5. Settori e fonti del diritto penale economico. — 6. I reati tributari e la riforma del 2000. — 7. La riforma dei reati societari e la "depenalizzazione" del falso in bilancio. — 8. La responsabilità amministrativo-penale delle persone giuridiche. — 9. Il sistema dei reati fallimentari. — 10. Il problema dell'amministratore di fatto.

1. *Ambito della materia e definizioni.*

È noto e concordemente osservato in dottrina che la "materia" del diritto penale dell'economia presenta confini indefiniti (o poco definiti) e contenuti incerti.

Generalmente e genericamente, l'espressione viene utilizzata per indicare, in termini molto ampi e oscillanti, il complesso delle norme penali che attengono alla "materia economica", non meglio precisata, ovvero che hanno ad oggetto la cosiddetta "criminalità economica", con una formula che presenta contorni altrettanto ambigui e sfuggenti.

Alla incertezza e vaghezza di confini e contenuti si aggiunge la estrema difficoltà a individuare principi comuni, attorno ai quali cercare di ricostruire sistematicamente una materia così vaga, varia e vasta.

Non aiuta, e anzi è forse la causa principale delle incertezze e delle ambiguità in proposito, la mancanza di una adeguata o almeno sufficientemente indicativa legislazione di riferimento, cui poter attingere e da cui prendere le mosse per organizzare e "sistemare" la materia. L'unico riscontro legislativo chiaro e preciso, da un punto di vista formale-letterale, è quello riferibile al codice penale e relativo ai *delitti contro l'economia pubblica* che, però, risulta, sotto il profilo sistematico e fattuale, assai sterile e improdutti-

vo, trattandosi di normativa storicamente antiquata e in gran parte superata, attualmente assai circoscritta nei suoi risvolti applicativi e, quindi, pressoché inutilizzabile ai fini di delineare le coordinate per la (ri)costruzione di un (eventuale) sistema di diritto penale dell'economia.

Ciò che è fuori da ogni dubbio è che il numero delle leggi e norme penali attinenti alla materia economica è in continua e quasi incontrollabile espansione. Così, attorno ai due tradizionali "pilastri" rappresentati dal complesso dei *reati fallimentari* e dei *reati societari*, si è venuta sviluppando e stratificando una sempre più vasta serie di apparati normativi e di specifiche discipline di settore, munite immancabilmente di apparati sanzionatori "punitivi", che toccano spazi sempre più ampi dell'attività economica. In maniera che si può definire "alluvionale" o "a pioggia", si è così progressivamente generato un coacervo di fattispecie penali poste a presidio sia di beni o interessi "emergenti" (come l'ambiente) sia di snodi cruciali di nuovi e vari settori dell'attività economica (per esempio l'intermediazione finanziaria).

Il diritto penale è stato, dunque, impiegato con sempre maggiore frequenza per la disciplina dei processi produttivi e per la regolamentazione del mercato, nella prospettiva di una rafforzata tutela delle attività economiche in genere e dell'impresa in particolare. Questa progressiva e "irresistibile" penetrazione del diritto penale si presta, peraltro, ad una duplice chiave di lettura: quale sintomo di una maggiore attenzione verso alcuni valori fondamentali espressi anzitutto dalla Costituzione (a partire dagli enunciati dell'art. 41) ovvero quale segno di una eccessiva e indebita interferenza dello Stato e del suo apparato repressivo sanzionatorio nell'ambito della "libera" iniziativa economica.

Si assiste, comunque, ad una progressiva "fuga" dal tradizionale e classico "*diritto penale commerciale*" (incentrato sulle poche — sia pur fondamentali — tipologie di reati fallimentari e societari, che conservano però sempre la loro "centralità" sistematica e pratica) e alla sua *trasformazione* nel più vasto, indefinito e ambiguo *diritto penale dell'economia*. Dal diritto penale applicato allo *ius mercatorum* si transita al diritto penale come strumento di disciplina delle attività produttive *latu sensu* intese, in un contesto sia di macro sia di microeconomia.

2. Il diritto penale dell'economia: un "sottosistema"?

La pressoché totale matrice *extra codicem* dell'attuale diritto penale economico solleva interrogativi di natura sistematica riguardo alla riconducibilità di questo ampio ed eterogeneo settore del diritto penale ai principi generali della materia.

Anche alla luce del fondamentale dettato costituzionale (v., *in primis*, gli artt. 25 e 27 Cost.), sembra che, in linea teorica e di principio, sia impossibile o, almeno, inopportuno, misconoscere la tradizionale affermazione, secondo

cui: «di diritto penale non ve n'è che uno». Il diritto penale, quindi, non è “riportabile” in più “settori”, ispirati variamente a propri principi-guida, in quanto i principi generali della materia penale sono pur sempre identici, qualunque sia lo specifico ambito di riferimento.

È, però, anche vero che l'affermazione di principio deve confrontarsi con una realtà in cui, per esempio, si è “prepotentemente” affacciato un bene come l'ambiente, che necessita di una particolare tutela anticipata; si è profondamente evoluto il mercato mobiliare e finanziario; si è drammaticamente rafforzata e sviluppata la criminalità “economica” organizzata; settori tradizionali del diritto penale economico — come il diritto penale societario e tributario — hanno raggiunto una complessità prima sconosciuta. Non si può, in effetti, contestare che nei suddetti, e in altri, settori le fondamentali garanzie cui è di regola subordinata l'attribuzione della responsabilità penale siano soggette a significative limitazioni.

Così, il ricorso alla *tecnica del rinvio* (usuale in un contesto tendenzialmente “sanzionatorio” quale quello penale-economico) può mettere a repentaglio la tenuta del principio di *stretta legalità*, soprattutto sotto il profilo della *tassatività-determinatezza* della fattispecie; la costruzione delle fattispecie incriminatrici in termini di *pericolo astratto* si pone in contrasto con il *principio di offensività*, specialmente nei casi in cui la norma penale, più che veri e propri beni giuridici, tutela beni strumentali o intermedi, quali le funzioni amministrative svolte dall'organo di controllo di determinate attività; il carattere “evanescente” della *tipicità*, incentrata per lo più su condotte prive o carenti di una propria essenza “ontologica” e di una chiara percepibilità sociale, incide negativamente (anche) sul piano della *colpevolezza*, vanificandone la funzione “selettiva”; l'*error iuris*, le cui possibilità di verifica aumentano esponenzialmente col proliferare delle norme incriminatrici, a causa del loro intreccio con la disciplina extrapenale e dei loro mutamenti nel corso del tempo (che ne impediscono una stabile e uniforme interpretazione), finisce col non trovare quasi mai riscontro e divenire in concreto irrilevante, per il frequente ricorso al criterio di accertamento che utilizza il generico parametro dell'*homo eiusdem condicionis et professionis* e che sfocia, di fatto, in una *presunzione* di conoscenza.

Il diritto penale dell'economia si può, dunque, definire come *sottosistema*, se a quest'ultimo termine si attribuisce il significato di un ambito di materia caratterizzato da regole di disciplina in deroga ai principi generali del sistema penale e alla teoria generale del reato, in particolare. Se per sottosistema si intende, invece, un insieme di fattispecie il quale, oltre che per tecnica legislativa e particolarità di disciplina, si distingue dal sistema principale anche per una sua propria unitarietà di tessuto normativo e omogeneità di contenuti, allora appare dubbio che tale possa definirsi il diritto penale dell'economia in Italia.

La locuzione “criminalità economica” si riferisce ad un complesso così eterogeneo di comportamenti e di relative previsioni normative, che risulta

attualmente impossibile e sistematicamente improponibile una “*reductio ad unum*” della legislazione penale in materia economica. Troppo diverse e “incommensurabili” sono, per esempio, le norme sull’appropriazione indebita e quella sull’*insider trading* o la norma sulla bancarotta fraudolenta e quella sul boicottaggio o sul sabotaggio, perché l’analisi coordinata e sinottica di tali fattispecie possa svolgere una funzione sistematica ed avere una reale utilità chiarificatrice.

Più che un sottosistema, il diritto penale economico risulta, pertanto, un settore normativo *privo di sistematicità*.

3. *Interrelazioni fra diritto penale ed economia.*

La commissione di fatti penalmente illeciti può avvenire:

in danno del sistema economico, in senso lato;

in danno di singole attività economiche;

per mezzo di attività economiche;

in occasione di attività economiche;

per finalità economiche;

in danno di diritti o interessi patrimoniali non direttamente connessi all’esercizio di attività economiche.

Rientrano certamente nell’ambito del diritto penale dell’economia i fatti commessi in danno del sistema economico, sia in senso ampio sia in relazione a particolari settori di attività economica, così come le fattispecie che riguardano fatti realizzati in danno di singole attività economiche ovvero fatti commessi per mezzo di attività economiche. Quanto alle fattispecie di reato per le quali l’esercizio dell’attività economica costituisce soltanto l’occasione della loro commissione, affinché possano ritenersi di interesse rilevante per il diritto penale dell’economia, non basta questo mero collegamento occasionale, che potrebbe sussistere per qualsiasi tipologia di illecito, ma è necessario che ricorra anche una delle caratteristiche su indicate (v. *sub. a, b e c*). Lo stesso può dirsi per i reati contrassegnati dalla finalità di lucro, che si rinviene anche in reati non direttamente offensivi di interessi patrimoniali (come, per esempio, il peculato o la corruzione). Per quanto concerne le fattispecie di delitti contro il patrimonio in senso stretto, pur costituendo una categoria di reati più ampia, per certi versi, rispetto a quella che ha ad oggetto le attività economiche, sembra potersi collocare comunque nel diritto penale dell’economia per gli inevitabili collegamenti del patrimonio con l’esercizio di attività economiche.

Il diritto penale dell’economia, dunque, comprende tutte quelle norme penali che hanno per comune denominatore la repressione di comportamenti che offendono, direttamente o indirettamente, interessi economici, individuali o collettivi.

Si pone, a questo punto, il problema di verificare i rapporti con quello che viene ormai comunemente designato *diritto penale dell'impresa*.

Sotto tale denominazione vengono raggruppate tutte le fattispecie di reato che vanno ad incidere sugli aspetti tipici dell'attività d'impresa, ossia di quella attività che è organizzata e professionalmente esercitata al fine della produzione e dello scambio di beni o di servizi (secondo la nozione fornita dall'art. 2082 cod. civ.). In tali fattispecie, la legge penale eleva direttamente l'*imprenditore* in quanto tale, se individuale, o, se strutturato in forma associativa, nella persona del responsabile dell'amministrazione e della gestione della società, a *soggetto attivo* del reato. Rientrano, però, nella categoria anche quei reati dei quali l'imprenditore non è soggetto attivo (esclusivo), ma, al contrario, *vittima*, o, al più, eventualmente *correo* (come nei casi di reati dei terzi o dei creditori nelle procedure concorsuali, ex artt. 232 e 233 della legge fallimentare).

Il nucleo originario e tradizionale del diritto penale dell'impresa è costituito dai *reati fallimentari*, dai *reati societari*, dai reati *in materia di lavoro* e dai *reati bancari*. Successivamente si sono aggiunti i *reati tributari*, che non richiedono necessariamente che la condotta illecita sia collegata ad un'attività d'impresa, ma che indubbiamente acquistano una particolare significatività proprio se si tratta di comportamenti collegati ad un'attività d'impresa.

A partire dagli Anni 70 si è poi sviluppato un nuovo e quasi autonomo, per rilievo ed ampiezza, settore: quello del diritto penale dell'ambiente che, progressivamente, è andato ad incidere sempre più direttamente e specificamente sullo svolgimento delle attività imprenditoriali, considerando che le più significative e rilevanti aggressioni dell'ambiente derivano dallo svolgimento di attività e da insediamenti produttivi.

Cresce quindi, proliferando, il complesso delle norme penali che attengono e incidono direttamente sull'organizzazione e sull'attività d'impresa. Esse, pur distinguendosi per la peculiarità del "tipo d'autore" a cui si riferiscono, e, quindi, per la particolare rilevanza del comportamento economico che disciplinano, entrano a pieno titolo, anzi, "a titolo privilegiato", nel più ampio contesto del diritto penale economico.

4. Rilievi di tecnica legislativa.

La ragione stessa per cui ci si interroga sulla presunta natura di "sottosistema" del diritto penale dell'economia costituisce la conferma implicita e — al tempo stesso — è la conseguenza diretta delle peculiarità che, sotto il profilo tecnico-strutturale, caratterizzano le fattispecie di reato in materia di criminalità economica.

Il carattere prevalentemente sanzionatorio del diritto penale dell'economia fa sì che il legislatore abusi nell'utilizzo della *tecnica del rinvio*, e pertanto, in molti casi, il precetto penale non è autonomamente formulato, ma

scaturisce, in via mediata, dal richiamo della norma incriminatrice ad un comando o ad un divieto posto altrove dalle altre norme che disciplinano l'esercizio dell'attività economica di volta in volta considerata (l'adempimento di determinati obblighi degli amministratori di società, l'adozione di adeguate misure volte a prevenire gli infortuni sul lavoro, il rispetto di prefissati "limiti tabellari" finalizzati alla prevenzione di fatti di inquinamento ambientale, *etc.*). Talvolta il rinvio è non a fonti comunque legislative, ma ad atti e provvedimenti dell'autorità amministrativa, secondo lo schema delle "norme penali in bianco". È evidente come tutto ciò abbia rilevanti ricadute sul piano della *stretta legalità*, sotto il profilo sia della *tassatività-determinatezza* sia della *riserva di legge*.

All'opposto, con l'intento di "penalizzare" rigorosamente e puntualmente qualsiasi atto riprovevole posto in essere in un certo contesto economico, il legislatore adotta, in altri casi, una tecnica descrittiva minuziosa e *analitica* o, addirittura, "*casistica*", indicando cioè uno ad uno ("caso per caso") tutti i singoli comportamenti vietati. È quanto avviene, per esempio, nella fattispecie di bancarotta semplice, di cui all'art. 217 della legge fallimentare. Una volta adottata questa tecnica, però, il legislatore "resta prigioniero di se stesso", perché, stante il fondamentale divieto di applicazione analogica delle norme penali, eventuali "dimenticanze" in sede di previsione legislativa non possono poi essere ovviate con il ricorso al procedimento analogico, determinandosi così la possibilità di incolmabili lacune di tutela.

Nella prospettiva di una *tutela anticipata* dei beni o interessi di volta in volta elevati ad oggetto giuridico del reato, le fattispecie penali in materia economica configurano sovente *reati di pericolo* e, per lo più, di *pericolo astratto*. Se ciò può essere giustificato dal fine di ampliare, arretrandola, la tutela di beni particolarmente significativi (come l'ambiente e la salute pubblica), si scontra però con inevitabili *deficit* in termini di necessaria offensività del fatto di reato (*nullum crimen sine iniuria*).

I reati economici, inoltre, sono prevalentemente strutturati come reati formali o di *mera condotta*, privi cioè (anche in conseguenza di quanto prima osservato) di un evento naturalistico di danno, e in cui la stessa condotta non è costituita da un'azione bensì da una *omissione*. Si tratta, quindi, di *reati omissivi* e, in particolare, di *reati omissivi propri*, la cui essenza è tutta esclusivamente normativa. Ciò si traduce in una deviazione dal principio di *materialità* (*nullum crimen sine actione*) e comporta la decisiva conseguenza pratica della (comunemente ritenuta) *non configurabilità* del *tentativo*.

5. Settori e fonti del diritto penale economico.

Prendendo le mosse dalla normativa di *matrice codicistica*, si possono, intanto, segnalare le norme incriminatrici a tutela della *libertà di iniziativa economica*, che comprendono l'art. 513 («Turbata libertà dell'industria e del

commercio»), l'art. 508, comma 1 (che punisce l'impedimento del libero svolgimento dell'attività produttiva), l'art. 513-bis («Illecita concorrenza, con minaccia o violenza»), l'art. 507 (che prevede il delitto di «Boicottaggio») del codice penale.

Ancora nel *codice penale* si rinvencono disposizioni a tutela dell'avviamento e del *know-how* d'impresa (ovvero, in altri termini, dei segni distintivi dell'impresa e dei prodotti industriali, e delle creazioni intellettuali). Vi rientrano l'art. 473 (falsificazione del marchio e contraffazione del brevetto), l'art. 474 (distribuzione di prodotti con marchi contraffatti), l'art. 623 (rivelazione di segreti scientifici o industriali). A questa tipologia di reati appartengono anche l'abusivo sfruttamento di oggetti brevettati e la simulazione di brevetto, previsti negli artt. 88 e 89 del regio decreto 29 giugno 1939, n. 1127. Alla tutela del *know-how* è finalizzato pure l'art. 615-ter cod. pen., che punisce l'accesso abusivo ai sistemi informatici d'impresa.

Fra i delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio, che reprimono fatti che recano offesa alle strutture produttive, vanno annoverati la distruzione di materie prime, di prodotti agricoli o industriali e di mezzi di produzione (art. 499 cod. pen.), il sabotaggio di strutture produttive (art. 508, comma 2, cod. pen.), la diffusione di malattie delle piante o degli animali (art. 500 cod. pen.).

A tutela del consumatore e, al tempo stesso, dell'attività d'impresa, sono destinate diverse norme incriminatrici, sempre collocate nel *codice penale*. Tali sono l'art. 514 (frodi contro l'industria nazionale), l'art. 515 (frode nell'esercizio del commercio), l'art. 516 (vendita di sostanze alimentari non genuine come genuine), l'art. 517 (vendita di prodotti industriali con segni mendaci).

Anche il «libero mercato», quale principale manifestazione del valore espresso dall'art. 41 della Costituzione, forma oggetto di tutela penale, sia attraverso la incriminazione dei comportamenti che mettono a repentaglio la libertà d'iniziativa economica, di cui si è già detto, sia mediante la creazione di fattispecie a protezione di meccanismi di formazione dei prezzi, punendo comportamenti rivolti a falsare la competizione economica, quali l'aggiottaggio (art. 501 cod. pen.) e le manovre speculative su merci (art. 501-bis cod. pen.), sia con la formulazione di norme che sanzionano la inosservanza delle regole in materia di concorrenza: vengono in rilievo, sotto quest'ultimo profilo, le previsioni della legge 10 ottobre 1990, n. 287, concernenti i comportamenti rivolti ad eliminare la concorrenza di mercato. L'art. 2 l. 287/1990 vieta le intese restrittive della libertà di concorrenza, mentre l'art. 3 vieta l'abuso della posizione dominante da parte di una o più imprese; nel caso di infrazioni gravi ai due suddetti divieti, l'art. 15 prevede l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria, proporzionale al fatturato dell'impresa. Infine, l'art. 6 l. 287/1990 pone il divieto delle operazioni di concentrazione restrittive della libertà di concorrenza, per la cui inosservanza viene ancora disposta dall'art. 19 una sanzione amministrativa pecuniaria, proporzionale al fatturato.

Oltre alle specifiche fattispecie (di reato e di illecito amministrativo) direttamente repressive di condotte lesive della libertà d'iniziativa economica, vanno inclusi in questa tipologia di illeciti due gravi delitti contro il patrimonio che, per la dimensione "sociologico-criminale" che hanno assunto, evidenziano sempre più una straordinaria "capacità inquinante" del corretto funzionamento del mercato: si tratta del delitto di *usura*, di cui all'art. 644 cod. pen. (così come riformulato dalla legge 7 marzo 1996, n. 108) e del delitto di *riciclaggio*, previsto dall'art. 648-bis cod. pen. (introdotto con il decreto legge 21 marzo 1978, n. 59, e successivamente sostituito, prima, con la legge 19 marzo 1990, n. 55 e, da ultimo, con la legge 9 agosto 1993, n. 328).

Una disciplina e una tutela *ad hoc* sono riservate al *mercato finanziario*, a cui provvede in maniera specifica il decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, che ha unificato e razionalizzato una normativa varia e sparsa in molteplici testi legislativi. Il d. lg. 58/1998 contiene sia vere e proprie norme incriminatrici di fatti di reato (tanto *delitti* quanto *contravvenzioni*) sia disposizioni che configurano *meri illeciti amministrativi*. Le fattispecie di illecito previste sono numerose ed eterogenee, poste a presidio di una molteplicità di beni e interessi giuridici, oltre a fattispecie di delitti concernenti il corretto esercizio e svolgimento delle *funzioni di controllo e vigilanza* da parte delle apposite Autorità amministrative a ciò preposte (*in primis* la Consob). Quest'ultimo aspetto della disciplina è stato, peraltro, di recente modificato dalla legge n. 61/2002 di riforma dei reati societari che ha, in proposito, riformulato l'art. 2638 cod. civ. prevedendo la nuova fattispecie di «Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza» e abrogando le precedenti norme (del d. lg. 58/1998) in materia.

Le principali e "originali" fattispecie criminose introdotte o rinnovellate dal d. lg. 58/1998 possono essere senza dubbio considerati il delitto di *abusivismo* (art. 166), punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni e la multa da 2.065 a 10.329 euro, e consistente nel fatto di chi svolge servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio ovvero offre, promuove o colloca mediante tecniche di comunicazione a distanza strumenti o servizi d'investimento, senza esservi abilitato; la contravvenzione di *gestione infedele* (art. 167), punita con l'arresto da sei mesi a tre anni e l'ammenda da 5.164 a 103.291 euro, e consistente nel fatto di chi, nel servizio di gestione di portafogli di investimento individuali o di gestione collettiva del risparmio, pone in essere operazioni che arrecano danno agli investitori, in violazione delle disposizioni regolanti conflitti di interesse; il delitto di *irregolare acquisto di azioni* (art. 172), a carico degli amministratori di società quotate o di società da queste controllate i quali, senza osservare le modalità indicate dalla legge, acquistano azioni proprie della società o della società controllante, punito con la reclusione da sei mesi a tre anni più la multa da 206 a 1032 euro; il delitto di *abuso di informazioni privilegiate* (art. 180), riformulato rispetto alla originaria configurazione della fattispecie di *insider trading*

(introdotta nell'ordinamento italiano dall'art. 2 della legge 17 maggio 1991, n. 157), ampliando la cerchia dei possibili soggetti attivi del reato e prevedendo la pena della reclusione fino a due anni oltre alla multa da 10.329 a 309.874 euro.

Di ovvia attinenza al diritto penale dell'economia sono i *reati bancari*. In proposito, il decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385 ha delineato il nuovo *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, con cui sono state previste *ex novo* o parzialmente novellate diverse fattispecie criminose. Fra queste, il *falso interno bancario* (art. 137, comma 2, d. lg. 385/1993) e una *cospicua serie di ipotesi di abusivismo*, a cui viene attribuito un particolare rilievo. Si tratta delle fattispecie di abusiva attività di raccolta del risparmio (art. 130), di abusiva attività bancaria (art. 131), di abusiva attività finanziaria (art. 132) e di abusi di denominazione bancaria (art. 133): il *primo* reato rappresenta una *contravvenzione*, il *secondo* e il *terzo* configurano invece altrettanti *delitti*, mentre l'*ultima* ipotesi costituisce mero *illecito amministrativo*.

È da rilevare che il complesso dei reati bancari è stato notevolmente sfoltito a seguito della già accennata riforma dei reati societari, che ha "inglobato" nella nuova disciplina dell'art. 2638 *cod. civ.* la precedente, autonoma fattispecie di false comunicazioni alla Banca d'Italia (art. 134 d. lg. 385/1993), e nella rinnovata configurazione delle *false comunicazioni sociali* (c.d. falso in bilancio) la tradizionale figura tipica del *mendacio bancario* (art. 137, comma 1), così come la specifica ipotesi di *aggiotaggio bancario* (art. 138) nella più generale fattispecie di aggiotaggio di cui al *nuovo art. 2637 cod. civ.*

Escludiamo dalla nostra rassegna i reati *ambientali*, i reati *informatici* e i reati in materia *urbanistica*. I primi, in quanto il diritto penale ambientale ha ormai acquisito una propria fisionomia ed autonomia sistematica e dogmatica, che ne giustificano e quasi "impongono" una trattazione a sé stante, in ragione sia delle peculiarità dell'oggetto sia della vastità ed eterogeneità della normativa di riferimento. I secondi in quanto, nonostante il mercato utilizzi le tecnologie informatiche per realizzare gli scambi in maniera sempre più rapida ed efficiente, e quindi l'apparato informatico e telematico dell'impresa sia divenuto ormai comune "mezzo" e al tempo stesso "oggetto" di attività illecite, la oggettività giuridica di questi reati è estranea (se si esclude la frode informatica di cui all'art. 640-ter *cod. pen.*, che è collocata fra i delitti contro il patrimonio) alla *ratio* e alla materia economica, attingendo a interessi attinenti alla sfera personale dell'individuo, quali la libertà personale, la riservatezza e la segretezza nelle comunicazioni (v. artt. 615-ter, *quater*, *quinquies* e 617-*quater*, *quinquies*, *sexies* *cod. pen.*, introdotti, insieme all'art. 640-ter, dalla legge 23 dicembre 1993, n. 547). Per ciò che riguarda i reati in materia urbanistica, oltre alla loro meramente eventuale rilevanza economico-imprenditoriale, sono il grande tecnicismo e la notevole disorganicità delle norme di riferimento che non ne consentono qui nemmeno un rapido, puntuale cenno.

Si darà, invece, conto nei successivi paragrafi, delle più significative e recenti riforme che hanno coinvolto il diritto penale economico in Italia e della più tradizionale e “storica” manifestazione di criminalità economica.

6. *I reati tributari e la riforma del 2000.*

La riforma dei reati tributari, attuata con il d. lg. 74/2000, ha dato seguito alle istanze reiteratamente avanzate da studiosi ed operatori del diritto che, quasi unanimemente, auspicavano una radicale modifica della disciplina contenuta nella legge 7 agosto 1982, n. 516. Il legislatore del 1982 aveva adottato una linea di politica criminale ispirata ad una *ratio* di *repressione* e di *penalizzazione* generalizzata dei comportamenti illeciti in materia tributaria. Per la sua “filosofia panpenalistica” e il suo rigore sanzionatorio, la legge n. 516/1982 era (ed è tuttora) nota sia fra gli “addetti ai lavori” sia nei *media* e tra il pubblico come la legge delle “*manette agli evasori*”. Essa faceva, infatti, ampio e tipico uso del diritto penale in chiave meramente sanzionatoria, in base alla convinzione del legislatore che lo strumento criminale costituisca il miglior presidio all’osservanza della disciplina amministrativa degli obblighi tributari.

Il legislatore del 1982 ha così optato per fattispecie di reato cosiddette “a consumazione anticipata”, con cui non si puniva l’evasione fiscale vera e propria, ma soprattutto comportamenti normalmente prodromici ad essa, consistenti nella violazione degli obblighi precedenti e “preparatori” alla presentazione della dichiarazione dei redditi, come la tenuta e conservazione delle scritture contabili, l’annotazione nelle medesime dei ricavi, la registrazione degli stampati per la compilazione dei documenti di accompagnamento dei beni viaggianti. In tal modo, il legislatore rendeva del tutto autonomo il giudizio penale rispetto al giudizio tributario, in quanto in esso cessava di avere un qualsiasi valore l’accertamento del *quantum* d’imposta dovuto dal contribuente.

Ciò che acquistava rilevanza penale non era il risultato finale della condotta, ossia l’evento di danno dell’evasione fiscale, ma il mero pericolo (presunto) del suo verificarsi.

La normativa *de qua* si articolava su due livelli d’incriminazione: per un verso, la previsione di fattispecie contravvenzionali, con cui si perseguivano le violazioni degli obblighi formali (tali i fatti di cui all’art. 1, l. 516/1982); per altro verso, la configurazione di una serie di delitti a dolo specifico, volti a reprimere diverse ipotesi di frode fiscale, realizzate mediante falsità ideologiche, materiali o per soppressione (si vedano i fatti *ex art.* 4 l. 516/1982).

Una prassi applicativa quasi ventennale e le ripetute critiche della dottrina, hanno però ampiamente evidenziato gli errori di valutazione del legislatore del 1982, mettendo a nudo le carenze di un impianto repressivo che il più delle volte finiva col focalizzare l’intervento punitivo su comporta-

menti del tutto estranei e preliminari all'evasione d'imposta, e che ha completamente fallito l'obiettivo di debellare o anche solo di contrastare efficacemente il fenomeno dell'evasione fiscale.

La nuova disciplina introdotta con il d. lg. 74/2000 si propone di ovviare ai suddetti inconvenienti, recuperando la dimensione realmente offensiva delle condotte selezionate come penalmente rilevanti e utilizzando la sanzione amministrativa per la maggior parte delle violazioni relative all'accertamento e al procedimento tributario. Ciò è stato fatto in conformità alle direttive della legge-delega 29 giugno 1999, n. 205 che, all'art. 9, statuiva di «prevedere un ristretto numero di fattispecie, di natura sostanzialmente delittuosa..., caratterizzate da rilevante offensività per gli interessi dell'erario e dal fine di evasione o di conseguimento di indebiti rimborsi d'imposta». In attuazione a tali criteri direttivi, il nuovo sistema realizza una vera e propria inversione di rotta, limitando la repressione penale ai soli fatti correlati, sia sotto il profilo oggettivo sia sul versante soggettivo, alla effettiva lesione degli interessi fiscali, con contestuale rinuncia alla criminalizzazione delle violazioni meramente "formali" e "preparatorie". Esso risulta, pertanto, imperniato su di un ristretto "catalogo" di fattispecie criminose, connotate da *rilevante offensività* e da *dolo specifico*: fattispecie che, proprio per tali loro caratteristiche, vengono configurate in forma esclusivamente delittuosa e sono assoggettate ad un regime sanzionatorio di significativa rilevanza.

Non più, dunque, reati di pericolo presunto, a consumazione anticipata, realizzabili *in itinere* nel corso dell'anno fiscale, ma *delitti di danno* o di *pericolo concreto*, aventi ad oggetto la *dichiarazione annuale* prevista ai fini delle imposte dirette o sul valore aggiunto.

Restano, pertanto, prive di rilievo penale le violazioni tributarie "a monte" della dichiarazione medesima, quali, ad esempio, le omesse fatturazioni o annotazioni in contabilità di corrispettivi e, *a fortiori*, le mere irregolarità nella tenuta delle scritture contabili.

Il nuovo sistema sanzionatorio si impernia fondamentalmente su *tre tipologie criminose*, in cui il legislatore del 2000 ha identificato e tipizzato la violazione dell'obbligo di veritiera ostensione della situazione reddituale e della base imponibile: esse costituiscono il "cuore" del rinnovato impianto repressivo. Si tratta, specificamente: a) della *dichiarazione fraudolenta*, cioè di una dichiarazione non solo mendace, ma caratterizzata altresì da un peculiare coefficiente di "insidiosità", che la rende particolarmente pericolosa ed "offensiva"; b) della *dichiarazione infedele*, la cui struttura è analoga a quella precedente, tranne che per l'assenza del requisito della fraudolenza; c) dell'*omessa dichiarazione*, che in termini di lesività è sostanzialmente da equiparare alla dichiarazione infedele, distinguendosene per la natura omisiva della condotta.

Il delitto di *dichiarazione fraudolenta* è previsto in *due diverse norme* incriminatici, che descrivono *distinte forme* di realizzazione del reato. La *prima* consiste nella indicazione in una delle dichiarazioni annuali di

elementi passivi fittizi, suffragando la falsa indicazione con l'utilizzo di fatture o di altri documenti per operazioni inesistenti (art. 2 d. lg. 74/2000); la *seconda* ipotesi di dichiarazione fraudolenta si configura quando vengono indicate in una delle dichiarazioni annuali elementi attivi di ammontare inferiore a quello effettivo o elementi passivi fittizi, sulla base di una falsa rappresentazione nelle scritture contabili obbligatorie e avvalendosi di mezzi fraudolenti idonei ad ostacolare l'accertamento (art. 3 d. lg. 74/2000). Il delitto di *dichiarazione infedele* si realizza, invece, mediante una (mera) condotta attiva mendace, che si traduce nella indicazione in una delle dichiarazioni annuali di elementi attivi di ammontare inferiore a quello effettivo o di elementi passivi fittizi (art. 4 d. lg. 74/2000). Infine, il delitto di *omessa dichiarazione* consiste nella pura e semplice omissione, da parte di chi vi è obbligato, di una delle dichiarazioni annuali relative alle imposte dirette o all'IVA (art. 5 d. lg. 74/2000).

In tutte le diverse ipotesi di reato su indicate è richiesto *l'elemento soggettivo del dolo specifico*, consistente nella finalità di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto. Si registra, invece, una importante differenza, sotto il profilo sanzionatorio, tra le fattispecie di dichiarazione fraudolenta di cui agli artt. 2 e 3 e gli altri delitti di cui agli artt. 4 e 5. Per le prime è prevista, infatti, una pena particolarmente severa, consistente nella reclusione da un anno e sei mesi a sei anni, e che, ad avviso di parte della dottrina, appare eccessivamente elevata e di dubbia coerenza sul piano sistematico, nonostante la indubbia maggiore gravità oggettiva dei fatti tipici; negli altri casi *ex artt. 4 e 5*, la pena è, in misura assai più ridotta, contenuta fra uno e tre anni di reclusione.

Nella prospettiva "ideologica" di fondo, diretta al contenimento dell'impiego della sanzione penale, tutte le fattispecie fin qui esaminate — fatta eccezione soltanto per quella di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti (art. 2) — vengono sottoposte e subordinate nella loro applicazione a *soglie di punibilità* (o di *rilevanza*) rivolte a limitare l'intervento punitivo ai soli illeciti di notevole significato economico e, conseguentemente, a deflazionare il carico dei procedimenti penali. Le suddette soglie vengono determinate dalla legge in relazione al duplice parametro del valore dell'imposta evasa e (congiuntamente) dell'ammontare complessivo degli elementi attivi sottratti alla imposizione.

In linea con l'obiettivo di non anticipare troppo la soglia della punibilità, arretrandola sino a momenti ed atti privi di reale offensività, e, contemporaneamente, nella prospettiva politico-criminale volta a favorire il "ravvedimento" del reo, l'art. 6 d. lg. 74/2000 *esclude* espressamente la punibilità a titolo di *tentativo* per i delitti di cui agli artt. 2, 3 e 4 (riguardo al delitto di omessa dichiarazione *ex art. 5*, il legislatore non ha esplicitato la sua volontà in tal senso, probabilmente sulla base del — non pacifico — presupposto dogmatico della non ammissibilità del tentativo nei reati omissivi propri).

7. La riforma dei reati societari e la “depenalizzazione” del falso in bilancio.

La riforma dei reati societari, pur se (di poco) posteriore a quella dei reati tributari, vanta comunque una “priorità” giuridica e politico-criminale, sia per le disparate e “violente” reazioni che ha suscitato fra gli operatori e gli addetti ai lavori sia per l’impatto che ha avuto anche sull’opinione pubblica, per motivi politico-ideologici e ragioni di carattere “tecnico”-sistematico.

Non c’è dubbio, infatti, che il coinvolgimento di diversi personaggi politici appartenenti o vicini all’attuale maggioranza di Governo in vicende giudiziarie ancora aperte e pendenti davanti ai giudici abbia inevitabilmente contribuito ad accrescere il clamore attorno ad un intervento legislativo che ha “cambiato le carte in tavola” a favore di “imputati eccellenti”. Inoltre, l’interesse particolare sollevato dal decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61 si spiega con la centralità che occupa nel contesto della riforma una figura di reato — quella di false comunicazioni sociali — che da almeno un decennio godeva di un notevole “successo giudiziario”, anche, ma non solo, per l’utilizzo “strumentale” che sovente ne aveva fatto la magistratura, come “*passe-partout*” per scoprire e punire altri e più gravi fatti di reato (come il riciclaggio e l’usura).

Proprio alle *false comunicazioni sociali* o — per usare una definizione più corrente — al *falso in bilancio* il legislatore del 2002 ha dedicato un’attenzione particolare, modificandone completamente la configurazione letterale e la struttura sostanziale.

Sotto il primo aspetto, il reato era precedentemente previsto in un’unica norma incriminatrice (l’art. 2621 del codice civile) che descriveva una sola fattispecie e delineava il fatto in termini di delitto. Il d. lg. 61/2002 ha, invece, distinto la figura criminosa in *due diverse ipotesi* di reato: l’art. 2621 cod. civ. prevede, infatti, ora, l’*ipotesi-base* di false comunicazioni sociali, strutturata in forma di *reato di pericolo concreto*, avente natura di *contravvenzione*, perseguibile *d’ufficio* e con oggettività giuridica tuttora incentrata sul bene dell’*informazione societaria*; l’art. 2622 cod. civ., a sua volta, disciplina l’ipotesi “aggravata”, configurata in termini di *reato di danno*, costituente *delitto*, perseguibile soltanto *a querela* della persona offesa e assumente ad oggetto giuridico l’*interesse patrimoniale* dei soci e dei creditori. In entrambi i casi, la condotta tipica è la medesima, come pure identico è l’elemento psicologico del reato; il differente trattamento sanzionatorio e il diverso regime di procedibilità sul piano processuale sono dovuti alla circostanza che si sia o non si sia verificato l’evento consistente nel *danno patrimoniale* per i soci o i creditori, che caratterizza soltanto la fattispecie delittuosa dell’art. 2622. Nell’ambito di quest’ultima norma viene effettuata, poi, una ulteriore distinzione, a seconda che il fatto di reato sia realizzato nel contesto di società *non quotate* ovvero *quotate* in Borsa: nel primo caso, la pena è la reclusione da sei mesi a tre anni e il delitto è procedibile a querela dell’offeso, mentre nel secondo la pena è aumentata, oscillando fra uno e quattro anni, e il delitto diventa procedibile d’ufficio.

Quanto esposto consente già di effettuare i seguenti rilievi. Anzitutto, si riscontra che la *pena* prevista, anche nella più grave ipotesi delittuosa, risulta, comunque, *inferiore* rispetto a quella dell'originario art. 2621 cod. civ., che consisteva nella reclusione da uno a cinque anni e nella multa da due a venti milioni di lire. La notevole riduzione di pena, oltre al "beneficio in sé" che rappresenta, comporta un altro non meno significativo "effetto indotto" favorevole al reo, abbassando in maniera drastica il termine necessario per la *prescrizione* del reato che, nell'ipotesi-base, dai precedenti *dieci* anni si riduce ai soli *tre* anni attuali. Balza, inoltre, evidente agli occhi il paradosso legislativo per cui il reato *meno grave* (la contravvenzione dell'art. 2621) è perseguibile *d'ufficio* dal pubblico ministero, mentre il fatto *più grave* (il delitto dell'art. 2622) è procedibile solo *a querela* della persona offesa, con una inspiegabile inversione logica nell'ordine di priorità tra le due fattispecie e con la concreta possibilità che, attraverso accordi privati tra le parti interessate (l'amministratore — autore del reato e il socio o creditore — persona offesa) si finisca con il paralizzare l'esercizio dell'azione pubblica anche per il reato meno grave.

I *soggetti attivi* del reato sono gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori di società, mentre sono esclusi i promotori e i soci fondatori, che venivano invece puniti in base alla precedente normativa.

Il *fatto materiale* si realizza mediante una condotta che può assumere sia la *forma attiva* sia quella *omissiva*. La *prima* consiste nella esposizione di fatti materiali non rispondenti al vero, anche se oggetto di valutazioni; la *seconda* nella omissione di informazioni la cui comunicazione è imposta dalla legge. Le informazioni debbono riguardare la situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene. La condotta così descritta non è, però, già di per sé punibile, ma lo diviene soltanto quando possieda una particolare attitudine ingannatoria, in quanto la legge richiede che essa venga posta in essere *in modo idoneo a indurre in errore* i destinatari dell'informazione. Costruendo la fattispecie in forma così "vincolata", attraverso l'inserimento di questo ulteriore requisito, il legislatore ha voluto porre un freno al processo di dilatazione precedentemente operato dalla giurisprudenza nella determinazione dei confini di rilevanza penale del falso in bilancio.

In questa prospettiva di "contenimento" dell'ambito di applicazione della fattispecie deve essere valutata anche la specificazione dell'*oggetto materiale*, individuato ora solamente nei bilanci, nelle relazioni e nelle altre comunicazioni «*previste dalla legge*», mentre prima acquistavano rilievo tutte le comunicazioni sociali, indistintamente designate; inoltre, oggi, gli artt. 2621 e 2622 cod. civ. restringono ulteriormente la rilevanza penale delle comunicazioni sociali a quelle sole che siano «*dirette ai soci o al pubblico*», con esclusione quindi delle comunicazioni cosiddette "intraorganiche" ed "interorganiche". Anche la riformulazione dell'*elemento soggettivo* del reato è ispirata all'obiettivo di circoscrivere il raggio d'azione delle norme incriminatrici: ai fini della

sussistenza del reato, si richiede, infatti, che la condotta illecita sia posta in essere «*con l'intenzione di ingannare i soci o il pubblico e al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto*»; l'elemento soggettivo si connota, dunque, contemporaneamente in termini di *dolo intenzionale* e di *dolo specifico*.

Infine, la *ratio favorabilis* per il reo, che ha ispirato il legislatore riformista, si è espressa nella introduzione della novità forse più significativa e controversa della disciplina del falso in bilancio, che ha indotto parte della dottrina a parlare di una vera e propria *depenalizzazione* del reato *de quo*. Facciamo riferimento alle cosiddette “*soglie di rilevanza*” del fatto. Si tratta della fissazione di predeterminati *limiti quantitativi* che il fatto di reato deve attingere per essere punito. In altri termini, la falsa comunicazione sociale potrebbe essere integrata in tutti i suoi elementi tipici, oggettivi e soggettivi, ma purtuttavia restare impunita qualora le falsità o le omissioni, che costituiscono il reato, non provochino il risultato finale di uno scarto sensibile fra la situazione economica, patrimoniale o finanziaria falsamente rappresentata e la situazione reale oppure quello della variazione di determinati indicatori economici oltre i valori fissati dalla legge stessa. Tali valori sono quelli del 5% dell'utile di esercizio al lordo delle imposte e/o dell'1% del patrimonio netto della società.

Siamo, dunque, in presenza, secondo la *voluntas legis*, di *cause di esclusione della punibilità* o, usando un'altra denominazione, di *condizioni negative di punibilità*, che hanno suscitato reazioni contrastanti in dottrina, essendo viste da taluni come opportuni limiti alle capacità espansive della fattispecie e, viceversa, considerate da altri un comodo e impunito mezzo, utile ad agevolare la illecita prassi della corruzione mediante la formazione di “fondi neri” e la dazione di “tangenti”.

Nonostante la contestata riforma del falso in bilancio abbia catalizzato e quasi monopolizzato il dibattito sulla nuova legge in materia di reati societari, le novità in essa contenute non si limitano certo a questo, ma toccano numerosi altri aspetti della materia.

Delle tante e profonde innovazioni prodotte dal d. lg. 61/2002, merita una particolare segnalazione quella consistente nella creazione *ex novo* della fattispecie di reato denominata «*Infedeltà patrimoniale*» (configurata nel nuovo art. 2634 cod. civ.), che risponde alle reiterate sollecitazioni della dottrina la quale, da tempo, auspicava l'introduzione nel sistema di una fattispecie generale di infedeltà patrimoniale. Il legislatore ha, però, soddisfatto solo in parte le aspettative dottrinali, poiché ha delineato soltanto una fattispecie “settoriale”, per il contesto societario, che va ad aggiungersi all'altra figura criminosa “di settore” della «*gestione infedele*», prevista a carico dell'intermediario finanziario dall'art. 167 del già menzionato decreto legislativo n. 58/1998. Il legislatore italiano non ha, pertanto, seguito, fra gli altri, l'esempio di quello tedesco che, viceversa, ha configurato il reato in termini generali nella fattispecie di «*Untreue*», di cui al paragrafo 266 *StGB*.

Il reato di infedeltà patrimoniale previsto dall'art. 2634 cod. civ. consiste nel fatto degli amministratori, dei direttori generali e dei liquidatori, i quali, in una situazione di conflitto di interessi con la società, compiono o concorrono a deliberare atti di disposizione dei beni sociali, cagionando intenzionalmente un danno patrimoniale alla società, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto. La pena è della reclusione da sei mesi a tre anni, e si procede a querela della persona offesa. Si tratta, dunque, di un reato di *azione con evento di danno*, caratterizzato (e quasi "garantito") da un "doppio dolo": quello *intenzionale* (in relazione alla causazione del danno-evento) e quello *specifico* (in relazione al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto).

L'art. 2634, al comma 3, precisa poi, opportunamente, che non dovrà comunque considerarsi ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi effettivamente conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo.

Quest'ultima disposizione assume un significato particolare, in quanto è la prima volta che le relazioni di "collegamento" o di "appartenenza" al gruppo di società assumono una così decisiva rilevanza in ambito penalistico. In precedenza, vigente la norma oggi abrogata sul conflitto d'interesse (art. 2631 cod. civ.) era molto discussa in dottrina e giurisprudenza la punibilità dell'amministratore di una società del gruppo che operasse "contro" l'interesse della "propria" società a vantaggio di altre società dello stesso gruppo, e i limiti della sua "impunità" venivano individuati in termini assai angusti.

L'attuale art. 2634 cod. civ. circoscrive, dunque, la rilevanza penale dei fatti di infedeltà a quelli soli che vengano realizzati in un contesto di conflitto d'interessi, e cerca di ordinare e razionalizzare le previgenti, disparate previsioni che conferivano vario rilievo penale a situazioni di conflitto.

L'art. 2635, infine, configura e punisce una particolare forma di infedeltà da parte di amministratori, direttori generali, liquidatori e responsabili della revisione i quali, a seguito di dazione o promessa di utilità, compiono od omettono atti, in violazione dei loro doveri d'ufficio, cagionando nocumento alla società. Come si vede, si tratta di una ipotesi "impropria" di infedeltà, poiché la norma è orientata più in chiave di protezione del patrimonio sociale che non di tutela del "dovere di fedeltà" al mandato ricevuto da parte degli autori dell'illecito. La fattispecie, dunque, risulta modellata piuttosto sullo schema del reato di corruzione propria (art. 319 cod. pen.), che è tipico del pubblico ufficiale contro la pubblica amministrazione. Viene, pertanto, introdotta una ipotesi di corruzione realizzata dal "privato", che presenta alcuni tratti peculiari e distintivi rispetto alla fattispecie "pubblica", tra cui *in primis* l'evento di danno patrimoniale (oltre, ovviamente, alla diversa "natura" del soggetto attivo del reato).

8. La responsabilità amministrativo-penale delle persone giuridiche.

Per completare il panorama delle principali novità legislative, si deve necessariamente menzionare quella che, sia sotto il profilo politico-criminale sia dal punto di vista dogmatico sia nella prospettiva dei principi e nella dinamica del sistema penale (*rectius*: dell'intero ordinamento), ha rappresentato sicuramente la novità più "sconvolgente" (nel senso stretto del termine) nel quadro normativo di contrasto alla criminalità economica.

Infrangendo un *tabù* bimillenario, nella tradizione giuridica romanistica, il decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 ha, infatti, abbandonato il canone *societas delinquere non potest*, introducendo nell'ordinamento italiano una forma di *responsabilità* per illecito dipendente da reato *delle persone giuridiche*, con cui è stata attuata una vera e propria "rivoluzione copernicana".

Va, però, subito precisato che con il d. lg. 231/2001 si realizza una rivoluzione culturale e giuridica solo "a metà". Pur non sussistendo — come si legge nella stessa Relazione governativa al decreto — insuperabili controindicazioni alla creazione di una vera e propria *responsabilità penale* degli enti, tuttavia il legislatore ha preferito ispirarsi a maggiore cautela, ed ha optato per un tipo di *responsabilità amministrativa*. Poiché, però, tale responsabilità consegue da reato, è stata ancorata nel decreto legislativo alle garanzie del *processo penale*. Questo "ibrido" o — usando altri termini — questo compromesso, fra il tipo di responsabilità e della relativa sanzione, da un lato, e la natura e i poteri dell'autorità rispettivamente chiamata ad accertarla ed irrogarla, dall'altro, ha finito con l'influenzare profondamente l'essenza stessa e la disciplina dell'illecito e della sanzione, che divergono significativamente dal paradigma di illecito amministrativo così come scolpito dalla legge generale di riferimento in materia (legge 24 novembre 1981, n. 689). Ne è, così, scaturito un *tertium genus*, che coniuga i caratteri essenziali del sistema penale e di quello amministrativo, nel tentativo di contemperare l'obiettivo dell'efficacia preventiva della sanzione con le esigenze della massima garanzia assicurata dal procedimento giudiziario.

Sussistono, però, fondate ragioni per dubitare della bontà della scelta di fondo del legislatore e della reale idoneità della medesima a perseguire effettivamente gli obiettivi che si propone. È noto, infatti, che l'efficacia preventiva della sanzione è strettamente e direttamente connessa alla certezza e prontezza della sua irrogazione che, se affidata all'autorità amministrativa, rende l'obiettivo certamente più plausibile, proprio per l'assenza di "terzieta" (e, quindi, per il *deficit* di garanzia) dell'organo giudicante. Ci si sarebbe, quindi, potuti (o dovuti) attendere dal legislatore una scelta più coraggiosa e netta, a favore dell'una o dell'altra opzione. Se, nel sanzionare i comportamenti illeciti, direttamente riconducibili e ascrivibili all'ente, il legislatore voleva privilegiare rapidità ed effettività della sanzione, si sarebbe dovuto più chiaramente e decisamente orientare verso una forma di responsabilità prettamente amministrativa. Se, viceversa, considerate anche le

possibili ricadute economiche e le delicate implicazioni politico-sociali di una diretta attribuzione di responsabilità agli enti, il legislatore avesse inteso indirizzare primariamente la propria sollecitudine verso le istanze di garanzia, allora sarebbe stato “intellettualmente” più “onesto” ammettere che la responsabilità e la sanzione per le quali predisponeva le garanzie tipiche del processo e della materia penale avevano esse stesse natura e denominazione penale.

Il *tertium genus*, frutto della voluta ambiguità legislativa, sembra riflettere un principio ispiratore che, mediando fra il tradizionale canone *societas delinquere non potest* e la rivoluzionaria regola *societas puniri potest*, potrebbe tradursi nella formula *societas delinquere potest, sed puniri — stricto sensu — non debet*.

Passando ad una rapida analisi dei contenuti del decreto legislativo n. 231/2001, i *soggetti destinatari* vengono individuati (dall'art. 2) negli enti forniti di *personalità giuridica* e nelle *società e associazioni* anche *prive* di personalità giuridica. La responsabilità non è, dunque, circoscritta alle sole persone giuridiche, ma viene estesa anche ai soggetti sprovvisti di personalità giuridica: per questo il legislatore ha, coerentemente, usato la più generica locuzione «responsabilità degli *enti*». Sono così inclusi anche soggetti in cui il “diaframma” dell'ente rispetto ai soci o agli associati risulta carente in termini di autonomia patrimoniale (per esempio, le cosiddette “società di persone”). Il comma 3 dell'art. 2 d. lg. 231/2001 *esclude* dall'applicazione delle disposizioni in oggetto lo Stato, gli enti pubblici territoriali (regioni, province e comuni), gli altri enti pubblici non economici (per esempio, le aziende ospedaliere, gli istituti scolastici, le Università) nonché gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale (per es., sindacati e partiti politici).

Per quanto concerne i *criteri di imputazione* della responsabilità, l'ente risponde per i reati commessi *nel suo interesse o a suo vantaggio* da persone che rivestono *funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione* dell'ente o di una sua unità organizzativa autonoma nonché da persone che esercitano, *anche di fatto*, la *gestione* e il *controllo* dello stesso; da persone che sono soggette alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti indicati (art. 5, comma 1, d. lg. 231/2001). L'ente *non risponde* se gli autori del reato hanno agito nell'interesse proprio o di terzi (art. 5, comma 2).

La responsabilità, inoltre, è *esclusa* se l'ente prova che: *a)* l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; *b)* il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo; *c)* le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; *d)* non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organo a ciò addetto (art. 6 d. lg. 231/2001).

La responsabilità dell'ente *sussiste* anche quando l'autore del reato *non è stato identificato* o *non è imputabile* ovvero quando il reato si è *estinto* (per una causa diversa dall'amnistia).

Il *sistema sanzionatorio* delineato dal d. lg 231/2001 comprende una serie di sanzioni che, in base alle categorie propriamente penalistiche, potrebbero essere distinte in pene principali (la *sanzione pecuniaria*), pene accessorie (le *sanzioni interdittive* — che rientrano anche nel *genus* delle misure cautelari — e la *pubblicazione della sentenza*), misure di sicurezza (la *confisca*, inquadrabile anche come misura di prevenzione). In questo catalogo, il “*primato*” spetta alla *sanzione pecuniaria*, che viene applicata come *regola* e in via principale: dispone, infatti, l'art. 10, comma 1 che: “Per l'illecito amministrativo dipendente da reato si applica sempre la sanzione pecuniaria”. Sono, poi, precisati i criteri di applicazione, disponendosi che: «La sanzione pecuniaria viene applicata *per quote* in numero non inferiore a cento né superiore a mille. *L'importo della quota* va da un minimo di 258 a un massimo di 1.549 euro» (art. 10, comma 2 e 3), ed è fissato sulla base delle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente, allo scopo di assicurare l'efficacia della sanzione (art. 11). Il *numero delle quote* è determinato dal giudice tenendo conto della gravità del fatto, del grado di responsabilità dell'ente, nonché dell'attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto o per prevenire la commissione di ulteriori illeciti. Il legislatore abbandona, dunque, il tradizionale sistema a “*somma complessiva*”, adottato dal codice penale per la pena pecuniaria e dalla legge n. 689/1981 per la sanzione amministrativa, ricorrendo invece al nuovo sistema “*per quote*”, nel tentativo di meglio conciliare le istanze e gli effetti connessi ai diversi indici di commisurazione della gravità oggettiva e soggettiva del fatto, da un lato, e delle condizioni economiche (e patrimoniali) dell'autore-responsabile, dall'altro.

Le *sanzioni interdittive*, a loro volta, sono diverse, e variano dalla interdizione all'esercizio dell'attività (che è la più grave) al divieto di pubblicizzare i beni o servizi (art. 9, comma 2). Esse sono *complementari* alla sanzione pecuniaria, e si applicano (solo) in relazione ai reati per i quali sono espressamente previste, quando l'ente ha tratto dal reato un profitto di rilevante entità e il reato è stato commesso da soggetti in posizione apicale ovvero in caso di reiterazione degli illeciti (art. 13).

Al fine di accrescerne l'efficacia sotto il profilo specialpreventivo, le sanzioni interdittive hanno ad oggetto la specifica attività alla quale si riferisce l'illecito dell'ente (rispetto alla quale, sono, quindi, omogenee), e il giudice ne determina il tipo e la durata sulla base degli stessi criteri indicati per la sanzione pecuniaria (art. 14).

Infine, va messo in luce che la responsabilità degli enti, soggetta ad una accurata disciplina quanto ai principi direttivi, alle regole di attribuzione e alle conseguenze sanzionatorie, risulta, sotto il profilo pratico-applicativo, di portata assai ridotta. Il decreto legislativo n. 231/2001 ricollega, infatti, la

responsabilità dell'ente ad un ristretto novero di *reati contro la pubblica amministrazione*, commessi da pubblici ufficiali (corruzione, concussione) e di *reati contro il patrimonio* della pubblica amministrazione, previsti nel solo codice penale (malversazione e indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato, truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico per il conseguimento di erogazioni pubbliche, frode informatica a danno dello Stato o di un ente pubblico) (artt. 24 e 25).

La ristrettezza del catalogo redatto dal legislatore — come ha sottolineato la dottrina — determina uno squilibrio tra la “parte generale”, sostanziale e processuale, del decreto legislativo n. 231/2001 e la “parte speciale”, ridotta ai soli artt. 24-25 e ai pochi reati in essi previsti.

La originaria cautela è stata comunque progressivamente (pur se non in modo eclatante) superata, prima con la introduzione (ad opera del decreto legge 25 settembre 2001, n. 350) nel d. lg. 231/2001 dell'art. 25-*bis*, che ha esteso la responsabilità degli enti alle ipotesi di delitti (di collocazione codicistica) in materia di falsità in monete, in carte di pubblico credito e in valori di bollo, e, successivamente, con la previsione dell'art. 25-*ter* (da parte del d. lg. 61/2002), con cui la responsabilità è stata ulteriormente ampliata ai reati societari *ex* artt. 2621 e seguenti cod. civ. così come riformulati dallo stesso d. lg. 61/2002. L'inserimento dei reati societari ha comportato anche l'opportuno mutamento della rubrica dell'apposita sezione (la III) del d. lg. 231/2001, che ora recita «Responsabilità amministrativa *da reato*» in luogo della primitiva dizione «Responsabilità amministrativa per reati previsti dal codice penale».

Il d. lg. 231/2001 ha subito una ulteriore modificazione ad opera dell'art. 3 della legge 14 gennaio 2003, n. 7, che ha introdotto l'art. 25-*quater*, rubricato «Delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico». Infine, l'art. 5, comma 1, della legge 11 agosto 2003, n. 228 (inserendo l'art. 25-*quinquies* d. lg. 231/2001) ha esteso la responsabilità degli enti alla commissione dei delitti contro la personalità individuale previsti e puniti dagli artt. 600, 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quater*, 600-*quinquies*, 601 e 602 cod. pen. (riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù, prostituzione minorile, detenzione di materiale pornografico, “turismo sessuale”, tratta di persone, acquisto o alienazione di schiavi).

Considerato il carattere del tutto innovativo della disciplina legislativa, è significativo riscontrare le prime (anche se non numerose) applicazioni giurisprudenziali. Segnaliamo, così, la decisione con cui il Tribunale di Pordenone ha ritenuto corretta la concessione delle circostanze attenuanti di cui all'art. 12, comma 2, lett. *a*) e *b*) d. lg. 231/2001 nel caso in cui la società abbia integralmente risarcito il danno arrecato alla pubblica amministrazione dal proprio legale rappresentante, condannato per delitto di tentata corruzione, ed abbia altresì comprovato l'adozione di modelli organizzativi idonei a prevenire la commissione di ulteriori reati (Trib. Pordenone, 11-11-2002, in *Dir. comm. internaz.* 2003, 193). Il giudice per le indagini preliminari

di Roma, a sua volta, ha affermato che, ai fini dell'applicazione delle misure cautelari, per escludere il pericolo di recidiva, può rilevare anche la istituzione *ex post*, da parte della società, di un adeguato modello di organizzazione e di gestione (GIP Roma, 4-4-2003, in *Cass. pen.* 2003, 2803). Infine, secondo la Corte di Cassazione, dall'ambito soggettivo di applicazione della normativa sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche sono escluse le imprese individuali, giacchè *ex art.* 2 d. lg. 231/2001 la disciplina *de qua* riguarda esclusivamente gli enti forniti di personalità giuridica, le società e le associazioni anche prive di personalità giuridica, vale a dire gli *enti collettivi*. Pertanto — conclude la Corte — la estensione delle previsioni del d. lg. 231/2001 anche nelle ditte individuali determinerebbe una inammissibile applicazione analogica in *malam partem* della legge (Cass. VI, 22-4-2004, n. 18941, in *www.altalex.com*).

9. Il sistema dei reati fallimentari.

Dalle autentiche “scosse telluriche” che hanno fatto vibrare le fondamenta del diritto penale economico, investendo i reati tributari, i reati societari, la responsabilità degli enti e toccando anche il settore dell'intermediazione finanziaria, è stato fino ad ora (quasi) del tutto risparmiato l'ambito dei reati fallimentari.

Il sistema italiano, tuttora delineato nella cosiddetta “legge fallimentare” (il Regio decreto 16 marzo 1942, n. 267), agli artt. 216 e seguenti, si ispira, nelle sue linee fondamentali, al modello francese del *Code de commerce* di Napoleone del 1807, e ruota attorno alla figura centrale della *bancarotta*, modulata secondo lo schema della configurazione nella duplice forma di *bancarotta fraudolenta* (art. 216 l. fall.) e di *bancarotta semplice* (art. 217 l. fall.). La relativa incriminazione è prevista solamente a carico dell'*imprenditore commerciale* (bancarotta c.d. *propria*: artt. 216-217) e degli *amministratori* e altri organi di società (c.d. *bancarotta impropria*: artt. 223-224); la punibilità dei fatti incriminati è subordinata alla *dichiarazione di fallimento*; la tecnica legislativa di redazione delle norme incriminatrici è essenzialmente quella *casistica*.

Oltre a queste, “importate” dal modello di Oltralpe, vanno segnalate ulteriori caratteristiche, come l'utilizzo dell'altra tecnica di costruzione della fattispecie detta “del rinvio”, che è addirittura plurimo o “a catena”, in quanto la norma richiamata dalla disposizione penale rinvia, a sua volta, ad altra norma che può contenere anche un rinvio ulteriore, con grosso *deficit* — come già segnalato — sotto il profilo della legalità-tassatività della legge penale.

Una nota che contraddistingue il diritto penale fallimentare è anche il grande rigore sanzionatorio: per la *bancarotta fraudolenta* (sicuramente il più grave fra i reati previsti) è stabilita la pena della reclusione da *tre a dieci*

anni, che può essere addirittura elevata a *tredici e quindici anni*, nel caso ricorra taluna delle circostanze aggravanti previste nell'art. 219 l. fall. La pena è la stessa sia per la bancarotta dell'imprenditore individuale sia per quella dell'amministratore o di altro organo della società, e non si differenzia nemmeno in relazione alla distinzione fra cosiddetta bancarotta *patrimoniale* o in senso stretto e bancarotta *documentale*. La prima ha per oggetto i beni dell'impresa o della società, e consiste in fatti di distruzione, occultamento, dissipazione, distrazione dei beni stessi; la seconda, che ricorda i *Buchdelikte* del sistema tedesco, si realizza mediante sottrazione, distruzione o falsificazione dei libri e delle altre scritture contabili.

Il vero snodo nevralgico della disciplina dei reati fallimentari, e della bancarotta in particolare, è rappresentato dalla definizione del ruolo della *sentenza di fallimento* nella struttura del reato e dalla delimitazione della cosiddetta "*zona di rischio penale*". Riguardo al *primo*, il dubbio verte sulla sua natura di *elemento costitutivo del reato* (come costantemente afferma la Corte di Cassazione) ovvero di *condizione obiettiva di punibilità* (secondo quanto sostiene in netta prevalenza la dottrina). È evidente che dall'una o dall'altra opzione discendono conseguenze decisive e opposte in merito alla sussistenza del rapporto causale e alla necessità del nesso psicologico tra i fatti tipici di bancarotta e il verificarsi del fallimento.

La possibilità (sostenuta decisamente dalla giurisprudenza) di punire fatti di bancarotta, anche se commessi in epoca remota rispetto alla dichiarazione di fallimento, quando l'imprenditore era ancora apparentemente *in bonis*, e a prescindere da qualsiasi legame eziologico e psicologico con il fallimento, dilata — con tutta evidenza — la "*zona di rischio*" in maniera incontrollata e incontrollabile, sottoponendo a sanzione (che può essere assai elevata, come si è visto) anche comportamenti privi di reale offensività al tempo della loro commissione.

I tentativi di recuperare legalità, offensività e colpevolezza nelle fattispecie di bancarotta muovono lungo due possibili direttrici. Una che cerca di delimitare i confini della zona di rischio valorizzando l'elemento psicologico del reato in termini di dolo specifico, individuato nel fine di arrecare pregiudizio ai creditori, finalità che — evidentemente — può concretamente sussistere solo in relazione a fatti commessi in prossimità del fallimento. L'altra strada percorribile si pone sul piano obiettivo e porta ad attribuire rilevanza penale solamente ai fatti realizzati quando si è manifestato il dissesto e/o a quelli che hanno determinato o concorso a determinare il dissesto stesso.

È stata questa seconda via ad essere imboccata con l'unica, recentissima novità legislativa che ha interessato il "microcosmo" della bancarotta. Anche in tal caso, il *novum* proviene dal decreto legislativo n. 61/2002 che, nel riformare i reati societari, ha opportunamente (e razionalmente) allungato il raggio della riforma alle norme sui reati fallimentari che richiamano reati societari. È stato, quindi, riformulato l'art. 223, comma 2, numero 1 della

legge fallimentare, che conteneva un poco oculato rinvio a talune norme incriminatrici societarie e che invece, ora, sancisce la punibilità di amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori che «hanno cagionato, o concorso a cagionare, il dissesto della società, commettendo alcuno dei fatti previsti dagli articoli 2621, 2622 [...] del codice civile».

Si tratta, per ora, dell'unica "onda" che "increspa il mare tranquillo" della normativa penal-fallimentare, ma potrebbe anche rappresentare la prima avvisaglia di una vera e propria tempesta in procinto di abbattersi sull'attuale sistema. Sono, infatti, in corso di elaborazione due nuovi progetti di riforma: uno che riguarda la legge fallimentare, l'altro che riscrive il codice penale. È duplice, quindi, la possibilità che anche i reati fallimentari acquistino presto un nuovo volto, e i primi tratti dei rinnovati lineamenti potrebbero essere proprio quelli disegnati, anticipatamente, per l'art. 223, comma 2, numero 1 dell'attuale legge fallimentare. Potremmo, così, trovarci di fronte a norme incriminatrici costruite con una tecnica di sintesi (in luogo dell'attuale modello casistico), aliene da meri rinvii a norme di altri rami dell'ordinamento (come sono, invece, sovente quelle vigenti) e formulate in modo da arricchire il fatto tipico dei necessari contenuti di reale offensività.

10. Il problema dell'amministratore di fatto.

La giurisprudenza e la dottrina maggioritaria non hanno mai espresso dubbi sulla responsabilità penale dei soggetti che, pur privi delle qualifiche formali richieste dalla legge, abbiano commesso reati svolgendo *di fatto* le attività ed esercitando *concretamente* i poteri connessi alle qualifiche stesse.

In particolare, per quanto concerne il delitto di bancarotta (ma le conclusioni valgono anche per il falso in bilancio e i reati analoghi), si afferma che, quando la legge indica i soggetti che possono commettere bancarotta nel fallimento delle società, si riferisce non già all'aspetto formale delle qualifiche di amministratore, direttore generale, sindaco e liquidatore, bensì alle *funzioni* inerenti a tali qualifiche e al loro *concreto* ed *effettivo* esercizio. Quando l'ordinamento penale assume nella fattispecie tipica determinate qualifiche giuridiche del soggetto agente, non si riferisce al dato formale, ma ad una posizione di fatto che, da un lato, consente la commissione del fatto, e, dall'altro, si inquadra in un vero e proprio abuso delle funzioni.

Si è, peraltro, precisato che, in assenza di una deliberazione regolare di nomina, amministratore di fatto non può essere ritenuto *sic et simpliciter* colui che si ingerisce comunque, genericamente o *una tantum*, nell'attività sociale, ma solo chi eserciti in concreto e con un minimo di continuità le funzioni proprie degli amministratori o una di esse, coordinata con le altre. Avuto riguardo all'oggetto dell'attività degli amministratori di una società di capitali, fra tali funzioni deve considerarsi in primo luogo il controllo della

gestione della società sotto il profilo contabile e amministrativo; a questa va poi aggiunta la gestione stessa, con riferimento sia all'organizzazione interna che all'attività esterna oggetto della società, con riferimento, in particolare, alla formulazione di programmi, alla individuazione delle scelte societarie, alla emanazione delle necessarie direttive e, per quanto concerne l'attività esterna, alle funzioni di rappresentanza.

Ovviamente, la responsabilità degli amministratori di fatto non esclude quella degli amministratori di diritto. La colpevolezza del legale rappresentante deve essere, però, esclusa quando la concreta gestione da parte dell'amministratore di fatto — quale *dominus* della società — sia così complessiva e sostitutiva, da ridurre l'amministratore legale ad un vero soggetto meramente nominale.

L'amministratore di fatto può dunque rispondere autonomamente di bancarotta (o di altro reato economico) quand'anche non sia ritenuto responsabile l'amministratore legale o altro organo ufficiale della società, in quanto egli è responsabile del reato non già quale *extraneus*, in concorso con gli organi legali della società, bensì quale diretto destinatario delle norme incriminatrici.

Sono numerose le decisioni della Corte di Cassazione e dei giudici di merito che si esprimono nei termini suddetti. Si vedano, fra le altre, nel corso di un ventennio: Cass. 6-2-1980, in *Giust. pen.*, 1980, II, 650; Cass., 8-10-1982, in *Cass. pen.*, 1984, 1690; Cass., 12-3-1984, in *Riv. pen.*, 1984, 978; Cass., 19-12-1986, in *Riv. pen.* 1988, 91; Cass., 8-10-1991, in *Mass. Cass. pen.*, 1992, 11, 88; Cass., 13-4-1992, in *Mass. Cass. pen.*, 1992, 12, 46; Cass., 17-1-1996, in *Cass. pen.*, 1997, 547; Cass., 30-1-1998, in *Guida dir.*, 1998, 21, 77; Trib. Milano, 29-11-1990, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1992, 221; Trib. Milano, 28-10-1998, in *Guida dir.*, 1998, 48, 77.

Anche in assenza di un'apposita disciplina legislativa, si è, dunque, formato e consolidato un chiaro e univoco orientamento sia in giurisprudenza che in dottrina (sia pure con le perplessità di qualche autorevole studioso).

Il legislatore del 2002, nel riformulare i reati societari, è intervenuto anche nella specifica materia in oggetto, introducendo, con l'art. 1 del già citato d. lg. 61/2002, il nuovo art. 2639 del codice civile. Quest'ultima norma dispone, fra l'altro, che: « Per i reati previsti dal presente titolo al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile è equiparato...chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione».

Si può, quindi, dire, in questo caso, che la legge si è adeguata (prendendone atto) alla prassi giudiziaria e agli insegnamenti della dottrina, adottando una formula che propone una "mediazione" fra la ricognizione in concreto dell'attività svolta e il modello normativamente fissato in astratto della qualifica o della funzione. Per evitare pericolose "fughe in avanti" nell'attribuzione della responsabilità penale (che talora si sono verificate nella

giurisprudenza), l'art. 2639 cod. civ. (aderendo, invece, a più equilibrate proposte interpretativo-applicative della Corte di Cassazione) richiede, intanto, che le mansioni svolte corrispondano alle attribuzioni previste dalla legge per una determinata figura. Non, dunque, una qualsiasi ingerenza consente di attribuire la responsabilità penale prevista per il soggetto munito della qualifica, ma solo quella che corrisponde alle attribuzioni che individuano il contenuto sostanziale essenziale della qualifica, determinando la collocazione istituzionale nella società della figura coinvolta.

In base alla formula dell'art. 2639 cod. civ., occorre inoltre che i poteri del soggetto privo della qualifica o della funzione siano esercitati *in modo continuativo e significativo*. Vengono, pertanto, legislativamente introdotti elementi sia di natura temporale sia di carattere contenutistico, per scongiurare la eventualità che episodi generici e saltuari di inserimento nell'attività sociale, del tutto marginali rispetto alla gestione complessiva della società, possano assurgere a fonte di responsabilità penale.

L'art. 2639 solleva, comunque, un interrogativo. Esso, infatti, dispone l'equiparazione fra il soggetto formalmente investito della qualifica e chi esercita (in modo continuativo e significativo) i poteri inerenti la qualifica «*per i reati previsti dal presente titolo*» (il Titolo XI del libro quinto del codice civile), cioè i reati societari riformati. L'applicazione della norma è, dunque, limitata a questi ultimi reati?

Secondo una interpretazione meramente letterale, indubbiamente sì. Una interpretazione logico-sistematica porta, invece, ad estendere la norma, anzitutto, alla fattispecie di bancarotta societaria prevista dall'art. 223, comma 2, n. 1 della legge fallimentare, che è costruita richiamando specifiche disposizioni incriminatrici di reati societari del codice civile. Inoltre, anche considerando i risultati cui precedentemente erano giunte giurisprudenza e dottrina, può ritenersi che l'art. 2639 cod. civ. sia applicabile *analogicamente* anche ai reati diversi da quelli ivi previsti, e *in primis* alla bancarotta in generale e agli altri reati fallimentari. Tenuto conto della prassi giurisprudenziale già da tempo instaurata, non potrebbe certamente parlarsi, in questo caso, di analogia in *malam partem*. In conclusione, nonostante la parzialità del riferimento letterale, l'art. 2639 cod. civ. sembra poter svolgere il ruolo di *norma generale* del sistema.

Accenniamo, infine, a quanto previsto ancora dall'art. 2639, che estende ulteriormente la equiparazione del soggetto titolare della funzione prevista dalla legge civile a «chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata». Quest'ultima parte della previsione acquista significato e rilievo in conseguenza della recentissima riforma del diritto societario, attuata con il decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6.

Per effetto di essa, al modello «*monistico*» di organizzazione societaria (che prevede la presenza di un consiglio di amministrazione e di un collegio sindacale) è stato affiancato il cosiddetto modello «*dualistico*», basato su di un consiglio di gestione e di un consiglio di sorveglianza. La disposizione

dell'art. 2639 consente, pertanto, di estendere la responsabilità penale prevista espressamente e specificamente per gli amministratori ai membri del consiglio di gestione (che ne costituiscono l'equivalente nel diverso modello di organizzazione) e la responsabilità penale legislativamente stabilita a carico dei sindaci ai corrispondenti membri del consiglio di sorveglianza.

Il criterio adottato in proposito nell'art. 2639 è quello della *identità sostanziale* della funzione (pur) in presenza di una diversa qualificazione legale della stessa. È evidente, peraltro, che non vi potrà mai essere perfetta e integrale coincidenza nelle funzioni, ed è quindi quasi "naturale" che si aprano spazi valutativi per l'interprete, con le conseguenti ricadute problematiche in tema di principi di determinatezza e di uguaglianza.

Soprattutto in materia di responsabilità penale omissiva nell'esercizio del potere-dovere di controllo, sarà importante verificare *funditus* la essenza delle funzioni attribuite al soggetto istituzionalmente "diverso" (ma omologo), per accertare la reale identità (parziale) di queste con quelle svolte dall'organo legale di riferimento. Le problematiche si accentuano e la necessità della suddetta verifica si fa ancora più stringente in relazione alla costituzione di nuovi e ulteriori organismi societari con funzioni di controllo, determinata dalla innovativa tecnica-procedura di *corporate governance*. Si pensi, ad esempio, ai comitati di controllo e ai comitati incaricati di pronunciarsi sulle nomine o sui compensi degli amministratori, attraverso i quali si vuole realizzare una organizzazione di controllo della società che tende a superare (almeno in parte) il modello tradizionale.

È, però, palese, in tutto ciò, il rischio di una possibile, ma inammissibile, estensione analogica della responsabilità penale.

BIBLIOGRAFIA

Per le linee generali del sistema penale economico: A. CARMONA, *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia*, CEDAM, Padova, 2002; A. DI AMATO, *Diritto penale dell'impresa*, Giuffrè, Milano, 1999; F. GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2004; E. PALOMBI, G. PICA, *Diritto penale dell'economia e dell'impresa*, 2 vol., UTET, Torino, 1996; C. PEDRAZZI, A. ALESSANDRI, L. FOFFANI, S. SEMINARA, G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Monduzzi, Bologna, 2000.

Per la riforma dei reati societari: AA. VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di A. ALESSANDRI, Ipsoa, Milano, 2002; AA. VV. *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, a cura di F. GIUNTA, Giappichelli, Torino, 2002; AA. VV., *I nuovi reati societari*, a cura di A. LANZI e A. CADOPPI, Cedam, Padova, 2002; AA. VV., *Via libera al nuovo falso in bilancio: meno spazi per il giudice penale*, in *Guida dir.* 2002, n. 16, p. 12 ss; AA. VV. *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. GIARDA e S. SEMINARA, Cedam, Padova, 2002; A. ALESSANDRI, *La riforma dei reati societari: alcune considerazioni provvisorie*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 993 ss.; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. I, 12^a

ed., Giuffrè, Milano, 2002; P. CAPELLO, *Dolo e colpa nei reati societari, tributari e fallimentari*, Cedam, Padova, 2002; I. CARACCIOLI, *Le nuove false comunicazioni sociali e la crisi dei beni giuridici indeterminati*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, p. 465 ss.; M. DONINI, *Abolitio criminis e falso in bilancio. Struttura e offensività delle false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622 c.c.) dopo il d. lg. 11 aprile 2002*, n. 61, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1240 ss.; F. GIUNTA, *La riforma dei reati societari ai blocchi di partenza. Prima lettura del d. lg. 11 aprile 2002*, n. 61, in *Studium Iuris*, 2002, pp. 695 ss., 833 ss.; G. LOZZI, *Successione di leggi penali e riforma dei reati societari*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 974 ss.; V. MILITELLO, *I reati di infedeltà*, in *Dir. pen. e processo*, 2002, p. 689 ss.; E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, Giuffrè, Milano, 2004; T. PADOVANI, *Il cammello e la cruna dell'ago. I problemi della successione di leggi penali relativi alle nuove fattispecie di false comunicazioni sociali*, in *Cass. pen.* 2002, p. 1598 ss.; D. PULITANÒ, *La riforma del diritto penale societario, fra dictum del legislatore e ragioni del diritto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 934 ss.; A. ROSSI, *La nuova tutela penale del capitale sociale*, in *Dir. pen. e processo*, 2002, p. 688 ss.; C. SANTORIELLO, *Il nuovo diritto penale delle società*, UTET, Torino, 2003; G. SCIUMBATA, *I reati societari*, Giuffrè, Milano, 2002; S. SEMINARA, *False comunicazioni sociali, falso in prospetto e nella revisione contabile e ostacolo alle funzioni dell'autorità di vigilanza*, in *Dir. pen. e processo*, 2002, p. 676 ss.

Per la riforma dei reati tributari: AA. VV. *Diritto penale tributario*, a cura di E. MUSCO, Milano, 2002; AA. VV., *Reati tributari: via libera dal 15 aprile all'era del dopo «Manette agli evasori»*, in *Guida dir.*, 2000, n. 14, p. 12 ss.; G. BELLAGAMBA, G. CORITI, *I nuovi reati tributari. Commento per articolo al d. lgs. 10 marzo 2000*, n. 74, Giuffrè, Milano, 2000; I. CARACCIOLI, *Reati fiscali: ritorna la forte tentazione di resuscitare la pregiudiziale tributaria*, in *Guida dir.*, 2000, n. 5, p. 13 ss.; G. FLORA, *Errore, tentativo, concorso di persone e di reati nella nuova disciplina dei reati tributari*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, p. 697 ss.; A. LANZI, *Le novità della riforma del sistema penale tributario*, in *Dir. pen. e processo*, 2000, p. 401 ss.; A. MANNA, *Prime osservazioni sulla nuova riforma del diritto penale tributario*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2000, p. 119 ss.; U. NANNUCCI, A. D'AVIRRO, *La riforma del diritto penale tributario*, CEDAM, Padova, 2000; P. PATRONO, *L'errore nel diritto penale tributario*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, p. 555 ss.; A. PERINI, *Verso la riforma del diritto penale tributario: osservazioni sulla legge di delegazione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1999, p. 680 ss.; G. TARANTINI, G. ESPOSITO, *La nuova disciplina dei reati tributari: gli effetti pratici della riforma introdotta con il d. lgs. n. 74/2000*, CEDAM, Padova, 2000.

Per la responsabilità da reato degli enti collettivi: AA. VV., *Responsabilità amministrativa delle imprese*, in *Guida dir.*, 2001, n. 26, p. 8 ss.; A. ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, p. 33 ss.; C. DE MAGLIE, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *Dir. pen. e processo*, 2001, p. 1348 ss.; G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, p. 1126 ss.; S. GENNAI, A. TRAVERSI, *La responsabilità degli enti*, Giuffrè, Milano, 2001; A. MANNA, *La c. d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, p. 501 ss.; E. MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, in *Dir. e giustizia*, 2001, n. 23, p. 8 e ss.; E. PALIERO, *Il d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi società delinquere (et puniri) potest*, in *Corriere giur.*, 2001, n. 7, p. 845 ss.; P. PATRONO, *Verso la soggettività penale di società ed enti*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, p. 183; M. PELLISERO, G. FIDELBO, *La "nuova" responsabilità amministrativa delle persone*

giuridiche, in *LP*, 2002, p. 575 ss.; C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, p. 571; D. PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 415 ss.

Per il sistema dei reati fallimentari: AA. VV., *I reati nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, a cura di E. CARLETTI, Utet, Torino, 1990; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. II, 11^a ed., Giuffrè, Milano, 2002; L. CONTI, *I reati fallimentari*, Utet, Torino, 1991; G. DELITALA, *Studi sulla bancarotta*, Cedam, Padova, 1935; M. LA MONICA, *I reati fallimentari*, Ipsoa, Milano, 1999; P. NUVOLONE, *Disciplina penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano, 1955; A. PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, Priulla, Palermo, 1957; C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in *Commentario Scaloja — Branca, Legge fallimentare*, Zanichelli, Bologna — Roma, 1995; A. PERINI, D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, Cedam, Padova, 2001; C. SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, Giappichelli, Torino, 2000.

ABSTRACT

The essay passes in review the main forms of economic crime in the penal system and gives a summary of the legislation in this context.

Il saggio esamina le principali figure di illecito penale in campo economico, tracciando un quadro sistematico della legislazione in materia.

LUCETTA DESANTI

DE DOMO SUA NEMO EXTRAHI DEBET

1. – Fra le più antiche manifestazione del diritto di asilo, a Roma, è lecito collocare l'immunità offerta dalla *domus*, dalla casa di abitazione privata⁽¹⁾.

Come si legge in un noto passo di Cicerone, la casa di ogni cittadino – destinata a raccogliere gli altari, le divinità, le cerimonie rituali – rappresentava un inviolabile *perfugium*; sicché, strappare qualcuno dalle pareti domestiche si poneva in contrasto con le norme del *fas* ⁽²⁾:

⁽¹⁾ Sebbene la tradizione attribuisca la fondazione di un asilo a Romolo (Liv. 1, 8, 5; DIO CASS. 47, 19; STRAB. 5, 3, 2; DION. HALIC. 2, 15; PLUT. *Rom.* 9) l'esistenza del diritto di asilo, per l'epoca regia e repubblicana, è stato messo in discussione [per esempio, E. CAILLEMER, s. v. *Asylia*, in CH. DAREMBERG, E. SAGLIO, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, I, Paris 1877 (rist. Graz 1962), 509 ss.], così come si è ritenuto improbabile che la protezione offerta dalla casa fosse riconducibile in tale ambito (J. M. POLAK, *The roman conception of the inviolability of the house*, in *Symbolae ad jus et historiam antiquitatis pertinentes Julio Christiano van Oven dedicatae*, Leiden 1946, 260 ss.). Diversamente G. CRIFÒ, s.v. *Asilo (diritto di)*, in *ED*, III, Milano 1958, 194 ss. e *Ricerche sull'exilium. L'origine dell'istituto e gli elementi della sua evoluzione*, in *Studi Betti*, II, Milano 1962, 251 ss. L'A., con plausibili argomentazioni, ha sostenuto la risalenza della nozione di asilo nell'esperienza romana, individuandone le più antiche manifestazioni sia nell'*exilium* sia, per l'appunto, nell'immunità accordata dalla *domus*. Il parallelismo tra i due istituti, sottolineato dall'A., emerge con particolare evidenza da QUINT. *Inst. orat.* 3, 6, 25: ... *an exulaverit, qui domi latuit*. Cfr. anche CIC. *in Vat.* 9, 22: ... *consuli domus exilium esse non potest*. Per uno sguardo complessivo sul fenomeno dell'asilo nel mondo antico, di recente, AA.VV., *Das antike Asyl. Kultische Grundlagen, rechtliche Ausgestaltung und politische Funktion* (Akten der Gesellschaft für griechische und hellenistische Rechtsgeschichte 15), hrsgs. M. DREHER, Köln 2003.

⁽²⁾ Proprio il riferimento alle norme del *fas* e alla nozione di *perfugium* (termine latino che si presta a tradurre il termine greco *asilia*) consentirebbero di rinviare all'idea di asilo: G. CRIFÒ, s.v. *Asilo*, cit., 195 s. e *Ricerche sull'exilium*, cit., 254 s. Cfr. anche CIC. *Catil.* 4, 1, ove la *domus* appare rappresentata come *commune perfugium*, ossia quale asilo inviolabile per ogni uomo: *Ego sum ille consul, patres conscripti, cui*

Cic. *dom.* 41, 109. Quid est sanctius, quid omni religione munitius quam domus uniuscuiusque civium? hic arae sunt, hic foci, hic di penates, hic sacra, religiones, caeremoniae continentur; hoc perfugium est ita sanctum omnibus, ut inde abripi neminem fas est.

La testimonianza, non isolata, sembrerebbe porre l'accento sul carattere sacro attribuito in antico alla *domus*, e sul fondamento religioso della immunità che essa garantiva⁽³⁾.

In effetti la casa, come è noto, era luogo dei culti domestici, sede del focolare, dei Lari e dei Penati, delle preghiere, delle cerimonie rituali⁽⁴⁾, ed era posta sotto la protezione di speciali divinità, che vegliavano su ogni angolo, in particolare sulla porta di accesso⁽⁵⁾. Pur non potendosi affermare con sicurezza che venisse annoverata fra le *res sanctae* (o che in tale ambito potessero includersi alcune sue strutture)⁽⁶⁾, non si può negare che

non forum in quo omnis aequitas continetur, non campus consularibus auspiciis consecratus, non curia, summum auxilium omnium gentium, non domus, commune perfugium, non lectus ad quietem datus, non denique haec sedes honoris umquam vacua mortis periculo atque insidiis fuit.

⁽³⁾ Si veda inoltre Cic. *dom.* 42, 109: *quae maiores nostri religionibus tuta nobis et sancta esse voluerunt*. Decisamente incline a scorgere nella dimensione sacrale della casa il fondamento della sua inviolabilità, J. M. POLAK, *The roman conception*, cit., 251 ss. Nella prospettiva dell'A., la casa sarebbe stata percepita, in antico, alla stregua di un tempio, e gli atti che ne violavano la pace si sarebbero tradotti in offese inaccettabili alle divinità domestiche. Sul significato simbolico e religioso della *domus*, cfr. anche R. P. SALLER, *Familia, Domus and the Roman Conception of the Family*, in *Phoenix*, 38 (1984), 349 ss.

⁽⁴⁾ Cfr., per tutti: FUSTEL DE COULANGES, *La città antica*, trad. ital., Firenze 1924, 29 ss.; A. DE MARCHI, *Il culto privato di Roma antica. I. La religione nella vita domestica*, Milano 1896 (rist. New York 1975), 27 ss.; P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, Romae 1959, 277 ss.; G. DUMÉZIL, *La religion romaine archaïque*, Paris 1966, 582 ss.; F. FABBRINI, s.v. "Res divini iuris", in *NNDI*, XV, Torino 1968, 524 s.; J. BAYET, *La religione romana. Storia politica e psicologica*, Torino 1992, 67 ss. Sulla persistente pratica di sacrifici e riti domestici, anche in epoca tarda: CTh. 9, 16, 1 (a. 319); CTh. 9, 16, 2 (a. 319); CTh. 9, 16, 1 (a. 320/21); CTh. 16, 10, 12 (a. 392).

⁽⁵⁾ La porta era dedicata al dio *Ianus* (D. SABBATUCCI, *La religione romana. Dal calendario festivo all'ordine cosmico*, Milano 1988, 13 ss.), mentre *Forculus*, *Cardea*, *Limentinus* furono gli dei della soglia (da *fores*, *cardo*, *limen*), sacra pure a Vesta; *Lateranus* era invece il dio del focolare. Non sono mancate opinioni favorevoli a considerare la porta, nonché le pareti domestiche, come vere e proprie entità sacre. Così, P. HUVELIN, *La notion de l'"iniuria" dans le très ancien droit romain*, Lyon 1903 (rist. Roma 1971), 44 ss. Cfr. P. MONCEAUX, s.v. *Domus*, in *DS*, II. 1, Paris 1892 (rist. Graz 1963), 337 ss.

⁽⁶⁾ A favore di questa idea, in particolare, J. M. POLAK, *The roman conception*, cit., 260 ss. Contra, viceversa, O. LICANDRO, 'In ius vocatio' e violazione di domicilio, in *SDHI*, 57 (1991), 207 ss., con ulteriore letteratura riportata alla nt. 13. Per quanto riguarda la citazione di mura e porte fra le *res sanctae*, in Gai. 2, 8, la circostanza non sembra rilevante perché il passo, secondo la comune inter-

essa – ancora in epoca repubblicana, e nelle testimonianze di Cicerone – suscitasse un profondo sentimento di rispetto religioso, che faceva apparire come sacrilega profanazione ogni estranea intrusione fra le sue mura.

A questo originario significato, del resto, se ne sarebbe sovrapposto progressivamente un altro: la casa intesa non già come santuario, ma come spazio territoriale autonomo, demandato alla signoria del *pater familias* ⁽⁷⁾. Una sorta di *pusilla res publica*, come la definiva Seneca ⁽⁸⁾, la cui quiete doveva essere preservata dalle minacce del mondo esterno, i cui confini non potevano essere impunemente oltrepassati, e nel cui ambito non erano ammesse azioni violente contro l'assenso e l'autorità del *pater*.

Certo è che l'intrecciarsi di simili concezioni, unitamente alla naturale esigenza di ognuno di trovare sicuro riparo nella propria dimora, aveva condotto ad attribuire alla *domus* una speciale tutela ⁽⁹⁾, sino a renderla il sicurissimo *perfugium* che Cicerone descriveva, ossia un vero luogo di asilo nel quale nessuno poteva fare ingresso non autorizzato e dal quale, soprattutto, nessuno poteva essere cacciato ⁽¹⁰⁾ o tanto meno estratto ⁽¹¹⁾.

pretazione, farebbe riferimento alla cinta muraria e alle porte della città. F. FABBRINI, *"Res divini iuris"*, cit., 524, sulla base del primitivo significato di *sacer/sakros*, nel senso di "esistente", "reale", intende invece la casa come *res sacra* per eccellenza.

⁽⁷⁾ F. M. DE ROBERTIS, *I limiti spaziali al potere del "pater familias"*, in *Labeo*, 29 (1983), 164 ss. Con più specifica attenzione al nostro tema, O. LICANDRO, *'In ius vocatio'*, cit., 228 ss., ritiene anzi che simili ragioni "di ordine laico", in epoca storica, fossero ormai prevalenti sulle originarie motivazioni di ordine sacrale, nel configurare la *domus* quale luogo inviolabile.

⁽⁸⁾ SEN. *ep.* 5, 57, 14. Ulteriori testimonianze letterarie accostano la *domus* alla *res publica*: CIC. *leg.* 3, 1, 3. Anche nelle fonti letterarie ed epigrafiche il termine *domus* appare spesso adoperato nel senso di "patria" (G. CALZA, s. v. *Domus*, in E. DE RUGGIERO, *Dizionario epigrafico di antichità romane*, II, rist. Roma 1961, 2061); basti pensare, del resto, alla locuzione *imperium domi militiaeque*. L'accostamento di *domus* a *imperium*, sotto il profilo dei confini, appare anche in Inst. 1, 12, 5.

⁽⁹⁾ In questa luce si giustificerebbero, secondo, J. M. POLAK, *The Roman conception*, cit., 254 ss., alcuni istituti del diritto arcaico: oltre al divieto di *in ius vocari de domo*, di cui ci occuperemo, le particolari modalità della *quaestio lance licioque* (dirette a evitare l'offesa delle divinità domestiche), la *obvagulatio*, la *pignoris capio*. Proprio la *quaestio lance licioque*, tuttavia, mette in evidenza che il diritto del cittadino di non essere disturbato nella propria casa poteva anche incontrare un limite, di fronte a esigenze oggettive della giustizia.

Per un raffronto con analoghe concezioni presenti nell'Egitto greco-romano, cfr. R. TAUBENSCHLAG, *The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri* (332 B. C. – 640 A. D.), Warszawa 1955², 599 ss. e *The Inviolability of Domicile in Greco-Roman Egypt*, in *Opera minora*, II, Warszawa 1959, 143 ss.

⁽¹⁰⁾ CIC. *pro Caec.* 12, 34, citato in QUINT. *Inst. or.* 5, 11, 32. Cicerone, invero, equiparava al fatto di espellere taluno dalla propria casa, con le armi, il fatto di impedirvi l'accesso.

⁽¹¹⁾ Sempre considerando l'opera di Cicerone, è nota l'invettiva contro Publio

Per meglio dire, se ritirarsi all'interno della propria casa, o magari presso la dimora di un potente ⁽¹²⁾, poteva talvolta offrire una semplice protezione di fatto, a fronte di attentati e persecuzioni ⁽¹³⁾, ovvero per l'accusato di un crimine ⁽¹⁴⁾, una vera e propria immunità fu invece sancita in relazione alle cause civili. Difatti, si ritenne inammissibile che il *vocandus* fosse citato in giudizio *de domo sua*, e comunque estratto dalla propria abitazione: implicitamente consentendo a costui di sfuggire al processo, al riparo delle pareti domestiche.

Questa disciplina, progressivamente definitasi soprattutto ad opera della

Vatinio per l'episodio che aveva coinvolto il console Marco Bibulo: Cic. *in Vat.* 9, 22. Costui, uomo moderato e fermo, per sfuggire alla furia del suo persecutore era stato costretto a ritirarsi in casa; ma il riparo offerto dalle pareti domestiche non aveva impedito che uno sgherro lo traesse fuori con la forza, per condurlo al supplizio, in dispregio del diritto – riconosciuto in ogni tempo ai privati – di esiliarsi in casa: ... *idemque tu cum his atque huius modi consiliis ac facinoribus nomine C. Caesaris, clementissimi atque optimi viri, scelere vero atque audacia tua, M. Bibulum foro, curia, templis, locis publicis omnibus expulisses, inclusum domi contineres, cumque non maiestate imperi, non iure legum, sed ianuae praesidio et parietum custodiis consulis vita tegetur, miserisne viatorem qui M. Bibulum domo vi extraheret, ut, quod in privatis semper est servatum, id te tribuno plebis consuli domus exsilium esse non posset?*

⁽¹²⁾ Per esempio, secondo le accuse mosse da Cicerone, presso la dimora di Verre avrebbero trovato rifugio due fratelli, accusati di avere depredato il santuario di Apollo a Cybira (Cic. *in Verr. or. sec.*, 4, 30), nonché alcuni pirati, nemici acerrimi di Roma (Cic. *in Verr. or. sec.*, 5, 75-76).

⁽¹³⁾ In questa direzione si può considerare la vicenda di Sesto Roscio Amerino (Cic. *pro S. Rosc.* 10, 27-28), il quale, espulso dalla propria casa e dai suoi beni, aveva trovato rifugio presso l'abitazione di Cecilia Metella, sottraendosi così ai nemici che volevano ucciderlo. Sempre una protezione di fatto sembrerebbe emergere da Cic. *pro Mil.* 7, 18, ove si legge che Pompeo aveva trovato scampo fra le pareti domestiche dopo un attentato: *caruit foro postea Pompeius, caruit senatu, caruit publico; ianua se ac parietibus, non iure legum iudiciorum texit*. In altre occasioni, invece, l'inviolabilità della casa non fu rispettata. Così narra Tacito (Tac. *hist.* 4, 1, 2) che i Flaviani, dopo l'uccisione di Vitellio, non lasciarono scampo ai vinti; in città non rimase alcun luogo segreto o chiuso: essi abbatterono le porte delle case, alla ricerca di nemici nascosti, giungendo ad uccidere chi faceva resistenza.

⁽¹⁴⁾ Anche se talvolta si è sostenuto che la protezione offerta dalla propria casa, e il divieto di esserne estratti, si estendesse anche ai criminali [A. PERNICE, *Parerga*. VI, in ZSS, 17 (1896), 180 s.], sembrerebbe maggiormente plausibile che la particolare gravità dei crimina, e il maggiore interesse dello stato per la loro repressione, consentisse la disapplicazione del principio in discorso. Per una discussione sul punto, cfr. O. LICANDRO, *In ius vocatio*, cit., 224 nt. 63. In effetti, l'estrazione dalle pareti domestiche di un latitante, accusato di essere il mandante di un omicidio, risulta attestata da Cic. *pro Cluent.* 13, 39: *Extrahitur domo latitans Oppianicus a Manlio; index Avillius ex altera parte coram tenetur*.

A giudizio di G. CRIFÒ, *Ricerche sull'exilium*, cit., 255 nt. 279 e s.v. *Asilo*, cit., 196, dato che i criminali non potevano godere, di regola, dell'*asilia*, si profilerebbe al riguardo un'ulteriore analogia fra condizione della *domus* e condizione dell'*asilo*.

riflessione giurisprudenziale, ma anche grazie al contributo del pretore, si è tramandata nel tempo, in qualche modo adattandosi alle mutate regole procedurali, sino ad essere riproposta nella compilazione giustiniana. Un'indagine inizialmente volta ad esplorarne i profili maggiormente negletti, concernenti l'epoca tarda, ci ha però condotto a rimeditarne anzitutto le origini e i successivi sviluppi entro i confini dell'epoca classica. A questi aspetti saranno dedicate, di conseguenza, le brevi considerazioni che seguiranno.

2. – Le notizie fondamentali, intorno alla disciplina che ci apprestiamo ad esaminare, sono offerte da D. 2, 4 *de in ius vocando*, ove appaiono collocati, e alternati fra loro, due passi di Gaio, dal commentario alle XII Tavole, e due brani di Paolo, dai *libri ad edictum*. Si legga anzitutto:

D. 2, 4, 18 (GAI. 1 *ad l. duod. tab.*): Plerique putaverunt nullum de domo sua in ius vocari licere, quia domus tutissimum cuique refugium atque receptaculum sit, eumque qui inde in ius vocaret vim inferre videri.

Il giurista riferisce un orientamento giurisprudenziale maggioritario⁽¹⁵⁾, probabilmente piuttosto risalente⁽¹⁶⁾, il quale avrebbe considerato illecito lo svolgimento della *in ius vocatio* dalla casa del *vocandus*. I *plerique* citati da Gaio, per meglio dire, avrebbero ritenuto che nessuno potesse essere chiamato in giudizio *de domo sua*, perché la casa, come Cicerone aveva scritto, rappresentava per ciascuno un sicurissimo *refugium atque receptaculum*⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁵⁾ Nulla sappiamo intorno al parere della minoranza, che forse propendeva per l'ammissibilità della *in ius vocatio de domo*, di fronte all'esigenza di garantire la tutela processuale dei diritti (così O. LICANDRO, 'In ius vocatio', cit., 240) o che forse riteneva sanzionabile l'atto non in sé e per sé, ma solo in quanto si accompagnasse all'uso della violenza (J. M. POLAK, *The Roman Conception*, cit., 267 nt. 86).

⁽¹⁶⁾ La regola è infatti enunciata da Gaio nel commentario alle XII Tavole, ove era contemplato l'istituto della *in ius vocatio* (Tab. 1, 1-4), ed è stata probabilmente elaborata dalla giurisprudenza nel quadro della successiva definizione dell'istituto. QUINT. *Inst. or.* 7, 8 sembrerebbe anzi riferire il principio alla *lex* (così, J. M. POLAK, *The Roman Conception*, cit., 258, seguito da G. CRIFÒ, *Ricerche sull'exilium*, cit., 256), forse da intendersi, tuttavia, in senso generico.

⁽¹⁷⁾ Le coincidenze fra la testimonianza in esame e CIC. *dom.* 41, 109, da questo punto di vista, sono evidenti. L'Arpinate, infatti, descriveva la casa come luogo destinato a raccogliere i culti (*Hic arae sunt, hic foci, hic di penates, hic sacra, religiones, caeremoniae continentur*), nonché quale *perfugium* assolutamente inviolabile, talché nessuno poteva essere strappato da essa: *hoc perfugium est ita sanctum omnibus, ut inde abripi neminem fas est*. Nel passo di Gaio, a sua volta, si definisce la domus come *tutissimum cuique refugium atque receptaculum*. O. LICANDRO, 'In ius vocatio', cit., 218 ss., sia pure sottolineando la corrispondenza fra i brani in discorso, scorge un processo evolutivo, tra il pensiero di Cicerone - che collegava l'idea di

E avrebbero altresì ritenuto che il *vocans*, operando dall'interno di un simile luogo, si considerasse commettere violenza: *vim inferre videri*.

Al passo gaiano ora visto è stato sovente accostato un frammento di Paolo, ove è riferita l'opinione di Ofilio. Secondo questo giurista, chi si fosse introdotto nell'altrui abitazione senza il consenso del *dominus*, sia pure al fine di *in ius vocare*, sarebbe stato sanzionato mediante l'*actio iniuriarum*⁽¹⁸⁾:

D. 47, 10, 23 (PAUL. 4 *ad ed.*)⁽¹⁹⁾: Qui in domum alienam invito domino introiret, quamvis in ius vocat, actionem iniuriarum in eum competere Ofilius ait.

L'apparente coincidenza delle fattispecie considerate (che sembrerebbero contemplare entrambe lo svolgimento della *in ius vocatio* dall'interno di una *domus aliena*, e presumibilmente dalla casa del *vocandus*) ha indotto a

perfugium alla *sanctitas* della casa – e la prospettiva 'laica' di Gaio, che invece avrebbe attribuito all'idea della casa-rifugio un significato più propriamente socio-politico.

Non sono mancati dubbi sulla genuinità della locuzione *refugium atque receptaculum*, in D. 2, 4, 18, giudicata una banale ed enfatica endiadi (S. SOLAZZI, *Glosse a Gaio*, in *Studi Riccobono*, I, Palermo 1936, 75 e nt. 6, ora in *Scritti di diritto romano*, VI, Napoli 1972, 155 nt. 6; F. RABER, *Grundlagen klassischer Injuriensprüche*, Wien-Köln-Graz 1969, 158 s.). Per la genuinità del passo, viceversa, O. LICANDRO, *op. cit.*, 238 s., a parere del quale i due termini esprimerebbero aspetti diversi, e non sovrapponibili, giacché *receptaculum* non sarebbe sinonimo di *perfugium*, ma manifesterebbe l'idea della *domus* quale luogo di coagulo di tradizioni e di culti. Si aggiunga che l'accostamento di *refugium* e *receptaculum* ricorre anche in un passo di Livio a proposito dell'accampamento, luogo espressamente equiparato alla *domus* per i soldati che vi risiedevano. Liv. 44, 39, 3: *Castra sunt victori receptaculum, victo perfugium*. In questo caso, *perfugium* indica propriamente il "rifugio", il "riparo" assicurato dai *castra* ai soldati perdenti di fronte alle minacce del nemico. *Receptaculum* esprime invece la concezione di una dimora di pace e sicurezza, offerta ai soldati vincitori, entro la quale raccogliersi e trovare riposo dopo la battaglia. Cfr. anche Tac. *ann.* 14, 29, 3, ove invece *receptaculum* ricorre nel senso di "luogo sicuro", sostanzialmente sinonimo di "rifugio".

⁽¹⁸⁾ L'opinione maggioritaria degli studiosi è incline a identificare l'*actio iniuriarum* menzionata nel passo con l'azione di ingiurie *ex lege Cornelia*: A. MANFREDINI, *Contributi allo studio dell'"iniuria" in età repubblicana*, Milano 1977, 225 nt. 21; J. PLESCIA, *The development of "iniuria"*, in *Labeo*, 23 (1977), 286; E. PÓLAY, *Iniuria types in roman law*, Budapest 1986, 122. Diversamente A. WATSON, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford 1965, 251. L'A., rilevando che il caso considerato non concerneva l'ingresso violento nella casa altrui, contemplato dalla *lex Cornelia*, ma il semplice ingresso non autorizzato dal proprietario, ha attribuito ad Ofilio l'estensione della comune *actio iniuriarum*. In questo senso, anche O. LICANDRO, *In ius vocatio*, cit., 243 nt. 119 e 249 ss.

⁽¹⁹⁾ Non sono mancati i sospetti di interpolazione. In particolare, V. ARANGIO-RUIZ, *Di alcune fonti postclassiche del Digesto*, in *Atti della R. Accademia di Scienze Morali e Politiche di Napoli*, 54 (1931), 14 nt. 2, nonché in *Rariora*, Roma 1946, 184 nt. 1, ora in *Scritti di diritto romano*, II, Napoli 1974, 302 nt. 2 (che considera il brano sgrammaticato, per effetto di un riassunto mal fatto). Cfr. anche *Index Itp*.

utilizzare congiuntamente le due testimonianze⁽²⁰⁾. Ciò ha fatto supporre che anche il divieto prospettato da Gaio – *plerique putaverunt nullum de domo sua in ius vocari licere* – trovasse fondamento nella disciplina della violazione di domicilio, e fosse verosimilmente sanzionato come caso di *iniuria*⁽²¹⁾.

In realtà, si è opportunamente rilevato che i due passi – D. 47, 10, 23 e D. 2, 4, 18 – riflettevano prospettive e fattispecie diverse⁽²²⁾.

Il parere di Ofilio, per l'appunto, investiva propriamente il profilo dell'*introyre in alienam domum invito domino*, e la *in ius vocatio* veniva semmai contemplata quale possibile motivo sottostante alla condotta delittuosa⁽²³⁾ o, se vogliamo, quale atto che poteva dare luogo ad una violazione di domicilio⁽²⁴⁾. L'accento, in ogni caso, era esclusivamente posto sulla iniziale penetrazione *in alienam domum*, in dispregio dell'autorità del *dominus*: senza attribuire rilievo alcuno alle ulteriori fasi della citazione e ai suoi possibili pregiudizievoli effetti⁽²⁵⁾.

⁽²⁰⁾ Così, in particolare, M. BALZARINI, "De iniuria extra ordinem statui". Contributo allo studio del diritto penale romano dell'età classica, Padova 1983, 188 ss., ntt. 173 e 174, il quale ha ipotizzato che tra i *plerique* menzionati da Gaio "si trovasse in primo luogo Ofilio". Cfr., inoltre: F. RABER, *Grundlagen*, cit., 157 ss.; A. FERNANDEZ BARREIRO, *Autorizacion pretoria para la 'in ius vocatio'*, in *SDHI*, 37 (1971), 261 s. con nt. 4 e *Ética de las relaciones procesales romanas: recursos sancionadores del ilícito procesal*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, I, Madrid 1990, 76 nt. 39; O. BEHREND, *Der Zwölftafelprozess. Zur Geschichte des Römischen Obligationenrecht*, Göttingen 1974, 30 nt. 112; F. M. DE ROBERTIS, *I limiti spaziali*, cit., 173; I. BUTI, *Il "praetor" e le formalità introduttive del processo formulare*, Napoli 1984, 233 ss., in part. 235.

⁽²¹⁾ Quanto alla *vis* che, sempre secondo i *plerique*, si riconnetteva alla condotta del *vocans* (*eumque qui inde in ius vocaret vim inferre videri*), si sarebbe trattato di un elemento di violenza (forse ormai ritenuto implicito in ogni violazione di domicilio) idoneo a legittimare l'applicazione della *lex Cornelia de iniuriis*: D. 47, 10, 5 pr. (Ulp. 56 *ad ed.*). Diversamente F. M. DE ROBERTIS, *loc. cit.*, il quale – a sua volta ricollegando il passo alla fattispecie della violazione di domicilio – ha sostenuto che il semplice violare i confini della casa avrebbe di per sé configurato il *crimen vis*.

⁽²²⁾ In questa direzione, infatti, O. LICANDRO, *'In ius vocatio'*, cit., 243 ss.

⁽²³⁾ La concessiva *quamvis in ius vocat*, ha fatto talvolta supporre che Ofilio, invece, si fosse specificamente occupato della violazione di domicilio conseguente all'esercizio della *in ius vocatio*. Così, per esempio, A. MANFREDINI, *Contributi*, cit., 225 nt. 21. Secondo una più recente interpretazione (O. LICANDRO, *op. cit.*, 247), viceversa, il parere del giurista doveva investire il profilo della violazione di domicilio comunque realizzata; mentre la *in ius vocatio* sarebbe stata presentata come uno dei possibili motivi sottostanti alla condotta (e non come l'unico motivo), allo scopo di ribadire la punibilità dell'agente – entrato *in domum alienam invito domino* – sebbene avesse avuto il fine, di per sé lecito, di *in ius vocare*. Sempre secondo l'A. (*op. cit.*, 250 s.), proprio perché Ofilio e Paolo, in D. 47, 10, 23, si sarebbero occupati di qualcosa di diverso da Gaio, in D. 2, 4, 18, "nessun contrasto e nessuna assimilazione tra i due testi si legittimerebbe".

⁽²⁴⁾ Sempre che il *vocans*, evidentemente, fosse penetrato nell'altrui dimora contro il parere del proprietario (*invito domino*) e non con il suo permesso.

⁽²⁵⁾ Alla luce del passo non si può neppure affermare che l'illecito ingresso del

Alla luce del passo di Gaio, invece, l'illiceità della *in ius vocatio de domo* non appare connessa alla violazione dei confini della casa e delle prerogative del suo proprietario. I *plerique* evocati dal giurista, nel reputare illecito che taluno fosse chiamato in giudizio dall'abitazione – *plerique putaverunt nullum de domo sua in ius vocari licere*⁽²⁶⁾ – ponevano piuttosto l'accento sulla tutela del *vocandus*⁽²⁷⁾, o meglio sul diritto inviolabile, riconosciuto ad ognuno (non già in quanto *dominus*, ma in quanto individuo), di trovare rifugio nella propria casa, *quia domus tutissimum cuique refugium atque receptaculum sit*⁽²⁸⁾.

Inoltre, la terminologia adoperata – nel proibire la convocazione in giudizio “dalla casa” (...*de domo sua in ius vocari*; ...*qui inde in ius vocaret*), anziché “nella casa”, quasi ad alludere alla vera e propria estrazione del convenuto⁽²⁹⁾ – nonché il riferimento finale alla *vis*, sembrerebbero effettivamente suggerire che i *plerique* in discorso non considerassero la fase iniziale dell'atto e la violazione di domicilio che poteva comportare, quanto piuttosto il suo complessivo svolgimento e, soprattutto, il possibile uso della forza, nei confronti del *vocatus* recalcitrante, al fine di condurlo in giudizio⁽³⁰⁾. Nel sistema delle *legis actiones*, infatti, l'attore – fatta attestare da terzi

vocans in domum alienam fosse necessariamente connesso con il fine di chiamare in giudizio l'avversario dalla propria casa (così invece I. BUTI, *Il “praetor”*, cit., 235). Nulla vieta di supporre che il *vocans*, fatta irruzione in una casa altrui contro il volere del *dominus*, e realizzata dunque una violazione di domicilio, si proponesse poi di citare una persona di passaggio. In ogni caso, tutto ciò appare estraneo al parere di Ofilio.

⁽²⁶⁾ Sia il passo in esame, sia le altre testimonianze in argomento, prospettano significativamente non già il divieto, per l'attore, di “chiamare in giudizio” (*in ius vocare*) taluno dall'abitazione, bensì il divieto, per chicchessia, di “essere chiamato in giudizio” (*in ius vocari*) da quel luogo: *plerique putaverunt nullum de domo sua in ius vocari licere*. Oltre a D. 2, 4, 18, si vedano: D. 2, 4, 20 (GAI. 1 *ad l. duod. Tab.*): ... *nemo dubitat in ius vocari licere*. Cfr. inoltre: D. 2, 4, 19 (PAUL. 1 *ad ed.*): ... *recte in ius vocari eum Iulianus ait*; D. 2, 4, 21 (PAUL. 1 *ad ed.*): *Sed etsi is qui domi est interdum vocari in ius potest*

⁽²⁷⁾ Né risulta che costui dovesse essere per forza il *dominus*, e non un altro membro della famiglia.

⁽²⁸⁾ Vi è chi ha scorto, al riguardo, un vero e proprio diritto della personalità. In questa prospettiva: G. CRIFÒ, *Su alcuni aspetti della libertà in Roma*, in AG, 154 (1958), 21 nt. 78; *Ricerche sull'exilium*, cit., 258; ; s.v. *Asilo*, cit., 195. Cfr. anche J. GAUDEMET, *Des “droits de l'homme” ont-ils été reconnus dans l'Empire romain?*, in *Labeo*, 33 (1987), in part. 15.

⁽²⁹⁾ Diversamente, I. BUTI, *Il “praetor”*, cit., 235, a parere del quale le parole ‘*de domo in ius vocari*’, nel passo di Gaio, non potevano significare il fatto di ‘esser condotti fuori di casa’, ma dovevano indicare la semplice intimazione a comparire in giudizio. In realtà, l'opinione risalente riferita dal giurista ben poteva riflettere l'originaria struttura dell'atto, che prevedeva l'immediata comparizione del convenuto.

⁽³⁰⁾ Sempre O. LICANDRO, *‘In ius vocatio’*, cit., 247 s.

la disobbedienza del convenuto – aveva anzitutto facoltà di afferrarlo; poi, se la minaccia non fosse bastata, avrebbe potuto ‘porgli la mano addosso’ per trascinarlo *in ius*, ossia esercitare la *manus iniectio*⁽³¹⁾. Proprio questo potenziale epilogo, contrario al principio per cui nessuno poteva essere sottratto dalla propria casa, che esprimeva massimamente la dimensione dell’asilo offerto dalla *domus*⁽³²⁾, potrebbe avere condotto a ritenere inammissibile lo svolgimento dell’atto⁽³³⁾ e a considerare che il *vocans*, così facendo, commettesse violenza: *vim inferre videri*⁽³⁴⁾.

(³¹) Tab. 1, 1: *Si in ius vocat [ito]. ni it antestamino. igitur em capito*. Tab. 1, 2: *Si calvitur pedemve struit manum endo iacito*. Sul punto, fra gli altri: L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, trad. ital. a cura di R. ORESTANO, Milano 1938, 91 s.; H. LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris 1960, 157 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. I. Le legis actiones*, Roma 1962, 37 s.; G. NICOSIA, *Il processo privato romano. II. La legislazione decemvirale*, Torino 1986², 17 ss.; C. A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano. I. Le legis actiones*, Torino 1980, 28 ss. e *Violenza fittizia e violenza reale nelle strutture primigenie del processo privato romano*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, IV, Milano 1983, 167 ss.; M. KASER, K. HACKL, *Das Römische Zivilprozessrecht*, München 1996², 66.

(³²) Si ripensi a C. dom. 41, 109, la cui analogia con il passo gaiano in esame è già stata sottolineata. Cicerone, dopo avere ribadito l’inviolabilità della casa, in quanto sicurissimo *perfugium* e ricettacolo dei culti, aveva stigmatizzato – come contrario al *fas* – il fatto di *abripere* taluno dalla propria *domus*: quasi che il carattere di *perfugium*, ossia di asilo, riconosciuto all’abitazione si manifestasse, primariamente, nel divieto di strappare da essa chi vi trovasse riparo. Sempre in Cicerone, del resto, l’estrazione dalle pareti domestiche sembrava costituire una fattispecie di particolare gravità. In particolare, ciò si ricava dal già ricordato episodio che coinvolse Bibulo, evocato in C. in Vat. 9, 22 (v. nt. 11). Cfr. anche C. pro Cluent. 39. Il divieto di *extrahere de domo* del resto, anche nello svolgimento successivo, fu considerato quale limite invalicabile, anche laddove si pervenne ad ammettere che la *in ius vocatio* (quale semplice atto di citazione) fosse effettuata all’interno della casa: v. *infra*.

(³³) Significativo è quanto si legge in QUINT. inst. or. 7, 8, 7: *Ex domo in ius educere ne liceat*. La regola in discorso non è stata rappresentata come divieto di citare taluno, penetrando nella sua dimora, bensì come divieto di *educere in ius*, ove la voce *educere* indica evidentemente il fatto di estrarre il *vocatus* recalcitrante per trascinarlo in giudizio. Del resto, che costui fosse tenuto a seguire subito il *vocans*, lo si comprende dalla previsione di una serie di divieti, verosimilmente introdotti dal *mos maiorum*, che impedivano la citazione di chi, per varie ragioni, non potesse recarsi immediatamente *in ius*: fra le diverse ipotesi, riferite in D. 2, 4, 2 (ULP. 5 ad ed.), vi era anche quella di coloro *qui propter loci religionem inde se movere non possunt*. In un certo senso, sembrerebbe profilarsi un’analoga con il divieto di cui ci stiamo occupando, e che impediva di *in ius vocare* dalla casa chi – sempre a causa della ‘religiosità’ del luogo – non poteva essere di lì estratto per essere condotto in giudizio.

(³⁴) Le parole *vim inferre videri* parrebbero suggerire che il fatto di chiamare in giudizio taluno *de domo sua*, nella prospettiva dei *plerique* (e dello stesso Gaio che ad essi si richiamava), integrasse gli estremi del *crimen vis*. In questo senso, senz’altro, O. LICANDRO, ‘*In ius vocatio*’, cit., 248 ss., il quale tende ad escludere che l’accenno alla *vis*, nel testo gaiano, “costituisse un elemento qualificante una diversa, e più grave, fattispecie *iniuriosa*”.

È bene peraltro ribadire che la particolare immunità di cui ci occupiamo doveva concernere, propriamente, chi avesse trovato riparo *in domo sua*, nella propria abitazione privata, verosimilmente intesa, almeno in progresso di tempo, come luogo di stabile dimora⁽³⁵⁾; non invece chi si fosse rifugiato in una casa altrui, per quanto di altissimo rango.

La circostanza, tuttavia, non sembra del tutto sicura. In primo luogo, non è escluso che i giuristi in discorso, di cui nulla sappiamo con certezza, si collocassero in un'epoca piuttosto remota, anteriore alla stessa introduzione del *crimen vis* e, in particolare, alla repressione di fattispecie di *vis privata*, verosimilmente riconducibile alla legislazione giulia: per tutti, M. BALZARINI, s.v. *Violenza (dir. rom.)*, in *ED*, XLVI, Milano 1993, 835 ss.

Alla luce di diverse testimonianze parrebbe inoltre di capire che il fatto di trascinare in giudizio il *vocatus* recalcitrante, laddove ciò risultasse illegittimo, venisse piuttosto sanzionato a titolo di *iniuria*. A parte l'indizio che potrebbe forse offrire, per l'epoca più antica, TER. *Phorm.* 983 s. (Formione – opponendosi al tentativo di Demifone di trascinarlo in giudizio con la forza – minacciava contro costui un'accusa di *iniuria*: cfr. P. HUVELIN, *La notion de "l'iniuria"*, cit., 90 e nt. 4, che vi ha scorto un caso di *in ius vocatio* abusiva), ciò si ricaverebbe, a proposito del *vocans* che avesse proceduto alla *manus iniectio* in assenza dei necessari testimoni, da PSEUD. ACR. *Schol. in Horat. Sermon.* 1, 9, 76 (... *Quod si antestatus non esset et manum inieciisset, iniuriae reus constitui poterat*) e PORPHYR. in *Horat. Sermon.* 1, 9, 76 (... *nisi autem antestatus esset, qui inicere manum adversario volebat, iniuriarum reus constitui poterat*). Ancora, per la forzata *ductio* del *vocatus* che avesse prestato un garante idoneo, ciò è attestato da D. 2, 8, 5, 1 (GAI. 14 *ad ed. prov.*): *Qui pro rei qualitate evidentissime locupletem vel, si dubitetur, adprobatum <fideiussorem iudicio sistendi causa> non acceperit: iniuriarum actio adversus eum esse potest, quia sane non quaelibet iniuria est duci in ius eum, qui satis idoneum <fideiussorem> det. Sed et ipse <fideiussor>, qui non sit acceptus, tamquam de iniuria sibi facta queri poterit*. Cfr. anche D. 47, 10, 13, 2 (ULP. 57 *ad ed.*): *Si quis, quod decreto praetoris non optemperavit, ductus sit, non est in ea causa, ut agat iniuriarum, propter praetoris praeceptum*. Dal passo emerge che la *ductio*, giustificata dall'inottemperanza ad un provvedimento del pretore, non autorizzava ad agire con l'*actio iniuriarum*; ma traspare altresì che una *ductio* ingiustificata avrebbe legittimato all'esercizio dell'azione.

Come si è plausibilmente osservato (G. PUGLIESE, *Studi sull' "iniuria"*, Milano 1941, 27 nt. 3), l'esperibilità dell'*actio iniuriarum*, in simili ipotesi, sarebbe dipesa dalla circostanza che la *manus iniectio* – illegittimamente esercitata – si riduceva a mero atto di violenza, privo di causa giustificatrice e come tale riconducibile alla nozione di *iniuria*. In questa luce è lecito domandarsi se anche la condotta violenta posta in essere dal *vocans*, nel trarre illecitamente in giudizio l'avversario dalla propria casa, non potesse essere analogamente repressa allo stesso titolo.

⁽³⁵⁾ Dovevano infatti valere, anche in tale ambito, i criteri evidenziati in D. 47, 10, 5, 2 (ULP. 56 *ad ed.*) a proposito dell'applicazione della *lex Cornelia de iniuriis*: *Domum accipere debemus non proprietatem domus, sed domicilium. quare sive in propria domu quis habitaverit sive in conducto vel gratis sive hospitio receptus, haec lex locum habebit*. Cfr., inoltre, D. 11, 5, 1, 2 (ULP. 23 *ad ed.*): *...domum autem pro habitatione et domicilio nos accipere debere certum est*; D. 48, 5, 23 (22), 2 (PAP. 1 *de adult.*): *... sed domus et pro domicilio accipienda est, ut in lege Cornelia de iniuriis*. Sulla emersione della nozione di *domicilium* quale luogo di abituale dimora, da ultimo: O. LICANDRO, "Domicilium": emersione di un istituto, in *Rivista di diritto romano*, 3 (2003), 1ss. È inoltre plausibile che non si ponessero distinzioni dal punto di vista della tipologia abitativa, e che il divieto concernesse non soltanto la *domus* patrizia propriamente intesa, ma anche l'*insula*: J. M. POLAK, *The roman conception*, cit., 266.

3. – Poiché la *in ius vocatio* era stata assunta anche nel processo formulare⁽³⁶⁾, né poteva dirsi soppiantata dalla introduzione del *vadimonium*⁽³⁷⁾, il principio “*nullum de domo sua in ius vocari licere*” manteneva intatto il proprio valore anche alla luce del nuovo sistema processuale. D’altro canto, la possibilità – accordata a ciascuno – di rifugiarsi nella propria *domus*, sottraendosi così alla chiamata in giudizio, frustrava inesorabilmente l’aspirazione dell’attore a ottenere giustizia e ostacolava il regolare svolgimento dei processi⁽³⁸⁾, che notoriamente – prima dell’avvento della *cognitio extra ordinem* – non potevano celebrarsi in contumacia. Di qui, verosimilmente, la necessità di temperare l’assolutezza del principio.

Tale tendenza, manifestatasi nell’opera del pretore e nella riflessione giurisprudenziale sull’editto, risulta anzitutto percepibile dal seguente frammento di Paolo, collocato di seguito all’interno del Digesto⁽³⁹⁾:

D. 2, 4, 19 (PAUL. 1 *ad ed.*): Satisque poenae subire eum, si non defendatur et latitet, certum est, quod mittitur adversarius in possessionem bonorum eius. sed si aditum ad se praestet aut ex publico conspiciatur, recte in ius vocari eum Iulianus ait.

Il pretore, dunque, aveva considerato latitante, e passibile di *missio in bona* a favore dell’avversario, chi si fosse rifugiato in casa onde sfuggire al giudizio⁽⁴⁰⁾. Almeno nella prospettiva di Paolo, tale misura non rappresentava solamente un indiretto mezzo di pressione, volto a convincere *qui domi latuit* ad accettare l’invito a comparire⁽⁴¹⁾, ma costituiva altresì una ‘suffi-

⁽³⁶⁾ GAI. 4, 183: *In summa sciendum est eum qui cum aliquo consistere velit <in ius vocare> oportere ...*. La *in ius vocatio* nel processo formulare altro non era se non una forma più moderna della *in ius vocatio* delle *legis actiones*. In argomento, per tutti: G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. II. Il processo formulare*, Milano 1963, 370 ss.; M. KASER, K. HACKL, *Das Römische Zivilprozessrecht*, cit., 221 ss.; I. BUTI, *Il “praetor”*, cit., 223 ss.

⁽³⁷⁾ Il *vadimonium*, infatti, avrebbe richiesto il consenso dell’avversario; sicché, proprio nei casi maggiormente controversi, non raggiungendosi un’intesa, sarebbe stato imprescindibile il ricorso alla *in ius vocatio*.

⁽³⁸⁾ L’esigenza di garantire la tutela processuale dei diritti, frustrata dal divieto di *in ius vocari de domo sua*, era probabilmente alla base della stessa opinione minoritaria adombrata da Gaio. V. *retro*, nt. 15.

⁽³⁹⁾ Il passo, che risulta acefalo, doveva tuttavia ricollegarsi ad una enunciazione analoga a quella contenuta in GAI. D. 2, 4, 18. Cfr. infatti O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Leipzig 1889 (rist. Graz 1960), n. 89.

⁽⁴⁰⁾ In argomento, per tutti: G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. II*, cit., 371 e 377; I. BUTI, *Il “praetor”*, cit., 236. In effetti, colui che si nascondeva in casa onde sfuggire alla citazione in giudizio, si considerava *fraudationis causa latitare*.

⁽⁴¹⁾ Sulla concessione della *missio in bona* in caso di latitanza o anche di assenza, quale mezzo indiretto di pressione – alternativo all’uso della forza – per assicurare l’avvio e lo svolgimento del processo: G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. II*, cit.,

ciente sanzione' (*satisque poenae subire eum...*)⁽⁴²⁾: una pena adeguata, dunque, a reprimere e scoraggiare un simile comportamento, nonché a soddisfare l'aspirante attore⁽⁴³⁾ e dunque a compensare il persistente divieto della *in ius vocatio*.

Il frammento riferisce poi un'opinione di Giuliano, ancor più rilevante dal nostro punto di vista giacché individuava due situazioni eccezionali, nelle quali la *vocatio* poteva essere legittimamente svolta: *sed si aditum ad se praestet aut ex publico conspiciatur, recte in ius vocari eum Iulianus ait*.

La prima situazione (*si aditum ad se praestet*) concerneva l'eventualità che il *vocandus* consentisse l'accesso alla propria persona, ossia permettesse all'avversario di raggiungerlo per effettuare la citazione.

La seconda (*aut ex publico conspiciatur*), stando alla più consueta e accreditata interpretazione⁽⁴⁴⁾, presupponeva invece che costui, affacciandosi dalla finestra o attraverso la porta rimasta socchiusa, si lasciasse vedere *ex publico*, ossia da un luogo pubblico esterno alla *domus* (per esempio dalla strada, o dalla piazza), donde l'avversario poteva invitarlo a comparire *in ius*.

Ma anche questa lettura, a nostro avviso, deve essere in parte riconsiderata. Difatti, è bene tenere presente che la distinzione tra pubblico e privato, nella concezione della casa romana, non rimandava necessariamente alla contrapposizione fra luoghi esterni e interni alla dimora stessa.

374 ss. e *Les voies de recours sanctionnant l' "in ius vocatio"*, in *RIDA*, 3 (1949), 249 ss., ora in *Scritti giuridici scelti. I. Diritto romano*, Napoli 1985, 101 ss.; I. BUTI, *Il "praetor"*, cit., 262 ss.

⁽⁴²⁾ I. BUTI, *Il "praetor"*, cit., 277.

⁽⁴³⁾ L'attore infatti, ottenuta l'immissione nei beni, poteva procedere dopo quaranta giorni alla vendita in blocco del patrimonio stesso (GAI. 3. 79). La *missio* poteva essere revocata, tuttavia, se il latitante avesse infine assunto la propria difesa o se qualcun altro lo avesse fatto per lui: D. 42, 4, 5 (ULP. 59 *ad ed.*); D. 42, 5, 33, 1 (ULP. 3 *reg.*).

⁽⁴⁴⁾ In questo senso, già J. CUJACIO, *In librum primum Pauli ad edictum commentarii seu recitationes solemnes*, in *Opera*, V, ad Par. Fabrot. edit., Prati 1838, ad D. 2, 4, 19, col. 19. Si vedano inoltre: O. BEHRENDT, *Der Zwölftafelprozess*, cit., 30 nt. 112; C. A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano. II: Il processo formulare*, Torino 1982, 136 e nt. 2.; M. KASER, K. HACKL, *Das Römische Zivilprozessrecht*, cit., 221 nt. 11.

A giudizio di O. LICANDRO, *'In ius vocatio'*, cit., 254 s., si tratterebbe invece del caso in cui il *vocandus* – abbandonate le pareti domestiche – fosse comparso in luoghi pubblici. Questa lettura, però, non convince. Il tenore del passo rende infatti plausibile che anche la seconda ipotesi contemplata da Giuliano concernesse pur sempre la citazione, eccezionalmente ammissibile, di colui che si trovava nella propria casa, e non all'esterno di essa [ciò si ricaverebbe, secondo noi, anche da D. 2, 4, 21 (PAUL. 1 *ad ed.*) ove il discorso paolino proseguiva: v. *infra*]. Del resto, il fatto che taluno potesse essere chiamato in giudizio, una volta uscito dalla dimora, doveva apparire evidente, e non meritevole di ulteriori sottolineature. Cfr. M. KASER, K. HACKL, *lc. ult. cit.*

Come evidenziano i più recenti studi in argomento⁽⁴⁵⁾, e come riferisce espressamente Vitruvio⁽⁴⁶⁾, la *domus* veniva concepita come spazio articolato, che – accanto a zone fondamentalmente private (*propria loca patribus familiarum*), quali le camere da letto, i triclini, i bagni⁽⁴⁷⁾ – prevedeva ambienti aperti al pubblico (*communia cum extraneis*), ove chiunque aveva diritto di accedere anche senza essere invitato⁽⁴⁸⁾: come i vestiboli e l'ingresso in genere, gli atri, i cortili, i peristili⁽⁴⁹⁾. Ciò valeva, in particolare, per le monumentali dimore aristocratiche, ove si prolungava l'attività politica, si tenevano pubblici consigli e giudizi privati, si organizzavano banchetti e riunioni conviviali, si ricevevano schiere di *clientes* per

⁽⁴⁵⁾ Si vedano, in particolare, A. WALLACE-HADRILL, *Houses and society in Pompeii and Herculaneum*, Princeton 1994, 8 ss. e A. ZACCARIA RUGGIU, *Spazio privato e spazio pubblico nella città romana* (Collection de l'École française de Rome n. 219), Rome 1995, specialm. 48 e 349 ss. Cfr., inoltre: L. NEVETT, *Perceptions of Domestic Space in Roman Italy*, in *The Roman Family in Italy. Status, Sentiment, Space*, ed. by B. RAWSON and P. WEAVER, Oxford 1997, 281 ss; P. ALLISON, *Artefact Distribution and Spatial Function in Pompeian Houses*, in *The Roman Family in Italy*, cit., 321 ss.; F. PESANDO, *Domus. Edilizia privata e società pompeiana fra III e I secolo a. C.*, Roma 1997, 28 ss. e *passim*.

⁽⁴⁶⁾ VITR. 6, 5, 1: ... *tunc etiam animadvertendum est, quibus rationibus privatis aedificiis propria loca patribus familiarum et quemadmodum communia cum extraneis aedificari debeant. Namque ex his quae propria sunt, in ea non est potestas omnibus introeundi nisi invitatis, quemadmodum sunt cubacula, triclinia, balneae ceteraque quae easdem habent usus rationes. Communia autem sunt, quibus etiam invocati suo iure de populo possunt venire, id est vestibula, cava aedium, peristylia, quaeque eundem habere possunt usum.*

⁽⁴⁷⁾ Emerge peraltro da numerose testimonianze che anche i *cubacula* potevano accogliere visite, non soltanto di parenti ma anche di estranei. Da ciò si è desunto che nessun luogo della casa fosse, in realtà, assolutamente privato, ma che taluni ambienti, semmai, risultassero accessibili ad un pubblico sempre più ristretto e selezionato: A. WALLACE-HADRILL, *Houses and society*, cit., 54 ss.; A. ZACCARIA RUGGIU, *Spazio privato*, cit., 48 e 406 ss.; F. PESANDO, *Domus*, cit., 29 ss. Sulle funzioni e la concezione del *cubiculum*, in particolare, A. M. RIGGSBY, 'Public' and 'private' in *Roman culture: the case of the cubiculum*, in *Journal of Roman Archaeology*, 10 (1997), 36 ss.

⁽⁴⁸⁾ P. BATTELLI, *L'ingresso della domus come confine tra città e abitazione*, in *Studi Romani*, 46 (1998), 281 ss., in part. 293 s.: "Del resto ciò che distingueva la *domus* romana dalla casa greca era proprio la gradualità con cui il pubblico sfumava nel privato: mentre la seconda era connotata come sfera privata per eccellenza, a cui si accedeva immediatamente una volta varcata la soglia, la prima immetteva in ambienti di accoglienza e ricevimento, dunque in un certo senso ancora pubblici".

⁽⁴⁹⁾ Il *vestibulum*, in particolare, era un'area esterna e accessibile a chiunque, quasi un ampliamento della pubblica via. Cfr. GELL. 16, 5. In argomento: X. LAFON, *Dehors ou dedans? Le vestibulum dans les domus aristocratiques à la fin de la République et au début de l'Empire*, in *Klio*, 77 (1995), 405 ss. Sulle ulteriori aree "pubbliche" della *domus*, e sull'atrio in particolare, A. ZACCARIA RUGGIU, *Spazio privato*, cit., 349 ss.

il quotidiano rito della *salutatio* ⁽⁵⁰⁾: e nel cui atrio si radunavano, talvolta, centinaia e centinaia di persone ⁽⁵¹⁾.

In questa luce, ci sembra plausibile che Giuliano, nel ritenere lecita la *in ius vocatio de domo*, quando il citando *ex publico conspiciatur*, non pensasse soltanto a colui che si fosse lasciato vedere e contattare dall'esterno, dalla pubblica via, ma anche (e forse soprattutto) a colui che fosse comparso nei *communia loca* compresi nel perimetro della *domus*, ove l'avversario avrebbe potuto liberamente accedere ed effettuare più agevolmente la citazione ⁽⁵²⁾.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. A. ZACCARIA RUGGIU, *Spazio privato*, cit., 319 ss. In queste case, sempre secondo Vitruvio, erano dunque opportuni vestiboli alti e regali, atri e peristili ampi, giardini e passeggi estesi, nonché, addirittura, biblioteche, pinacoteche e basiliche di particolare magnificenza: VITR. 6, 5, 2. Sulla concezione di Vitruvio, e sulla sua distanza dalle tendenze del tempo ad avversare il lusso dell'edilizia privata, per tutti: E. ROMANO, *Dal de officiis a Vitruvio, da Vitruvio a Orazio: il dibattito sul lusso edilizio*, in *Le projet de Vitruve. Objet, destinataires et réception du 'de architectura'*. Actes du colloque international organisé par l'École française de Rome ... (Rome, 26-27 mars 1993), Rome 1994, 63 ss.; A. ZACCARIA RUGGIU, *Spazio privato*, cit., 170 ss.

Per quel che concerne le grandi *domus* tardo-antiche, l'ambiente di maggior rilievo, destinato ai momenti della vita pubblico-privata del proprietario, era costituito dalla grande aula absidata, verosimilmente concepita ad imitazione delle analoghe aule deputate alle manifestazioni pubbliche dell'imperatore. Non mancavano, inoltre, zone aperte ulteriori, anche se, probabilmente per mancanza di spazio, si rinunciava talvolta al grande peristilio: per tutti, F. GUIDOBALDI, *L'edilizia abitativa unifamiliare nella Roma tardoantica*, in *Società romana e impero tardoantico*, II. Roma: politica, economia, paesaggio urbano, a cura di A. GIARDINA, Bari 1986, 203 ss.

⁽⁵¹⁾ Celebre, in questo senso, era la *domus* di M. Emilio Scauro edificata sul Palatino. CIC. Att. 4, 17, 4: *Scaurus, qui erat paucis diebus illis absolutus, cum ego partem eius ornatissime defendissem, ... populo tributum domi suae satis fecerat*.

⁽⁵²⁾ In effetti, ammesso che l'aspirante attore si appostasse in paziente attesa nelle vie circostanti la casa, magari portandosi appresso i necessari testimoni, non doveva essere facile scorgere dall'esterno il latitante e rivolgergli l'invito a comparire, approfittando di una fugace apparizione. Ciò, soprattutto, trattandosi di una *domus* patrizia, le cui finestre, di regola, si aprivano sui cortili interni.

D'altronde, supponendo che l'ipotesi principalmente considerata fosse proprio quella della citazione dall'interno della casa, con possibilità di diretto contatto fra le parti in causa, meglio si comprenderebbe il significato di D. 2, 4, 21 (PAUL. 1 *ad ed.*). Paolo, infatti, verosimilmente riferendosi anche alla fattispecie di cui ci occupiamo, sembrava prevedere l'eventualità che il latitante fosse violentemente estratto e ne ribadiva l'assoluto divieto. V. *infra*.

Vi sarebbe, infine, un ulteriore elemento degno di considerazione. Una legge di Leone in materia di asilo ecclesiastico, C. 1, 12, 6, 1 (a. 466), ha previsto a sua volta la liceità della citazione allorché i rifugiati fossero "pubblicamente apparsi": *Sed si quidem ipsi refugae apparent publice et se in sacris locis offerunt quaerentibus conveniendos, ipsi, servata locis reverentia, iudicum quibus subiacent sententiis moneantur, responsum daturi*. Il provvedimento, che riecheggiava la disciplina concernente la *domus*, si riferiva chiaramente al caso in cui i *refugae* comparissero pubblicamente entro i confini dei *sacra loca*, e fossero citati in giudizio – con la dovuta *reverentia* – sempre dall'interno di quei luoghi (non dalla piazza antistante o dalla pubblica via).

In tal modo, si sarebbe meglio delimitata la funzione protettiva svolta dalla casa: distinguendosi tra ambienti strettamente privati, ove la *in ius vocatio* poteva avere luogo solo se il *vocandus* vi avesse acconsentito (*si aditum ad se praestet*), e ambienti pubblici, nei quali era sufficiente comparire, e venire intercettati, per potere essere chiamati in giudizio (*aut ex publico conspiciatur*).

Nella direzione ora tracciata può essere inteso il secondo frammento di Gaio, riportato di seguito in D. 2, 4⁽⁵³⁾, ove il giurista convergeva l'attenzione sugli orientamenti giurisprudenziali del suo tempo⁽⁵⁴⁾:

D. 2, 4, 20 (GAI. 1 *ad l. duod. tab.*): Sed etiam ab ianua et balineo et theatro nemo dubitat in ius vocari licere.

Se i più, dunque, avevano ritenuto illecita la *in ius vocatio de domo*, nessun dubbio sarebbe esistito, fra i contemporanei di Gaio (*nemo dubitat*), circa la possibilità di essere citati in giudizio dalla stessa porta di ingresso⁽⁵⁵⁾, nonché dai bagni⁽⁵⁶⁾ e dal teatro.

⁽⁵³⁾ Cfr. O. LENEL, *Paltingenesia*, I, cit., 242 s., n. 419 e n. 420, colloca il passo consecutivamente a D. 2, 4, 18 (GAI. 1 *ad l. duod. tab.*), visto sopra. Non si può tuttavia escludere che fra i due frammenti, nel testo originale del commentario gaiano, si frapponessero ulteriori considerazioni non riportate dai compilatori; per esempio, intorno all'esistenza di opinioni come quella di Giuliano, favorevoli ad ammettere eccezioni al divieto: O. LICANDRO, *'In ius vocatio'*, cit., 253.

⁽⁵⁴⁾ Il giurista, dunque, avrebbe svolto un discorso storico complessivo, non circoscritto al commento esegetico-esplicativo del testo decemvirale, ma attento a cogliere l'evoluzione dell'istituto sino alla sua epoca. Sul punto: O. DILIBERTO, *Considerazioni intorno al commento di Gaio alle XII Tavole*, in *Index*, 18 (1990), 403 ss. Cfr. anche O. LICANDRO, *'In ius vocatio'*, cit., 256 s.

⁽⁵⁵⁾ Alcuni codici, invero, fanno riferimento, anziché alla porta (*ianua*), alla vigna (*vinea*): cfr.: TH. MOMMSEN, *Digesta Iustiniani Augusti, Editio maior, I*, rist. Berolini 1962, *ad h. l.* La lezione *ianua*, ritenuta preferibile da J. CUJACIO, *Observationes et emendationes*, in *Opera*, I, ad Par. Fabrot. edit., Prati 1836, Lib. 21, cap. 38, col. 989, *ad* D. 2, 4, 20, e confermata anche da B. 7, 8, 20 (H. J. SCHELTEMA, N. VAN DER WAL, *Basilicorum libri LX, I*, Groningen 1955, 360), sembra in effetti maggiormente plausibile. Proprio perché la porta era una struttura della casa, si rendeva opportuno precisare se la *in ius vocatio* potesse essere di lì effettuata oppure no.

⁽⁵⁶⁾ Il termine *balineum*, invero, potrebbe rimandare tanto ai bagni domestici (che talvolta, peraltro, erano anch'essi aperti al pubblico), quanto ai bagni pubblici in senso proprio, ossia alle *thermae*. Cfr. R. REBUFFAT, *Vocabulaire thermal. Documents sur le bain romain*, in *Les Thermes romains. Actes de la table ronde organisée par l'École française de Rome* (Rome, 11-12 novembre 1988), Rome 1991, 23. L'accostamento al teatro, nel passo in esame, rende più probabile il secondo significato (così, infatti, anche O. LICANDRO, *'In ius vocatio'*, cit., 252 e P. BATTELLI, *L'ingresso della domus*, cit., 296). A meno che Gaio non pensasse proprio ad un bagno domestico, tuttavia pubblicamente accessibile, e in quanto tale accostabile alla *ianua* (v. *infra*).

Per comprendere il significato del passo, occorre considerare che la *ianua*, la porta di casa, è stata avvicinata a luoghi particolari, il *balineum* e il *theatrum*⁽⁵⁷⁾, i quali, da una parte, sembravano possedere in antico una dimensione sacrale per certi aspetti comparabile a quella della *domus*⁽⁵⁸⁾, ma che, dall'altra, erano *publica aedificia*⁽⁵⁹⁾: e che presumibilmente per questa ragione, almeno al tempo di Gaio, ammettevano senz'altro l'esercizio della *in ius vocatio*⁽⁶⁰⁾.

Ebbene, l'accostamento della *ianua* a simili edifici, certamente non casuale né tanto meno illogico e incomprensibile⁽⁶¹⁾, presupponeva

⁽⁵⁷⁾ Anche se il binomio *balineum-theatrum* ricorre in altri passi gaiani – GAI. 1, 20; D. 35, 2, 80, 1 (GAI. 3 *de leg. ad ed. praet.*) – la considerazione di simili edifici, nel contesto, sembrerebbe dipendere dalla loro affinità, sotto taluni aspetti, con la *domus*; né ci sembra plausibile che essi siano stati citati a scopo meramente esemplificativo, per indicare i luoghi pubblici in genere (così, invece, O. LICANDRO, 'In ius vocatio', cit., 255).

⁽⁵⁸⁾ È infatti accreditata opinione che le terme, e non solo gli stabilimenti di cura associati a santuari delle acque, ma anche i bagni pubblici ordinari, potessero rappresentare dei veri e propri luoghi di culto, deputati a riti di ringraziamento e dedicati alla divinità. Fra i numerosi contributi in argomento: A. GRENIER, *Manuel d'archéologie gallo-romaine. IV: Les monuments des eaux*, Paris 1960; P. AUPERT, *Les thermes comme lieux de culte*, in *Les thermes romains*, cit., 185 ss.; J. SCHEID, *Sanctuaires et thermes sous l'empire*, in *Les thermes romains*, cit., 205 ss.; AA. VV., *Les eaux thermales et les cultes des eaux en Gaule et dans les provinces voisines*. Actes du Colloque Aix-les-Bains, 28-30 settembre 1990, ed. P. CHEVALLIER, Tour 1992 (= *Caesarodunum*, 26, 1992); F. DIEZ DE VELASCO, *Termalismo y religión. La sacralización del agua termal en la Península Ibérica y el norte de África en el mundo antiguo*, Madrid 1998.

Anche il teatro era concepito alla stregua di un tempio. Per tutti: J. A. HANSON, *Roman Theatre-Temples*, Princeton 1959; P. GROS, *La fonction symbolique des édifices théâtraux dans le paysage urbain de la Rome augustéenne*, in *L'urbs. Espace urbain et histoire (Ier siècle av. J.-C. – IIIe siècle ap. J.-C.)*. Actes du colloque international organisé par le Centre national de la recherche scientifique et l'École française de Rome (Rome, 8-12 mai 1985), Rome 1987, 319 ss. Il teatro, inoltre, sarebbe stato annoverato, in antico, nell'ambito delle *res sanctae*, dalle quali ... *tolli aliquid aut contingi non liceret*. GAI. epit. 2, 1, 1: ... *Publici iuris sunt muri, fora, portae, theatra, circus, arena, quae antiqui sancta appellaverunt, pro eo, quod exinde tolli aliquid aut contingi non liceret*. Cfr. F. FABBRINI, "Res divini iuris", cit., 643.

⁽⁵⁹⁾ Per la considerazione del *theatrum* fra le *res publici iuris*: GAI. epit. 2, 1, 1; Inst. 3, 19, 2.

⁽⁶⁰⁾ Non è peraltro escluso che in passato fossero sussistiti dei dubbi al riguardo, solo più tardi superati (così come, del resto, sarebbe avvenuto per la *ianua*). In effetti, la particolare dimensione riconosciuta al *balineum* e al *theatrum* sembrerebbe avere avuto rilevanza sul piano del diritto; prova ne sia che taluni illeciti, se commessi in simili luoghi, si configuravano in modo speciale. Così, percuotere o ferire qualcuno nel teatro, per quanto non gravemente, significava commettere *iniuria atrox*: GAI. 3, 225 (cfr. Inst. 4, 4, 9); D. 47, 10, 9, 1 (ULP. 57 *ad ed.*). Ancora, il furto commesso in *balineo* era un caso di furto qualificato: D. 47, 17 *de furiis balneariis*; Coll. 7, 4, 2; P.S. 5, 3, 5.

⁽⁶¹⁾ Così, secondo noi a torto, O. LICANDRO, 'In ius vocatio', cit., 253 nt. 140: "Sul piano logico, invece, i dubbi permangono non riuscendosi a capire perché Gaio vada ad accostare la porta domestica ai bagni pubblici e al teatro".

evidentemente la concezione che abbiamo ritenuto di scorgere alla base del pensiero di Giuliano/Paolo, in D. 2, 4, 19. Nell'ambito della stessa *domus* si era giunti a distinguere, rispetto ai luoghi impenetrabili e privati, altri ambienti pubblicamente accessibili, fra i quali certamente la *ianua*, i quali – proprio alla stregua degli edifici pubblici – rendevano lecita la citazione⁽⁶²⁾.

4. – Ad ogni modo, se è vero che il principio “*nullum de domo sua in ius vocari licere*”, in talune ipotesi, poteva essere derogato, ciò che rimaneva comunque deprecabile, e illecito, era l'uso della forza contro il *vocatus* recalcitrante e, soprattutto, la sua violenta estrazione dai confini della *domus*. Ciò si legge, infatti, nel seguente frammento di Paolo, che si ricollegava a quanto riferito dallo stesso giurista in D. 2, 4, 19⁽⁶³⁾:

D. 2, 4, 21 (PAUL. 1 *ad ed.*)⁽⁶⁴⁾: Sed etsi is qui domi est interdum vocari in ius potest, tamen de domo sua nemo extrahi debet.

Verosimilmente riferendosi ad ambedue le ipotesi eccezionali individuate da Giuliano (quella del *latitans* che *aditum ad se praestet* e quella del *latitans* che *ex publico conspiciatur*)⁽⁶⁵⁾, il giurista ribadiva che anche il rifugiato in casa, talvolta, poteva essere citato in giudizio: ma che nessuno, ad ogni modo, poteva essere estratto *de domo sua*, ossia strappato dalle pareti domestiche per essere condotto forzatamente *in ius*.

⁽⁶²⁾ O. LICANDRO, ‘*In ius vocatio*’, cit., 255, ha invece ritenuto che l'opinione richiamata da Gaio si riferisse alla liceità della *in ius vocatio* effettuata da luoghi pubblici, esterni alla *domus*. Il giurista, da questo punto di vista, avrebbe condiviso l'orientamento di Giuliano/Paolo in D. 2, 4, 19, ove le parole *ex publico conspiciatur* rimanderebbero alla medesima fattispecie (viceversa, circa il divieto di *in ius vocari* dall'interno dell'abitazione sarebbero sussistiti pareri discordi: Gaio infatti, a differenza di Giuliano/Paolo, non avrebbe ammesso eccezioni di sorta).

L'A., tuttavia, riguardo a D. 2, 4, 20 in esame, ha trascurato del tutto il riferimento alla *ianua*, giudicandolo incomprensibile (v. nt. preced.). Proprio questo elemento invece, a nostro parere, illumina il significato dell'enunciazione di Gaio e il suo rapporto con l'orientamento di Giuliano/Paolo in D. 2, 4, 19.

⁽⁶³⁾ I due passi sono considerati congiuntamente da O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., col 967, n. 89.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. D. 50, 17, 103 (PAUL. 1 *ad ed.*): *Nemo de domo sua extrahi debet*.

⁽⁶⁵⁾ Talvolta, l'affermazione di Paolo è stata riferita al solo caso del ‘vocando’ che *aditum ad se praestet*: I. BUTI, *Il “praetor”*, cit., 234. L'andamento del discorso sembra invece suggerire che il giurista alludesse ad ambedue le fattispecie eccezionali subito prima considerate, ivi compresa quella del ‘vocando’ che *ex publico conspiciatur*. Non si può peraltro escludere che Paolo, nell'enunciare il divieto di *extrahere de domo*, riproponesse un principio già enunciato dallo stesso Giuliano.

La perentoria affermazione – *de domo sua nemo extrahi debet* – suggerisce in primo luogo che la *in ius vocatio*, nonostante l'introduzione di rimedi pretori alternativi all'uso della forza, contro il *vocatus* recalcitrante⁽⁶⁶⁾, poteva ancora condurre al consueto violento epilogo⁽⁶⁷⁾. D'altro canto, chiarisce che tale atto, là dove fosse ammissibile dall'interno della casa, doveva intendersi come semplice invito a comparire: che, di fronte al rifiuto del *vocatus*, poteva unicamente condurre alle suddette sanzioni "incruente".

Si deve infine osservare che i frammenti paolini in D. 2, 4, 19 e 21 (PAUL. 1 *ad ed.*), secondo un'interpretazione avanzata già da Cujacio⁽⁶⁸⁾, dovevano commentare la clausola edittale *De cautione et possessione ex causa damni infecti danda*⁽⁶⁹⁾, che avrebbe parzialmente delegato ai magistrati municipali la competenza in materia di *cautio damni infecti*⁽⁷⁰⁾. Del resto, le considerazioni svolte in tema di *in ius vocatio*, circa la liceità della citazione dall'interno della casa e circa il divieto di *extrahere* taluno *de domo sua*, apparivano senz'altro pertinenti al contenuto di tale clausola. Essa, infatti, prevedeva a

⁽⁶⁶⁾ In particolare, si trattava dell'azione penale *in factum* contro il *vocatus qui neque venerit neque vindicem dederit* [GAI. 4, 46; GAI. 4, 183; D. 2, 5, 2. 1 (PAUL. 1 *ad ed.*)], nonché, verosimilmente, della *missio in bona* [che poteva essere senz'altro disposta qualora il *vocatus* avesse dato un garante: D. 42, 4, 2 *pr.* (ULP. 5 *ad ed.*)]. Ulteriori azioni penali erano inoltre concesse contro il *vindex* che non avesse esibito *in iure* il chiamato [D. 2, 8, 5 (ULP. 5 *ad ed.*)], nonché contro il terzo *qui vi exemerit eum qui in ius vocatur* [Gai. 4, 46; D. 2, 7, 5, 1-4 (ULP. 5 *ad ed.*)]. Per uno sguardo d'insieme, in particolare: G. PUGLIESE, *Les voies de recours sanctionnant l' "in ius vocatio"*, cit., 101 ss. e *Il processo civile romano. II*, cit., 374 ss.; G. PROVERA, *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*, Torino 1970, 86 ss.

⁽⁶⁷⁾ La testimonianza sembra smentire, dunque, un diffuso punto di vista, secondo il quale la creazione di mezzi di pressione indiretta avrebbe reso superfluo l'uso della forza (così, esattamente, O. LICANDRO, *'In ius vocatio'*, cit., 257 s.; cfr. inoltre G. PROVERA, *Il principio del contraddittorio*, cit., 89 s. e I. BUTI, *Il "praetor"*, cit., 292 s). In effetti, si deve considerare che il *vocatus*, ancora in epoca classica, era tenuto a seguire immediatamente l'attore (salvo sottrarsi a tale obbligo attraverso la prestazione di un *vindex*) e che la *ductio in ius*, come si può desumere da D. 2, 8, 5, 1 (GAI. 1 *ad ed. prov.*), veniva ancora eseguita. I rimedi pretori alternativi, del resto, non sempre apparivano affidanti. Le azioni penali *in factum*, per esempio, iniziavano anch'esse con una *in ius vocatio*, che poteva non sortire un esito migliore della precedente (G. PUGLIESE, *Les voies de recours*, cit., 119). Sul punto, anche J. M. KELLY, *Roman Litigation*, Oxford 1966, 10 s.

⁽⁶⁸⁾ J. CUJACIO, *In librum primum Pauli ad edictum*, cit., col. 19.

⁽⁶⁹⁾ O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., col. 967 n. 89, con nt. 6, e *Das edictum perpetuum*, Leipzig 1927³ (rist. Aalen 1985), Tit. I, § 3, *De cautione et possessione ex causa damni infecti danda*, 53 nt. 3. A tale opinione aderisce pure R. DOMINGO, *Estudios sobre el primer título del edicto pretorio. III. Palingenesia y Reconstrucción*, Santiago de Compostela 1995, 21 nt. 10, 32 s., 44 nt. 111. Il pretore, mediante tale clausola, avrebbe delegato parzialmente ai magistrati municipali la competenza ad ordinare la *cautio damni infecti* e a pronunciare, eventualmente, la *missio ex primo decreto*.

⁽⁷⁰⁾ Per uno sguardo d'insieme: R. DOMINGO, *Estudios*, cit., 32 ss.

sua volta una speciale procedura di citazione, o meglio di *denuntiatio* (*ad domum*)⁽⁷¹⁾, che, per un verso, doveva effettuarsi presso la dimora del citato⁽⁷²⁾; ma che per altro verso, così come la *in ius vocatio* ordinaria, non ammetteva la forzata estrazione di quest'ultimo.

Ciò si legge nel seguente passo di Ulpiano, analogamente tratto dal libro 1 *ad edictum* ⁽⁷³⁾:

D. 39, 2, 4, 5 (ULP. 1 *ad ed.*): Praetor ait: 'dum ei, qui aberit, prius domum denuntiari iubeam'. abesse autem videtur et qui in iure non est. quod et Pomponius probat: verecunde autem praetorem denuntiari iubere, non extrahi de domo sua. sed 'domum, in quam degit, denuntiari' sic accipere debemus, ut et si in aliena domo habitet, ibi ei denuntietur. quod si nec habitationem habeat, ad ipsum praedium erit denuntian- dum vel procuratori eius vel certe inquilinis.

Qualora il proprietario dell'edificio pericolante risultasse assente⁽⁷⁴⁾, il pretore – prima di procedere alla *missio in possessionem* – esigeva dunque che l'interessato effettuasse la *denuntiatio*, presso la *domus* dell'assente medesimo⁽⁷⁵⁾. Al tempo stesso, nel disporre il compimento

(71) In argomento, in particolare: A.-J. Boyé, *La denuntiatio introductive d'instance sous le Principat*, Bordeaux 1922, spec. 168 e 238 ss. La *denuntiatio* (*ad domum*), peraltro, non era esclusiva della *cautio damni infecti*. Cicerone, per esempio, riteneva opportuno effettuare una simile *denuntiatio*, in generale, prima di ricorrere alla *missio in bona* di un amico *latitans* (Cic. *pro P. Quinct.* 17, 54. Cfr. anche Cic. *pro Caec.* 7, 19). Per ulteriori esempi di *denuntiationes*, non introduttive d'istanza o anche extraprocedurali, A.-J. Boyé, *La denuntiatio*, cit., 241 s.

(72) In un certo senso, si trattava di un'ulteriore deroga al divieto di essere citati dalla propria casa, accostabile alle eccezioni enunciate da Paolo, in D. 2, 4, 19, sulla scorta dell'opinione di Giuliano (cfr. O. LICANDRO, '*In ius vocatio*', cit., 260).

(73) I continui riferimenti al *praetor*, nella testimonianza che ci accingiamo ad esaminare, hanno fatto tuttavia supporre che Ulpiano non si riferisse specificamente alla *cautio damni infecti* municipale, bensì al procedimento cauzionale principale, valido tanto per i municipi quanto per Roma (R. DOMINGO, *Estudios*, cit., 45 s.).

Il passo non è andato esente da sospetti. TH. MOMMSEN, *ad h. l.*, ha proposto di cancellare *in quam degit*. Un massiccio rifacimento è stato ipotizzato da S. SOLAZZI, *Miscellanea*. IV. "Degere", in AG, 94 (1925), ora in *Scritti di diritto romano*, III, Napoli 1960, 69 s.: [*in quam degit*], [: *verecunde autem praetorem denuntiari iubere, non extrahi de domo sua*], [*vel procuratori eius vel certe inquilinis*].

(74) *Absens* era ritenuto, in origine, chi non si trovava nel luogo che era sede del magistrato competente; Pomponio considerò tale anche colui che, chiamato in giudizio, non si fosse presentato *in iure*.

(75) La *denuntiatio*, che era condizione necessaria per la concessione della *missio in possessionem*, poteva svolgersi anche *in domo aliena*, quando l'avversario abitasse in una casa altrui, nonché presso il medesimo fondo pericolante, al procuratore o agli inquilini, quando non dimorasse neppure nel luogo. Evidentemente, qualora non si

dell'atto, avrebbe dovuto ordinare che esso si svolgesse *verecunde*⁽⁷⁶⁾, con moderazione e rispetto, di modo che l'attore si limitasse ad una semplice intimazione, senza estrarre l'avversario assente dalla sua dimora: *verecunde autem praetorem denuntiari iubere, non extrahi de domo sua*⁽⁷⁷⁾.

5. – Le testimonianze di Paolo e Ulpiano da ultimo esaminate confermano che il diritto, riconosciuto ad ognuno, di trovare rifugio nella propria casa e la conseguente immunità che ne derivava, per lo meno riguardo alle cause civili, si sostanzialmente essenzialmente nella illiceità della violenta estrazione dalle pareti domestiche. Una illiceità che appariva anzitutto fondata sulla contrarietà alle norme del *fas*, come Cicerone ricordava (*hoc perfugium est ita sanctum omnibus, ut inde abripi neminem fas est*), per essere infine assunta e ripetutamente sancita dal diritto.

Proprio il timore di un simile evento, che appariva connaturato alle forme dell'antica *in ius vocatio*, aveva fatto sì che la maggioranza dei giuristi inclinasse a ritenere inammissibile, in radice, lo svolgimento dell'atto. Più tardi, l'esigenza di agevolare la tutela processuale dei diritti aveva indotto a "sanzionare", quale latitante, chi si rendeva irreperibile nascondendosi in casa, nonché a ritenere lecita, talvolta, la stessa *in ius vocatio de domo*: vuoi perché il *vocandus* vi avesse acconsentito, vuoi perché si fosse reso visibile, e contattabile, *ex publico*. Sotto quest'ultimo aspetto, ci è sembrato anzi di scorgere l'affacciarsi di una nuova concezione della *domus*, intesa non già come luogo uniformemente impene-trabile, ma come spazio articolato, comprensivo anche di ambienti "pubblici", per esempio la porta d'ingresso, ove la protezione risultava

riuscisse a trovare alcuna persona, alla quale effettuare la citazione, la norma cessava di applicarsi: D. 39, 2, 4, 6 (ULP. 1 *ad ed.*). Ulpiano consigliava però, come misura precauzionale, di affiggere un *libellum* sopra l'immobile pericolante medesimo. In argomento: A.-J. BOYÉ, *La denuntiatio*, cit., 240 s.; G. BRANCA, *Danno temuto e danno da cose inanimate nel diritto romano*, Padova 1937, 194 ss.; A. PALERMO, *Il procedimento cauzionale nel diritto romano*, Milano 1942, 47 s.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. TH. MAYER-MALY, 'Verecundia' in *der Rechtssprache*, in *Estudios Iglesias*, I, Madrid 1988, 375 ss., in part. 383, che propende per la genuinità dell'espressione *verecunde* nel passo in esame.

⁽⁷⁷⁾ O. LICANDRO, 'In ius vocatio', cit., 259 s., ponendo l'accento sulla presenza dell'avverbio *verecunde*, sembra desumere la necessità che il pretore usasse estrema cautela non soltanto nel disciplinare il compimento dell'atto (per l'appunto, vietando all'attore di *extrahere de domo* l'avversario), ma anche nel decidere se riconoscere o meno all'interessato la facoltà di effettuare la *denuntiatio*. In realtà, come si è già chiarito nel testo, e come emerge dallo stesso tenore del passo ulpiano, la *denuntiatio (ad) domum* era necessariamente prescritta, prima di procedere alla *missio in possessionem*, e non accordata discrezionalmente a seconda delle circostanze.

meno intensa e quanto meno la *in ius vocatio*, come semplice intimazione a comparire, appariva autorizzata.

Il limite invalicabile era però rappresentato, in ogni caso, dal divieto di *extrahere de domo*. Questo divieto, che non conosceva eccezioni⁽⁷⁸⁾, e nemmeno confini spaziali (dai *communia loca*, verosimilmente, si poteva essere citati, ma certamente non estratti), non coinvolgeva solamente la ordinaria *in ius vocatio*, che si svolgeva tra privati, ma la stessa *denuntiatio (ad) domum* in materia di danno temuto, che era atto semi-ufficiale, legittimato dall'*auctoritas* del pretore⁽⁷⁹⁾.

In ciò risiedeva, del resto, il contenuto essenziale del diritto di asilo legato ad un ambito territoriale, fondato sulla inviolabilità riconosciuta ad un luogo e sulla conseguente immunità attribuita a colui che vi trovava riparo: sia che si trattasse della casa privata di un comune cittadino, oppure di un tempio pagano, o più tardi della chiesa, *domus Dei*, a sua volta elevata a *commune refugium* di tutti gli uomini⁽⁸⁰⁾.

⁽⁷⁸⁾ Le discussioni giurisprudenziali dovevano semmai riguardare l'opportunità di vietare in radice lo stesso svolgimento della *in ius vocatio*, ovvero consentirla laddove non conducesse all'uso della violenza.

⁽⁷⁹⁾ Si potrebbe anzi affermare che il pretore stesso soggiaceva a questo limite, giacché, nell'autorizzare il compimento della *denuntiatio*, era tenuto a disporre che l'*absens* non fosse estratto *de domo sua*. In ciò si può scorgere il segnale di quel che avverrà nel diritto ultimo. Il principio *nemo de domo sua extrahi debet*, più volte ribadito all'interno del Digesto [D. 2, 4, 21 (PAUL. 1 *ad ed.*) = D. 50, 17, 103 (PAUL. 1 *ad ed.*); D. 39, 2, 4, 5 (ULP. 1 *ad ed.*)] sarà osservato anche nella *cognitio extra ordinem* e nel processo giustiniano per libello, quando la citazione sarà effettuata dall'*exsecutor*, organo ufficiale della cancelleria del tribunale, con possibilità di trarre in arresto il *vocatus* che non prestasse la *cautio iudicio sisti*. Per tutti, L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, cit., 274 ss.

⁽⁸⁰⁾ AUG. *Sermo Morin Guelferbytanus* 25, P.L.S. 2, col. 608-609: *Fratres, propter eos qui confugiunt ad munimentum matris ecclesiae, propter ipsum omnium commune refugium, nolite pigri et segnes esse frequentare matrem vestram et non recedere de ecclesia: sollicita est enim, ne quid indisciplinata multitudo audeat ... Sed ne quid indisciplinata audeat multitudo, debetis frequentare matrem vestram: quia sicut dixi, non unius aut duorum hominum hoc est, sed commune refugium*. Testo e traduzione in A. DUCLOUX, *Ad ecclesiam confugere*. *Naissance du droit d'asile dans les églises (IV^e – milieu du V^e s.)*, Paris 1994, 172 s. e 282 s.

Anche l'immunità accordata dall'asilo ecclesiastico si sostanzialmente, nel divieto di *extrahere* (ovvero *abducere*, *abstrahere*, *protrahere*, ecc.) chi si fosse riparato in *sacris locis*: CTh. 16, 8, 19 (a. 409) = C. 1, 12, 2; CTh. 9, 45, 4 *pr.* (a. 431) = C. 1, 9, 3; CTh. 9, 45, 5 (a. 432) = C. 1, 12, 4; C. 1, 12, 6 *pr.* (a. 466). Cfr. anche CTh. 9, 45, 1 (a. 392). Al riguardo, ci sembrano significative le parole di D. GOTOFREDO, in *Corpus Iuris Civilis ... cum notis integris ... Dionysii Gothofredi JC.*, II, Amstelodami, Lugd. Batavorum 1663, ad C. 9, 12, 6, 39 nt. 21: *... Citari seu vocari in Ecclesia quis potest, at non extrahi aut rapi. Vis asyli haec est, unde inviti non extrahantur ...*

ABSTRACT

The essay deals with an aspect of the immunity that the *domus* guaranteed. It concerns the prohibition from leading compulsorily the person who sought refuge inside the house. The rule, pertinent to the civil suit, has been examined with reference to pre-classical and classical age. Principal texts: *Cic. dom.* 41, 109; *D.* 2, 4, 18 (*Gai. 1 ad l. duod. tab.*); *D.* 2, 4, 19 (*Paul. 1 ad ed.*); *D.* 2, 4, 20 (*Gai. 1 ad l. duod. tab.*); *D.* 2, 4, 21 (*Paul. 1 ad ed.*); *D.* 39, 2, 4, 5 (*Ulp. 1 ad ed.*); *D.* 47, 10, 23 (*Paul. 4 ad ed.*).

Si considera un aspetto della immunità che la *domus* assicurava, ossia il divieto di condurre forzatamente in giudizio chi si rifugiava al suo interno. La regola, relativa alle cause civili, è stata esaminata con riferimento all'età preclassica e classica. Testi principali: *Cic. dom.* 41, 109; *D.* 2, 4, 18 (*Gai. 1 ad l. duod. tab.*); *D.* 2, 4, 19 (*Paul. 1 ad ed.*); *D.* 2, 4, 20 (*Gai. 1 ad l. duod. tab.*); *D.* 2, 4, 21 (*Paul. 1 ad ed.*); *D.* 39, 2, 4, 5 (*Ulp. 1 ad ed.*); *D.* 47, 10, 23 (*Paul. 4 ad ed.*).

PETER LEYLAND (*)

EVOLVING CONCEPTS OF MORAL BLAMEWORTHINESS IN ENGLISH CRIMINAL LAW (**)

This paper considers how the notion of moral blameworthiness justifying punishment has been translated into different formulae by which the English courts are able to establish the guilt or innocence of the accused. The concept of *mens rea* has been developed to satisfy the requirement of proving a guilty mind and this must be coincidental with the *actus reus* or guilty act of any particular crime. That is to say there is an assumption that an act has been committed which can be described as necessary for a person to be convicted of this crime, but this requirement still means that to secure a conviction for serious crimes the prosecution must prove that a recognised state of mind is present. For each offence the *mens rea* element will be found in the definition e.g., for murder it is intention to kill or cause grievous bodily harm, for theft it is dishonesty and intention to permanently deprive, for rape it is intention to have sexual intercourse either knowing that the victim does not consent or not caring whether the victim consents or not and so on⁽¹⁾.

There are obvious advantages in having a system based on establishing blame:

(i) the presence or absence of *mens rea* becomes the means for distinguishing between serious and less serious crimes. For many crimes, usually created by statute and referred to as offences of strict liability there is no *mens rea* requirement to secure a conviction. Typically, such offences have a

(*) Professor of Law, London Metropolitan University.

(**) I would like to thank Prof. Guido Casaroli for inviting me to present this lecture at the University of Ferrara in April 2004. Also I would like to thank Ciro Grandi for his brilliant translation.

⁽¹⁾ These concepts are closely related to the Italian subjective definitions of fault. Intention is similar to *dolo*, while recklessness comes close to the concept of *colpa grave* but would translate as *avventatezza*, mere negligence is *colpa*. T. Watkin *The Italian Legal Tradition*, London, Dartmouth, 1997.

regulatory function and have been created in areas such as road traffic, regulation in relation to safety at work, environmental protection, standards of food and hygiene. Strict liability offences have also been created in regard to drugs and explosives where proof of possession is often enough to secure a conviction⁽²⁾. In general *mens rea* is required where stigmatic punishment is imposed;

(ii) it follows from an approach which reserves *mens rea* for the most grave crimes that the severity of punishment can be linked to the seriousness level of *mens rea*. In the case of homicide the prosecution must prove intention to secure a conviction for murder. For this crime the only sentence is life imprisonment. On the other hand, for manslaughter there is a very wide discretion that runs from life imprisonment to non custodial sentencing options⁽³⁾.

(iii) this concept is consistent with the idea of having defences⁽⁴⁾. The effect of pleading a defence such as insanity is to suggest that in some way the presumption in favour of the defendant (D) having full *mens rea* has been reduced or negated⁽⁵⁾.

The particular states of mind that may amount to *mens rea* are a matter of fundamental importance in criminal law. In essence, some will allow conviction for serious criminal behaviour, while others fall below what is required. The defendant deserves to be blamed when the requisite *mens rea* is present and might be let off altogether if the *mens rea* is insufficient. Of course, the key question is, how do we decide what amounts to the necessary *mens rea*. This is a complex issue, since it is impossible to know exactly what was going on in the mind of the defendant. The particular words and the tests discussed here are judicial attempts to set the boundaries in accordance with a statutory or common law definition of offences and it is helpful to consider these definitional words in an order of descending intensity. That is to say, 'intention' is the highest and most criminal type of *mens rea*, recklessness is criminal risk taking, while at the other end of the scale, mere negligence (as opposed to gross negligence) is not enough to amount to

⁽²⁾ In interpreting statutes the courts make an assumption in favour of *mens rea*. See e.g., C. Clarkson *Understanding Criminal Law*, 3rd edn., London, Sweet & Maxwell, 2001 at p. 135ff.

⁽³⁾ A. Ashworth *Sentencing and Criminal Justice*, 3rd edn., London, Butterworths, 2000 pp. 110-112.

⁽⁴⁾ Professor Ashworth prefers to organise his analysis of criminal law around the idea of positive and negative fault requirements. See Ashworth A *Principles of Criminal Law*, 4th edn, Oxford, Oxford UP, 2003.

⁽⁵⁾ To some extent these fit into categories of excusatory defences (capacity, mental disorder, intoxication, duress and necessity, provocation, justificatory defences and mistake but there is no exact parallel with the Italian notion of *antigiuridicità* (justification) or the bi-partite approach of lawful excuse.

criminal liability under the common law, but negligence will suffice for many offences of strict liability. It is equally important to recognise that while the concepts of intention, recklessness and gross negligence apply generally, in reality the *mens rea* for each individual crime is distinct. In the sense that it is obvious that the murderer, thief or rapist each have a very different mental state, one that is related to the particular unlawful conduct that they are engaged in.

(I) INTENTION

The first thing to make clear is that the idea of *mens rea* should not be confused with motive, guilty feelings, malice or evil. The motive describes the defendant's reason for acting in a particular way. A motive may be morally defensible but still amount to the crime of murder. The devoted husband who administers a lethal dose of drugs to his terminally ill wife suffering great pain is guilty of murder⁽⁶⁾. The liability arises simply because the defendant recognises that the effect of administering the drug is to kill. At the time of the act the death of the victim is the aim of the defendant⁽⁷⁾.

In certain situations a common sense view may appear to adequately explain intention, or what has been termed direct intention. For example, where a person takes a gun, loads it, takes careful aim from a few metres at a helpless victim, and fires the gun. In this situation it may be assumed that the person who pulls the trigger intended to kill the person the gun was aimed at. In one case James LJ defined intention as 'a decision to bring about [the proscribed result], insofar as it lies within the accused's power, no matter whether the accused desired the consequence of his act or not' ⁽⁸⁾. Looking at it rather differently, it has been suggested by Duff that direct intention can be measured by employing the test of failure. Thus the question becomes, would the D count their actions a failure if the result did not come about ⁽⁹⁾? Perhaps surprisingly there is no single accepted definition in English law of intention because judges in the House of Lords have recognised that in most situations

⁽⁶⁾ See *R v Grey* [1965] *The Times*, October 7th.

⁽⁷⁾ In the case of Dr. Cox 19/9/1992, a consultant rheumatologist who prescribed potassium chloride to a sick patient at her request, was found guilty of attempted murder. The point was that death was the only outcome of administering this particular drug. The charge was attempted murder because a jury may well have been reluctant to bring in a verdict of guilty in the light of the mandatory life sentence.

⁽⁸⁾ In *Mohan* [1976] QB1.

⁽⁹⁾ R. Duff *Intention, Agency and Criminal Liability: Philosophy of Action and the Criminal Law*, Oxford, Blackwell, 1990 at p. 61.

coming before the courts the jury's common sense will enable them to make up their mind⁽¹⁰⁾. Even in the example given above a person might pull the trigger of a gun intentionally, but not intend to kill the victim. For example, if the D was under the impression that the gun was loaded with blanks or thought that it was incapable of firing⁽¹¹⁾, or if the D was on a shooting range and the victim was concealed behind the target area when he/she was hit by the bullet.

Oblique Intention ⁽¹²⁾

A person can intend to achieve more than one result at the same time. 'One might say that a consequence is directly intended if it is D's purpose or desire to produce it, and that it is obliquely intended if it is a foreseen but undesired consequence'. The distinction between direct intent and oblique intent needs to be elaborated⁽¹³⁾ because oblique intent widens the scope of intention. Direct intent is when the consequence is desired. In cases of oblique intent the *mens rea* requirement is satisfied even where the consequence is not intended. The line between direct intention, oblique intention and recklessness has not always been drawn in the same place. At one point the *mens rea* test for homicide included all these situations⁽¹⁴⁾:

(1) A consequence is intended when it is the aim or objective of the actor. This sentence describes direct intent.

(2) A consequence is intended when it is the aim or objective of the actor or is foreseen as certain to result. The result is a foreseen consequence. Further, it is an undesired consequence. In this situation the result is a necessary precondition and has been termed oblique intention. For example, when a person shoots through a window to kill his victim the glass *must* be shattered in order for the objective to be achieved. Objective A, the killing of the victim, can only be reached by also achieving the undesired objective B, namely, the

⁽¹⁰⁾ In *Moloney* [1985] AC 905 Lord Bridge stated that: 'The golden rule should be that, when directing a jury on the mental element necessary in a crime of specific intent [e.g. murder], the judge should avoid any elaboration or paraphrase of what is meant by intent, and leave it to the jury's good sense to decide whether the accused acted with necessary intent, unless...some further explanation...is strictly necessary ...'

⁽¹¹⁾ See *Lamb* [1967] 2 All ER 1282. This was a case in which the D pointed and fired a loaded revolver at his friend but mistakenly believed it was not capable of discharging a live bullet because of the position of the cylinder containing the bullets.

⁽¹²⁾ A. Simester and W. Chan "Intention Thus Far" [1997] *Crim LR* 704; and N. Lacey "A Clear Concept of Intention: Elusive or Illusory" (1993) 56 *MLR* 621.

⁽¹³⁾ This is similar to *omicidio preterintenzionale*.

⁽¹⁴⁾ See *Hyam v DPP* [1975] AC 55.

shattering of the window. This form of oblique intention might be exemplified by placing a bomb on the aeroplane to claim the insurance money for the cargo. If the bomb is timed to go off during flight, it is a certainty that anyone on board the aircraft will be killed. Even though the objective was to claim the insurance money, this objective could not be achieved without also killing the flight crew and passengers.

(3) A consequence is intended when it is the aim or objective of the actor, or is seen as a virtual practical or moral certainty. This is *Nedrick/Woollin* type of oblique intention. For instance, the D setting off a bomb to frighten a victim. If a substantial charge of explosive is planted and it explodes and kills it may be seen by a jury as virtually certain that anyone in the proximity will be at least seriously injured. If this is so the bomber will be deemed to have foresight of virtual certainty. The *mens rea* of murder requires the D to intend to kill or to inflict grievous bodily harm.

(4) A consequence is intended when it is the aim or objective of the actor or is foreseen as a probable or highly probable consequence. This sentence describes a situation where the outcome is foreseen as less likely to arise than in the example above, nevertheless, foreseeing a result as highly probable was regarded as intention until the House of Lords overruled its own previous decision in *Moloney* ⁽¹⁵⁾. Under the common law this position represents the cut off point between the *mens rea* of murder and the type of reckless manslaughter based on deliberate conscious risk taking.

In recent years there has been shift that has narrowed the definition of intention so that number (4) above is no longer sufficient to amount to intention. In sum, a result that is foreseen as probable or even highly probable is no longer deemed to be intended and so a jury directed according to the new test will return to a verdict of manslaughter. In such cases, as was noted above, instead of the mandatory life sentence the court will have wide discretion when fixing a sentence.

A memorable case that was part of the development of the present test was *R v Hancock and Shankland* ⁽¹⁶⁾. In the 1980's the government of Mrs. Thatcher sought to break the power of the trade unions by direct confrontation which came to a head in the coal industry with a dispute between the then nationalised Coal Board and the National Union of Mineworkers ⁽¹⁷⁾. During a very bitter and divisive miner's strike which lasted for about a year there was extensive police activity to curb picketing. There was also widespread intimidation directed at strike breakers by some members of the

⁽¹⁵⁾ The case of *Hyam* was overruled in *Moloney* [1985] AC 905.

⁽¹⁶⁾ [1986] AC 455.

⁽¹⁷⁾ See P. Clarke *Hope and Glory: Britain 1900-1990*, London, Penguin, 1996 at p. 378.

NUM, the official trade union representing the miners. On one occasion the D's who were a group of striking miners pushed a large block of concrete over a bridge onto a motorway. A taxi being driven under police escort with strike breakers inside on its way to a coal mine was hit by the concrete block pushed into their path by striking miners. The taxi driver was killed. The miners claimed that they acted to frighten the driver and to block the road but not to kill or cause serious injury.

The trial judge directed the jury according to the guidelines in *Moloney*⁽¹⁸⁾. First, [the jury must ask themselves] was death ... a natural consequence of a voluntary act, or did the D foresee the consequences as being natural? Secondly, did the D foresee that the consequence as being the natural consequence of the D's voluntary act? If the answer to both these questions was yes, the jury should convict. Lord Bridge had indicated in *Moloney* that the consequences or result should be overwhelming or *virtually certain* to amount to intention. The miners were convicted of murder and they appealed against their conviction.

Moreover, Lord Bridge had stated that the jury were entitled to infer an intention to kill or inflict grievous bodily harm if the accused had foreseen these consequence as a natural consequence of their acts⁽¹⁹⁾. On final appeal to the House of Lords in *Hancock and Shankland* this direction was thought by Lord Scarman to be misleading, because further explanation was necessary on the question of *natural* consequences. The jury required some guidance on the *probability of the consequences*. This was not just something that followed in an unbroken causal chain, the degree of probability was important and had to be drawn to the jury's attention. This clarification was meant in the sense that they 'require an explanation that the greater the probability of a consequence, the more likely it is that the consequence was foreseen and that if that consequence was foreseen the greater the probability is that that consequence was also intended'⁽²⁰⁾. The appeal was allowed and the convictions reduced to manslaughter. Lord Scarman had in mind the importance of explaining to the jury what probability really meant in any given situation. For instance, in the scenario before the court it might well be related to the size of the piece of concrete that was dropped and the amount of traffic going under the bridge at the time.

After this case the test to be used in directing juries for cases involving oblique intention was refined further by the then Lord Chief Justice Lord Lane in the Court of Appeal *R v Nedrick*⁽²¹⁾:

⁽¹⁸⁾ [1985] AC 905.

⁽¹⁹⁾ See discussion in A. Ashworth *Principles of Criminal Law*, 4th edn., Oxford: Oxford University Press, 2003 p. 177.

⁽²⁰⁾ Lord Scarman in *R v Hancock and Shankland* [1986] AC 455.

⁽²¹⁾ [1986] 1 WLR 1025.

‘... it may be helpful for a jury to ask themselves two questions.

(1) How probable was the consequences which resulted from the D’s voluntary act? (2) Did he foresee that consequence?

If he did not appreciate that death or serious harm was likely to result from his act, he cannot have intended to bring it about. If he did, but thought that the risk to which he was exposing the person killed was only slight, then it may be easy for the jury to conclude, that he did not intend to bring about the result. On the other hand, if the jury are satisfied that at the material time the defendant recognised that death or serious harm would be virtually certain (barring some unforeseen intervention) to result from his voluntary act, then that is a fact from which it might be easy to infer that he intended to kill or do serious bodily harm, even though he may not have had any desire to achieve that result’.

He went on to state that a jury should be directed that they are not entitled to infer the necessary intention, unless they feel that death or serious bodily harm was a virtual certainty. Intention is where a D sees a consequence as virtually certain, but although he does not positively desire that consequence he goes ahead with the action anyway.

Refining the Nedrick Test

This Nedrick test has been broadly approved but it has been modified⁽²²⁾ in one crucial respect by the House of Lords in *R v Woollin* ⁽²³⁾.

(1) A result is intended when it is the actor’s purpose to cause it.

(2) A court or jury *may also find* that a result is intended, though it is not the actor’s purpose to cause it, when-

(a) the result is a virtually certain consequence of that act, and

(b) the actor knows that it is a virtually certain consequence.

Instead of using the term that the jury are ‘entitled to infer’ intention the approved wording is now ‘entitled to find’ intention.

It has been suggested that this dispenses with the *Nedrick* approach of seeing foresight of virtual certainty as merely evidence from which intention

⁽²²⁾ See A. Norrie “After Woollin” [1999] *Crim LR* 532.

⁽²³⁾ [1999] AC 82. The facts of *Woollin* were that the D had thrown his three month old son across the room towards his pram. The child suffered a fractured skull from which he died. There had been a defective direction by the judge at trial which did not deal with ‘aim, objective or purpose’. The D was convicted here on the inference that he knew that there was a substantial risk that he would cause serious injury. The House of Lords overruled the Court of Appeal and substituted a conviction for manslaughter. See A Simester and G Sullivan *Criminal Law Theory and Doctrine*, 2nd ed. Oxford, Hart Publishing p.134.

may be inferred⁽²⁴⁾. Lord Steyn stated that ‘The effect of the critical direction is that a result foreseen as virtually certain is an intended result’. This statement makes clear that no further step of drawing inferences is now required.

However, Professor Ashworth⁽²⁵⁾ interprets this change as meaning that this wording ‘may find’ still leaves open the possibility of a court being lawfully able *not* to find intention even where there is foresight of virtual certainty. Why then did their Lordships not use ‘must find’ instead of ‘may find’? It is also suggested by Allen⁽²⁶⁾ that the test should specify that the jury must consider the situation from the D’s perspective, that is not whether death/grievous bodily harm (g.b.h.) was actually a virtual certainty but whether the D himself foresaw death/g.b.h. as a virtual certainty when he acted.

In sum, following *Woollin* if the result *is* objectively a virtually certain consequence of D’s actions *and* D subjectively foresees it as virtually certain, then the jury *may* find that it is intended⁽²⁷⁾.

This version of the test appears to mean that intention can be defined as foresight of virtual certainty. We have already referred to the position of the fraudster who puts a bomb on the plane timed to explode while it is in flight. He does this in order to claim the insurance money on the cargo. When charged he states that his intention was to claim on the insurance money not to harm the crew. However, he knows that when the bomb explodes the crew will certainly be killed. He will be found guilty of murder. But if we consider a terrorist who sets off a bomb in a public place in order to promote a political cause. Does the D intend to kill passing pedestrians? If we apply the *Nedrick/Woollin* test (outlined above). The answer will be yes if: (1) sufficient explosive has been used to kill or cause serious injury (the objective requirement) and (2) the D recognises that if the bomb goes off with members of the public in the proximity some of them are virtually certain to be killed or seriously injured⁽²⁸⁾.

The lack of a secure definition of oblique intention has been a recognised

⁽²⁴⁾ See J. Smith and B. Hogan *Criminal Law*, 10th edn., London, Butterworths, 2002, p. 71ff.

⁽²⁵⁾ A. Ashworth, *Principles of Criminal Law*, Oxford, OUP, 2003 p. 177 and 179.

⁽²⁶⁾ M. Allen, *Textbook on Criminal Law*, 5th edn, Oxford, Oxford UP, 1999 at p.63-64.

⁽²⁷⁾ For a concise evaluation of the current position see C. Clarkson and H. Keating *Criminal Law: Text and Materials*, 5th ed., London, Sweet & Maxwell 2003 p. 135ff.

⁽²⁸⁾ In *Mathews and Alleyne* [2003] EWCA Crim 192 the D’s deliberately threw a non-swimmer from a bridge into a deep river. On the fact the inference was irresistible. If the D’s appreciated that the virtual certainty of death it would be impossible for the jury not to find the requisite intention to kill.

problem and it has led to policy considerations prevailing in some instances. In *Steane* ⁽²⁹⁾ the D was a British actor working in Germany. After being subjected to threats to himself and his family from the Nazi Party he reluctantly agreed to broadcast on the radio. After the war he was tried and found guilty of doing acts likely to assist an enemy but he successfully appealed. A question that had to be decided was whether he intended by reading the news to assist the enemy. This was what he was charged with doing. It was obvious that he merely intend to save himself and his family from the harm that was certain to face them if he failed to co-operate. What alternative did he have given the circumstances. In this judgment it was pointed out that by building the Burma railway captured British soldiers were assisting the Japanese. There were many situations in wartime where persons did as they were told. They had no choice working under threats to act as they did and by doing so were benefiting the enemy. The court appears to have taken account of his motive in exonerating this defendant ⁽³⁰⁾. The intention to avoid harm to himself and his family was recognised, but the assistance to the cause of the enemy occasioned by his conduct was conveniently put to one side. It has been suggested that a more satisfactory solution in these circumstances would have been to allow the D to plead the defence of duress ⁽³¹⁾.

The jury has to make up its mind on the mental state of the accused and their decision will be crucial to the outcome of a case. The fact that the definition of intention includes oblique intention introduces the problem further down the scale of finding a method of distinguishing between oblique intent and recklessness. A mental state that amounts to oblique intention will suffice for a conviction for murder but if there is only recklessness this will lead to a conviction for manslaughter.

(II) RECKLESSNESS

Recklessness includes forms of risk taking that are sufficient to give rise to criminal liability. It may be simply stated as: 'A person who does not intend to cause a harmful result may take an unjustifiable risk of causing it. If he does so, he may be held to be reckless' ⁽³²⁾.

⁽²⁹⁾ [1947] 1 All ER 813.

⁽³⁰⁾ See A. Norrie *Crime, Reason, History*, London, Butterworths, 1993 p. 57; Ashworth 2003, p. 177.

⁽³¹⁾ Clarkson 2001 p.112ff. English criminal law recognises two types of duress: duress by threats and duress of circumstances. The problem is that neither type is currently allowed as a defence to murder. See *Howe* 1987 (AC) 417.

⁽³²⁾ Smith and Hogan, 2002 p. 77.

Subjective Recklessness

The first question is to consider whether the defendant herself must have foresight of risk in order to be convicted. The issue can be reduced to deciding whether only those aware of a creating a risk who then carry on and act regardless of that risk will be held to criminally liable. Alternatively, an altogether higher standard might be considered appropriate. This is to regard as reckless one who creates a risk that would have been obvious to a reasonable person. See *Caldwell*/objective recklessness below.

The situation until very recently was that some crimes (e.g., manslaughter and offences against the person) required the application of a subjective standard while for criminal damage an objective standard applied.

For the first type of recklessness a subjective test is employed to decide whether the D him/herself must have known about the risk. The authority for the subjective approach is *R v Cunningham* ⁽³³⁾. This standard has been called common law recklessness ⁽³⁴⁾.

In *Cunningham* the D ripped a gas meter off the wall in order to steal the money inside but this action also fractured a gas pipe without the D being aware that he had done this. There was no issue over securing a conviction in respect of the stolen money. However, the fumes from the pipe caused Mrs. Wade who lived next door to be partially asphyxiated. He was also charged under section 23 of the Offences Against the Persons Act 1861 of *maliciously* administering noxious fumes. But what did this *mens rea* word *maliciously* in the statutory definition mean here? It was indicated by the trial judge that being *malicious* meant being wicked and this would be satisfied if a person was doing something he had no business to do. But was this enough to add up to the *mens rea* for the s. 23 offence? The Court of Appeal held that in any statutory definition of a crime "malice" must be taken ... as requiring either: (a) an actual intention to do the particular kind of harm that was in fact done, or (b) recklessness as to whether such harm should occur or not. This means that the accused has foreseen that the particular kind of harm might be done, and yet has gone on to take that risk.

'A man is reckless when he carries out the deliberate act appreciating that there is a risk that [the prohibited conduct] may result from his act. It is however not the taking of every risk which could properly be classed as reckless. The risk must be one which it is in all the circumstances unreasonable to take' ⁽³⁵⁾. Lane LJ.

⁽³³⁾ [1957] 2 All ER 412.

⁽³⁴⁾ Also referred to as advertent recklessness. See Ashworth 2003 above at p.180ff.

⁽³⁵⁾ *R v Stephenson* [1979] 1 QB 695.

This decision appeared to mean that the *mens rea* of the accused had to be specifically related to the harm caused in order to secure a conviction for the offence i.e., it must be shown that the D either intended to administer gas or must have himself foreseen that a particular form of harm was going to come about by his actions⁽³⁶⁾.

There are important implications flowing from the decision in *Cunningham*. If this test is adopted individuals unable to recognise the consequences of their actions will not be considered subjectively reckless. In *R v Stephenson*⁽³⁷⁾ the D crept into a hollow in the side of a large stack of straw in order to sleep. When he later felt cold he lit a fire of twigs and straw inside the hollow. Not surprisingly, the stack of straw caught fire and was burnt down. Although most people would recognise the risks here, the D was able to show that he suffered from schizophrenia and was therefore unable to appreciate the risk of damage. Following the application of a subjective test in accordance with *Cunningham* this D was not indulging in conduct that was subjectively reckless. It has been stated that 'The main problem in the theory of subjective recklessness concerns the person who knew of a particular risk in a general way but did not think of it when he was acting...'⁽³⁸⁾. Subjective recklessness applies to the type of manslaughter case in which the D deliberately disregards a risk, the D causes death by an act being aware that it is highly probable that at least serious bodily harm will result from his act⁽³⁹⁾.

Caldwell Objective Recklessness

In recent years the scope of recklessness has been a matter of on going discussion. The House of Lords decided in the *R v Caldwell*⁽⁴⁰⁾ case that in regard to criminal damage⁽⁴¹⁾ a more exacting standard of recklessness was

⁽³⁶⁾ Although it should be noted that the courts have diluted the subjective test in regard to aggravated assaults charged under the Offences Against the Persons Act 1861. See *R v Savage, Parmenter* [1992] AC 699. The type of recklessness required for these offences is only that the accused foresaw some harm not harm of the seriousness that was actually inflicted.

⁽³⁷⁾ [1979] 2 All ER 1198.

⁽³⁸⁾ G. Williams 'Divergent Interpretations of Recklessness' (1982) *New Law Journal* p. 289.

⁽³⁹⁾ See JC Smith commentary in [1994] *Crim LR* 759.

⁽⁴⁰⁾ [1982] AC 341. The facts of this case were that a person who had grudge against a hotel owner for whom he had done some work, first became heavily intoxicated and then returned to the hotel and set fire to it in revenge. The fire was extinguished before any of the guests in the hotel were injured.

⁽⁴¹⁾ A very similar test was formulated by Lord Diplock in *R v Lawrence* [1982] AC 510 to apply to a person causing death by reckless driving under section 1 of the Road Traffic Act 1972.

desirable. Lord Diplock stated in *Caldwell* that recklessness covers a range of states of mind. He did not expressly approve of objective and subjective terminology but argued that *mens rea* is by definition the state of mind of the accused. It cannot be the mental state of some non-existent hypothetical person. In practice, he moved towards an objective definition. The test introduced a higher standard by suggesting that if the conduct of the accused falls below that expected of a reasonable person, such conduct can give rise to criminal liability. The introduction of an objective standard departs from *mens rea* in the true sense because it is not really dealing with a state of mind.

Lord Diplock elaborated the meaning of *recklessness* under the Criminal Damage Act 1971 as:

- (1) doing an act which in fact creates an obvious [and serious] risk that property will be destroyed or damaged and
- (2) when he does the act he either has not given any thought to the possibility of there being any such risk or has recognised that there was some risk and has none the less gone on to do it⁽⁴²⁾.

This test means that for (1) the prosecution need only show that the accused created an obvious risk of damage. If we ask first to whom is this risk obvious? If it is not the accused, it must be obvious to the reasonable person. One question that immediately arises is whether any *obvious* risk will be enough. This is because there are certain risks obvious to the reasonable person which will certainly not be criminal risk taking. For example, a surgeon performing an operation creates an obvious risk that the patient will die. But the death of a patient in the operating theatre will not in the normal course of things result in a prosecution. Thus it appears under *Caldwell* the obvious risk has to be of a 'criminal' kind. In *Lawrence*⁽⁴³⁾ a motor manslaughter case decided on the same day as *Caldwell*, Lord Diplock added the word serious to the first limb of the test i.e., the D must do an act which in fact creates an obvious and serious risk. The word serious has been inserted to stress that there must be a high risk of death occurring.

There are further difficulties here. For example, the question of giving thought to the risk is problematic, because under (2) above, the accused is reckless even if he has *not* given any thought to the risk. We have here what might be termed the unconscious risk taker. The person who is completely unaware that there is a risk. She has inadvertently created a risk that would have been obvious to a reasonable person. It is not what the accused actually foresaw that counts but what she ought to have foreseen. Moreover, the

⁽⁴²⁾ The final part of the *Caldwell* test, under (2) above, refers to the *Cunningham* type subjective recklessness. The person who is aware that there is a risk but who is still prepared to go on and take the risk anyway.

⁽⁴³⁾ [1982] AC 510.

accused can be found guilty if the reasonable person would have realised the risk even if he/she is incapable of recognising that risk.

This test meant that a defendant such as *Stephenson* [1979] 1 QB 695 who has a mental condition rendering him incapable of appreciating the risk will now come within the scope of the test ⁽⁴⁴⁾. So will an under age person such as in *Elliot v C (A minor)* ⁽⁴⁵⁾. This is because a reasonable person would have realised the risk ⁽⁴⁶⁾.

The test raises some important and controversial issues ⁽⁴⁷⁾. For example, there has been much discussion as to whether the unconscious risk-taker is really as blameworthy as the conscious risk-taker. If we take as an example the driver of a double-decker bus who has not noticed a warning sign and drives her bus under a low bridge. As a result the top level of the vehicle is sliced off killing several people. This is a terrible accident. But is she to be convicted of manslaughter or causing death by dangerous driving? Although it might be suggested that she has created an obvious risk that reasonable person would have recognised. This risk would only be obvious to a reasonable person who first recognised the risk. What about if she knew about the bridge but thought she was driving a single decker bus? If we apply *Caldwell* in this situation the driver is regarded as an unconscious risk taker. She has not given any thought to the risk (because she is under a misapprehension about the vehicle she is driving, or has forgotten that the bridge is there) but she ought to have considered these possibilities. She will be found guilty under the test.

We must now ask how this conduct can be distinguished from that of another bus driver who knows that the brakes are not working properly and yet continues to drive. She later has an accident when the brakes fail and a

⁽⁴⁴⁾ Since *Caldwell* there were earlier signs of moves away from pure objectivity. In *Reid* [1992] 3 All ER 673 Lord Keith refers to a driver acting under an understandable and excusable mistake. While Lord Goff suggested that there would be no blame attaching to a driver afflicted by illness or shock.

⁽⁴⁵⁾ [1983] 2 All ER 1005.

⁽⁴⁶⁾ For a time it seemed that *Caldwell* type recklessness might apply generally and in particular to aggravated assaults e.g. s. 47 and 20 of the Offences Against the Persons Act 1861. In *DPP v K (A Minor)* [1990] 1 All ER 331. A public school boy had taken acid with him from a chemistry lesson to the toilet apparently to see if it would change the colour of the toilet paper. Believing that he was about to be discovered by a teacher with this acid he panicked and poured it into the hot air dryer in the toilets. Then, he returned to his lesson. Shortly afterwards another boy came in to the toilets and washed his face, directed the dryer at his face and switched it on. He was blasted with acid and severely scared.

⁽⁴⁷⁾ Ashworth 1999 n.3 above at p.188 points to three underlying problems Lord Diplock was addressing: (1) the narrowness between awareness and unawareness is so narrow that it leads to difficulties of proof; (2) recklessness should extend beyond risk to lack of care and thought; (3) it might be no less blameworthy for the person to fail to see the risk than to see the risk and knowingly take it.

number of passengers are killed. Do we consider that the driver who is prepared to consciously take risks with the lives of passengers should be regarded as being more blameworthy than the one driving under the bridge. Another point is that persons who are unaware of risks are not likely to be deterred under the criminal law by punitive sentencing. If the tests have been developed to establish distinct parameters for sentencing, it follows that the defendants mentioned above should be dealt with using different criteria. They have committed offences of a fundamentally dissimilar nature.

A lacuna under the *Caldwell/Lawrence* test was recognised. This lacuna applied in situations where the D creates an obvious risk. She is aware that there is a risk but assesses the situation and decides that the risk can be eliminated. This is often illustrated with reference to *Chief Constable of Avon v Shimmen* ⁽⁴⁸⁾. This case involved a martial arts expert who was very confident about the extent of his ability and something of a show off. He aimed a kick at a shop window believing that he had allowed enough clearance when giving a demonstration of his skills. He was mistaken in his calculation and as result shattered the window. The D in this case was not excused from liability for the criminal damage caused. This was presumably because he recognised that there was still some risk remaining ⁽⁴⁹⁾.

An effect of the *Caldwell* definition of recklessness was that for a time it did away with the previous concept of gross negligence which had been used to determine this type of manslaughter. If recklessness embraces objective standards there was nothing left for gross negligence to deal with. However, since the revival of gross negligence manslaughter *Caldwell* only now applies to crimes under the Criminal Damage Act 1971.

Subjective Recklessness and Criminal Damage: Caldwell Overruled

The House of Lords has made a highly significant decision in *R v G* [2003] UKHL 50 ⁽⁵⁰⁾ by overruling Lord Diplock's direction in *Caldwell* [1982] AC 341 and reverting to a subjective standard of recklessness for offences under

⁽⁴⁸⁾ [1987] 84 Cr App R 7.

⁽⁴⁹⁾ In *R v Reid* [1991] Crim LR 269 Mustill LJ again recognised the possibility of the *lacuna* when he stated in the Court of Appeal: 'The defendant was not saying that he recognised the existence of a risk and assessed it as negligible [as in *Shimmen*], or that he assessed it as less than serious, whatever precisely that term may mean. So far as he was concerned, there was no risk. If this was or might have been so, the jury must acquit'.

⁽⁵⁰⁾ The decision by the Court of Appeal in this case i.e., *R v Gemmel and Richards* [2003] 1 Cr App R 23, is discussed in Clarkson & Keating p.161 ff. The approach of the House of Lords responds directly to the issues raised on p.162 of 5th ed. 2003.

the Criminal Damage Act 1971. This decision dispenses with a test which was very difficult to explain to juries and one that was prone to lead to injustice in cases such as the one under consideration below⁽⁵¹⁾. The facts of this case were that on the night of 21-22 August 2000 the appellants, then aged 11 and 12 respectively, went camping without their parents' permission. They entered the back yard of the Co-op shop in Newport Pagnell and found bundles of newspapers which they opened up to read. The boys then lit some of the newspapers with a lighter they had with them. Each of them threw some lit newspaper under a large plastic wheelie-bin, between which and the wall of the Co-op there was another similar wheelie-bin. The boys left the yard without putting out the burning papers. The newspapers set fire to the first wheelie-bin and the fire spread from this bin to the wheelie-bin next to the shop wall. It then spread to the overhanging eave of the building's roof, to the guttering and the fascia and then up into the roof space of the shop until eventually the roof of the shop and the adjoining buildings caught fire. The roof of the shop collapsed causing £1million. The appellants' case at trial was that they expected the newspaper fires to extinguish themselves on the concrete floor of the yard. It was accepted by the court that neither of them appreciated that there was any risk whatsoever of the fire spreading in the way that it eventually did.

Lord Bingham observed that:

'...the present case shows, more clearly than any other reported case since *R v Caldwell*, that the model direction formulated by Lord Diplock (see above) is capable of leading to obvious unfairness. A law which runs counter to that sense must cause concern. Here, the appellants could have been charged under section 1(1) with recklessly damaging one or both of the wheelie-bins, and they would have had little defence. As it was, the jury might have inferred that boys of the appellants' age would have appreciated the risk to the building of what they did, but it seems clear that such was not their conclusion (nor, it would appear, the judge's either). On that basis the jury thought it unfair to convict them. I share their sense of unease. It is neither moral nor just to convict a defendant (least of all a child) on the strength of what someone else would have apprehended if the defendant himself had no such apprehension.'

Lord Steyn set out his conclusions in outline:

(para. 45) In my view the very high threshold for departing from a previous decision of the House has been satisfied in this particular case. In summary I would reduce my reasons to three propositions.

⁽⁵¹⁾ N. Haralambous 'Retreating from Caldwell: restoring subjectivism' *New Law Journal*, 14 November 2003, 1712.

(1) In *Caldwell* the majority should have accepted without equivocation that before the passing of the 1971 Act foresight of consequences was an essential element in recklessness in the context of damage to property under section 51 of the Malicious Damage Act 1861.

(2) The matrix of the immediately preceding Law Commission recommendations shows convincingly that the purpose of section 1 of the 1971 Act was to replace the out of date language of “maliciously” causing damage by more modern language while not changing the substance of the mental element in any way (this was a subjective standard of recklessness). Foresight of consequences was to remain an ingredient of recklessness in regard to damage to property.

(3) Experience has shown that by bringing within the reach of section 1(1) cases of inadvertent recklessness the decision in *Caldwell* became a source of serious potential injustice which cannot possibly be justified on policy grounds.

Caldwell was unanimously overruled by the House of Lords and Lord Bingham referred to the heavy criticism by academics and judges of the *Caldwell* approach.

The appeal was allowed and the appellants’ convictions quashed.

The New Test

Lord Bingham answered the certified question obliquely, basing the direction on clause 18(c) of the Criminal Code Bill annexed by the Law Commission to its Report “A Criminal Code for England and Wales Volume 1: Report and Draft Criminal Code Bill” (Law Com No 177, April 1989):

“A person acts recklessly within the meaning of section 1 of the Criminal Damage Act 1971 with respect to -

- (i) a circumstance when he is aware of a risk that it exists or will exist;
- (ii) a result when he is aware of a risk that it will occur;

and it is, in the circumstances known to him, unreasonable to take the risk.”

First, this test now replaces *Caldwell* and it is entirely subjective, although coined in rather different words to the *Cunningham* test⁽⁵²⁾. The test requires

⁽⁵²⁾ [1957] 2 QB 396. As Lane LJ observed when explaining the subjective standard in *R v Stephenson* [1979] 1 QB 695: ‘A man is reckless when he carries out the deliberate act appreciating that there is a risk that damage to property [or if applied in respect to other offences, death or injury to the person] may result from his act’. It must be a risk that it was unjustifiable or unreasonable to take in the circumstances. In other words for this type of recklessness the D knows about the risk, but is still prepared to run that risk.

the D to be subjectively aware of the risk in respect to a circumstance or to a result. Only if it appears to a particular D, according to the circumstances known to him, that it is unreasonable to take the risk will the D have the necessary *mens rea*. This change dispenses with the *Caldwell* requirement of considering whether a risk obvious to a reasonable man/woman has been created, because now it is clear that the D must him/herself be aware of the risk.

Secondly, the unconscious risk taker is excluded, because the full circumstances must be known to the risk taker. The revised test is an answer to some of the problems and injustices created by *Caldwell*. Children and mentally deficient D's are no longer in danger of being convicted⁽⁵³⁾. An advantage is that: 'Applying the subjective meaning of recklessness to criminal damage adds distance between the two concepts [recklessness and negligence] and accords with the principle that where *mens rea* (as distinct from negligence) is required, liability should only be incurred for a choice (advertence)'⁽⁵⁴⁾ On the other hand, the objective approach in *Caldwell/Lawrence* set a high standard that has been incorporated in the definition of road traffic offences. This standard imposed a duty on all citizens to behave responsibly, according to general standards of reasonableness and it allowed the courts to convict those individuals that had not done so. The severity and type of sentence could be adjusted to reflect the level of blameworthiness.

Thirdly, the decision in *G* means that a variant of subjective recklessness is the kind of recklessness that applies generally. The major exception will probably remain road traffic offences⁽⁵⁵⁾. However, it is not, as yet, clear whether the test adopted by Lord Bingham will be preferred to *Cunningham* for other offences. For example, there have been problems in regard to offences against the persons as to whether the test is fully subjective. In particular, on whether the D is required to foresee the type and seriousness of harm that has been caused⁽⁵⁶⁾.

Gross Negligence

It has already been pointed out that the *Caldwell* standard of recklessness was so wide that it had been thought to render gross negligence

⁽⁵³⁾ See e.g., *Stephenson* [1979] above and *Elliott v C (A Minor)* [1983] 1 WLR 939.

⁽⁵⁴⁾ Haralambous, 2003 above at 1713.

⁽⁵⁵⁾ It was stated in *Lawrence* [1982] AC 510: 'The object of the offence of reckless driving is to catch the driver who flagrantly disregards rules of prudence, whatever he may think about the safety of his behaviour'.

⁽⁵⁶⁾ See *Savage* [1992] 1 AC 699 where it was decided that under s. 20 of the Offences Against the Persons Act 1861 only 'some physical harm' must be foreseen by the accused.

manslaughter as being a virtually redundant category. However, after more than ten years of problems with explaining *Caldwell* type recklessness to juries there was a change of policy approved by the House of Lords. This led to the jettisoning of the *Caldwell* test (except for the offence of criminal damage) and the application of a test of gross negligence to manslaughter cases which do not involve subjective recklessness. The modified test of gross negligence was set out in *Adomako* ⁽⁵⁷⁾. This test uses virtually identical language to that found in the tort of negligence:

(1) There must be the existence of a duty (objective element) and ordinary principles of the law of negligence apply to ascertain this. All persons are deemed to adhere to standards that avoid putting the lives of others at risk.

(2) There must be a breach of this duty causing death.

However, for there to be a conviction it must not only be shown that the D's conduct has fallen below standard of the reasonable doctor, driver or 'the man on the Clapham omnibus' but that the conduct must have involved a *risk of death* and be so bad in all the circumstances that in the opinion of the jury it amounts to a criminal act or omission.

It is very important to emphasise that this differs from ordinary negligence. Gross negligence is regarded as a high degree of negligence. The risk taking involved must have been obvious to the reasonable person and the negligence has to be sufficiently high for the jury to consider that it justifies a criminal conviction ⁽⁵⁸⁾. Following *Adomako* it now appears clear that the risk taking must be in respect of death.

Finally, it is simply pointed out that negligence is the point at which the dividing line has traditionally been drawn between 'truly' criminal activity and other acts which may well have to be regulated by the criminal law as offences of strict or corporate liability but would not give rise to liability under the common law. The question of negligence arises when there has been conduct in relation to taking a risk that falls below the standard which would be expected of a reasonable person. As already noted, this only arises in criminal law in regard to offences of strict liability.

⁽⁵⁷⁾ [1995] 1 AC 171.

⁽⁵⁸⁾ See *Andrews v DPP* [1937] AC 576. In this case Lord Atkin preferred to use the term reckless to gross negligence. He stressed that the act must be regarded as criminal for a conviction: 'There is an obvious difference between doing an unlawful act and doing a lawful act with a degree of carelessness which the legislature makes criminal. If it were otherwise a man who killed another while driving without due care and attention would *ex necessitate* commit manslaughter'.

Conclusion

The imposition of strict liability⁽⁵⁹⁾ is defended on an entirely different basis. As was briefly mentioned at the outset, this is a radically different approach which recognises that in the contemporary world at least as much damage is done by negligence, or by indifference to the welfare or safety of others, as by deliberate wickedness. Given the danger to society of so many activities, the emphasis from the standpoint of government shifts to deterrence. Sanctions are introduced by statute to prevent socially harmful conduct occurring in the first place. It is already accepted that in regard to the many strict liability offences, those individuals or corporations who cause harm must be subjected to the possibility of punishment without any clear 'moral' blame⁽⁶⁰⁾. Indeed, for some commentators the concept of legal guilt through establishing *mens rea* is not only flawed as a means of getting into the offender's mind, it also becomes dissolved into a wider concept of responsibility. Accordingly, it has been argued that *mens rea* 'has got into the wrong place'. The net needs to be cast much wider in order to convict not only the wicked but also the careless and negligent. After the wrongdoer has been convicted the presence or absence of guilty intention and blame becomes relevant in determining the appropriate method of dealing with the offender at the sentencing stage⁽⁶¹⁾. Notwithstanding these arguments *mens rea* remains a fundamental principle of English criminal law which attaches blame to individual wrongdoers and it must be proved to secure a conviction for most serious criminal offences.

This paper has discussed the main types of *mens rea* under English law and in doing so identified many difficulties that these concepts have caused for the common law in seeking to draw lines between levels of blame and responsibility. This effort is worthwhile if it is accepted that the main justification for finding a person guilty of a serious offence is that it individualises blame by pinning responsibility to the state of mind of the accused. Guilty persons are punished because moral blame is attached to them while the innocent who lack this mental element will be acquitted. The imposition of punishment can thus be defended. The offender deserves punishment for a deliberate criminal act and responsible individuals will be able to escape the stigma of criminality.

⁽⁵⁹⁾ The concept can be defined as follows: 'Liability is strict because the prosecution is relieved of the necessity of proving *mens rea* in relation to one or more of the elements of the *actus reus*'. See Clarkson and Keating [2003] p. 222.

⁽⁶⁰⁾ *Alphacell v Woodward* [1972] AC 824 is a pollution case which provides as classic example of liability without knowledge or obvious fault.

⁽⁶¹⁾ B. Wootton *Crime and Criminal Law*, 2nd edn., London, Stevens, 1981 pp. 46-48.

ABSTRACT

This article discusses how moral blameworthiness justifying punishment has been distilled into the concepts of intention, recklessness and gross negligence by which the English courts have been able to establish the guilt of the accused, or the relative guilt or innocence of the accused for the purpose of the imposition of the appropriate level of punishment. Intention is the most demanding *mens rea* requirement. At one level it needs to be distinguished from motive, guilty feelings, malice or evil. However, the discussion which follows reveals that it has been the distinction between *direct* intention and *oblique* intention which has been crucial in homicide cases when delineating intention from subjective recklessness. According to the latest direction a result which is foreseen as virtually certain is an intended result. The second part of the article takes a critical look at *Cunningham* type subjective recklessness and *Caldwell* type objective recklessness. This analysis provides the context for the recent decision of the House of Lords in *R v G* 2003 which reverts to a modified form of subjective recklessness and abandons the *Caldwell* test. In the final section it is pointed out that a test of gross negligence is applied to manslaughter cases which do not involve subjective recklessness.

Il presente contributo illustra come la riprovevolezza, nella sua funzione di presupposto della pena, sia stata concepita all'interno delle diverse forme dell'elemento soggettivo (dolo, *recklessness*, colpa grave⁽⁶²⁾) utilizzate dai tribunali inglesi nella statuizione della responsabilità piena o parziale dell'imputato, ovvero della sua innocenza, al fine di commisurare la sanzione adeguata. Occorre innanzitutto distinguere in generale tra intenzione, atteggiamento colpevole e premeditazione. La trattazione, in ogni modo, dimostra la centralità della distinzione tra dolo diretto e dolo indiretto nella individuazione delle diverse forme dell'elemento soggettivo nei casi di omicidio. Secondo la più recente linea interpretativa, un risultato previsto come virtualmente certo è un risultato voluto. La seconda parte dell'articolo approfondisce criticamente i concetti di *recklessness* soggettiva e di *recklessness* oggettiva sviluppati rispettivamente nelle sentenze *Cunningham* e *Caldwell*. Tale approfondimento permette di delineare il contesto giurisprudenziale in cui si è inserita la recente decisione della *House of Lords* nel caso *R v G* 2003, ove si è ritornati ad una diversa forma di *recklessness* soggettiva, abbandonando la giurisprudenza *Caldwell*. Nell'ultimo paragrafo si evidenzia come nei casi di omicidio non intenzionale in cui non sia riscontrabile neppure una *recklessness* soggettiva, la responsabilità venga fatta dipendere dalla sussistenza della colpa grave.

⁽⁶²⁾ Si avverte il lettore di considerare con beneficio d'inventario i termini "dolo", "colpa", "intenzione" *et cetera*, i quali vengono utilizzati nella traduzione dell'*abstract* in via meramente indicativa e tecnicamente imprecisa, a causa delle insuperabili differenze concettuali e terminologiche che caratterizzano le teorie dell'elemento soggettivo nella dottrina italiana ed in quella anglosassone. In particolare, il termine *recklessness* risulta pressoché intraducibile, in quanto privo di preciso equivalente nel linguaggio giuridico nostrano: si tratta di una forma di colpevolezza mediana tra dolo e colpa (non coincidente né col dolo eventuale, né con la colpa cosciente) caratterizzata dalla mancanza di intenzionalità e tuttavia dalla previsione dell'evento offensivo, rispetto alla cui probabile verifica il reo rimane "moralmente indifferente". (N. d. T.)

JOANNA HABERKO (*)

LA CONCLUSIONE DEL “CONTRATTO DEL CONSUMATORE” NEL DIRITTO POLACCO

1. *Premessa.*

Questo contributo intende offrire al lettore un quadro sintetico della normativa vigente in Polonia in materia di protezione del consumatore e dell'interpretazione che dottrina e giurisprudenza ne hanno dato.

In tutti i sistemi giuridici, la problematica della formazione del contratto ha da sempre attirato l'attenzione della dottrina e negli ultimi anni ciò è avvenuto soprattutto in relazione ai contratti conclusi dai consumatori. Il diritto polacco dei contratti, come quello italiano e quelli di altri ordinamenti giuridici europei, è stato influenzato in questa materia dalle direttive comunitarie. In particolare, i profili attinenti alla formazione dell'accordo contrattuale sono stati investiti dalla direttiva 85/577/CEE, relativa ai contratti negoziati fuori dai locali commerciali, dalla direttiva 97/7/CE, concernente la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, nonché dalla direttiva 93/13/CEE, in tema di clausole abusive nei contratti conclusi con i consumatori.

In conformità alla sistematica del codice civile polacco del 1964⁽¹⁾, le norme sul contratto in generale costituiscono la base per prendere in considerazione le singole tipologie contrattuali⁽²⁾. La qualificazione delle singole fattispecie contrattuali, infatti, si svolge nel seguente modo: prima si deve attingere alle norme particolari e poi si deve guardare alle norme generali contenenti soluzioni comuni a tutte le tipologie di contratti⁽³⁾. Tuttavia, le norme del

(*) Professoressa associata presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Poznan.

⁽¹⁾ Codice civile: Kodeks cywilny – ustawa z 23.04.1964 (Dz. U. 1964/16/96).

⁽²⁾ S. GRZYBOWSKI, *System Prawa Cywilnego – część ogólna*, Wrocław, 1985, p. 591.

⁽³⁾ G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Roma – Bari, 1999, p. 215.

codice civile non riguardano tutti i contratti e la loro conclusione, in quanto alcune tipologie contrattuali ed alcune particolari modalità di stipulazione del contratto sono state fatte oggetto di una disciplina speciale collocata fuori dal codice civile. Il legislatore polacco ha deciso di inserire nel codice solo le disposizioni riguardanti i contratti standard stipulati mediante il ricorso a moduli e formulari, mentre i contratti negoziati fuori dai locali commerciali o conclusi a distanza sono stati disciplinati in leggi speciali.

Prima di concentrare l'attenzione sulle normative riguardanti la stipulazione del contratto con il consumatore, è necessario spendere qualche parola sui concetti di contratto e negozio giuridico nel sistema giuridico polacco. Il negozio giuridico è, rispetto al contratto, una categoria più ampia, che comprende tutti i comportamenti attraverso i quali i soggetti manifestano la volontà di costituire, modificare o estinguere un rapporto giuridico. Il negozio giuridico comprende ogni possibile comportamento volontario volto alla produzione di effetti giuridici⁽⁴⁾. Non è peraltro indispensabile che si tratti di un rapporto giuridico patrimoniale. Quindi la categoria del "negozio giuridico" si presta a comprendere sia atti propri del diritto di famiglia, quali il matrimonio o il riconoscimento del figlio naturale, sia atti propri del diritto delle successioni, come il testamento, sia, infine e soprattutto, i diversi tipi e generi di contratti contemplati e disciplinati dal diritto delle obbligazioni⁽⁵⁾. Il negozio giuridico è però sempre la manifestazione di volontà di soggetti che, nell'esplicazione dell'autonomia privata, vogliono produrre effetti giuridici. Il rapporto fra il negozio giuridico e il contratto appare come un rapporto di genere a specie: il negozio giuridico è il genere che contiene il contratto come una delle sue specie insieme all'atto unilaterale.

Concludendo, il contratto è il negozio giuridico che risulta dall'incontro delle dichiarazioni concordi delle parti⁽⁶⁾. Le dichiarazioni possono avere forme diverse ma sempre debbono manifestare la volontà dei contraenti. Dette dichiarazioni vengono in considerazione solo in quanto strumentali alla formazione del negozio giuridico⁽⁷⁾.

Non è quindi corretto identificare il termine "negozio giuridico" nè con il procedimento che conduce al perfezionamento dell'accordo contrattuale, nè con il contratto risultante dal compimento del suddetto procedimento⁽⁸⁾.

⁽⁴⁾ Z. RADWAŃSKI, *Teoria umów*, Warszawa, 1997, p. 62.

⁽⁵⁾ F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Cicu Messineo*, Milano, 2002, p. 8.

⁽⁶⁾ S. GRZYBOWSKI, *System Prawa Cywilnego – część ogólna*, cit., p. 590; Z. RADWAŃSKI, *System Prawa Prywatnego Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa, 2002, p. 33.

⁽⁷⁾ P. DOBSON, *Sale of Goods and Consumer Credit*, London, 1996, p. 11.

⁽⁸⁾ Z. RADWAŃSKI, *Teoria umów*, Warszawa, 1997, p. 67; M. JASIAKIEWICZ, *Prawo umów w obrocie gospodarczym*, Warszawa, 2001, p. 95; P.S. ATIYAH, *Essays on Contract*, Oxford, 1986, p. 12.

Il rapporto contrattuale sorge in seguito e per effetto del perfezionamento dell'accordo⁽⁹⁾. Tutte le attività svolte anteriormente costituiscono la mera preparazione del contratto e non si identificano con il contratto medesimo⁽¹⁰⁾. Le dichiarazioni rese allo scopo di concludere un contratto non vengono in rilievo come atti unilaterali, ma fanno parte dell'unitario negozio bilaterale contrattuale⁽¹¹⁾.

2. Il contratto del consumatore.

Il “contratto del consumatore” costituisce un genere particolare di negozio⁽¹²⁾. Allo scopo di definire e delimitare questa fattispecie è necessario utilizzare un criterio soggettivo, in forza del quale si considera “contratto del consumatore” ogni contratto che venga stipulato da un consumatore con un professionista⁽¹³⁾. Bisogna tenere presente però che i contratti dei consumatori, individuati in applicazione di questo criterio generale, si prestano a loro volta ad essere classificati e suddivisi in categorie distinte in base a diversi ed ulteriori criteri.

Il “contratto del consumatore” costituisce una particolare specie nell'ambito della categoria generale del contratto⁽¹⁴⁾. In questa specie il contratto stipulato in concreto da un consumatore si presta ad essere compreso soltanto se ed in quanto la controparte sia un professionista⁽¹⁵⁾.

Ai “contratti del consumatore” si applicano senz'altro le disposizioni del codice civile riguardanti il contratto in generale ed i singoli tipi contrattuali, ma la peculiare qualificazione soggettiva delle parti fa sì che accanto alle suddette norme generali operino regole speciali attinenti sia alla formazione dell'accordo, sia alla determinazione dei suoi contenuti⁽¹⁶⁾.

⁽⁹⁾ C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, III, *Il Contratto*, Milano, 2000, p. 225.

⁽¹⁰⁾ A. OLEJNICZAK, *Charakter prawny porozumien przygotowujących zawarcie umowy w prawie francuskim*, *Problemy Prawne Handlu Zagranicznego*, Katowice, 1992, p. 101.

⁽¹¹⁾ P.S. ATIYAH, *op. cit.*, p. 12; P. DOBSON, *op. cit.*, p. 11; A. OLEJNICZAK, *op. cit.*, p. 101.

⁽¹²⁾ S. WŁODYKA, *Prawo umów w obrocie gospodarczym*, Warszawa, 2001, p. 27; P. KELLY, R. ATTREE, *European Product Liabilities*, London, 1997, p. 28; Ch. J.S. HODGES, *Product Liability European Laws and Practice*, London, 1993, p. 146.

⁽¹³⁾ G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Roma – Bari 1999, p. 215.

⁽¹⁴⁾ J. TILLOTSON, *Contract Law in Perspective*, London, 1985, p. 109.

⁽¹⁵⁾ Cz. ŻULAWSKA: *Komentarz do kodeksu cywilnego Zobowiązania* a cura di G. Bieniek, Warszawa, 2001, p. 119; G. ALPA, *op. cit.*, p. 3; C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 374; G. ALPA, *Il Contratto in generale*, in *Tratt. Bessone*, Torino 2000, p. 463.

⁽¹⁶⁾ Z. RADWAŃSKI, *Zobowiązania-część ogólna*, Warszawa 2001, p. 144; J. TILLOTSON, *op. cit.*, London 1985, p. 109; G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit., p. 470 e *Il diritto dei consumatori*, cit., p. 215; ; C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 374;

Poiché per stabilire se un contratto può essere considerato “del consumatore” è decisiva la qualificazione soggettiva delle parti, si rende indispensabile precisare i contorni ed il significato delle nozioni di “consumatore” e di “professionista”.

Occorre servirsi della definizione di consumatore contenuta nel § 3 dell'art. 384 c.c., rimasta in vigore fino al 25 settembre 2003, come pure di quella inserita nell'art. 221 c.c., disposizione introdotta da una legge del 14 febbraio 2003⁽¹⁷⁾ ed entrata in vigore il 25 settembre 2003.

La prima delle disposizioni menzionate considerava consumatore la persona che stipula un contratto con il professionista per scopi estranei all'attività imprenditoriale eventualmente svolta. Questa definizione era troppo generica, perché consentiva di comprendere nella nozione di consumatore qualunque persona, senza alcuna distinzione: non solo le persone fisiche, ma anche le persone giuridiche e gli enti collettivi qualificabili come “persone *quasi* giuridiche”. Era fondamentale l'assenza di una relazione immediata fra il contratto e l'attività imprenditoriale eventualmente svolta dalla persona che lo aveva concluso con il professionista. Sotto la vigenza dell'art. 384, § 3, c.c., la persona che concludeva un contratto per scopi non professionali era tutelata se ed in quanto la sua controparte agendo nell'esercizio di una attività imprenditoriale o professionale era da qualificarsi, appunto, come professionista⁽¹⁸⁾.

La definizione di “consumatore” è stata modificata dalla legge del 14 febbraio 2003, che ha abrogato il § 3 dell'art. 384 c.c. ed inserito la definizione di consumatore nel nuovo art. 221 c.c., disposizione collocata fra le norme generali del codice civile riguardanti le persone fisiche: la nuova norma stabilisce che con il termine «consumatore» si deve intendere la persona fisica che pone in essere un negozio giuridico per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta.

Le innovazioni così apportate alla definizione di “consumatore” hanno conseguenze di grande rilievo. La sistemazione della definizione fra le norme generali del codice civile le conferisce carattere universale, rendendola suscettibile di operare anche al di fuori del settore delle obbligazioni contrattuali. Il superamento della suddetta limitazione è stata ottenuto *expressis verbis* attraverso il mutamento della formulazione testuale della definizione normativa, secondo la quale il consumatore è ora il soggetto che “pone in essere il negozio giuridico”, negozio giuridico che ben potrebbe anche non essere un contratto. Per altro verso, il legislatore ha incluso nella nozione le sole persone fisiche: quindi le persone giuridiche e

⁽¹⁷⁾ La legge del 14.02.2003: *Ustawa o zmianie ustawy kodeks cywilny z 14.02.2003* (Dz. U. 2003/49/408).

⁽¹⁸⁾ E. ŁĘTOWSKA, *prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2002, p. 44; W. Czachórski, *Zobowiązania – zarys wykładu*, Warszawa, 2002, p. 155.

le persone *quasi* giuridiche non possono essere qualificate come consumatori e conseguentemente non possono godere delle misure di tutela previste dalla legge.

La qualità di "consumatore" viene fatta dipendere dalla relazione di estraneità esistente fra il negozio giuridico posto in essere e l'attività imprenditoriale o professionale svolta dal consumatore che l'ha concluso. Sia l'attività imprenditoriale che l'attività professionale posseggono i connotati della stabilità. Bisogna tenere presente però che, nel caso dell'attività professionale, gli elementi personali quali ad es. le esperienze, la preparazione professionale, la possibilità di apprezzamento personale o la possibilità di prendere decisioni autonome e consapevoli assumono maggiore importanza⁽¹⁹⁾. Il legislatore polacco non ha precisato cosa debba intendersi per "attività professionale", rimettendo alla giurisprudenza il compito di individuare i contenuti della relativa nozione⁽²⁰⁾.

La disciplina contenuta nel codice civile presenta delle lacune. Sembra che il legislatore abbia voluto conferire alla definizione di consumatore carattere universale rendendola suscettibile di operare anche al di fuori del settore delle obbligazioni contrattuali. Se infatti da un lato la definizione viene limitata alle sole persone fisiche, dall'altro essa si presta a comprendere anche i negozi giuridici unilaterali, dal momento che non si richiede più in modo espresso che il negozio posto in essere dal consumatore sia stato concluso con un professionista.

La formulazione testuale della definizione potrebbe dunque consentire di considerare come un negozio "del consumatore" qualsiasi negozio giuridico compiuto per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale svolta dalla persona fisica che lo ha posto in essere. Non è corretto, tuttavia, limitarsi all'interpretazione letterale dell'art. 221 c.c., la quale potrebbe condurre a considerare come consumatore ogni persona fisica che compie il negozio giuridico fuori dalla propria attività imprenditoriale o professionale (sicché, a rigore, persino la persona che redige un testamento dovrebbe essere considerata come consumatore). Bisogna infatti riconoscere che, tra i negozi unilaterali posti in essere da una persona fisica per scopi estranei alla propria attività imprenditoriale o professionale, si prestano ad essere qualificati come "negozi del consumatore" tutti e soltanto quelli destinati e rivolti ad incidere su rapporti giuridici scaturenti da un contratto precedentemente concluso dallo stesso consumatore con un professionista. Il soggetto che manifesta la volontà di recedere da un

⁽¹⁹⁾ E. ŁĘTOWSKA, *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 1999, p. 44.

⁽²⁰⁾ E. BIENIEK-KORONKIEWICZ, J. SIENCZYŁO-CHŁABICZ, *Działalność gospodarcza i przedsiębiorca na gruncie ustawy prawo działalności gospodarczej*, PPH 1999/4, p. 13; C. MACRI, *Contratti negoziati fuori dai locali commerciali (commento al d. l. 15. 01.1992 n. 50)*, Torino, 1998, p. 25.

contratto, ovvero presenta un reclamo, non è un contraente *stricto sensu*, ma secondo la definizione dall'art. 221 c.c. può essere considerato come consumatore se il rapporto contrattuale, cui si riferiscono i negozi unilaterali in tal modo compiuti, era derivato da un contratto da lui concluso con un professionista.

Concludendo, poiché le norme speciali che riguardano la protezione del consumatore non eccedono le obbligazioni contrattuali, nella definizione dall'art. 22¹ c.c. possono essere compresi solo negozi unilaterali che incidono su rapporti giuridici derivanti da "contratti dei consumatori".

Prima di essere modificato dalla legge del 14 febbraio 2003, il codice civile polacco non conteneva una definizione della nozione di "professionista" ⁽²¹⁾. Secondo la dottrina non era opportuno servirsi della definizione del professionista contenuta nella legge sull'attività imprenditoriale, che si considerava appartenente al diritto amministrativo ⁽²²⁾. Basandosi sui criteri indicati nella definizione contenuta in tale legge, la dottrina aveva peraltro avanzato diverse proposte per la definizione della nozione di "professionista" da utilizzare nell'ambito dei rapporti *inter cives* ⁽²³⁾. Pare necessario menzionare la più importante delle proposte formulate, secondo la quale come professionista doveva considerarsi la persona che professionalmente, in modo stabile e con scopo di lucro, fornisce ad altri beni o servizi.

Alla mancanza di una definizione legale della nozione di "professionista" nell'ambito dei rapporti tra privati il legislatore ha posto rimedio inserendo nel codice civile l'art. 43¹.

Nel titolo II del Libro Primo del codice civile, dopo l'art. 43 è stata aggiunta la Sezione III: "I Professionisti e i loro Segni Distintivi." Secondo la norma dall'art. 43¹ c.c. il professionista è la persona fisica, giuridica o *quasi* giuridica, della quale si tratta nell'art. 33¹, § 1, c.c., che svolge un'attività imprenditoriale o professionale in nome proprio. La definizione del professionista si basa dunque su due criteri: uno soggettivo e uno funzionale ⁽²⁴⁾.

La nozione di "professionista" comprende tre generi di soggetti: le persone fisiche, le persone giuridiche e le persone che acquistano la

⁽²¹⁾ E. LĘTOWSKA, *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa, 2002, p. 263; C. KOSIKOWSKI, *Pojęcie przedsiębiorcy w prawie polskim*, PiP 2001/4.

⁽²²⁾ M. KĘPINSKI, *Umowy zawierane poza lokalem przedsiębiorstwa, Materiały z konferencji: "Ocena nowego polskiego ustawodawstwa konsumenckiego w świetle prawa europejskiego"*, Zakrzewo 21-23.06. 2001, p. 2; J. FRACKOWIAK, *Ustawodawstwo dotyczące przedsiębiorców pod rządami zasady jedności prawa cywilnego*, in PPH 2000, XI, p. 4.

⁽²³⁾ Z. RADWAŃSKI, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2001, p. 9.

⁽²⁴⁾ *Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie niektórych przepisów kodeksu cywilnego*, in KPP 2002, III, p. 711.

capacità giuridica pur non essendo riconosciute come persone giuridiche. Nel caso delle persone fisiche la qualificazione di professionista spetta alle persone dotate della capacità di compiere tutti gli atti giuridici. Le persone giuridiche sono il Tesoro e gli enti che acquistano la personalità giuridica in base alle leggi speciali. Il termine “professionista”, per quanto riguarda le persone giuridiche, comprende, secondo la nuova definizione, sia il Tesoro sia le diverse organizzazioni che in nome proprio svolgono l'attività imprenditoriale o professionale. La nozione di “professionista” inserita nel codice civile comprende anche le persone non riconosciute come persone giuridiche che, avendo la capacità giuridica, svolgono una attività imprenditoriale o professionale.

Il legislatore, attraverso la nuova definizione, concede anche i diritti e gli obblighi del professionista al variegato mondo dei soggetti collettivi. La novella del codice civile ha risolto il discusso problema della possibilità di considerare come professionisti gli enti collettivi non riconosciuti come persone giuridiche ma dotati di capacità giuridica. A tal proposito va ricordato che l'art. 1 c.c. regola i rapporti giuridici fra le persone fisiche e le persone giuridiche. L'interpretazione di questa norma causava controversie nella dottrina e nella giurisprudenza in merito all'inquadramento, o meno, degli enti collettivi non riconosciuti come persone giuridiche. Benché le norme del codice civile definiscano solo due generi di persone dotate della capacità di compiere atti idonei ad instaurare o modificare rapporti giuridici, esistono anche persone che non sono né fisiche né giuridiche. Il legislatore ha risolto il problema della capacità degli enti collettivi non riconosciuti come persone giuridiche stabilendo, nel nuovo art. 33¹ c.c., che alle organizzazioni non riconosciute come persone giuridiche compete una capacità d'agire assoggettata al medesimo regime in vigore per le persone giuridiche.

Il criterio funzionale su cui è basata la nuova definizione della nozione di “professionista” implica che l'attività deve essere svolta dal professionista con scopo di lucro, in modo organizzato e stabile e in nome proprio. Questo criterio indica dunque le qualità riconosciute universalmente come tipiche per il professionista.

3. La situazione del consumatore prima della conclusione del contratto.

La nozione di consumatore è stata definita dal legislatore polacco in funzione del, ed in stretta correlazione con, il procedimento di formazione dell'accordo contrattuale⁽²⁵⁾. Questo procedimento è lungo e le fasi in cui

⁽²⁵⁾ E. ŁĘTOWSKA, *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2002, p. 44; Z. RADWAŃSKI, *Zobowiązania-część ogólna*, cit., p. 9.

esso si articola non sono tutte identiche. Bisogna tenere presente che il suddetto procedimento comprende la stipulazione del contratto *lato sensu* e *stricto sensu*. La stipulazione del contratto *lato sensu* comprende tutte le attività dei contraenti (comprese le attività meramente preparatorie) che conducono alla formazione dell'accordo⁽²⁶⁾. La stipulazione del contratto *stricto sensu* comprende invece solo l'emissione delle dichiarazioni costitutive del negozio contrattuale. La dichiarazione resa dalla parte contrattuale deve essere presa in considerazione come la risultante di molti fattori e perciò non si esaurisce esclusivamente nell'accettazione di una proposta precedentemente formulata.

Le premesse sopra indicate autorizzano a riconoscere che il consumatore è la controparte del professionista non solo in occasione dello scambio delle dichiarazioni costitutive del negozio, ma anche prima della conclusione dell'accordo. Invero, la situazione nella quale si trova il consumatore prima della conclusione dell'accordo è importante per lo svolgimento del procedimento di formazione del contratto, soprattutto perché dalla modalità in cui viene presentata e rivolta al consumatore la proposta formulata dal professionista, dipende l'eventuale prosecuzione, o meno, del predetto procedimento. La stipulazione del contratto e la produzione dei suoi effetti sono soltanto l'esito di un procedimento più o meno lungo e complesso.

Gli obblighi imposti al professionista dal legislatore confermano la tesi secondo cui il procedimento di formazione del contratto del consumatore è comprensivo anche della fase che precede l'emissione delle dichiarazioni di proposta e accettazione. L'adempimento degli obblighi del professionista nella fase precontrattuale ha rilevanti conseguenze sul piano dell'efficacia del contratto.

Le peculiarità del procedimento formativo del contratto del consumatore si manifestano nei rapporti fra il professionista ed il consumatore già nella fase precontrattuale e in questa fase un ruolo molto importante è svolto dall'informazione⁽²⁷⁾. L'informazione costituisce oggetto di un obbligo gravante sul professionista. Ovviamente l'obbligo di informare il consumatore in modo chiaro, completo ed esaustivo, sull'oggetto e sulle conseguenze del contratto prima dell'emissione delle dichiarazioni, costituisce null'altro che la concretizzazione del generale obbligo di tenere condotte leali e conformi al canone della buona fede nel corso della formazione del contratto, obbligo che grava sui soggetti che instaurano

⁽²⁶⁾ P. DOBSON, *Sale of Goods and Consumer Credit*, cit., p. 11; A. OLEJNICZAK, *Charakter prawny porozumień przygotowujących zawarcie umowy w prawie francuskim, Problemy Prawne Handlu Zagranicznego*, t. 16, cit., p. 101.

⁽²⁷⁾ E. LĘTOWSKA, *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa, 1999, p. 179; S. GRZYBOWSKI, *System Prawa Cywilnego. Część ogólna*, Wrocław 1974, p. 550.

una trattativa in base ai principi generali⁽²⁸⁾. Bisogna sottolineare che l'obbligo precontrattuale di informazione viene imposto non allo scopo di assicurare privilegi al consumatore, ma soltanto al fine di garantire ai contraenti l'equilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto. Per questa ragione tutte le informazioni presentate al consumatore dovrebbero essere redatte in modo chiaro e comprensibile. La regola di trasparenza comprende quindi l'obbligo di informazione e viene applicata già nella fase di preparazione del contratto.

L'informazione contenuta nelle comunicazioni commerciali è finalizzata a far insorgere il fabbisogno di certi beni di consumo e in ciò risiede l'essenza stessa della pubblicità⁽²⁹⁾. La pubblicità dovrebbe soprattutto avere funzione promozionale e informativa⁽³⁰⁾, e contribuisce, a condizione che la funzione promozionale non prevarichi la funzione informativa, alla realizzazione dei diritti del consumatore nella misura in cui consente di porre rimedio alle differenze esistenti fra le posizioni dei contraenti. La pubblicità mira ad attirare l'attenzione del consumatore su certi beni e servizi per spingerlo a compiere le scelte e a tenere le condotte di mercato che il professionista si augura vengano provocate dai messaggi pubblicitari di cui si avvale⁽³¹⁾. Proprio per questo, la pubblicità dovrebbe informare nel modo più pieno e completo: quanto più l'informazione è completa e corretta, tanto maggiori sono i benefici e i vantaggi che i consumatori destinatari del messaggio pubblicitario ne ricavano.

4. Le particolari modalità attraverso le quali viene concluso il “contratto del consumatore”.

L'affermazione secondo cui la conclusione del contratto del consumatore non avviene sempre con le medesime modalità — potendo variare le circostanze ed i luoghi in cui vengono rese le dichiarazioni contrattuali, nonché le caratteristiche del procedimento che conduce alla loro emanazione — viene confermata dalle differenze di regime normativo riscontrabili nelle ipotesi in cui il contratto viene stipulato fuori dai locali commerciali, a distanza o mediante l'impiego di moduli o formulari.

⁽²⁸⁾ W. CZACHÓRSKI, *Zobowiązania – zarys wykładu*, Warszawa 2002, p. 144.

⁽²⁹⁾ Z. RADWAŃSKI, *System Prawa Prywatnego Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa, 2002, p. 28.

⁽³⁰⁾ E. NOWIŃSKA, *Zwalczanie nieuczciwej reklamy, Zagadnienia cywilno-prawne*, Kraków, 1997, p. 25.

⁽³¹⁾ I. ANTČZAK-BOGAJCZYK, *Prawne środki ochrony konsumenta w dziedzinie reklamy*, Poznań, 1998, p. 27.

4.1. *La conclusione del contratto mediante l'utilizzazione di moduli predisposti dal professionista.*

Il legislatore polacco, analogamente a quello italiano, ha deciso di introdurre nel codice civile le disposizioni riguardanti la protezione del consumatore che conclude un contratto aderendo ad un modulo predisposto dal professionista⁽³²⁾, disposizioni che sono inserite negli artt. 384 e segg., c.c. Il legislatore non fornisce la definizione della nozione di "modulo contrattuale": ciononostante, occorre riconoscere, sulla base del complesso delle norme modificate del codice civile, che per "modulo contrattuale" deve intendersi il documento (contenente le condizioni generali di contratto) separato ed autonomo rispetto alle dichiarazioni attraverso le quali le parti manifestano il proprio assenso alla instaurazione del rapporto contrattuale⁽³³⁾. Nel documento in questione vengono determinate e precisate le conseguenze giuridiche della conclusione del contratto: il modulo contrattuale che viene usato nel procedimento di formazione del contratto appare pertanto come lo strumento utilizzato dal professionista per arrivare all'accordo contrattuale.

La nozione di "modulo contrattuale" include qualsiasi tipologia di clausole predisposte prima della stipulazione del contratto da una delle parti contrattuali. Quindi il modulo contrattuale viene predisposto unilateralmente e prende la forma delle condizioni contrattuali, moduli oppure formulari⁽³⁴⁾. I moduli possono prendere diverse denominazioni, ma definiscono e stabiliscono con modalità uniformi il contenuto dei singoli contratti individuali.

I contratti stipulati fra il consumatore e il professionista mediante l'uso di modulo contrattuale non costituiscono un autonomo e speciale tipo di negozio, trattandosi semplicemente di contratti caratterizzati da una particolare modalità di svolgimento del procedimento di formazione dell'accordo⁽³⁵⁾.

La correttezza dell'affermazione secondo cui ci troviamo di fronte ad una speciale modalità di formazione dell'accordo contrattuale viene confermata dalla circostanza che al professionista che si avvale di moduli per disciplinare

⁽³²⁾ V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, IV, p. 769.

⁽³³⁾ E. ŁĘTOWSKA, *Ustawa o ochronie niektórych praw konsumentów Komentarz*, Warszawa, 2000, p. 71; W. POPIOLEK, *Kodeks cywilny Komentarz*, Warszawa, 2002, p. 788.

⁽³⁴⁾ A. OLEJNICZAK, *Prawo handlowe red. A. Koch i J. Napierala*, Kraków, 2002, p. 655.

⁽³⁵⁾ G. ALPA M. BESSONE, *I contratti standard nel diritto interno e comunitario*, Torino, 1997, p. 1; J. TILLOTSON, *Contract Law in Perspective*, cit., p. 111.

i rapporti contrattuali con la propria clientela vengono imposti obblighi particolari ed appositi. L'analisi delle disposizioni modificate del codice civile permette di definire gli obblighi imposti al professionista come segue:

- obbligo di consegnare il modulo al consumatore (l'art. 384 § 1 cc)⁽³⁶⁾,
- obbligo di redigere il modulo in modo chiaro (l'art. 385 § 2 cc)⁽³⁷⁾,
- obbligo di rendere conoscibili l'esistenza ed il contenuto del modulo (l'art. 384 § 2 cc)⁽³⁸⁾.

L'adempimento di questi obblighi incide sulla efficacia del modulo, che è vincolante soltanto se sono state rispettate le condizioni previste dalla legge⁽³⁹⁾. La consegna del modulo effettuata prima della conclusione del procedimento di formazione del contratto non ha di per sé alcun effetto, in quanto lo stesso diviene vincolante soltanto se il contratto viene concluso, momento dopo il quale potrà anche essere valutata la sua piena efficacia.

Infatti, se il contratto viene stipulato mediante un modulo contrattuale le clausole eventualmente inserite in questo modulo potrebbero rivelarsi pregiudizievoli per gli interessi del consumatore⁽⁴⁰⁾. In proposito, è necessario distinguere tra clausole "vessatorie" e clausole "abusive"⁽⁴¹⁾. Sono

⁽³⁶⁾ E. ŁĘTOWSKA, *Ustawa o ochronie niektórych praw konsumentów Komentarz*, Warszawa, 2000, p. 76.

⁽³⁷⁾ E. ŁĘTOWSKA, *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa, 2002, p. 317; W. POPIOLEK, *Kodeks cywilny Komentarz*, Warszawa, 2002, p. 799; A. DYNOWSKI, *Zarys podstawowych zasad regulujących zawieranie umów z konsumentami Materiały z konferencji: Nowe prawo konsumenckie*, Poznań, 27.06.2000; DIAZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, Madrid, 1987, p. 22; A. AGUILA-REAL, *La interpretation de las condiciones generales de los contratos*, in *Rivista de Derecho Mercantil*, 1987, p. 42; G.H. TREITEL, *The Law of Contract*, London 1983, p. 172; R. LOWE G. WOODROFFE, *Consumer Law and Practice*, London, 1995, p. 124, con particolare riferimento ai cases: *New Zealand Shipping Co Ltd v. Satterthwaite & Co Ltd* [1975] AC. 154, PC; *Wallis, Son and Wells v. Pratt and Haynes* [1911] AC. 394; *Southern Water Authority v. Carey* [1985] 2 All ER. 1077; *Andrews Bros. (Bournemouth) Ltd. v. Singer & Co. Ltd.* [1934] 1 KB 17.

⁽³⁸⁾ A. OLEJNICZAK, *Prawo handlowe* a cura di A. Koch e J. Napierala, Kraków, 2002, p. 657; W. POPIOLEK, *Kodeks cywilny Komentarz*, Warszawa, 2002, p. 792; E. ŁĘTOWSKA, *Ustawa o ochronie niektórych praw konsumentów Komentarz*, Warszawa, 2000, p. 80.

⁽³⁹⁾ W. POPIOLEK, *Kodeks cywilny Komentarz*, cit., p. 791.

⁽⁴⁰⁾ M. NAWROCKA, *Ochrona konsumenta przed nieuczciwymi klauzulami umownymi w Unii Europejskiej i w Polsce*, in *MoP* 1998, VI, p. 216.

⁽⁴¹⁾ J.M. DIAZ FRAILE, *La proteccion registral al consumidor y la Directiva sobre clausulas contractuales abusivas de 1993*, in *Nocias de la Union Europea* 1994, CXIV, p. 51; M. TENREIRO, *Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*, in *Europe* 1993, V.T. WILHELMSON, *Le proposition de directive sur le clauses abusives dans contracts conclus avec consommateurs; une perspective nordique*, in *Rev. European*, 1992; S. PATTI, *La direttiva comunitaria sulle clausole abusive; prime considerazioni*, in *Contratto e impresa*, 1993, p. 71; V. CARBONE, *La tutela dei consumatori: Le clausole abusive*, in *Corriere Giuridico*, 1996; V. ROPPO, G. NAPOLITANO, voce *Clausole abusive*, in *Enc. Giur. Treccani*, VI, Roma, 1998, p. 1; M. NAWROCKA, *Ochrona konsumenta przed*

“vessatorie” le clausole che determinano a carico di una delle parti un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto. Sono invece “abusive”, e come tali soggette al regime normativo delineato negli artt. 385¹ - 385³ c.c., le clausole che determinano i diritti e gli obblighi del consumatore con modalità contrastanti con il buon costume e palesemente lesive dei suoi interessi e che, soprattutto, non siano state negoziate individualmente con il consumatore prima della stipulazione del contratto (art. 385¹ c.c.). La nozione di clausola vessatoria comprende sia le clausole riconosciute dal giudice come abusive in base ai criteri indicati nell’art. 385¹ c.c., sia le clausole che, pur non potendo essere considerate abusive, distribuiscono il rischio contrattuale in modo sproporzionato e dannoso per una delle parti contrattuali. Un elenco esemplificativo di clausole vessatorie è contenuto nell’art. 385³ c.c.

La distinzione sopra esposta si giustifica soprattutto in base alla considerazione che soltanto per le clausole abusive il legislatore prevede che non siano vincolanti per il consumatore. Quindi, in base alle norme del codice civile, bisogna accettare che la mancanza della forza vincolante colpisce solo le clausole contrattuali che nel giudizio condotto sulla base dei criteri indicati negli artt. 385¹ - 385³ c.c. possano essere qualificate come abusive. Ne consegue che non tutte le clausole vessatorie sono vietate. La clausola indicata nell’art. 385³ c.c. non sempre sarà considerata come inefficace, potendo essere riconosciuta come tale solo in presenza delle ulteriori condizioni di cui all’art. 385¹ c.c. Può darsi che le norme degli artt. 385¹ e 385² c.c. non permettano di riconoscere definitivamente la clausola vessatoria come abusiva: in questo caso, soltanto in caso di dubbio il giudice riconosce la clausola come abusiva e ciò sulla base dell’art. 385³ c.c.

4.2. *I contratti conclusi dal consumatore fuori da locali commerciali.*

Parallelamente alla conclusione del contratto mediante moduli, anche la stipulazione del contratto fuori dai locali commerciali e a distanza presenta connotati tipici che caratterizzano il procedimento di formazione dell’accordo contrattuale.

nieuczciwymi klauzulami umownymi w Unii Europejskiej i w Polsce, in MoP 1998, VI, p. 218; M. JAGIELSKA, *Nowelizacja kodeksu cywilnego: kontrola umów i wzorców umownych*, in MoP 2000, XI, p. 701; E. LĘTOWSKA, *Ustawa o ochronie niektórych praw konsumentów Komentarz*, Warszawa 2000, p. 102; V. ROPPO, *La definizione di clausola “vessatoria” nei contratti dei consumatori*, in *I Contratti* 2000, I, p. 83; C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, III, *Il Contratto*, Milano 2000, p. 353; CHINÈ, in A.A.V.V., *Il contratto in generale*, in *Trattato di Diritto Privato* a cura di M. BESSONE, Torino, 2000, p. 478; *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel Codice Civile* a cura di A. BARENGHI, Napoli, 1996; E. MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999.

La stipulazione del contratto del consumatore fuori dai locali commerciali si svolge con modalità particolari, ma sempre attraverso l'uso degli strumenti contemplati dalle norme generali del codice civile. Il regime normativo speciale dettato per i contratti conclusi fuori dai locali commerciali dalla legge sulla tutela del consumatore del 2 marzo 2000⁽⁴²⁾ pone a carico del professionista una serie di obblighi, che possono essere così sintetizzati:

- obblighi di legittimazione (art. 1 comma. 1 della legge)⁽⁴³⁾,
- obblighi di informazione (art. 3, comma 1)⁽⁴⁴⁾,
- obbligo di confermare per iscritto le informazioni fornite (art. 3, comma 2)⁽⁴⁵⁾.

L'adempimento dei suddetti obblighi nella fase precontrattuale garantisce condizioni paritarie alle parti contrattuali. Le norme della legge sulla tutela del consumatore del 2 marzo 2000 riguardano solo il contratto del consumatore stipulato fuori dai locali commerciali⁽⁴⁶⁾. Il locale commerciale è il locale adibito al servizio della clientela e identificato da segni distintivi conformi alla legge sull'attività imprenditoriale⁽⁴⁷⁾.

Sulla base dell'analisi delle norme degli art. 1-3 della legge sulla tutela del consumatore del 2 marzo 2000, si può affermare che il consumatore che stipula un contratto fuori dai locali commerciali è protetto nelle situazioni seguenti:

- quando il processo destinato a condurre alla conclusione del contratto viene avviato dal professionista fuori dal locale commerciale, e, sempre fuori dal locale commerciale, il contratto viene concluso: in questo caso al professionista sono imposti gli obblighi di legittimazione e di informazione e il consumatore ha il diritto di recedere dal contratto;
- quando il procedimento destinato a condurre alla conclusione del contratto viene avviato dal professionista fuori dal locale commerciale ma le dichiarazioni delle parti vengono rese nel locale commerciale stesso. L'interpretazione degli artt. 1-3 della legge del 2 marzo 2000 consente di

⁽⁴²⁾ La legge sulla tutela del consumatore: *Ustawa o ochronie niektórych praw konsumentów i odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny* z 2.03.2000 (Dz. U. 2000/22/271).

⁽⁴³⁾ Z. RADWAŃSKI, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa, 1994, p. 241.

⁽⁴⁴⁾ E. ŁĘTOWSKA, *Ustawa o ochronie niektórych praw konsumentów Komentarz*, cit., p. 37

⁽⁴⁵⁾ Z. RADWAŃSKI, *System Prawa Prywatnego Prawo cywilne – część ogólna*, cit., p. 132.

⁽⁴⁶⁾ M. PAZDAN, *Kodeks cywilny Komentarz*, Warszawa 2002, p. 276; E. ŁĘTOWSKA, *Ustawa o ochronie niektórych praw konsumentów Komentarz*, Warszawa, 2000, p. 29.

⁽⁴⁷⁾ La legge sull'attività imprenditoriale: *Ustawa Prawo działalności gospodarczej* z 19.11.1999 (Dz. U. 1999/101/1178).

- riconoscere che in questo caso il professionista è gravato dagli obblighi di legittimazione. La sussistenza degli ulteriori obblighi di informazione e la spettanza al consumatore del diritto di recesso dipendono dalla ricorrenza degli speciali presupposti di cui all'art. 1, comma 3, della legge;
- quando il procedimento di formazione del contratto non viene iniziato dal professionista, ma il contratto viene concluso fuori dai locali commerciali. Sulla base dell'interpretazione degli artt. 2-3 della legge bisogna ammettere che in questo caso gravano sul professionista soltanto gli obblighi di informazione e che il consumatore dispone del diritto di recesso dal contratto.

4.3. *I contratti conclusi dal consumatore a distanza.*

La tesi secondo cui il procedimento di formazione del contratto si svolge in modo particolare quando il contratto è concluso a distanza viene confermata dalla disciplina della speciale ipotesi del contratto negoziato e concluso senza la presenza fisica e simultanea delle parti⁽⁴⁸⁾. I contraenti devono servirsi dei mezzi e delle tecniche di comunicazione a distanza⁽⁴⁹⁾. Il termine "a distanza" dovrebbe essere interpretato come la manifestazione dello spazio fra i contraenti e l'uso di certe tecniche di comunicazione⁽⁵⁰⁾. Esempi di mezzi di comunicazione a distanza sono riportati nell'elenco contenuto nell'art. 6 della legge sulla tutela del consumatore del 2 marzo 2000⁽⁵¹⁾, che non ha peraltro carattere tassativo. La costruzione accolta dal legislatore comporta che le parti debbono servirsi di mezzi di comunicazione a distanza sia per la presentazione della proposta contrattuale sia per il successivo svolgimento dei negoziati⁽⁵²⁾.

⁽⁴⁸⁾ A. NOWICKA, *Umowy zawierane na odległość, Materiały z konferencji: "Ocena nowego polskiego ustawodawstwa konsumenckiego w świetle prawa europejskiego"*, Zakrzewo 21-23.06.2001, p. 2.

⁽⁴⁹⁾ Z. RADWAŃSKI, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa, 2001, p. 155.

⁽⁵⁰⁾ E. ŁĘTOWSKA, *Ustawa o ochronie niektórych praw konsumentów Komentarz*, Warszawa, 2000, A. NOWICKA, *Umowy zawierane na odległość...*, cit., p. 2; M. JAGIELSKA, *Umowy zawierane poza lokalem przedsiębiorstwa i na odległość*, in MoP 2000, IX, p. 560; G. ALPA, *Contratti a distanza. Prime Considerazioni*, in *I Contratti* 1999, VII-IX, p. 848.

⁽⁵¹⁾ E. ŁĘTOWSKA, *Ustawa o ochronie praw konsumentów Komentarz niektórych*, cit., p. 46; C.T. BARREAU, *Concept of Consumer Under the French Law and Evaluation of Polish Solutions in the Light of French Consumer Legislation*, *Materiały z konferencji: "Ocena nowego polskiego ustawodawstwa konsumenckiego w świetle prawa europejskiego"*, Zakrzewo 21-23.06.2001, p. 12.

⁽⁵²⁾ M. JAGIELSKA, *Umowy zawierane poza lokalem przedsiębiorstwa i na odległość*, in MoP 2000, IX, p. 561.

La specificità del procedimento di formazione del contratto a distanza emerge e risulta anche dai particolari obblighi che vengono imposti al professionista dalla legge del 2 marzo 2000, che possono essere così classificati:

- obbligo precontrattuale di chiedere l'autorizzazione del consumatore a formulare una proposta contrattuale (art. 6 comma 2)⁽⁵³⁾;
- obbligo di legittimazione (art.9 comma 1);
- obblighi di informare in merito all'intenzione di offrire la stipulazione di un contratto, nonché in merito alle caratteristiche essenziali delle prestazioni dedotte nel contratto, e obbligo di fornire le informazioni in modo chiaro e comprensibile (art. 9 comma 2);
- obbligo di confermare per iscritto le informazioni fornite al consumatore (art. 9, comma 3).

5. Il diritto di recesso.

Ogni contratto validamente stipulato, anche se concluso da un consumatore con un professionista, non può essere sciolto per decisione unilaterale di una delle parti. Bisogna tenere presente però che l'osservanza assoluta e totale della regola *pacta sunt servanda* potrebbe creare difficoltà nei rapporti fra i contraenti⁽⁵⁴⁾, per evitare le quali la legge del 2 marzo 2000 accorda al consumatore un diritto di recesso, e cioè il diritto di sciogliere unilateralmente il rapporto contrattuale instaurato con il professionista. Il suddetto diritto di recesso sussiste però solo quando il contratto viene stipulato fuori dal locale commerciale o a distanza e si configura come uno strumento di tutela del consumatore che viene a trovarsi in situazioni particolari⁽⁵⁵⁾. Lo *ius poenitendi* - il cui esercizio non è condizionato ad alcun comportamento del professionista - consente al consumatore di sottrarsi al vincolo contrattuale tutte le volte in cui gli effetti del contratto appaiano sfavorevoli o comunque non rispondenti alle sue aspettative⁽⁵⁶⁾. È importante peraltro sottolineare che il consumatore non è tenuto a comunicare al professionista le ragioni della decisione di esercitare il diritto di recesso. Il diritto di recesso, pur spettando al solo consumatore, cioè solo ad una delle parti contrattuali, non crea privilegi ma determina equilibrio contrattuale.

⁽⁵³⁾ E. ŁĘTOWSKA, *Ustawa o ochronie niektórych praw konsumentów Komentarz*, cit., p. 49.

⁽⁵⁴⁾ Z. RADWAŃSKI, *System Prawa Cywilnego Zobowiązania – część ogólna*, cit., p. 464.

⁽⁵⁵⁾ Z. RADWAŃSKI, *Prawo cywilne - część ogólna*, Warszawa, p. 81.

⁽⁵⁶⁾ C. LEO, *Recesso nelle leggi di tutela del Consumatore*, in *I Contratti* 2000, I, p. 76.

L'interpretazione della legge sulla tutela del consumatore, come pure del codice civile, permette di considerare il diritto di recesso come un diritto indipendente ed autonomo il cui esercizio determina la cessazione *ex tunc* degli effetti del contratto⁽⁵⁷⁾. Se l'atto di esercizio del diritto di recesso viene validamente e tempestivamente compiuto il rapporto contrattuale si scioglie. L'analisi comparativa della legge sulla tutela del consumatore e del codice civile conferma poi la tesi che il diritto di recesso contemplato dalla legge del 2 marzo 2000 assume la forma del recesso *ex lege*, e non è un recesso convenzionale riconducibile alla previsione dell'art. 395 c.c.⁽⁵⁸⁾.

Al consumatore che ha concluso il contratto con il professionista fuori dai locali commerciali o a distanza viene attribuito il diritto di recesso dal contratto, che può essere esercitato solo entro il termine previsto dalla legge, la cui durata è pari a dieci giorni. Il *dies a quo* del termine varia però in relazione all'oggetto del negozio e al momento in cui vengono adempiuti gli obblighi dell'informazione imposti al professionista. Bisogna distinguere l'atto di esercizio del diritto di recesso dalla comunicazione che ne venga fatta al professionista. Affinché il diritto possa considerarsi esercitato tempestivamente, è sufficiente che il consumatore manifesti validamente entro i dieci giorni la volontà di recedere dal contratto, non essendo per contro necessario che entro detto termine la dichiarazione giunga a conoscenza del professionista⁽⁵⁹⁾. In base alla legge del 2 marzo 2000, la dichiarazione con la quale il consumatore si avvale del diritto di recesso necessita della forma scritta *ad probationem*⁽⁶⁰⁾.

TRADUZIONE DELLE DISPOSIZIONI CITATE NEL SAGGIO

Legge sulla tutela del consumatore del 2 marzo 2000

Art. 1

1. Il professionista che propone al consumatore di concludere un contratto fuori da un locale commerciale deve esibire, prima della stipulazione,

⁽⁵⁷⁾ A. KLEIN, *Ustawowe prawo odstąpienia od umowy wzajemnej*, Wrocław, 1964, p. 123.

⁽⁵⁸⁾ Cz. ŻULAWSKA, *Komentarz do kodeksu cywilnego Zobowiązania red. G. Bienka*, Warszawa, 2001, p. 186; W. CZACHÓRSKI, *Zobowiązania - zarys wykładu*, Warszawa, 1994, p. 129.

⁽⁵⁹⁾ M. BĄCZYK, *Dziesięć dni czy mniej?*, in *Prawo Bankowe* 2001, III, p. 83; E. ŁĘTOWSKA, *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa, 1999, p. 224; M. JAGIELSKA, *Umowy zawierane poza lokalem przedsiębiorstwa i na odległość*, in *MoP* 2000, IX, p. 562; W. KOCOT, *Nowe zasady zawierania i wykonywania umów z udziałem konsumentów*, in *PPH* 2000, XI, p. 50.

⁽⁶⁰⁾ E. ŁĘTOWSKA, *Ustawa o ochronie niektórych praw konsumentów Komentarz*, Warszawa, 2000, p. 31.

un documento che attesti che egli agisce nell'esercizio di una attività imprenditoriale. È altresì tenuto ad esibire un documento d'identità.

2. La nozione di "locale commerciale" comprende il locale adibito al servizio della clientela e identificato da segni distintivi conformi alla legge sull'attività imprenditoriale.

3. La presente legge si applica anche ai contratti stipulati sulla base di proposte effettuate dai consumatori fuori dai locali commerciali durante una visita del commerciante presso il domicilio del consumatore o presso il suo luogo di lavoro.

Art. 2.

1. Il consumatore che ha concluso il contratto fuori dal locale commerciale può recedere dal contratto, senza essere tenuto a specificare le cause del recesso, inviando una comunicazione in forma scritta entro un termine di dieci giorni dalla conclusione del contratto. Il termine è rispettato se il consumatore invia una comunicazione nel termine di dieci giorni.

2. omissis

3. Se il consumatore recede dal contratto le parti sono sciolte da tutte le obbligazioni derivanti dal contratto. (...)

Art. 3.

1. Chi conclude un contratto con un consumatore fuori da un locale commerciale deve, prima della conclusione del contratto, informare il consumatore del diritto di cui all'art. 2, comma 1. L'informazione deve essere fornita per iscritto e deve contenere il modulo recante la dichiarazione di recesso con l'indicazione del nome e del cognome del professionista e del suo indirizzo. Al consumatore deve inoltre essere consegnata la conferma scritta della conclusione del contratto. In essa debbono essere indicati la data della stipulazione del contratto e gli elementi necessari per identificarne il contenuto, e cioè l'oggetto ed il prezzo.

2. Il consumatore, su richiesta del professionista, conferma per iscritto di aver ricevuto le informazioni sul diritto di recesso, come pure di aver ricevuto il modulo della dichiarazione del recesso..

Art. 4.

Se il consumatore non è stato informato per iscritto del diritto di recesso, il termine di cui all'art. 2 comma 1 non inizia a decorrere. In questo caso il consumatore può recedere dal contratto entro dieci giorni dalla data in cui riceve le informazioni sul diritto di recesso. In ogni caso, trascorsi tre mesi dalla data di ricevimento della merce, il diritto di recesso non può più essere esercitato.

Art. 5
omissis

Art. 6.

1. I contratti del consumatore stipulati senza la presenza simultanea delle parti mediante l'impiego di mezzi di comunicazione a distanza — quali ad es. stampati senza indirizzo, stampati con indirizzo, lettere circolari, pubblicità a stampa con buono d'ordine, cataloghi, telefono, radio, televisione, dispositivi automatici di chiamata, videotelefono, fax, telefax, posta elettronica - vengono considerati "contratti a distanza" ai fini della presente legge soltanto se la controparte del consumatore è un professionista che fa ricorso in modo stabile e sistematico a mezzi di comunicazione a distanza nell'ambito della propria attività imprenditoriale.

2. La proposta di un contratto da stipularsi a distanza dovrebbe informare in modo chiaro e comprensibile in merito all'intento (di stipulare un contratto) perseguito dal soggetto che la rivolge al consumatore.

3. L'impiego da parte di un professionista di videotelefono, telefax, posta elettronica, dispositivo automatico di chiamata e telefono, richiede il consenso preventivo del consumatore.

4. *omissis*.

Art. 7.

1. Il consumatore che ha concluso il contratto a distanza può recedere dal contratto senza essere tenuto a specificarne il motivo inviando una comunicazione in forma scritta entro il termine di dieci giorni di cui all'art. 10 comma 1. Il termine è rispettato se il consumatore invia una comunicazione nel termine di dieci giorni.

2. *omissis*.

3. Se il consumatore recede, le parti sono sciolte da tutte le obbligazioni derivanti dal contratto. (...)

Art. 8.
omissis

Art. 9.

1. Il consumatore, prima o al momento della formulazione della proposta di un contratto a distanza, deve ricevere le seguenti informazioni:

- 1) identità del professionista (nome, cognome) e indirizzo geografico,
- 2) caratteristiche essenziali del bene o del servizio,
- 3) prezzo del bene o del servizio, comprese tutte le tasse o le imposte,
- 4) modalità del pagamento,
- 5) spese di consegna,
- 6) esistenza del diritto di recesso nel termine di dieci giorni con indicazione delle eccezioni di cui all'art. 10,

- 7) costo dell'utilizzo della tecnica di comunicazione a distanza, quando è calcolato su una base diversa dalla tariffe di base,
- 8) durata della validità dell'offerta e del prezzo,
- 9) durata minima del contratto in caso di contratti per la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi ad esecuzione continuata o periodica,
- 10) luogo in cui debbono essere inviati e modalità con cui debbono essere effettuati gli eventuali reclami.

2. Le informazioni di cui al comma 1 devono essere inequivocabili e vanno fornite in modo chiaro e comprensibile.

3. Il professionista è tenuto a confermare per iscritto le informazioni di cui al comma 1 prima od al momento della esecuzione del contratto.

4. La disposizione di cui al comma 3 non si applica ai servizi che vengano prestati mediante una tecnica di comunicazione a distanza, qualora detti servizi siano forniti in un'unica soluzione e siano fatturati dall'operatore della tecnica di comunicazione. Anche in tale caso il consumatore deve tuttavia ricevere l'indicazione dell'indirizzo geografico della sede del fornitore cui presentare gli eventuali reclami.

Art. 10.

1. Il termine di dieci giorni entro il quale può essere esercitato il diritto di recesso decorre per i beni dal giorno del loro ricevimento da parte del consumatore e per i servizi dal giorno della conclusione del contratto.

2. Se il professionista non ha confermato le informazioni di cui all'art. 9 comma 1, il termine per l'esercizio del diritto di recesso è di tre mesi e decorre per i beni dal giorno del loro ricevimento da parte del consumatore e per i servizi, dal giorno della conclusione del contratto. Se tuttavia prima che siano trascorsi i suddetti tre mesi il consumatore riceve la conferma di cui all'art. 9, il termine entro il quale il diritto di recesso può essere esercitato è di dieci giorni, e inizia a decorrere proprio dal giorno in cui è avvenuta la ricezione della conferma scritta.

3. *omissis*.

Codice civile

Art. 22¹.

“Consumatore” è la persona fisica che compie il negozio giuridico per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta⁽⁶¹⁾.

⁽⁶¹⁾ Disposizione introdotta dalla legge del 14 febbraio 2003, entrata in vigore dal 25 settembre 2003.

Art. 33¹

§ 1. Alle organizzazioni non riconosciute come persone giuridiche compete una capacità d'agire soggetta al medesimo regime valevole per le persone giuridiche.

Art. 43¹

Il professionista è la persona fisica, la persona giuridica e l'organizzazione di cui all'art. 33¹, § 1, c.c. che esercita un'attività imprenditoriale o professionale in nome proprio.

Art. 384

§ 1. Le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti, in particolare i moduli, le condizioni contrattuali o i formulari, sono efficaci nei confronti dell'altro se al momento della conclusione del contratto gli sono state consegnate.

§ 2. Se l'uso di un modulo contrattuale è abituale, il suddetto modulo è efficace nei confronti dell'altro contraente anche quando questo avrebbe dovuto conoscerlo usando l'ordinaria diligenza.

§ 3. *La nozione di consumatore comprende la persona che stipula il contratto con il professionista per scopi estranei all'attività imprenditoriale eventualmente svolta* ⁽⁶²⁾.

§ 4 *omissis*.

§ 5 *omissis*.

Art. 384¹

Il modulo predisposto durante l'esecuzione di un rapporto contrattuale di carattere continuativo è efficace se sono rispettate le condizioni di cui all'art. 384 e se il contraente non denuncia l'accordo nel più breve termine previsto per la denuncia.

Art. 385

§ 1. Se il modulo è contrario al contenuto del contratto le parti sono vincolate solo dal contratto.

§ 2. Le condizioni generali di contratto dovrebbero essere redatte in modo chiaro e comprensibile. In caso di dubbio sul senso di una clausola contrattuale, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore.

Art. 385¹

§ 1. Le clausole di un "contratto del consumatore" non negoziate individualmente dalle parti non sono efficaci nei confronti del consumatore se

(62) Disposizione abrogata dalla legge del 14 febbraio 2003.

determinano i diritti e gli obblighi di quest'ultimo con modalità contrastanti con il buon costume e palesemente lesive dei suoi interessi (clausole abusive). La previsione di cui al primo comma non si applica alle clausole che individuano le caratteristiche essenziali delle prestazioni cui sono tenuti contraenti, e segnatamente a quelle che fissano l'ammontare del corrispettivo, purché la loro formulazione sia inequivoca.

§ 2. La clausola considerata abusiva nel senso del § 1 è inefficace, mentre il contratto rimane efficace per il resto.

§ 3. Non negoziate individualmente sono le clausole che non sono state fatte oggetto di una trattativa individuale, in particolare le clausole inserite in un modulo contrattuale, predisposto unilateralmente da un professionista, al quale consumatore si sia limitato ad aderire.

§ 4 *omissis*.

Art. 385²

La valutazione del carattere abusivo della clausola deve essere condotta tenendo conto delle natura del bene o del servizio oggetto del contratto e facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione ed alle altre clausole del medesimo contratto o di un altro contratto collegato da cui esso dipende.

Art. 385³

In caso di dubbio, vengono considerate come vessatorie le clausole:

1)-23) *omissis*.

ABSTRACT

The essay aims to give a general presentation of the polish Consumer Law in force. The author focused the attention on legislation issued in accordance with the Community directives in order to regulate specifically the formation and the content of the agreements between a consumer and a seller or supplier, trying to define at the same time the meaning and the construction of the consumer's notion introduced in the Civil Code and individuating the features and nature of the main remedies granted to the consumer according to his position of "weak party to the contract".

Il saggio contiene una ricostruzione del diritto polacco vigente in materia di tutela del consumatore. L'Autore si sofferma in particolare sulla normativa introdotta (dal legislatore), in attuazione di direttive comunitarie per assoggettare ad un regime speciale la formazione e i contenuti dei contratti conclusi da un consumatore con un professionista, illustrando la portata ed il significato della nozione "generale" di consumatore (introdotta nel codice civile) e individuando le caratteristiche e la natura dei principali strumenti di tutela messi a disposizione del consumatore nella sua qualità di "contraente debole".

PAOLO FERRETTI

FONDAMENTI DEL DIRITTO EUROPEO (*)

(Ferrara, 27 febbraio 2004)

Il 27 febbraio 2004 si è svolta, presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Ferrara, una giornata di studio dedicata ai 'Fondamenti del diritto europeo', insegnamento istituito con il decreto 21 dicembre 1999 n. 537⁽¹⁾. Chiamati a discuterne sono stati sei professori — Filippo Gallo, Mario Talamanca, Matteo Marrone, Carlo Augusto Cannata, Letizia Vacca, Alessandro Corbino — i quali si sono confrontati⁽²⁾ seguendo come traccia un questionario⁽³⁾ preparato dal Comitato scientifico ed organizzativo⁽⁴⁾.

Se dovessimo *mandare scriptis* l'impressione che abbiamo ricavato dalle autorevoli relazioni tenute al Convegno ferrarese, potremmo dire così: non esiste la materia 'Fondamenti del diritto europeo', bensì esistono *le* materie 'Fondamenti del diritto europeo'.

(*) Il testo è pubblicato anche nella Rivista Diritto@Storia 3 (2004), sezione 'Cronache':

<http://www.dirittoestoria.it/3/Cronache/Ferretti-Cronaca-Ferrara-2004.htm>.

⁽¹⁾ È noto che il decreto 21 dicembre 1999 n. 537, istitutivo delle Scuole di specializzazione per le professioni legali, ha contemplato (allegato 1) come materia obbligatoria i 'Fondamenti del diritto europeo', e che un successivo decreto (D.M. 4 ottobre 2000) ha attribuito la medesima materia al settore scientifico-disciplinare IUS/18 ('Diritto romano e diritti dell'antichità').

⁽²⁾ Nella discussione finale sono intervenuti, nel seguente ordine: Mario Amelotti, Renato Quadrato, Pietro Cerami, Pierfrancesco Arces, Giovanni Negri, Alessandro Adamo, Aldo Cenderelli, Luigi Garofalo, Settimio Di Salvo, Silvana Morgese.

⁽³⁾ Il questionario consegnato ai relatori continua ad essere consultabile sul sito: <http://web.unife.it/convegni/fondamentideldirittoeuropeo>.

⁽⁴⁾ Hanno fatto parte del Comitato scientifico ed organizzativo: Pierpaolo Zamorani, Arrigo Diego Manfredini, Lucetta Desanti, Wanda Formigoni, Paolo Ferretti, Silvia Schiavo.

Tuttavia, ciò non significa che la giornata di studio si sia rivelata inutile, quasi una congerie di riflessioni che, anziché aiutare, ha finito per disorientare e dividere l'uditorio. Al contrario, noi pensiamo che la medesima sia stata proficua almeno per due ordini di ragioni. Innanzitutto, perché ci sembra, dopo la pubblicazione di alcuni saggi⁽⁵⁾ e dei primi lavori monografici⁽⁶⁾ in argomento, che una riflessione sullo statuto epistemologico della materia fosse opportuna. Poi, perché se è vero, da un lato, che le opinioni dei relatori sui 'fondamenti del diritto europeo' sono state differenti, è altresì vero che alcune linee comuni o, quantomeno, maggiormente condivise, sono emerse.

⁽⁵⁾ Ci riferiamo, tra gli altri, a C.A. CANNATA, *Il diritto romano e gli attuali problemi d'unificazione del diritto europeo*, in *Studi Impallomeni*, Milano 1999, 41 ss.; L. LABRUNA, *Ius europaeum commune. Le matrici romanistiche del diritto europeo attuale*, in *Quaestiones Iuris. Fest. J.G. Wolf zum 70. Geburtstag*, hrg. U. Manthe, C. Krampe, Berlin 2000, 151 ss.; A. MANTELLO, *Di certe smanie 'romanistiche' attuali*, in *Diritto romano attuale* 4 (2000), 37 ss.; C.A. CANNATA, *Cuiusque rei potissima pars principium*, in *Diritto romano attuale* 6 (2001), 157 ss.; T. GIARO, «Comparemus!». *Romanistica come fattore d'unificazione dei diritti europei*, in *Rivista critica del diritto privato* 19, fasc. 4, 2001, 539 ss.; R. ZIMMERMANN, *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi (Il diritto privato europeo e le sue basi storiche)*, in *Rivista di diritto civile* 47, fasc. 6, 2001, 703 ss.; *Il diritto romano attualmente*, contributi di A. Palazzo, P. Schlesinger, U. Santarelli, A. Mazzacane, P. Mari, in *Diritto romano attuale* 6 (2001), 167 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *I fondamenti storici di un diritto comune europeo*, in *Index* 30 (2002), 163 ss.; A. MANTELLO, *Ancora sulle smanie 'romanistiche'*, in *Labeo* 48 (2002), 7 ss.; A. SOMMA, «Roma madre delle leggi». *L'uso politico del diritto romano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 2002, 153 ss.; M. VARI, *Diritto romano «ius commune» europeo?*, in *Index* 30 (2002), 183 ss.; M.G. ZOZ, *Fondamenti del diritto europeo: profili romani e moderni*, in AA. VV. *Contributi romanistici, Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche* 8 (Trieste 2003), 217 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Riflessioni su "i fondamenti del diritto europeo": una occasione da non sprecare*, in *Iura* 51 [2000 (ma 2003)], 1 ss.

⁽⁶⁾ Cfr., tra gli altri, P. STEIN, *Legal Institutions. The Development of Dispute Settlement, I fondamenti del diritto europeo. Profili sostanziali e processuali dell'evoluzione dei sistemi giuridici*, trad. it., rist. emend., Milano 1995; L. LABRUNA, *Matrici romanistiche del diritto attuale*, a cura di F. Salerno, Napoli 1999; P. STEIN, *Roman Law in European History, Il diritto romano nella storia europea*, trad. it., Milano 2000; P. CERAMI, G. DI CHIARA, M. MICELI, *Profili processualistici dell'esperienza giuridica europea: dall'esperienza romana all'esperienza moderna*, Torino 2003; L. SOLIDORO MARUOTTI, *Esperienze giuridiche a confronto: aspetti del diritto pubblico e privato dall'età romana alle configurazioni moderne: lezioni*, Napoli 2001; EADEM, *La tradizione romanistica nel diritto europeo. I, Dal crollo dell'Impero romano d'Occidente alla formazione dello ius commune*, Torino 2001; EADEM, *La tradizione romanistica nel diritto europeo. II, Dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne*, Torino 2003; AA. VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato: obbligazioni e diritti reali*, Napoli 2003; *Il giurista europeo*, Collana diretta da L. Garofalo e M. Talamanca, *Percorsi formativi*, 1, *Strutture e forme di tutela contrattuali*, Padova 2004, con contributi di M. Talamanca, V. Mannino, L. Garofalo, P.M. Vecchi.

Da queste ultime, ovvero da 'ciò che unisce', è bene iniziare la breve cronaca, pensando di fare cosa utile a quanti vorranno contribuire, proseguendo la discussione, nella ricerca dei tratti costitutivi dell'insegnamento.

Seguendo il questionario ⁽⁷⁾, un generale consenso si è registrato intorno al termine 'fondamenti', identificati nella "storia di una cultura specifica, che è quella del diritto" (Talamanca): diritto romano — e non gli altri diritti dell'antichità — e tradizione romanistica, dunque.

Ma di questi due fattori (diritto romano e tradizione romanistica), il diritto romano è destinato ad assumere un ruolo privilegiato, in quanto "la tradizione romanistica non può essere intesa da chi non conosce ciò su cui essa si basa" (Talamanca): "*kundiger böge die Zweige der Weiden, wer die Wurzeln der Weiden erfuhr...* meglio piegherà i rami dei salci, colui che conosce le radici dei salci; quindi, se i rami dei salci sono la tradizione romanistica, *die Wurzeln der Weiden* sono il diritto romano" (Talamanca ⁽⁸⁾).

Un ampio accordo si è avuto poi in ordine alla metodologia da seguire. Il lavoro, eventualmente preceduto, secondo l'opinione di alcuni (Gallo, Cannata), da una parte generale sulla concezione del diritto nei suoi rapporti con la giustizia ⁽⁹⁾ (Gallo) o sulla struttura del diritto europeo (Cannata) — prestando attenzione a non fare la "storia esterna della cultura giuridica" ⁽¹⁰⁾ (Talamanca) —, dovrebbe essere impostato per *exempla* ⁽¹¹⁾, cioè attraverso l'individuazione di problematiche (fonti del diritto, possesso vale titolo, arbitraggio, modello astratto e modello causale del trasferimento della proprietà) e "quelle più interessanti sono quelle in cui le soluzioni normative sono diverse nei vari Paesi" (Cannata).

⁽⁷⁾ Riassumendo al massimo, il questionario si articolava in otto quesiti: 1) settore scientifico-disciplinare di appartenenza della materia; 2) significato del termine 'fondamenti'; 3) significato del termine 'diritto europeo'; 4) possibili metodologie ed obiettivi; 5) quale comparazione; 6) confini e sconfinamenti con altre discipline; 7) prospettiva didattica; 8) denominazione.

⁽⁸⁾ I suggestivi versi richiamati dal prof. Talamanca sono di Rainer Maria Rilke.

⁽⁹⁾ Ma non solo. Nella parte generale si dovrebbe altresì trattare della produzione, dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto, del compito del giurista e del compito del giudice.

⁽¹⁰⁾ Ciò che si dovrebbe evitare è "una storia esterna che ci racconti chi erano i Glossatori, i Commentatori, che ci racconti che cosa è successo nel XV e nel XVI secolo, come ad esempio ha fatto lo stesso Stein, qui citato. Questo non dico che sia sbagliato, ma è una cosa che noi dobbiamo sapere, non dobbiamo insegnare... Stein deve essere alle nostre spalle" (Talamanca).

⁽¹¹⁾ Sul punto, è stato richiamato L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Riflessioni su "i fondamenti del diritto europeo"*, cit., 14: "è chiaro dunque che, condizione di partenza per realizzare questa mia ipotesi è un lavoro, 'monografico', per *exempla*. Noi non disponiamo infatti, per i *Fondamenti* come sono qui immaginati, di una somma di conoscenze tali da permettere sin da ora di tracciare convincenti quadri di insieme".

Si tratterebbe, pertanto, di individuare un problema attuale e di procedere poi verso il passato⁽¹²⁾, muoversi cioè a ritroso “fin dove questa marcia indietro nel passato mostra la sua validità ermeneutica per il diritto vigente” (Talamanca).

In altri termini, si dovrebbe evitare di “ricostruire un itinerario evolutivo con genealogie più o meno approssimative” oppure “utilizzare quella che prende il nome di comparazione sincronica applicata a fonti di epoche diverse, perché non ci può essere comparazione sincronica fra una fonte romana ed una fonte moderna”, e cercare invece di “ricostruire l’*iter* strutturale, argomentativo ed interpretativo che dalle soluzioni prospettate nelle fonti romane ha portato alla dogmatica odierna e alle norme delle codificazioni” (Vacca); “quello che noi dobbiamo trovare, ognuno secondo le proprie esperienze, è qualcosa in cui il passare di certi problemi, di certe strutture, attraverso i secoli mostri il perché sono così adesso, mostri la giustificazione o la mancanza di giustificazione di certe soluzioni attuali” (Talamanca).

Quest’ultima osservazione comporta, quale inevitabile conseguenza, il coinvolgimento non solo dei romanisti, ma anche degli storici del diritto medievale e moderno (Vacca, Corbino), nonché, secondo alcuni (Vacca), dei comparatisti.

In particolare, per quel che concerne il campo didattico, è stato sostenuto che “non si deve pensare ad insegnamenti modulari, in cui c’è il modulo di diritto romano e il modulo di storia del diritto (...) si tratta, invece, di spazi che vanno costruiti come spazi progettati, progettati in comune e dentro i quali ciascuno deve portare il frutto delle sue conoscenze” (Corbino).

Rimanendo sempre nella prospettiva didattica, è parso emergere (Talamanca, Marrone) un orientamento in merito ai corsi di studio in cui la materia ‘Fondamenti del diritto europeo’ dovrebbe essere impartita. Presupponendo, infatti, alcune conoscenze di base (Istituzioni di diritto romano, Storia del diritto romano, Storia del diritto medioevale e moderno), l’insegnamento sembrerebbe essere destinato — oltre che alle Scuole di specializzazione per le professioni legali, ove è obbligatorio —, più ai corsi di laurea specialistica in Giurisprudenza che a quelli di laurea in Scienze giuridiche o in Servizi giuridici⁽¹³⁾.

Detto di ‘ciò che unisce’, veniamo a ‘ciò che divide’, iniziando dalla nozione di ‘diritto europeo’. Infatti, il ‘diritto europeo’ è stato individuato nel “diritto dei singoli paesi europei di tradizione romanistica” (Talamanca),

⁽¹²⁾ Dal presente al passato e non viceversa, in quanto, se così facessimo, “si rischia di portarsi appresso cose che nel presente non ci sono e di illudersi di rimetterle nel presente” (Talamanca).

⁽¹³⁾ Attualmente, l’insegnamento è impartito anche nei corsi di laurea in Scienze Giuridiche (così, ad esempio, a Camerino, a Padova, a Teramo) e in Servizi Giuridici (a Ferrara).

nel “diritto europeo tutto, nel suo complesso, tanto civil law quanto common law” (Cannata), “nel diritto dell’Unione europea” (Marrone), nei “singoli ordinamenti attualmente in vigore” e “nel diritto che si deve costruire come diritto europeo” (Gallo).

Una certa disomogenità di opinioni si è riscontrata anche riguardo alla denominazione⁽¹⁴⁾. Alla indifferenza di alcuni (Talamanca, Cannata) si è contrapposto, da parte di altri (Gallo, Marrone), il suggerimento di parlare, anziché di ‘fondamenti’, di ‘radici’, termine reputato più significativo nell’indicare la vitale comunicazione tra passato e presente⁽¹⁵⁾.

Da ultimo, gli obiettivi, pure questi diversificati nelle varie riflessioni. Secondo alcuni, i ‘fondamenti’ potrebbero offrire un contributo vero alla “rifondazione del diritto che avrà attuazione in un diritto sovranazionale europeo”, in particolare in una prospettiva volta a cambiare la concezione stessa del diritto, passando dalla nostra attuale, che è quella che si fonda sulla norma, ad una concezione in cui venga riscoperto il diritto come *ars*, il diritto come prodotto dell’elaborazione dottrinale (Gallo).

Altri, pur sottolineando il ruolo dei ‘fondamenti’ nel processo di uniformazione delle norme⁽¹⁶⁾, hanno individuato il primario compito della materia nella ricostruzione della cultura giuridica europea. Al riguardo, è stato opportunamente osservato che “il problema che si è creato con le codificazioni non è quello di una normativa diversa fra Stato e Stato; è quello di una scienza giuridica che si è irrigidita su quella normativa... un recinto interpretativo creato con le codificazioni e che dopo un cinquantennio si è irrigidito ad un punto tale che non solo i civilisti dialogano solo tra di loro all’interno del Paese, ma persino gli storici del diritto lavorano su filoni completamente nazionali”; compito dei ‘fondamenti’, pertanto, sarebbe quello di “contribuire alla costruzione di una nuova scienza giuridica transnazionale (...), in quanto non c’è dubbio che il presente chieda i giuristi europei” (Vacca).

Infine, l’accento è stato posto su uno scopo esclusivamente formativo: se il diritto è inteso nella sua cultura, nella storia della sua cultura, i ‘fondamenti’

⁽¹⁴⁾ Al riguardo, è opportuno far presente che la denominazione della materia, nei corsi di laurea e nei corsi di laurea specialistica, non è uniforme. Così, ad esempio, a Ferrara, nel Corso di laurea in Servizi giuridici (prof.ssa Desanti): ‘Diritto romano e diritti europei’; a Trieste, nel corso di laurea specialistica in Giurisprudenza (prof.ssa Zoz): ‘Fondamenti romanistici del diritto europeo’.

⁽¹⁵⁾ Il prof. Gallo, con riferimento ad un corso di lezioni tenuto ad Alessandria sui principi del diritto romano, ha suggerito: ‘Radici romanistiche del diritto europeo. Lezioni per la materia: i fondamenti del diritto europeo’.

⁽¹⁶⁾ Sul punto, è bene avvertire che la stessa uniformazione delle norme, come reale obiettivo, è stata messa in dubbio, in quanto sarebbe ancora aperta la possibilità di un ordinamento giuridico europeo in cui si attui, non tanto l’uniformità, quanto la coesistenza di regole diverse (Corbino).

devono “aiutare a creare un modo uniforme di intendere il diritto, a creare una metodologia comune degli operatori del diritto” (Talamanca); “una materia che deve essere fatta per educare soprattutto la testa; non è tanto una materia in cui imparare tante cose, ma per educare (...) a ragionare sulle norme, sui principi, sui dogmi, in un modo che permetta loro di pensare ai fenomeni giuridici in una dimensione veramente da scienza del diritto e da scienza del diritto che è storia del diritto. E’ una materia di metodo, è una materia di prospettiva, è una materia di consapevolezza delle reali dimensioni del diritto attuale pensato nella integralità del suo fenomeno” (Cannata)⁽¹⁷⁾.

In conclusione, il Convegno di Ferrara ha individuato nei ‘fondamenti del diritto europeo’ una “occasione da non sprecare”⁽¹⁸⁾. Ma un’occasione “non solo per i romanisti”, bensì pure, e forse anzitutto, “per il giurista che, in quanto giurista, deve vivere nella storia della propria cultura e la propria cultura non può essere altro che una cultura storica” (Talamanca).

ABSTRACT

In carrying out the report of the study congress ‘Fondamenti del diritto europeo’ (Ferrara, 27 February 2004), the author underlines what aspects are shared by the referees and what aspects are not, with respect to the legal teaching in matter.

L’autore, nel fare la cronaca del Convegno ‘Fondamenti del diritto europeo’ (Ferrara, 27 febbraio 2004), si sofferma sugli aspetti che hanno unito e diviso i relatori in merito all’insegnamento giuridico in oggetto.

⁽¹⁷⁾ Questo obiettivo è stato poi sottolineato anche da chi vede il ‘diritto europeo’ nel diritto dell’Unione europea. In tale ambito, infatti, “l’esperienza di un romanista non può non apparire molto preziosa, perché siamo di fronte ad una realtà giuridica diversa da quella familiare ai nostri giuristi positivi, diversa in un certo senso anche da quella dei giuristi di common law, una realtà giuridica che non è di tipo normativo, ma istituzionale, quindi che va oltre gli aspetti giuridici” (Marrone).

⁽¹⁸⁾ Le parole sono di L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Riflessioni su “i fondamenti del diritto europeo”: una occasione da non sprecare*, cit., 1 ss.

ENRICO MAESTRI

BIOETICA E COMPLESSITÀ ISTITUZIONALE

1. *Introduzione*

Il dibattito filosofico, politico e morale su temi di natura bioetica ha raggiunto in Italia un'età ormai ventennale.

Non diversamente da tutti gli altri paesi a tecnologia avanzata, anche nel nostro si è assistito ad un confronto (che non di rado ha assunto, per i toni usati, la veste di un vero e proprio scontro tra contrapposte fazioni) fra una pluralità di opinioni, la cui comune preoccupazione è stata quella di dare risposte ai dilemmi etici emersi in seno alla società a seguito della scoperta e dello sviluppo di nuove tecnologie applicate all'uomo.

Ma se da un lato la bioetica continua a suscitare un grande interesse sociale per la sua capacità morale e riflessiva di affrontare le questioni generate dall'inizio e dallo svolgersi del processo vitale umano, dall'altro lato essa, seppur correttamente intesa come un ambito della discussione etica pubblica, sta subendo un processo di istituzionalizzazione e di positivizzazione estremamente complesso ed eterogeneo.

La necessità o meno di una normazione della bioetica e di una sua corrispondente implementazione attraverso l'istituzione di organismi di controllo sociale, quali sono i comitati di bioetica, sulle applicazioni biotecnologiche rappresenta un tema rilevante per la teoria delle istituzioni giuridiche⁽¹⁾:

⁽¹⁾ L'impatto sul sistema sociale dello sconvolgimento biotecnologico ed il sorgere di un relativo problema di regolazione viene percepito in maniera fortemente critica da Eligio Resta, il quale osserva in proposito che "oggi l'esempio più evidente [...] è quello delle biotecnologie che dappertutto, imposto dai ritmi del cambiamento tecnologico (ad alto tasso di autosostituzione), pone problemi di regolazione a tutto il sistema sociale e che viene non risolto, ma semplicemente

da questo dibattito non poteva rimanere esente il “mondo” della cultura giuridica.

È impensabile, d'altronde, credere che la deontologia biomedica sia in grado da sola di regolare lo sconvolgimento che le tecnologie biomediche, le terapie della sopravvivenza e l'analisi genetica stanno provocando sulla società⁽²⁾.

Le diverse forme di controllo del vivente chiamano in causa il diritto che, lungi dall'essere soltanto una tecnica di regolamentazione dei fatti, si presenta come una pratica sociale⁽³⁾, dotata di un sistema di norme e di istituzioni, idonea a saldare quello scarto conflittuale che le scienze della vita hanno prodotto tra pratiche scientifiche e vita etica.

Troppi ed improcrastinabili sono, infatti, gli interrogativi, le perplessità, i casi dubbi, le situazioni limite suscitati dall'applicazione della tecnologia sui viventi, perché la scienza giuridica non sentisse la necessità di promuovere, nelle sedi appropriate, un dialogo sui problemi giuridici e sulla politica legislativa che tale questioni hanno sollevato.

Oggi, al centro del dibattito giuridico c'è il problema inerente alla scelta del tipo di tecnica legislativa più appropriata alla materia bioetica: i giuristi si interrogano “sull'adeguatezza del diritto vigente e delle categorie tradizionali rispetto ai nuovi scenari della vita umana sotto la spinta delle innovazioni tecnologiche”⁽⁴⁾, della globalizzazione e del multiculturalismo.

alleggerito, attraverso richieste di competenze locali che vengono avanzate a volte al diritto, a volte all'etica, a volte alla politica. Il risultato è quello di creare competenze che sono per definizione inadeguate: così quasi dappertutto si creano comitati etici con competenze multi-disciplinari, col risultato non di risolvere i problemi di regolazione ma di trasferire il conflitto al loro interno, a cominciare dalle procedure di accesso delle discipline ai comitati stessi e con conflitti di rappresentanza dei saperi delegati a decidere”; E. RESTA, *Evento, tradizione, memoria*, in M. G. LOSANO (a cura di), *Storia contemporanea del diritto e sociologia giuridica*, FrancoAngeli, Milano, 1997, pp. 176-177.

⁽²⁾ Cfr. S. RODOTÀ (a cura di), *Questioni di bioetica*, Laterza, Roma-Bari, 1997, pp. VII-VIII, il quale coglie bene il senso che l'impatto di questo sconvolgimento provoca sull'uomo affermando che “è in gioco la stessa natura di ciascuno, la sua antropologia”.

⁽³⁾ Su questa concezione del diritto rinvio a F. VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, Jaca Book, Milano, 1990, il quale, insieme a Giuseppe Zaccaria, la riformula in questi termini: “una pratica sociale è una forma complessa di attività umana cooperativa socialmente stabilita, che è volta a realizzare dei valori interni mediante l'individuazione di un modo corretto di fare le cose. [...] Se consideriamo lo stesso diritto come una pratica sociale dobbiamo aggiungere che esso pone rimedio all'incertezza della regola sociale mediante un meccanismo formale d'individuazione e di trasformazione delle regole valide, che però è pur sempre un prodotto della prassi comune”. Cfr. F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 31.

⁽⁴⁾ P. BORSELLINO, *Modelli di regolazione giuridica delle questioni bioetiche*, in “Sociologia del diritto”, 3, 1999, p. 168.

La conseguenza di questa indecisione relativa al modello di regolazione giuridica da adottare, ossia la discussione sull'opportunità di un intervento forte da parte della legislazione oppure di un intervento debole che lascia spazio a forme di autoregolazione in bioetica, ha provocato l'affioramento di un quadro normativo ed istituzionale fortemente eterogeneo, ma dal quale è comunque possibile scorgere segni che si caratterizzano per una dimensione pluralistica delle fonti regolative, per una rete nazionale e sovranazionale di agenzie di controllo bioetico ed infine per l'emersione di una nuova gamma di diritti, i diritti bioetici recepiti attraverso il processo di positivizzazione della bioetica.

2. Le istituzioni della bioetica

È soprattutto in quest'ultimo decennio che si è visto il fiorire, tanto in una prospettiva internazionale e comunitaria quanto (anche se in misura nettamente inferiore) in quella nazionale, di un'ampia produzione di documenti, rapporti, direttive, convenzioni, leggi e progetti di regolamentazione giuridica delle questioni chiave della bioetica⁽⁵⁾, secondo una visione che via via ha delineato un cambiamento di interesse, vale a dire uno *shift* dell'asse culturale che ha condotto i termini della questione "dall'etica al diritto", o, il che è lo stesso, "dalla bioetica al biodiritto"⁽⁶⁾.

Dunque, la rilevanza sociale dei temi bioetici ha prodotto non solo l'esigenza di forme di regolamentazione giuridica (il biodiritto), ma anche l'esigenza di istituzionalizzare il rapporto tra bioetica e diritto attraverso la creazione *ad hoc* di enti a struttura privata o pubblica, per assicurare alla legislazione o alla normativa biogiuridica un sufficiente grado di implementazione.

Questi enti istituzionali⁽⁷⁾ sono, a livello locale o regionale, i Comitati

⁽⁵⁾ La dimensione pluralistica delle fonti del diritto in materia bioetica e il rapporto tra implementazione istituzionale ed efficacia normativa è un problema di assoluta rilevanza teorico-giuridica. Basti pensare alla diversità di fonti che regolano il processo di istituzionalizzazione della bioetica: leggi nazionali, decreti ministeriali, convenzioni europee, direttive comunitarie, legislazione regionale, linee-guida dell'UE, pareri del Comitato Nazionale di Bioetica, codici deontologici e diritto giurisprudenziale.

⁽⁶⁾ Cfr. su questo punto i contributi di L. PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, Giappichelli, Torino, 2002; e, tra gli altri, quelli di M. BARNI, *Diritti, doveri, responsabilità del medico: dalla bioetica al biodiritto*, Giuffrè, Milano, 1999; C. NEIRINCK (a cura di), *De la bioéthique au bio-droit*, LGDJ, Paris, 1994; F. D'AGOSTINO, *Dalla bioetica alla biogiuridica*, in AA. VV., *Il controllo sociale delle tecnologie*, in "Transizione", 1989, p. 13 ss.

⁽⁷⁾ Nella prospettiva sociologica, le istituzioni costituiscono indubbiamente un tema centrale e dibattuto, dato che il termine "istituzione" si presenta nella letteratura scientifica contemporanea con una pluralità di significati. Il concetto di istituzione

etici e, a livello centrale, il Comitato nazionale di bioetica. L'introduzione in Italia di queste istituzioni bioetiche⁽⁸⁾, seppur avvenuta relativamente da poco tempo, ha prodotto una serie di questioni di natura normativa e politico-organizzativa riguardo al grado di effettività, di attività e di legittimazione interna procedurale od esterna istituzionale dei comitati di bioetica.

A questo grado di complessità strutturale e funzionale dei comitati fa da sfondo il problema del processo d'internormatività al quale questi enti sono sottoposti, poiché la normativa bioetica di riferimento, che rende possibile la loro operatività, si pone in un quadro in cui le fonti, oltre ad essere estremamente stratificate, sono solcate da una pluralità di forme regolative pre e para-giuridiche, che concorrono ad orientare l'attività degli esperti e degli scienziati⁽⁹⁾.

La problematicità di attuazione delle politiche di implementazione della bioetica è acuita dalla difficoltà di armonizzare questo primo grado di complessità interistituzionale con i gradi di complessità situati a livello europeo e a livello transnazionale.

Nell'ambito dell'Unione Europea non esiste, infatti, un'unica istituzione deputata a gestire la materia bioetica, ma esiste una rete complessa di strutture comunitarie dalla quale dipende un ventaglio di programmi di ricerca, di direttive e di protocolli su questioni bioetiche.

indica, in senso generale, quell'insieme stabile di valori, norme, status, ruoli ed aspettative che si sviluppano intorno ad un bisogno fondamentale di una determinata società e che contribuiscono a garantire la società stessa. Le istituzioni costituiscono insomma "il cemento della società". Per una approfondita analisi della storia semantica e teorica dell'espressione "istituzione" e delle varianti sociologiche dei modelli istituzionalisti, si rimanda, a mero titolo esemplificativo, a L. GALLINO, *Dizionario di sociologia*, TEA, Torino, 1990, pp. 387-390; P. L. BERGER, T. LUCKMANN, *La realtà come costruzione sociale*, Il Mulino, Bologna, 1969; O. DE LEONARDIS, *Il terzo escluso. Le istituzioni come risorse e come vincoli*, Feltrinelli, Milano, 1990; V. OLGATI, *Institution*, in A. J. ARNAUD et al. (ed.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGJD, Paris, 1988, pp. 192-194; J. ELSTER, *Il cemento della società*, Il Mulino, Bologna, 1995.

⁽⁸⁾ Per un inquadramento generale sia sotto il profilo giuridico sia sotto quello organizzativo dei comitati etici rinvio a C. VIAFORA, *I comitati di bioetica in Italia. Tensioni e potenzialità di un sistema in costruzione*, in "Aggiornamenti sociali", 12, 1999, pp. 827-840; Id. (a cura di), *Comitati etici. Una proposta bioetica per il mondo sanitario*, Fondazione Lanza, Gregoriana Libreria Editrice, Padova, 1995.

⁽⁹⁾ Si veda in proposito le riflessioni di M. T. MEULDERS-KLEIN, *La production des normes en matière bioéthique*, in C. NEIRINCK (a cura di), *De la bioéthique au bio-droit*, cit., pp. 43-71. Sul concetto generale di internormatività rinvio a G. ROCHER, *Les phénomènes d'internormativité: faits et obstacles*, in J. G. BELLEY (a cura di), *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, LGDJ, Paris, 1996, pp. 25-42. Il fenomeno dell'internormatività è stato definito da J. CARBONNIER, *Les phénomènes d'internormativité*, in "European Yearbook in Law and Sociology", 1977, pp. 42-52; Id., *Internormativité*, in A. J. ARNAUD et al. (ed.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, cit., pp. 313-314.

Sia il campo d'azione della Commissione europea, gestito da diversi organismi della commissione stessa, sia quello del Consiglio d'Europa che si esplica attraverso l'attività di una apposita struttura tematica di lavoro, il *Comité directeur pour la bioéthique* (CDBI), hanno favorito un processo di normazione della bioetica laddove si trattava di assicurare l'esigenza fondamentale del controllo sullo sviluppo delle biotecnologie avanzate e delle loro applicazioni al fine di garantire la sicurezza per la salute umana, l'ambiente, la dignità ed i diritti della persona.

In questo senso vanno lette le ultime direttive sui brevetti e sulle biotecnologie (*Direttiva 98/44/CE*)⁽¹⁰⁾, sull'utilizzo e sull'immissione degli organismi geneticamente modificati (OGM) nell'ambiente ed in commercio (*Direttive 90/219/CE, 90/220/CE, 2001/18/CE*)⁽¹¹⁾, sui medicinali derivanti da terapia genica e sulla buona pratica clinica (*GCP-Good Clinical Practice*)⁽¹²⁾, rispetto alle sperimentazioni di farmaci di uso umano (*Direttiva 2001/20/CE*). Alla base di questi documenti si situa l'attività del CDBI a cui si deve la stesura del testo della Convenzione europea di bioetica⁽¹³⁾ e

⁽¹⁰⁾ Un esame della normativa brevettuale sul vivente in A. BOMPIANI, A. LORETI BEGHÉ, *La protezione giuridica delle innovazioni biotecnologiche*, in "Aggiornamenti sociali", 9/10, 1998, pp. 659-672; A. BOMPIANI, *L'elaborazione di regole per le innovazioni biotecnologiche. Proposte della Comunità europea per un ordinato sviluppo delle biotecnologie*, in "Medicina e Morale", 4, 2000, pp. 713-750; M. RICOLFI, *Brevettabilità del vivente*, in "Bioetica", 4, 2002, pp. 705-713.

⁽¹¹⁾ Un commento tecnico-giuridico, anche se in una prospettiva radicalmente scettica rispetto all'introduzione del principio di precauzione nell'ordinamento giuridico, è proposto da L. GRADONI, *La nuova Direttiva comunitaria sugli organismi geneticamente modificati*, in "Rivista di diritto agrario", 3, 2001, pp. 427-458. Si veda anche il contributo di L. MARINI, *Principio di precauzione, sicurezza alimentare e organismi geneticamente modificati nel diritto comunitario*, in "Il diritto dell'Unione europea", n. 1, 2004, pp. 7-72.

⁽¹²⁾ Le *Good Clinical Practice* sono norme emanate dall'Unione Europea intese a stabilire i requisiti soggettivi e gli standards procedurali in base ai quali programmare, condurre, eseguire e documentare le sperimentazioni cliniche dei farmaci. Sul ruolo dei comitati etici in materia si veda A. G. SPAGNOLO, A. A. BIGNAMINI et al., *I Comitati di Etica fra linee-guida dell'Unione europea e decreti ministeriali*, in "Medicina e Morale", 6, 1997, pp. 1059-1098; A. LORETI BEGHÉ, L. MARINI, *Il ruolo dei Comitati etici tra regole internazionali, disciplina comunitaria e normativa italiana sulla sperimentazione clinica dei farmaci*, in "Iustitia", 1, 2000, pp. 51-75.

⁽¹³⁾ Il Consiglio d'Europa ha approvato la *Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e la dignità dell'essere umano riguardo le applicazioni della biologia e della medicina* (*Convenzione su i diritti dell'uomo e la biomedicina*) il 4 aprile 1997 ad Oviedo.

La *Convenzione di Oviedo* rappresenta la vera e propria Carta della bioetica europea posto che, almeno alcuni articoli (11, 13, 14, 16, 17, 19, 20 e 21), non sono passibili di restrizioni e assumono quindi carattere di veri e propri principi incondizionati. Alcuni episodi, non ultimi quelli relativi alla legge olandese sull'eutanasia e all'autorizzazione del governo inglese a far uso nella ricerca medica di embrioni ricavati mediante tecnica di "clonazione terapeutica", hanno richiamato l'attenzione dell'opinione pubblica sulle questioni di bioetica. Tali episodi potrebbero spingere gli

la preparazione dei protocolli aggiuntivi relativi a problemi (si pensi a quello della clonazione umana) solo parzialmente affrontati nella stessa Convenzione.

Pertanto, il processo decisionale europeo sulla bioetica procede attraverso una continua opera di reinterpretazione e di riassetto dei "vuoti normativi" dovuti allo scarto esistente tra i tempi di adattamento delle regole giuridiche e la rapidità di sviluppo della scienza. Di questa operazione ermeneutica e riequilibrante del sistema bio-giuridico, si fanno appunto garanti quelle strutture istituzionali che assumono la funzione di fare da filtro tra regole normative e regole bio-tecniche. Ai comitati di bioetica si assegna, quindi, un ruolo fondamentale e delicato durante le fasi del processo deliberativo bioetico poiché essi forniscono le basi costitutive sulle quali i principi bioetici sintetizzano il punto d'equilibrio tra ricerca scientifica e valori etici e sulle quali i principi stessi diventano clausole aperte ed adattative per l'evoluzione scientifica.

Se si assume questa prospettiva di valorizzazione del ruolo dei comitati etici, allora è forse possibile capire i motivi del loro sviluppo⁽¹⁴⁾ e al

Stati aderenti al Consiglio d'Europa verso una politica che sappia tradurre in provvedimenti legislativi nazionali gli assunti di principio della *Dichiarazione di Oviedo*.

Il documento è strutturato in 14 capitoli, per un totale di 38 articoli, preceduti da un *Preambolo* che riporta i motivi ispiratori della *Convenzione*, in particolare sono da sottolineare:

(i) la salvaguardia e lo sviluppo dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali rappresentano il mezzo per realizzare lo scopo di una unione più stretta tra i membri del Consiglio d'Europa;

(ii) la coscienza dei rapidi sviluppi della biologia e della medicina;

(iii) la necessità di rispettare l'essere umano, come individuo e come appartenente alla specie, e di affermare la sua dignità;

(iv) la coscienza dei pericoli per la dignità umana derivanti da un uso improprio della biologia e della medicina;

(v) il dovere di utilizzare i progressi della biologia e della medicina *pour le bénéfice des générations présentes et futures*.

Per una riflessione filosofico-giuridica sulla Carta europea di bioetica rinvio alla lettura di E. PARIOTTI, *Prospettive e condizioni di possibilità per un biodiritto europeo a partire dalla Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina*, in "Studium Iuris", 5, 2002, pp. 561-570; si veda anche V. BELLVER CAPELLA, *Passi verso una bioetica universale: la Convenzione europea sui diritti dell'uomo e la biomedicina*, in "Ragion pratica", 16, 2001, pp. 45-62. Inoltre la rivista "Bioetica" ha dedicato un numero monografico alla Convenzione di Oviedo: si tratta del n. 4/1998 con saggi di Santosuosso, Latham, Neri, Gunning, Tallacchini, Bompiani, Holm e Kamina.

Un'analisi tecnico-giuridica della Convenzione è proposta da E. RIEDEL, *Global Responsibilities and Bioethics: Reflections on the Council of Europe's Bioethics Convention*, in "Indiana Journal of Global Legal Studies", vol. 5, 1, 1997, pp. 179-190.

⁽¹⁴⁾ Cfr. F. D'AGOSTINO, *I comitati etici. Riflessioni preliminari*, in "Iustitia", 1989, pp. 75-80.

contempo rigettare la tesi, di chiara origine foucaultiana⁽¹⁵⁾, secondo la quale i comitati di bioetica sono sottomessi alla scienza ed incapaci di opporsi ai verdetti della tecnica e alla generale deriva biocratica.

In realtà, queste istituzioni partecipano alla collocazione nel tempo umano, cioè etico, del tempo tecno-scientifico. Questa funzione che a prima vista potrebbe apparire una forma di giustapposizione di un'etica incerta, a tempo determinato, ad una scienza dagli esiti incerti, è piuttosto il tentativo di interpretare le regole bioetiche alla stregua di linee di indirizzo, cioè di principi etico-giuridici che assolvono il difficile compito di segnare un confine tra una ricerca scientificamente corretta ed una che, invece, produce risultati illeciti in quanto contrastanti con i valori fondamentali assunti a base della convivenza civile.

Questo ruolo ermeneutico e deliberativo, non ancillare rispetto al potere tecno-scientifico, viene svolto, sotto l'egida dell'UNESCO, anche dall'*International Bioethics Committee* (IBC), al quale è stato affidato in questi anni il compito di redigere una dichiarazione sulle norme universali in materia bioetica. Questa *Elaboration of the Declaration on Universal Norms on Bioethics* è stata licenziata e presentata a Parigi lo scorso 15 dicembre 2004. All'art. 30 di questo documento si afferma che compito dell'IBC sarà quello di "*contribute to the implementation of this Declaration and the dissemination of the principles set out herein*". All'IBC spetterebbe, dunque, il delicato ruolo di tracciare le condizioni di efficacia di una Dichiarazione Universale nel cui prologo si afferma "*that it is necessary and timely for the international community to state universal principles that will provide a foundation for humanity's response to the ever-increasing dilemmas and controversies that science and technology present for the human species and for the biosphere*"⁽¹⁶⁾.

I comitati etici svolgono, perciò, una funzione di contemperamento tra l'esigenza di regolazione giuridica della scienza, fondata su una dimensione democratico-deliberativa dei moderni ordinamenti giuridici, e l'esigenza globalizzante dell'impresa scientifico-tecnologica. Questa funzione istituzionale di mantenere oliato (*to oil*)⁽¹⁷⁾ il sistema delle relazioni tra

⁽¹⁵⁾ Si tratta della nota tesi in forza della quale la natura dello Stato moderno e contemporaneo si manifesta primariamente in una forma biopolitica: il biopotere è per Foucault il potere esercitato sulla vita per mezzo del disciplinamento dei corpi. Cfr. M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, Feltrinelli, Milano, 1998; ID., *Biopolitica e liberalismo*, Edizioni Medusa, Milano, 2001. Sulla concezione della vita come mero oggetto politico rinvio alla lettura di R. ESPOSITO, *Immunitas. Protezione e negazione della vita*, Einaudi, Torino, 2002 e di A. CUTRO, *Michel Foucault, tecnica e vita. Bio-politica e filosofia del bios*, Bibliopolis, Napoli, 2004.

⁽¹⁶⁾ Il testo di questo documento è disponibile on-line sul sito www.unesco.org.

⁽¹⁷⁾ Cfr. T. PARSONS, *Sistema giuridico e controllo sociale*, in A. GIASANTI, V. POCAR (a cura di), *La teoria funzionale del diritto*, Unicopli, Milano, 1983, pp. 100-102.

scienza e società viene svolta ricorrendo ad un *set* di principi etico-giuridici che sotto il profilo strutturale sono enunciati a virtualità indefinita e che appartengono al mondo normativo⁽¹⁸⁾. I principi bioetici, quali criteri di giustificazione delle credenze morali, “non sono propriamente regole se per queste s’intendono criteri di misura e direttive per sé sufficienti a giudicare ed a guidare la condotta umana. Per raggiungere quest’obiettivo dai principi debbono trarsi delle regole, cioè direttive ben precise e circoscritte per quanto riguarda i casi di applicazione. Applicare un principio significa infatti non già risolvere un caso, ma formulare una regola in base a cui risolvere il caso”⁽¹⁹⁾.

In questo senso, la teoria dei principi elaborata T. L. Beauchamp e J. F. Childress⁽²⁰⁾ ha avuto una notevole importanza nel processo di istituzionalizzazione della bioetica, avendo svolto la funzione di indirizzare eticamente la stesura delle regolamentazioni e dei compiti istituzionali assegnati ai comitati di bioetica. Oltre ai quattro noti principi etici giustificati alla luce della teoria del “senso morale comune” e del “coerentismo”⁽²¹⁾ ed individuati nel principio di autonomia, nel principio di “beneficità”, nel principio di non maleficenza e nel principio di giustizia, una notevole importanza ha assunto in ambito istituzionale il principio jonasiano di responsabilità sociale (*Social Responsibility*)⁽²²⁾, da cui discende il principio precauzionale, che funge, nell’ambito della normativa dell’Unione Europea, da *meta-principio* sul quale modellare gli

⁽¹⁸⁾ B. PASTORE, *Pluralismo delle fonti e interpretazione: il ruolo dei principi generali*, in “Diritto privato”, VII-VIII, 2001-2002, *L’interpretazione e il giurista*, pp. 76-77.

⁽¹⁹⁾ F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto ed interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 367.

⁽²⁰⁾ T. L. BEAUCHAMP, J. F. CHILDRESS, *Principi di etica biomedica*, a cura di F. Demartis, Le Lettere, Firenze, 1999.

⁽²¹⁾ Per un approfondimento di questo approccio teorico rinvio alla lettura di L. PALAZZANI, Il recente dibattito sulla bioetica dei principi, in “Bioetica”, 4, 2001, p. 649; ed alla lettura del saggio di R. SALA, *Bioetica e pluralismo dei valori. Tolleranza, principi, ideali morali*, Liguori, Napoli, 2003, pp. 109-175, in cui si spiega che le teorie della morale di senso comune hanno la “caratteristica di essere pluralistiche, di partire da credenze morali condivise, di poggiare su una struttura normativa di due o più principi *prima facie*, di perseguire la coerenza con i giudizi morali preteorici di senso comune” (pag. 129).

⁽²²⁾ Il principio di responsabilità è previsto dalla *Declaration on Universal Norms on Bioethics* all’art. 15 ove si afferma: “Any decision or practice shall ensure, wherever possible, that progress in science and technology contributes in full equality to:

- (i) raccess to quality health care, including sexual and reproductive health;
- (ii) access to adequate nutrition and water;
- (iii) reduction of poverty and illiteracy;
- (iv) improvement of living conditions and the environment; and
- (v) elimination of the marginalization and the exclusion of persons on the basis of any ground, including gender, age or disability”.

interventi regolativi in materia di salvaguardia dell'identità genetica umana ed animale e di salvaguardia dell'ambiente naturale e della sua biodiversità⁽²³⁾.

Il principio di responsabilità, concettualizzato da Hans Jonas nell'imperativo categorico di "agire in modo tale che gli effetti delle proprie azioni siano compatibili con la continuazione di una vita autenticamente umana"⁽²⁴⁾, esprime l'esigenza di non mettere in pericolo le condizioni di sopravvivenza dell'umanità sulla terra. Su tale principio, giuridificato attraverso quello di precauzione, si fonda un nuovo e fondamentale modello normativo bioetico al centro del quale sta il primato universale del *corpo-persona*, del rispetto dell'integrità dell'uomo e della vita contro i rischi di una loro irreversibile frantumazione ad opera delle tecnologie biomediche.

⁽²³⁾ Si veda la Direttiva 2001/18/UE il cui testo prevede all'art. 1 che l'intera disciplina giuridica in materia di emissione in ambiente ed immissione in commercio di OGM sia subordinato al principio di precauzione. Rinvio, inoltre, alla lettura del recente parere del CNB del 18-06-2004 sul suddetto principio. Il tema del principio di precauzione vanta ormai una letteratura pressoché sterminata; qui mi limito a rinviare a S. BARTOLOMMEI, *Sul principio di precauzione: norma assoluta o regola procedurale?*, in "Bioetica", 2, 2001, pp. 321-332; Id., *Etica e biocoltura: la bioetica filosofica e l'agricoltura geneticamente modificata*, ETS, Pisa, 2003; F. EWALD, C. GOLLIER, N. DE SADELEER, *Le principe de precaution*, PUF, Paris, 2001; L. MARINI, *Principio di precauzione, sicurezza alimentare e organismi geneticamente modificati*, cit.; T. MAROCCO, *Il principio di precauzione e la sua applicazione in Italia e in altri stati membri della Comunità europea*, in "Rivista italiana di diritto pubblico comunitario", 5, 2003, pp. 1233-1245. Per una critica radicale al principio di precauzione, inteso come "la nuova ideologia europea" si veda il saggio di A. M. PETRONI, *La bioetica dell'Unione*, in "Biblioteca della libertà", 160, 2001, pp. 19-45.

⁽²⁴⁾ Cfr. H. JONAS, *Un nuovo principio etico per il futuro dell'uomo*, in "Il Mulino", 334, 1991, p. 177; rinvio naturalmente anche alla lettura di H. JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Einaudi, Torino, 1990. La teorizzazione del principio di responsabilità da parte di Jonas deriva dalla preoccupazione che le applicazioni delle nuove tecnologie sul vivente e sull'ambiente possano incidere in modi sempre più vistosi e negativi sulle generazioni future. Il Principio Responsabilità (intergenerazionale) implica l'emersione di una nuova categoria di diritti, quella delle generazioni future. Le peculiarità di questi nuovi diritti sono quelle di essere: (1) diritti senza la presenza attuale del soggetto titolare del bene da tutelare (è il cosiddetto "paradosso degli individui futuri" o "problema della non-identità"); (2) diritti a cui manca il requisito di reciprocità sincronica e che pertanto solleva il problema di dover spostare diacronicamente la dimensione dell'alterità; (3) diritti che rinviano ad una nuova etica della responsabilità contraria ad una forma di agire indifferente al destino futuro dell'umanità. Per una ricognizione puntuale delle problematiche filosofico-giuridiche sottese a questi nuovi diritti, rinvio alla lettura del numero 4/1995 della rivista "Ragion pratica" dedicato appunto al tema delle *Generazioni future*.

L'approccio precauzionale, teoricamente definito e positivizzato dalla Dichiarazione di Rio⁽²⁵⁾, dal Trattato di Maastricht nel II paragrafo dell'art. 130R e in ambito UE dalla Direttiva n. 2001/18, si dispiega "verso una consapevolezza critica del diritto nei confronti del sapere scientifico. Nella distanza che separa valutazione di impatto e approccio cautelare prende forma la consapevolezza giuridica della funzione di integrazione e mediazione critica che il diritto va assumendo nei confronti del sapere scientifico"⁽²⁶⁾. I margini di incertezza degli esiti applicativi delle scienze biomediche devono essere resi il più possibile controllabili ed è all'interno di questo iato incerto che il comitato etico viene chiamato a svolgere una attività ermeneutica volta a dare un significato ed un senso coerente e ragionevole ad un complesso di regole, atteggiamenti, comportamenti, valori e principi che fa da sfondo epistemico e politico ad un continuo e mutevole intreccio di relazioni che intercorrono tra scienza e società.

3. *Il rapporto istituzionale tra bioetica e diritto*

La problematizzazione del rapporto tra bioetica e diritto può essere osservato da due diversi, seppur complementari, punti di vista, che mettono a fuoco comunque le facce di una stessa medaglia⁽²⁷⁾.

⁽²⁵⁾ La Dichiarazione di Rio sull'Ambiente e lo Sviluppo è stata proclamata dalla Conferenza delle Nazioni Unite, riunita a Rio de Janeiro dal 3 al 14 giugno 1992. Il testo riafferma quanto proclamato dalla Dichiarazione della Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente adottata a Stoccolma il 16 giugno 1972. Nell'intento di continuare la costruzione iniziata con essa, allo scopo di instaurare una nuova ed equa partnership globale, attraverso la creazione di nuovi livelli di cooperazione tra gli Stati, tra i settori chiave della società e tra i popoli, operando in direzione di accordi internazionali che rispettino gli interessi di tutti e tutelino l'integrità del sistema globale dell'ambiente e dello sviluppo, riconoscendo la natura integrale ed interdependente della Terra, al principio 1 viene proclamato che "gli esseri umani sono al centro delle preoccupazioni relative allo sviluppo sostenibile. Essi hanno diritto ad una vita sana e produttiva in armonia con la natura".

Per una suggestiva ricostruzione storico-filosofica dell'approccio precauzionale, si veda D. CORRADINI H. BROUSSARD, *Biodiritto e Biotech. Il principio di precauzione, il problema della brevettabilità e i giuristi imperdonabili*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 1, 2003, pp. 197-212.

⁽²⁶⁾ M. TALLACCHINI, *Biotechnologie e diritto della scienza incerta*, in "Notizie di Politeia", 54, 1999, p. 100.

⁽²⁷⁾ In questa sede non interessa addentrarsi in analisi teoretiche sulle diverse interpretazioni della bioetica, delle sue finalità e dei valori di cui si fa portatrice. Al di là del dibattito, che ormai da molti anni viene condotto dai filosofi morali e del diritto sul significato da attribuire al termine bioetica, se a quest'ultimo ci si riferisce come ad un campo nei cui confini si colloca "un processo di costituzio-

Il primo approccio, contenutistico o sostanziale, affronta le tematiche della bioetica in rapporto al diritto, ovvero riguarda gli aspetti giuridici della bioetica, il contributo del giurista alla bioetica e la trasformazione di quel rapporto in norme di legge, in precetti vincolanti.

Il secondo, invece, riguarda l'aspetto formale o istituzionale-implementativo che si viene a produrre dalla dialettica del rapporto tra bioetica e diritto.

Sotto quest'ultimo aspetto, il processo di istituzionalizzazione della bioetica ha enfatizzato l'importanza sociale e giuridica del ruolo dei comitati etici, considerati da Rodotà, insieme con le "autorità amministrative indipendenti", come i due esempi più significativi di un più generale "bisogno di flessibilità e di articolazione dell'intervento regolativo" ⁽²⁸⁾.

I comitati etici, dando vita "a sedi capaci di esprimere orientamenti autorevoli, che possano costituire un punto di riferimento per scelte individuali e collettive e per la discussione davanti all'opinione pubblica" ⁽²⁹⁾, partecipano ad una pratica sociale che rende l'ordinamento giuridico una forma *reticolare* composta da una molteplicità di plessi normativi in interazione ⁽³⁰⁾.

L'attività progettuale e vincolativa, dei comitati etici richiede all'interprete di porre particolare attenzione all'impatto sociale e normativo che i documenti da essi generati possono produrre nell'ambito delle fonti gerarchiche del diritto positivo vigente.

È di tutta evidenza, infatti, che il ruolo dei comitati etici in Italia si fa sempre più rilevante non solo socialmente ma soprattutto normativamente; il comitato etico diventa un interlocutore privilegiato delle istituzioni politiche in punto di scelte dettate da problematiche bioetiche perché il suo compito viene ad essere sostanzialmente quello di proteggere l'interesse dei soggetti deboli, sofferenti e bisognosi di cura in contrapposizione con gli interessi, non solo economici, di chi propone la sperimentazione.

nalizzazione dei diritti della persona" (cfr. A. SANTOSUOSSO, *Per una Common law d'Europa in bioetica*, in C. M. MAZZONI (a cura di), *Un quadro europeo per la bioetica*, Olschki, Firenze, 1998, pp. 173-188), allora appare del tutto ragionevole racchiudere nell'ambito del campo bioetico anche l'attività dei comitati etici, quali istituzioni dotati di un compito precipuo, come il controllo sociale sulle ricerche biomediche, che direttamente incidono sulla previsione e sulla conseguente tutela di nuovi diritti bioetici.

⁽²⁸⁾ S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 172.

⁽²⁹⁾ Ibidem.

⁽³⁰⁾ B. PASTORE, *Pluralismo delle fonti e interpretazione: il ruolo dei principi generali*, cit., p. 70.

Ai comitati etici viene, perciò, demandato il compito di svolgere una funzione di controllo sociale sulla ricerca scientifica⁽³¹⁾. Si tratta indubbiamente di un ruolo delicato e allo stesso tempo complesso che rinvia al problema della legittimazione sociale e professionale degli stessi componenti dei comitati etici. L'esplosione delle scienze della vita ha aperto un vasto campo di nuove pratiche che sollevano molteplici interrogativi: che cosa si può prelevare da un corpo umano per utilizzarlo a fini medici, scientifici od anche solo personali? E a quali condizioni? E chi ha diritto di prendere decisioni che valgono per tutta la comunità? Questi sono alcuni degli interrogativi a cui i membri di un comitato etico devono rispondere in qualità di attori di queste nuove autorità sociali e, metaforicamente, in qualità di "guardiani dei corpi"⁽³²⁾, perché ad essi spetta in ultima istanza la responsabilità di dettare le norme concernenti gli usi sociali e scientifici sugli esseri viventi o su parti di essi.

In questo senso, i comitati etici assumerebbero socialmente (non giuridicamente) la qualifica di consulenti che producono cultura giuridica esterna⁽³³⁾. Nei confronti delle istituzioni politiche, essi si porrebbero come agenzie impegnate ad offrire pareri e raccomandazioni (in forma di punti di mediazione o di conciliazione)⁽³⁴⁾, mentre nei confronti dell'opinione pubblica verrebbero a svolgere un ruolo di attività persuasiva o retorica rispetto all'eventualità dell'assunzione di una decisione individuale su questioni bioetiche.

Il modo di funzionamento dei comitati tenderà, così, verso la ricerca del consenso. I loro discorsi saranno contrassegnati da un *juste milieu*, dalla misura e dalla saggezza; le loro pratiche saranno quelle del compromesso e della conciliazione. Di fronte alle capacità universali della scienza e della tecnica, i comitati etici tenderanno di opporre l'affermazione di un'etica dialogica ed universale fondata su valori intangibili e sui diritti dell'uomo.

La diffusione ormai capillare dei comitati etici, sebbene non investiti in senso stretto di autorità giuridico-positiva, produce dunque una *normatività*

⁽³¹⁾ A questo specifico tema la rivista "Notizie di Politeia" ha dedicato un numero monografico dal titolo: "Science vs Man? The empirical relevance of bioethics and International Experience on Ethics Committees", n. 67, 2002.

⁽³²⁾ È questa la felice espressione che dà il titolo ad uno studio condotto da Dominique Memmi ricercatrice presso il CNRS francese. Cfr. D. MEMMI, *Les Gardiens du corps. Dix ans de magistère bio-éthique*, Editions de l'EHESS, Paris, 1996.

⁽³³⁾ Cfr. L. M. FRIEDMAN, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Il Mulino, Bologna, 1978, p. 325 ss.

⁽³⁴⁾ Sulla possibilità di una *funzione di consulenza costituzionale* che il Comitato nazionale di bioetica possa svolgere effettivamente, rinvio alla lettura di S. STAMMATI, *Idee*, in "Notizie di Politeia", n. 69, 2003, pp. 111-119.

diffusa, di fatto, soft ⁽³⁵⁾, efficace proprio sotto il profilo sostanziale e non sotto quello giuridico-formale.

La problematicità e la complessità normativa dei comitati etici potrebbe trovare una spiegazione e un chiarimento ricorrendo sia allo strumento sociologico del pluralismo normativo sia al modello teorico-generale del “ciclo complesso della positività giuridica” ⁽³⁶⁾ attraverso il quale si articola il processo di positivizzazione.

Questi due mezzi euristici hanno la capacità di spiegare la legittimazione del sistema normativo formato dalle attività dei comitati etici all'interno di un orizzonte giuridico più ampio in cui la normatività non si delinea “al di fuori del concreto reperimento del diritto e della prassi che quotidianamente ne fanno i consociati” ⁽³⁷⁾.

I comitati di bioetica, quali consociati privilegiati, partecipano, attraverso la loro attività deliberativa, alla configurazione di un più articolato concetto di positività del biodiritto in cui trova posto non solo il diritto originato dalle tradizionali fonti legislative, ma trovano posto anche “i più importanti nuclei di diritto di origine extralegislativa” ⁽³⁸⁾.

In particolare vi sono tre punti che meritano di essere sottolineati nel rapporto che viene ad instaurarsi tra la prassi istituzionale dei comitati etici ed i livelli del pluralismo normativo ⁽³⁹⁾.

Il primo punto rappresenta il lato esterno (rispetto all'attività dei C.E.) del pluralismo normativo, che si impone e condiziona l'azione dei comitati etici.

Si tratta, appunto, del problema della pluralità delle fonti regolative che operano in materia bioetica e che ha come conseguenza la messa in crisi del principio gerarchico delle fonti del diritto. Questo punto sarà oggetto di approfondimento nel successivo paragrafo.

⁽³⁵⁾ La nozione di *soft law* risulta essere particolarmente fruttuosa per spiegare il fenomeno della normatività etico-convenzionale prodotta dai comitati etici. Essa infatti rinvia “ad elementi normativi privi di valore vincolante, che non creano di per sé diritti ed obblighi, ma che possono tuttavia produrre determinati effetti dal punto di vista giuridico trasformandosi grazie al loro uso da parte di organi competenti in diritto immediatamente precettivo”; così B. PASTORE, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, in “Lavoro e Diritto”, 1, 2003, p. 5.

⁽³⁶⁾ G. ZACCARIA, *Sul concetto di positività del diritto*, in ID. (a cura di), *Diritto positivo e positività del diritto*, Giappichelli, Torino, 1991, p. 353 ss.

⁽³⁷⁾ Ivi, p. 345.

⁽³⁸⁾ Ivi, p. 354.

⁽³⁹⁾ Nonostante l'elaborazione di nuove forme di pluralismo normativo contemporaneo, spesso sconfinanti in una sorta di ingenuo *pangiurismo*, rimane a mio parere insuperata la lezione gurvitchiana sul pluralismo giuridico. Per questo rinvio alla lettura di G. GURVITCH, *Sociologia del diritto*, Edizioni di comunità, Milano, 1957. Sul pericolo che i fenomeni di pluralismo giuridico siano assorbiti all'interno di una visione *pan-giuridica* della società si sofferma efficacemente J. CARBONNIER, *Flexible droit*, LGDJ, Paris, 1992.

Il secondo aspetto di questa normatività *multilevel* rappresenta il lato interno, nel senso che è la stessa attività etico-giuridica dei comitati etici a retroagire e a produrre forme di pluralismo normativo.

L'atto deliberativo, a cui perviene il comitato etico, rappresenta l'atto finale di una complessa procedura di mediazione ermeneutica, poiché attiene alla valutazione sia del dato etico sia del dato giuridico relativo alla questione in esame⁽⁴⁰⁾. Questo secondo aspetto sarà approfondito affrontando il tema del modello deliberativo in bioetica.

Infine, il terzo aspetto del pluralismo normativo è dato dalla constatazione che dal rapporto tra bioetica e diritto oggettivo emergono nuovi diritti e nuovi problemi relativi alla tutela dei diritti stessi. I comitati etici su questo punto sono chiamati a svolgere un ruolo di fondamentale importanza sul piano sociale, poiché, a fronte degli inarrestabili progressi tecnologici e scientifici, essi si confrontano, prima di ogni altra istituzione politica e giuridica, proprio con l'emersione di nuovi diritti, ovvero "di quei diritti che sono tipici delle società tecnologiche, e che non possono essere ricompresi né nei diritti negativi né nei diritti sociali affermatasi negli ultimi due secoli"⁽⁴¹⁾. Questo aspetto sarà oggetto di approfondimento nella parte conclusiva del presente saggio.

4. *Modelli di regolazione biogiuridica e pluralismo delle fonti*

Se per bioetica si intende a titolo meramente stipulativo "un ordinamento normativo di tipo prevalentemente informale, nel quale le norme, tanto sociali quanto giuridiche, e i principi morali sono intrecciati tanto da costituire uno schema di riferimento di un settore particolare dell'esperienza umana"⁽⁴²⁾, ne consegue che l'asse di riferimento non può essere soltanto quello dell'ordinamento giuridico statale, in quanto tale ordinamento risulta incapace di dare risposte, sia sul piano organizzativo sia su quello giurisdizionale, ad un settore complesso del sistema socio-normativo qual è il campo bioetico.

La frantumazione dell'unità nazionale del diritto è provocata dall'avvento di un nuovo pluralismo a propria volta segnato "dalla fine della gerarchia

⁽⁴⁰⁾ Su questo punto osserva efficacemente Stammati che "le norme bioetiche essendo il prodotto di una mediazione complessa, e proprio per questo, anziché dare risposte generali tipiche di una prospettiva normativa, lasciano aperto uno scarto tra normatività e libertà ed è in questo scarto che i comitati etici sono chiamati ad operare"; S. STAMMATI, *Riflessione minima su strutture e funzioni dei comitati nazionali per la bioetica*, in "Bioetica", 3, 1998, pp. 433-434.

⁽⁴¹⁾ AA. VV., *Così aumentano le chances della vita*, in "Bioetica", 3, 1998, p. 326.

⁽⁴²⁾ V. POCAR, *Sul ruolo del diritto in bioetica*, in "Sociologia del diritto", 1, 1999, p. 158.

delle fonti del diritto e dalla convivenza e concorrenza di fonti appartenenti ad ordinamenti giuridici differenti" ⁽⁴³⁾.

Diventa necessario, dunque, fare un passo avanti e "spostare l'attenzione dalle istituzioni del diritto statuale a quelle di un'ampia gamma di ordini normativi ed abbandonare un metodo, cui gli operatori del diritto hanno sempre aderito in favore di un ricorso alle risorse teoretiche delle scienze umane" ⁽⁴⁴⁾.

È evidente, allora, che su questo punto si apre un ventaglio di questioni aperte e tutte di grande interesse per la teoria del diritto. Ad esempio, come distinguere tra più fonti di norme e come delimitare i confini tra ordinamenti normativi che possono o non possono considerarsi diritto? E nel caso di specie, cioè della natura e dell'attività dei comitati etici, da che cosa è segnato il loro confine giuridico, se nel rapporto tra bioetica e diritto co-esistono più codici che circoscrivono gli ambiti dell'azione umana? Ed ancora, quale campo giuridico può delimitare l'attività dei comitati etici e, quest'ultimi, a loro volta, quale livello di giuridicità possono produrre?

Ed infine, a quale normatività devono dare "ascolto" i comitati etici se, stando ad esempio alla teoria sistemica, il *proprium* giuridico non è il risultato di norme confliggenti bensì di una "molteplicità di processi comunicativi che osservano l'azione sociale attraverso il codice binario lecito/illecito" ⁽⁴⁵⁾?

È indubitabile che, in settori segnati dal massimo della novità tecnologica e scientifica, si stia assistendo ad uno "spostamento del ruolo e della funzione della legge dal centro alla periferia del sistema" ⁽⁴⁶⁾.

La collocazione normativa delle questioni bioetiche appare caratterizzata dal fenomeno che in Francia è stato chiamato dell'internormatività, intendendo con ciò una regolazione articolata fra il sociale, il politico e il giuridico; fra la scienza, l'etica e il diritto ⁽⁴⁷⁾.

La trama del biodiritto si configura sempre più in maniera aperta e flessibile; ad essa partecipano sia modelli di regolazione pre-giuridici, come i codici di autoregolazione professionale adottati dalla comunità internazionale degli scienziati, i codici di buona pratica clinica e le *guide-lines* formulate dalle accademie degli scienziati ⁽⁴⁸⁾, sia modelli di regolazione propriamente

⁽⁴³⁾ F. VIOLA, *Diritto/diritti, morale/morali, religione/religioni: profili problematici*, in "Sociologia del diritto", 2, 2004, p. 9.

⁽⁴⁴⁾ S. ROBERTS, *Contro il pluralismo giuridico. Alcune riflessioni sull'attuale ampliamento del campo giuridico*, in "Sociologia del diritto", 3, 1999, p. 227.

⁽⁴⁵⁾ G. TEUBNER, *The two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism*, in "Cardozo Law Review", 13, 1992, p. 1451.

⁽⁴⁶⁾ S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, cit., p. 172.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. M. T. MEULDERS-KLEIN, *La production des normes en matière bioéthique*, in C. NEIRINCK (a cura di), *De la bioéthique au bio-droit*, cit., p. 43.

⁽⁴⁸⁾ P. BORSELLINO, *Dalla bioetica al biodiritto*, in Id., *Bioetica tra autonomia e diritto*, Editore Zadig, Milano, 1999, pp. 191-195.

giuridici come quello legislativo nazionale e sovranazionale (modello legislativo verticale) o quello giurisdizionale (modello giudiziario orizzontale o *judge made law* ⁽⁴⁹⁾).

La regola giuridica bioetica in questo senso viene a connotarsi come una *regola di compatibilità* tra valori diversi e non solo come regola di supremazia di uno di essi: il diritto bioetico può essere visto come un nuovo ed ulteriore esempio del passaggio da un'età della codificazione a quella "della complessità delle regolamentazioni in ordinamenti non più esclusivamente legislativi, ma costituzionali, complicati dalla presenza di una pluralità delle fonti e di un policentrismo dei luoghi di produzione normativa, legati al pluralismo sociale ed istituzionale proprio dei nostri tempi" ⁽⁵⁰⁾. Questa disciplina, ispirata all'idea di un diritto integrato con altre agenzie normative extragiuridiche, quali le società scientifiche, i comitati etici e gli ordini professionali non può però fare a meno di rinviare ad un nucleo di valori e principi costituzionalizzati a livello nazionale e sovranazionale. I principi morali positivizzati hanno la funzione di delimitare e stabilire "i criteri interpretativi con cui attribuire significato alla normazione" ⁽⁵¹⁾ ed, attraverso la tecnica del bilanciamento, possono essere dagli interpreti "incessantemente riletti e ricomposti dalle continue reinterpretazioni che ne sono effettuati" ⁽⁵²⁾.

In questo quadro, la scelta di regole di compatibilità tra valori diversi, in presenza del fenomeno multiculturale, e di regole di condotta dell'agire tecnico, in presenza dello sconvolgimento biotecnologico in atto, può avvenire solo attraverso il ricorso ad una *ragionevolezza*, cioè ad una legislazione e ad una giurisdizione per principi.

Pertanto, nell'ambito della bioetica giuridica la composizione dei conflitti morali e la risposta alle sfide poste dal progresso scientifico-tecnologico potranno avvenire attraverso il ricorso ai principi generali e/o ai principi giuridici fondamentali ⁽⁵³⁾, anziché alle regole desunte dalle leggi ordinarie.

Evidentemente, i principi bioetici assolvono sul piano morale alla funzio-

⁽⁴⁹⁾ Cfr. A. SANTOSUOSSO, *Constitution and common law in bioethics*, in "Bioethics", 15, 2001, pp. 485-490. Evidentemente, sia il modello verticale, consistente in testi legislativi nazionali e sovranazionali, sia il modello orizzontale prodotto dalla giurisprudenza, concorrono al modo in cui si sviluppa il processo di costituzionalizzazione dei diritti bioetici.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. B. PASTORE, *Pluralismo delle fonti e interpretazione: il ruolo dei principi generali*, cit., pp. 67-68.

⁽⁵¹⁾ Cfr. G. ZACCARIA, *Trasformazione e riarticolazione delle fonti oggi*, in "Ragion pratica", 22, 2004, p. 103.

⁽⁵²⁾ Ibidem.

⁽⁵³⁾ Per una loro distinzione, rinvio a F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto ed interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, cit., pp. 377-378.

ne di regolare la condotta di ciascun individuo, mentre sul piano giuridico essi “servono di guida alla costruzione di un ordinamento intersoggettivo sostenuto dalla forza”⁽⁵⁴⁾.

A livello analitico è necessario distinguere tra principi bioetici morali e principi bioetici giuridici. I primi hanno uno statuto deontologico e non teleologico come i valori, essi sono “suscettibili di universalizzazione in riferimento alla materia da regolare”⁽⁵⁵⁾ e godono, quindi, di una pretesa universalità virtuale.

I principi bioetici giuridici attengono invece al campo del diritto e, pertanto, la loro vincolatività non è astrattamente incondizionata, ma si rivolge in modo generalizzante ad una comunità storico-giuridica determinata.

La caratteristica peculiare dei principi del diritto “è quella di stabilire un criterio di fondo applicabile nelle varie situazioni”⁽⁵⁶⁾. In breve, e come ha efficacemente messo in evidenza Zagrebelsky, alle regole “si ubbidisce”, ai principi invece “si aderisce”; questi ultimi ci danno “i criteri per prendere posizione di fronte a situazioni *a priori* indeterminate, quando vengano a determinarsi concretamente”⁽⁵⁷⁾.

La teoria dei principi costituisce la base su cui elaborare, anche in campo giuridico, un modello teorico che, attraverso l'accoglimento di una concatenazione di “norme-principio”, fissate da documenti normativi di rango superiore rispetto alla legislazione ordinaria, sia in grado “di fondare una bioetica che sia non solo interculturale, ma anche metaculturale e transculturale”⁽⁵⁸⁾.

La bioetica giuridica fondata sui principi fondamentali mantiene intatte le connessioni con la bioetica. Il suo campo normativo “si caratterizza per l'influenza che i presupposti pregiuridici mantengono su tutti i livelli propriamente giuridici del discorso normativo, nel senso che la considerazione della rilevanza etica della condotta disciplinata giuridicamente è ordinariamente presente in tutti i livelli del discorso normativo”⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. U. SCARPELLI, *Bioetica: prospettive e principi fondamentali*, in M. MORI (a cura di), *La bioetica. Questioni morali e politiche per il futuro dell'uomo*, Biblioteche, Milano, 1991, p. 25.

⁽⁵⁵⁾ J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini e Associati, Milano, 1996, p. 183.

⁽⁵⁶⁾ B. PASTORE, *I principi ritrovati. Saggio su Ronald Dworkin*, Ila Palma, Palermo, 1985, p. 32.

⁽⁵⁷⁾ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, p. 149.

⁽⁵⁸⁾ G. DALLA TORRE, *Multietnicità, bioetica e diritto*, in F. COMPAGNONI- F. D'AGOSTINO (a cura di), *Bioetica, diritti umani e multietnicità. Immigrazione e sistema sanitario nazionale*, San Paolo Edizioni, Cinisello Balsamo, 2002, p. 29. Si veda anche L. PALAZZANI, *Note per una bioetica transculturale*, in F. D'AGOSTINO (a cura di), *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 333-340.

⁽⁵⁹⁾ A. COSTANZO, *Livelli del biodiritto nella società attuale*, Ed. ISB, Acireale (CT), 2002, p. 53.

Diversamente dai modelli biogiuridici neutrali o liberali⁽⁶⁰⁾, che si fondano su un approccio regolativo “minimale”, “sobrio”, “leggero”, “aperto”, nel senso che le regole devono essere contingenti, poco numerose e “povere di contenuti morali”⁽⁶¹⁾, il modello biogiuridico “per principi e diritti fondamentali” potrebbe avere una capacità metodologica ed epistemica che meglio risponde sia ai continui scarti conoscitivi prodotti dall’avanzare delle scienze della vita sia al fatto di vivere in una società eticamente complessa⁽⁶²⁾.

Le nuove frontiere applicative delle scienze della vita impongono non solo una riclassificazione delle tradizionali categorie giuridiche (soggetto/oggetto), ma anche una nuova rielaborazione del catalogo dei diritti fondamentali dovendovi aggiungere una nuova generazione di diritti chiamati inizialmente *diritti biologici*, poi *diritti bioetici*, ed oggi, acclarata la pervasività delle innovazioni biotecnologiche sull’uomo, *diritti genetici*⁽⁶³⁾.

L’emersione di questi nuovi diritti, in parte giuridificati recentemente dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (Carta di Nizza)⁽⁶⁴⁾, comporta all’interprete lo sforzo di un ripensamento generale sia in ordine alla loro struttura (si pensi che essi non sono configurabili né come un sottoinsieme dei diritti di libertà né come speciali diritti sociali), sia in ordine ai nuovi soggetti a tutela dei quali vengono ascritti (si pensi alla problematica connessa alla configurazione di uno statuto dell’embrione o dei diritti ascrivibili alle generazioni future) e sia in ordine ai possibili conflitti con altri diritti fondamentali già protetti dall’ordinamento (si pensi al rapporto tra il diritto della donna di decidere se essere madre e il generale diritto alla vita, in relazione alle nuove conoscenze in ambito embriologico e ai nuovi

⁽⁶⁰⁾ Per una puntuale ricognizione dello “stato dell’arte” della biogiuridica attuale rinvio a L. PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, cit., pp. 53-102.

⁽⁶¹⁾ P. Borsellino, *Modelli di regolazione giuridica delle questioni bioetiche*, cit., p. 179.

⁽⁶²⁾ La connessione tra bioetica e diritto attraverso i principi viene analizzata da M. ATIENZA, *Giuridificare la bioetica. Una proposta metodologica*, in “Ragion pratica”, 6, 1996, pp. 123-143.

⁽⁶³⁾ Si veda il documento redatto dal Consiglio dei diritti genetici, *Precauzione sugli OGM*, in “Bioetica”, 2, 2003, pp. 379-383; ed anche L. PALAZZANI, *Prefazione*, in V. BELLVER CAPELLA, *Clonare? Etica e diritto di fronte alla clonazione umana*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. VI-XIX.

⁽⁶⁴⁾ La Carta dei diritti fondamentali, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, stabilisce all’art. 3 (Diritto all’integrità della persona) il principio del consenso libero ed informato, il divieto delle pratiche eugenetiche, il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro e il divieto di clonazione riproduttiva degli esseri umani.

Sulla Carta di Nizza, nella parte in cui essa riconosce un *set* di diritti fondamentali bioetici, si veda M. GUGLIELMETTI, *I diritti bioetici e la Carta*, in R. TONIATTI (a cura di), *Diritto, diritti, giurisdizione: la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, Cedam, Padova, 2002, pp. 159-178 e il “Dossier sulla Carta europea dei diritti” pubblicato dalla rivista “Bioetica” nel n. 4/2001.

mezzi di diagnostica prenatale che di fatto considerano come un paziente non solo la gestante ma anche il feto).

5. *Il modello deliberativo in bioetica*

Il tipo di democrazia che la teoria deliberativa⁽⁶⁵⁾ propone è imperniato sulla interpretazione del processo di *decision-making* come una dinamica che si costituisce attraverso una discussione aperta che conduce ad un giudizio concorde e non come un processo di mera aggregazione delle preferenze individuali.

L'adozione del processo deliberativo produce l'effetto di far diventare il comitato etico una sorta di forum etico-politico. Infatti, alla concezione deliberativa sottendono due idee cardini che ben si addicono alla funzione espletata dal comitato etico di "*treatment of hard choices*". La prima di queste idee è data dal fatto che le preferenze sono viste come endogene sicché ogni partecipante può cambiare la propria posizione durante il processo deliberativo. La seconda idea fa perno sul fatto che la decisione porta ad un consenso perché nel processo decisionale le preferenze tendono ad uniformarsi.

Come hanno osservato Amy Gutmann e Dennis Thompson, la condizione in cui si svolge il dibattito etico all'interno dei "*bioethics forums*" può essere compresa solo adottando il punto di vista deliberativo, cioè l'idea "that citizens and officials (health care professionals) must justify any demands for collective action by giving reasons that can be accepted by those who are bound by the action. When citizens morally disagree about public policy, they therefore should deliberate with one other, seeking moral agreement when they can, and maintaining mutual respect when they cannot"⁽⁶⁶⁾.

I principi metodologici del modello deliberativo rinviano non solo alle condizioni attraverso le quali si esplica la conoscenza scientifica in cui

⁽⁶⁵⁾ In questa sede mi limito ad accennare ad alcuni testi di riferimento su un tema complesso e dibattuto come quello della democrazia deliberativa. Qui mi interessa rilevare che il modello democratico deliberativo presenta particolari affinità con le forme della deliberazione scientifica ed è in grado di rispondere meglio di altri modelli alla ricomposizione delle questioni bioetiche da parte dei comitati. In generale si veda J. ELSTER, *Deliberative democracy*, CUP, Cambridge, 1996; A. GUTMANN, D. THOMPSON, *Democracy and Disagreement*, Belknap Press, Cambridge, 1996; J. BOHMAN, W. REHG, *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*, MIT Press, Cambridge, 1999; F. VIOLA, *La democrazia deliberativa tra costituzionalismo e multiculturalismo*, in "Ragion pratica", 20, 2003, pp. 33-72. Sull'approccio del modello deliberativo in bioetica si veda l'indicazione bibliografica contenuta nella nota successiva.

⁽⁶⁶⁾ A. GUTMANN, D. THOMPSON, *Deliberating about Bioethics*, in "Hastings Center Reports", p. 38.

vengono rispettati i canoni della “scientific peer review” e quello del “adversarial presentation of competing arguments”⁽⁶⁷⁾, ma anche a quelle attraverso le quali si svolge un ragionamento pubblico che richiede l’adozione di “conditions of impartiality, rationality and knowledge”⁽⁶⁸⁾.

Solo “if the principles of deliberative democracy were to be more fully realized in the practices of bioethics forums, the decisions the participants reach would be more morally legitimate, public-spirited, mutually respectful, and self-correcting”⁽⁶⁹⁾.

La necessità del rispetto di queste condizioni, durante lo svolgimento del processo deliberativo, deriva anche dalla riflessione relativa alla particolare struttura aperta e tipica delle norme bioetiche, essendo queste il risultato di una prospettiva tanto etica quanto giuridica.

Nei documenti deliberati dai comitati etici si ritrova un ambito di libertà interpretativa dovuto alla particolare struttura delle norme bioetiche, che permette al comitato di creare a sua volta norme a carattere generale qualora si tratti del comitato nazionale di bioetica od a carattere individuale qualora si tratti della rete dei comitati etici locali.

Per quanto riguarda le norme generali, prodotte nella forma di pareri o consigli, è da osservare che esse, pur non avendo alcuna forza vincolativa o cogente, potrebbero comunque influire sulla conformazione della coscienza giuridica “materiale” o “morale”⁽⁷⁰⁾.

Le norme individuali, invece, essendo adottate nei confronti di una decisione singola su temi sensibili quali la nascita, la morte, la qualità della vita, godrebbero di un certo livello di autorità e forza normativa, proprio in virtù del paradosso di essere norme “dall’alto contenuto etico e dalla bassa vincolatività”⁽⁷¹⁾. In questo senso, vi è chi ammette che “i comitati etici dovrebbero funzionare come delle specie di parlamenti morali”⁽⁷²⁾.

Stabilire quale sia nelle questioni bioetiche il rapporto tra regole e diritti rappresenta un aspetto essenziale che esalta il ruolo interpretativo ed, in ultima analisi, creativo dell’attività deliberativa dei comitati etici. Anche in questo caso la risposta non è univoca, ma a struttura aperta, perché essa

⁽⁶⁷⁾ Sui processi deliberativi adottati dalla comunità degli scienziati si veda J. PARKINSON, *Legitimacy Problems in Deliberative Democracy*, in “Political Studies”, 51, 2003, pp. 180-196.

⁽⁶⁸⁾ Sul valore epistemico della democrazia deliberativa si veda C. S. NINO, *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale University, New Haven, 1996.

⁽⁶⁹⁾ A. GUTMANN, D. THOMPSON, *Deliberating about Bioethics*, cit., p. 41.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. A. ROSS, *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino, 1990, p. 54 ss.

⁽⁷¹⁾ M. VENTURA, *Diritto dell’identità e diritto del corpo. A proposito di due pubblicazioni su bioetica, comitati etici e diritto*, in “Quaderni di diritto e politica ecclesiastica”, 10, 1994, p. 375.

⁽⁷²⁾ S. POLLO, *Una premessa teorica per i comitati etici: l’idea di pluralismo morale*, in “Bioetica”, 3, 1998, p. 427.

dipende dalla natura intrinsecamente problematica che una questione bioetica presenta. Conseguentemente, al comitato etico spetterà il compito, all'atto della risoluzione di una controversia bioetica, di decidere se si è di fronte ad un diritto (pensiamo, ad esempio, ai diritti del morente) superiore ed indipendente dalle regole oppure, viceversa, se sono queste ultime a dover stabilire il "se" e il "come" del riconoscimento del diritto individuale in gioco⁽⁷³⁾.

Un altro indice della dimensionalità pluralistico-normativa dell'attività deliberativa dei comitati etici si evidenzia nell'ipotesi in cui il parere sia rivolto all'attività dei ricercatori o del personale medico-professionale. Esso sarà, infatti, ed ancora una volta, la risultante mediatrice-interpretativa di un complesso quadro di doverosità composto da norme etiche, norme morali, norme professionali, norme sanitarie, norme giuridiche, norme protocollari o *guidelines* ⁽⁷⁴⁾.

In dottrina si discute sulla natura giuridica del parere emesso dal comitato etico in sede di approvazione della sperimentazione clinica dei farmaci. Ci si chiede se si tratta di un parere vincolante, giuridicamente rilevante, oppure se esso, seppur obbligatorio, mantenga una natura puramente etica⁽⁷⁵⁾.

Se il quadro normativo fino a qualche anno fa era piuttosto nebuloso, oggi, in forza del D.M. del Ministero della Sanità del 15.07.1997 che ha recepito il documento delle linee-guida dell'Unione Europea in materia di protocolli di ricerca⁽⁷⁶⁾, si assiste sempre più nettamente alla tendenza di considerare vincolante il parere del comitato etico per l'inizio di una ricerca sperimentale.

⁽⁷³⁾ Sulla importante problematica della relazione tra regole e diritti (e principi), si veda S. STAMMATI, *Riflessione minima su strutture e funzioni dei comitati nazionali per la bioetica*, cit., p. 436ss. Evidentemente, all'adozione di una qualsiasi forma di regolamentazione è sotteso un tipo di modello normativo che giustifica le scelte di opportunità o utilità compiute. Ad esempio, se fosse scelto il modello utilitaristico/contrattualistico, operando in condizioni di incertezza forte sulla scelta da compiere, diverso sarebbe il parere del comitato etico a seconda se la preferenza fosse accordata ad una soluzione normativa che garantisca la massimizzazione dell'utilità oppure a quella che tenesse in debita considerazione la massima gravità oggettiva delle conseguenze per i soggetti più deboli (modello rawlsiano del *maximin*).

⁽⁷⁴⁾ Sul punto cfr. ampiamente M. BARNI, *Bioetica, medicina legale e deontologia*, in M. BARNI, A. SANTOSUOSSO (a cura di), *Medicina e diritto*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 47 ss.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. sul punto, F. FRENI, *Biogiuridica e pluralismo etico-religioso. Questioni di bioetica, codici di comportamento e comitati etici*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 280 ss.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. le Linee guida della *International Conference on Harmonization (ICH)* del 16-5-1997, recepite in Italia con D.M. 15-7-1997 sulle norme di Buona Pratica Clinica (GPC). La normativa in materia di limiti della ricerca biomedica ha subito un ulteriore aggiornamento a seguito del D.M. sui Comitati Etici del 18-3-1998 e del Protocollo Europeo sulla Ricerca biomedica — *Steering Committee on Bioethics* del 30-7-1999 — recepito con Circolare del Ministero della Sanità del 5.10.2000 che ha aggiornato il D.M. 15-7-1997.

La trasformazione del parere in un vero e proprio atto amministrativo, il cui risultato si configura in termini tecnico-giuridici come un giudizio di conformità, porta con sé, in una sorta di effetto a cascata, una ridefinizione dei profili giuridici relativi alla composizione, alla responsabilità e alle procedure di lavoro dei comitati etici.

Sotto il profilo della composizione strutturale, si pone allora il problema della legittimità delle procedure di nomina dei membri del comitato etico rispetto alla garanzia dell'effettiva indipendenza di tali membri, nei confronti dell'amministrazione sanitaria titolare del suddetto potere di nomina.

Ed ancora si prospetta la necessità di valutazione della effettiva sintonia dello statuto — di cui si dotano i comitati etici locali ed in cui si specificano i criteri di composizione, le modalità di funzionamento e le procedure adottate per le decisioni — con le direttive generali emanate dal Comitato nazionale per la bioetica.

Ci si chiede, del resto, e non in dissonanza con quanto su esposto, se è possibile che la disciplina regolamentativa dei comitati etici preveda un più penetrante potere autorizzatorio alle singole attività di ricerca, con la conseguente possibilità di revoca della stessa autorizzazione.

Notevole rilevanza riveste, nondimeno, l'analisi delle procedure non istituzionali che legittimano l'attività deliberativa dei comitati etici. Osserva a questo proposito Eusebi che la proposizione di pareri da parte dei comitati etici potrebbe "contribuire alla determinazione dal basso, secondo procedure non istituzionali, di regole integrative o alternative rispetto alle norme ufficiali"⁽⁷⁷⁾. Non si tratta, però, solo di un problema di autoreferenzialità giuridica, poiché sussiste altresì la questione della legittimazione delle procedure decisionali interne attraverso cui il comitato etico giunge alla risoluzione del caso specifico. Ed allora: risulta sufficiente attenersi ai principi generali e quindi attuare una semplice applicazione formale dei principi indicati dalle linee-guida oppure i criteri argomentativi possono venire scelti sulla base dell'esperienza pratica di effettiva risoluzione dei singoli casi morali? Se fosse data preferenza a quest'ultima modalità, si evidenzerebbe un "interessante parallelismo con l'attività dei giudici, in quanto i comitati individuano ed applicano le regole etiche al caso concreto seguendo un iter accostabile a quello in uso nei sistemi di *common law*"⁽⁷⁸⁾.

Alla luce di ciò e per la notevole importanza dell'aspetto procedurale dei compiti assegnati per legge o per direttiva ai comitati etici si possono, dunque, ricavare tre diverse direttrici suscettibili di analisi teorico-giuridica.

In primo luogo, nel rapporto che si instaura tra comitato etico e ricerca-

⁽⁷⁷⁾ L. EUSEBI, *Diritto e morale nella teoria e nella prassi dei comitati etici: profili giuridico-penali*, in "Iustitia", 1992, p. 365.

⁽⁷⁸⁾ F. FRENI, *Biogiuridica e pluralismo etico-religioso. Questioni di bioetica, codici di comportamento e comitati etici*, cit., p. 282.

tore, può essere valutato se l'elaborazione di sempre più precise "standard operating procedures" viene di fatto rispettata anche nella fase successiva di sperimentazione e di applicazione della ricerca sperimentale⁽⁷⁹⁾.

Un secondo punto da verificare riguarda la valutazione dell'effettiva osservanza delle procedure interne relative alla istituzione e alla composizione dei comitati etici locali ed ospedalieri.

Un terzo spazio di analisi, nell'ambito del rapporto tra comitato etico e privati cittadini, è costituito dallo studio dell'efficacia delle procedure adottate in relazione ad una reale protezione del benessere, della sicurezza e dei diritti dei pazienti⁽⁸⁰⁾.

L'osservazione di quest'ultimo dato apre poi un'ulteriore questione, relativa a quale forma di responsabilità giuridica è oggetto in sede giudiziale il parere espresso dai comitati etici e a quale "rilevabilità" giudiziale, in ordine al grado di diligenza professionale, è soggetta la scelta autonoma del ricercatore rispetto alle linee guida dei comitati stessi.

6. I comitati etici e le tecniche di garanzia dei diritti bioetici

L'emanazione delle linee-guida di *Good Clinical Practice* è avvenuta in Europa ed in Italia all'inizio degli anni '90. Attualmente in vigore in ambito UE in forza della *Direttiva 2001/20 CE*, le *Good Clinical Practice* hanno prodotto l'effetto di modificare alla radice la natura normativa dei comitati etici. Diversamente dai primi modelli in cui la protezione dei diritti dei soggetti coinvolti a sperimentazione veniva ristretta al rispetto meramente formale delle norme vigenti, l'introduzione delle *Good Clinical Practice* ha provocato un cambiamento strutturale e funzionale dei comitati etici. Questi nuovi organismi deliberativo-decisionali si sono assunti la responsabilità di garantire la tutela dei diritti, della sicurezza e del benessere dei soggetti coinvolti in uno studio clinico e di fornire pubblica garanzia di tale protezione⁽⁸¹⁾.

⁽⁷⁹⁾ Sul ruolo dei comitati etici nella valutazione dei protocolli di sperimentazione si veda A. G. SPAGNOLO, D. SACCHINI et al., *Il laboratorio del Comitato Etico. 1. Istituzione e procedure operative standard*, in "Medicina e Morale", 2, 1999, pp. 221-263.

⁽⁸⁰⁾ Sul rapporto tra consenso informatico e procedura medica straordinaria rinvio a A. G. SPAGNOLO, D. SACCHINI et al., *Il laboratorio del Comitato Etico. 2. La scheda informativa e il modulo di consenso alla sperimentazione clinica*, in "Medicina e Morale", 5, 1999, pp. 917-958.

⁽⁸¹⁾ Il punto è sottolineato da Amedeo Santosuosso, a parere del quale non solo i comitati ma soprattutto i giudici sono chiamati a svolgere un ruolo altamente creativo poiché essi saranno "chiamati a cimentarsi in una attività di creazione giurisprudenziale delle norme a partire da una ricognizione tra fonti di diversa natura e di diversi livelli spesso sovranazionali. [...] Il che apre a una sorta di diritto giurisprudenziale

Attraverso questo nuovo modello, il problema dei valori fondamentali, inerenti alla dignità e al rispetto della vita umana in relazione alla invasività delle applicazioni biomediche, viene ad occupare un posto di assoluta rilevanza nel processo deliberativo che coinvolge i comitati etici nell'espletamento dei loro compiti consultivi e decisionali. Il modello deliberativo si rende aperto non solo al rispetto delle procedure ma anche alla ponderazione dei valori in gioco⁽⁸²⁾: fondamentale importanza viene data alla giustificazione razionale delle deliberazioni, degli orientamenti e dei pareri alla luce di una dimensione comprensiva dei diritti individuali, dei problemi di equità sociale e di accesso ai servizi da parte dei cittadini.

Il comitato etico è tenuto a controllare il corretto svolgimento della sperimentazione clinica in modo da evitare rischi alle persone che si prestano ad un *trial clinico*. Si tratta di un compito affatto agevole, perché richiede da parte dei componenti dei comitati la capacità di discernere le norme e i valori che attengono al caso concreto pur nella difficoltà di stabilire una esatta gerarchia tra le fonti, stratificate a livelli molto diversi, che regolamentano e tutelano la sperimentazione sull'uomo.

D'altra parte, l'esigenza di disporre di *expertises* scientifici ed etici, pur con tutte le cautele del caso in punto di trasparenza, indipendenza e democratizzazione, conferma una volta di più che le considerazioni pessimistiche, relative alla necessità di iniziare un processo di giuridificazione della bioetica, erano sbagliate. La regolazione giuridica di alcune questioni bioetiche a livello nazionale e sovranazionale, la ricerca di linee normative comuni concretizzatasi con la promulgazione della Convenzione di Oviedo, il consolidamento in comitati e in "procedure di comitato" della prassi bioetica sono la prova che la progressiva istituzionalizzazione della bioetica non è il segno di una nuova *era biocratica*⁽⁸³⁾, ma piuttosto la dimostrazione che "il diritto

transnazionale"; cfr. A. SANTOSUOSSO, *Sperimentazioni di farmaci sull'uomo e diritto all'integrità della persona*, in "Questione giustizia", 2, 2002, pp. 271-272. Si veda anche il n. 1/2002 della rivista "Notizie di Politeia" in cui sono stati pubblicati gli atti di un convegno su "*Le questioni bioetiche davanti alle corti: le regole sono poste dai giudici?*".

⁽⁸²⁾ Il punto viene sviluppato in modo accurato da Francesco Viola, il quale osserva che "l'assunzione di presupposti contenutistici come punto di partenza della deliberazione non escluda per la democrazia di essere deliberativa sotto tutti i suoi aspetti fondamentali se questi stessi presupposti sono a loro volta soggetti al procedimento deliberativo"; cfr. F. VIOLA, *La democrazia deliberativa tra costituzionalismo e multiculturalismo*, cit., p. 39.

⁽⁸³⁾ Secondo una visione di pensiero che si rifà esplicitamente alle riflessioni di Foucault, il carattere tecnico dei comitati etici sarebbe il segno di una tendenza che si sta sempre più consolidando e consistente nella formazione di una vera e propria burocrazia bioetica avente l'effetto di subordinare l'etica medica al potere biopolitico. Sulle forme di controllo del biopotere rinvio, oltre alle letture già indicate alla nota 15, anche alle ormai classiche opere di M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, Einaudi, Torino, 1976 e ID., *La volontà di sapere*, Feltrinelli, Milano, 1978.

ha introdotto garanzie per gli individui e la collettività in relazione a situazioni che diversamente si prestano a ogni sorta di abuso e alla riduzione delle nuove tecnologie a meri prodotti di consumo”⁽⁸⁴⁾.

ABSTRACT

This essay concerns the study of two topics of bioethics. The first regards the study of the pluralistic dimension of the sources of law in bioethics. Actually, the process of realisation of law in bioethics occurs within a complex normative picture: Laws, Convention of Human Rights and Biomedicine, Declarations of Rights, Constitutions, Codes of Self-Regulation, Guide-lines of Good Clinical Practice, Deontological Codes, Ethical-legal Principles, Directives, Opinions of the Ethical Committees and Decisions of the Courts.

In this scenario it presents a thorough analysis of the status of bioethics committees. They meet a double demand: to enhance freedom and to impose limits. Bioethics committees have to find by principles and deliberation the mediums on which to justify the relationship between rules and rights.

The second topic regards the study of the emersion of a new range of human rights: the bioethical rights. There is a close link between the reflection on the human rights and bioethics, documented by numerous legal documents.

The expansive strength of the two reflections finds a result and a common perspective in the biolaw that is rising not only as a field of national laws, but also as global reflection on the universal norms on bioethics.

Questo saggio approfondisce due argomenti bioetici.

Il primo riguarda lo studio della dimensione pluralista delle fonti del diritto in materia bioetica. Attualmente, il processo di positivizzazione giuridica della bioetica avviene all'interno di un complesso quadro normativo: leggi, convenzione sui diritti umani e la biomedicina, dichiarazioni di diritti, costituzioni, codici di auto-regolazione, linee-guida di buona pratica clinica, codici deontologici, principi etico-giuridici, direttive, pareri dei comitati di bioetica e decisioni dei giudici.

In questo scenario si approfondisce il ruolo e lo status dei comitati etici. Questi ultimi, interposti tra un aumento delle potenzialità e un'imposizione di nuovi limiti, trovano attraverso i principi e il modello deliberativo i mezzi su cui basarsi per giustificare la relazione tra regole e diritti.

Il secondo argomento riguarda lo studio dell'emersione di una nuova gamma di diritti umani: i diritti bioetici. C'è un forte legame tra la riflessione sui diritti umani e la bioetica, documentato attraverso numerosi atti normativi.

La forza espansiva di queste due riflessioni trova un risultato e una comune prospettiva non solo nel diritto bioetico, che si sta sviluppando a livello nazionale, ma anche e nella riflessione generale sulle norme universali in bioetica.

⁽⁸⁴⁾ M. TALLACCHINI, *Bioetica & Democrazia*, in "Notizie di Politeia", n. 69, 2003, p. 94.

NOTIZIARIO

Nel corso dell'anno accademico 2003/'04, il DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE e la FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, nella sede di Ferrara e in quella, di recente istituzione, di Rovigo, hanno accolto numerose iniziative, convegni ed incontri di studio al fine di promuovere una didattica che si accompagni ad una ricerca sempre più attenta alle nuove esigenze culturali del nostro tempo.

Nell'ambito del Dottorato di Ricerca in DIRITTO DELLE OBBLIGAZIONI E DEI CONTRATTI ITALIANO, COMPARATO E COMUNITARIO il prof. B. Eccher, dell'Università di Innsbruck, ha tenuto un ciclo di conferenze su *"La Direttiva 97/7/CE relativa alla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza e le modalità di attuazione in Germania, in Austria ed in Italia, nonché l'attuazione della Direttiva 02/65/CE concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori (modificante le direttive 90/619/CEE e 97/27/CE) considerate anche alla luce dei principi fondamentali della disciplina dei contratti nei diritti europei e in particolare del principio «pacta sunt servanda»"*.

Presso la sede di Rovigo la prof. M.V. De Giorgi, titolare del corso di Istituzioni di Diritto Privato, ha organizzato due seminari su temi di grande attualità; sono intervenuti il prof. C.M. Mazzoni, che ha parlato della *"Persona Fisica e soggettività"*; il prof. A. Bucelli, dell'Università di Firenze, in tema di *"Nuova legge sulla fecondazione assistita"*.

Presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche di Ferrara, nell'ambito dello stesso insegnamento, si è tenuto un incontro con il prof. M. Galli, dell'Università di Firenze, sugli *"Aspetti più problematici e discussi del contratto di locazione"*. Organizzata dal prof. G. De Cristofaro ha avuto luogo, inoltre, una tavola rotonda su *"L'amministrazione di sostegno"*, relatori il dott. U. Roma e l'avv. T. Tagliani.

Nell'ambito della parte monografica del corso di Diritto Civile, è stato invitato il prof. A. Luna Serrano, dell'Università di Barcellona, che ha tenuto delle lezioni sul diritto delle successioni e sulle fondazioni nell'ordinamento spagnolo.

A complemento dell'insegnamento di Diritto Bancario il dott. G. Carriero, avvocato cassazionista della Banca d'Italia, ha tenuto una conferenza sul tema *"La nuova disciplina della trasparenza bancaria"*. L'avv. M. Valignani, amministratore delegato della s.g.a., ha successivamente svolto due lezioni su *"La banca e l'attività bancaria nella realtà odierna e nelle prospettive future"*.

Nell'ambito del corso di Diritto Commerciale è stata tenuta una lezione-seminario su *"Le funzioni della camera di commercio e il registro delle imprese"* dal dott. F. Del Vecchio, conservatore del registro delle imprese presso la Camera di Commercio di Bologna; alla lezione ha fatto seguito una visita alla Camera di Commercio di Bologna.

Per lo stesso insegnamento il prof. A. Musso, dell'Università di Bologna e Ravenna, ha trattato il tema *"Le nuove regole sulla concorrenza"*.

Per il corso di Diritto Tributario, in collaborazione con l'Agenzia delle Entrate e l'Ordine dei Ragionieri Commercialisti di Ferrara, è stato organizzato un seminario di approfondimento dal titolo "*Dies Ires - I giorni dell'Ires. La tassazione "per trasparenza" delle società di capitali e il consolidato domestico.*" Vi hanno partecipato il prof. A. Di Pietro, dell'Università di Bologna, il dott. M. Greggi, dell'Università di Ferrara, il dott. V. Rossi, Direttore regionale dell'Agenzia delle Entrate.

Per il Dottorato di Ricerca in COMPARAZIONE GIURIDICA E STORICO GIURIDICA, i professori T. Giaro, B. Pastore, A. Somma hanno discusso il tema "*La tradizione fra teoria storia e comparazione*".

Nell'ambito dell'insegnamento di Filosofia del Diritto il prof. M. Papa, dell'Università di Bologna, ha tenuto una lezione su "*Pluralismo giuridico e Islam*".

Per il Modulo integrativo di Filosofia del Diritto il prof. E. Diciotto, dell'Università di Siena, ha parlato di "*Diritti di libertà e diritti sociali*".

Nell'ambito del Dottorato di ricerca in COMPARAZIONE GIURIDICA E STORICO GIURIDICA, CURRICULUM DIRITTO ROMANO E METODO COMPARATIVO, si sono svolte tre giornate di seminari aperte ai dottorandi; il prof. A.D. Manfredini si è occupato di "*Caccia, ferimento, occupazione*", mentre la prof.ssa L. Desanti ha parlato di "*Osservazioni in materia di fedecompresso de residuo*". Il prof. J.F. Gerkens, dell'Università di Liegi, ha tenuto una lezione dal titolo "*La forza maggiore in ambito contrattuale ed extracontrattuale*". Infine, il prof. A.D. Manfredini ha condotto un seminario dal titolo "*Ius nundinarum*", mentre il prof. R. Volante ha trattato dell'uso della Glossa e del Commento.

Nell'Aula Magna della Facoltà, si è tenuto un Convegno su "*I FONDAMENTI DEL DIRITTO EUROPEO*". Alla giornata, dedicata all'insegnamento istituito con D.M. 21/12/99 n. 537, hanno preso parte il prof. F. Gallo dell'Università di Torino; il prof. M. Talamanca, dell'Università di Roma "La Sapienza"; il prof. M. Marrone, dell'Università di Palermo; il prof. C.A. Cannata, dell'Università di Genova; la prof. ssa L. Vacca, dell'Università di Roma Tre; il prof. A. Corbino, dell'Università di Catania.

Nell'ambito del corso di Istituzioni di Diritto Romano si è tenuto un incontro di Istituzioni di diritto romano, dal titolo "*Il processo a Gesù: qualcosa di nuovo?*", al quale sono intervenuti il prof. M. Miglietta dell'Università di Trento che ha parlato di "*Il processo a Gesù: riflessioni storico-giuridiche*" ed il prof. F. Lucrezi dell'Università di Teramo che ha fatto un intervento su "*Deicidio colpa espiazione: la risignificazione del processo a Gesù nei secoli*".

La cattedra di Diritto Penale ha organizzato un convegno dal titolo "*TUTELA DELL'EURO E COSTITUZIONE EUROPEA*"; vi hanno preso parte il prof. J. Vervaele, dell'Università di Utrecht, il prof. A. Cadoppi, dell'Università di Parma, il dott. A. Perduca, della direzione OLAF di Bruxelles, il prof. A. S. Seminara, dell'Università di Pavia; le relazioni presentate sono state accom-

pagnate dagli interventi di dirigenti e funzionari degli uffici tecnici e dei corpi di polizia deputati alla tutela della autenticità dei mezzi di pagamento. All'esito del convegno, è stato pubblicato un volume contenente i relativi atti.

Sempre nell'ambito delle materie penalistiche, si è tenuto a margine del conferimento della laurea *honoris causa* alla prof.ssa M. Delmas-Marty, del College de France, un convegno sul "*MULTICULTURALISMO, DIRITTI UMANI, PENA*"; relatori sono stati il prof. F. Viola, dell'Università di Palermo, il prof. S. Zappalà, dell'Università di Pisa, il prof. G. Grasso, dell'Università di Catania, il prof. M. Chiavario, dell'Università di Torino, il prof. E. Grosso, dell'Università del Piemonte Orientale, il prof. G. De Francesco, dell'Università di Pisa, il prof. M. Patarini, dell'Università di Bologna e il prof. F. Palazzo, dell'Università di Firenze.

Per l'insegnamento di Diritto Penale il Prof. P. Leyland, della Metropolitan University of London, ha tenuto una lezione dal titolo "*Evolving Concepts of Moral Blameworthiness in English Criminal Law*"; il prof. G. Quintero Olivares, dell'Università di Barcellona, ha svolto una conferenza su "*Il mandato d'arresto europeo nell'ordinamento spagnolo*". Nell'ambito dello stesso corso è stato, poi, organizzato un seminario su "*Principio di precauzione e criteri di selezione tra sanzioni penali e sanzioni amministrative in materia alimentare*", tenuto il prof. N. Garcia Rivas, dell'Università di Albacete.

Il corso di Introduzione al Diritto Processuale Penale ha sollecitato incontri – studio fra gli studenti, ad esito della partecipazione a lezioni ed seminari tenuti sia fuori dal Dipartimento di Scienze Giuridiche, sia all'interno dello stesso, nell'ambito, ad esempio, dell'ISTITUTO DI APPLICAZIONE FORENSE o del Dottorato di Ricerca in PROCEDURA PENALE (XVII ciclo), dove particolare interesse ha suscitato il tema "*Procedimento penale ed immunità politiche: l'autorizzazione ad acta*", affrontato dal prof. R. Orlandi.

Per il ciclo "*AMICUS CURIAE*", *Seminari preventivi ferraresi*, è stato affrontato il tema "*La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*" nel quale il prof. S. Ceccanti, dell'Università di Roma, ha tenuto la relazione introduttiva e le conclusioni, dopo un ampio dibattito in cui sono intervenuti docenti dell'Ateneo ferrarese e di altre università italiane.

Il CENTRO SERVIZI INTEGRATI PER L'IMMIGRAZIONE, in collaborazione con la Facoltà di Giurisprudenza, ha promosso quattro *GIORNATE DI STUDIO SUI DIRITTI DEI MIGRANTI*. Nella prima giornata, in cui si è discusso su "*La presenza legale dello straniero sul territorio dell'Unione Europea*", sono intervenuti il prof. B. Nascimbene, dell'Università di Milano, l'avv. M. Ferrero, del Foro di Padova, moderatore il prof. A. Pugiotto, dell'Università di Ferrara; nella seconda giornata, dedicata alla "*Immigrazione: tra questione securitaria e integrazione sociale*", sono intervenuti la prof. M. Virgilio, dell'Università di Bologna, il prof. E. Santoro, dell'Università di Firenze, il prof. F. Vassallo Paleologo, dell'Università di Palermo, moderatore il prof. F. Salerno, dell'Università di Ferrara; alla terza giornata, sul tema "*Categorie protette: minori stranieri e rifugiati nel sistema italiano ed europeo*", hanno preso parte la prof. G.

Brunelli, dell'Università di Ferrara, il dott. L. Miazzi, magistrato del Tribunale di Rovigo, moderatore il prof. R. Bin, dell'Università di Ferrara. L'ultima giornata, dedicata a *"Il lavoratore migrante: quali garanzie e quali discriminazioni"* ha visto la partecipazione dell'avv. M. Paggi, del foro di Padova e del dott. G. Campo, magistrato del Tribunale di Vicenza; moderatore il prof. B. Pastore, dell'Università di Ferrara.

Nell'ambito dei corsi di Diritto Costituzionale e di Tutela dei Diritti Fondamentali, si è tenuto un ciclo di lezioni sul tema *"Il diritto costituzionale come regola e limite al potere"*. Vi hanno partecipato il prof. V. Onida, presidente della Corte Costituzionale, con la lezione *"La costituzione"*; il prof. R. Bin, dell'Università di Ferrara, che ha trattato *"Lo stato di diritto"*; il prof. A. Celotto, dell'Università di Roma III, su *"La Corte Costituzionale"*.

Si è tenuto nell'Aula Magna della Facoltà di Giurisprudenza, in collaborazione con il Comune di Ferrara, un SEMINARIO DI STUDI in tema di *"Violenza al corpo, violazione del diritto"*; alla presentazione fatta dal Direttore del Dipartimento, prof. P. Nappi, sono seguite le relazioni dell'assessore alle Pari Opportunità del Comune di Ferrara, P. Castagnotto, della Presidente dell'AI-DOS, D. Colombo e dei docenti T. Pitch, dell'Università di Camerino, L. Forlati, dell'Università di Padova, M. D'Amico, dell'Università dell'Insubria, G. Brunelli, dell'Università di Ferrara.

Organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza, ma aperto agli studenti di tutte le Facoltà dell'Università di Ferrara, il dr. G. Donà, già Capo Divisione della direzione *"Riunioni dei Capi di Gabinetto e dei Gruppi di Commissari"* al Segretariato Generale della Commissione delle Comunità Europee a Bruxelles ha tenuto il *Corso interdisciplinare* su *"Integrazione europea"*. Le lezioni hanno fornito agli studenti una panoramica generale sul funzionamento dell'Unione Europea dal punto di vista istituzionale, storico, giuridico, economico, fiscale, monetario, sociale, culturale, linguistico. I temi trattati hanno riguardato: il *"Trattato per una Costituzione europea (Roma, 29 ottobre 2004)"*; *"La designazione della nuova Commissione europea: Commissione Barroso"*; *"Unione Europea: allargamento/approfondimento"*; *"Consiglio europeo di Bruxelles: 17 dicembre 2004 (apertura dei negoziati con la Turchia?)"*; *"Contatti con l'India"*.

Presso la sede di Rovigo della Facoltà di Giurisprudenza, il dott. S. Benini, funzionario della Direzione *Aiuti di Stato* della Commissione CE, ha tenuto un corso integrativo a quello di Diritto dell'unione Europea, sul tema *"Regime degli aiuti di Stato"*. L'avv. O. Podda, del foro di Milano, ha condotto lezioni trattando di *"Analisi economica del diritto"*.

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

Va, infine, ricordato che anche quest'anno la Facoltà di Giurisprudenza di Ferrara, in collaborazione con la locale Comunità Ebraica, ha commemorato il "*Giorno della Memoria*", istituito "*In ricordo dello sterminio e delle persecuzioni del popolo ebraico e dei deportati militari e politici italiani nei campi nazisti*".

Nel quadro del progetto ERASMUS, per l'a.a. 2003/'04, vi sono stati studenti in uscita 21 e in entrata 27.

[W.F.C.]

